



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

JOSÉ MOREIRA LUSTOSA

APLICABILIDADE DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

SOUSA - PB
2006

JOSÉ MOREIRA LUSTOSA

APLICABILIDADE DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

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

Orientadora: Professora Dr^a. Maria Marques Moreira Vieira.

SOUSA - PB
2006

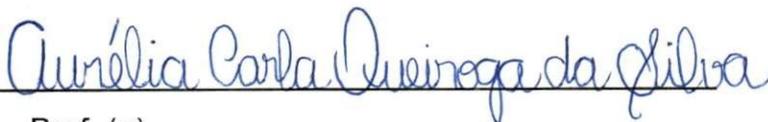
JOSÉ MOREIRA LUSTOSA

APLICABILIDADE DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

BANCA EXAMINADORA



Prof.^a Ms. Maria Marques Moreira Vieira



Prof. (a)



Prof. (a)

Sousa-PB
Janeiro-2006.

Dedico

Este modesto trabalho monográfico a Dona Ritinha Moreira de Figueiredo (genitora), nos seus 85 anos, um presente de Deus no nosso convívio; a Isis (filha), minha doce cinderela pelos 10 anos de intensa alegria; a Tetinha (irmã), a compreensão pela eterna inocência; a Virginia (esposa), pelos 11 anos de companheirismo; a Joel (irmão), *in memoriam* fonte inesgotável de saudade. A Professora da UFCG - Campus de Sousa, Maria Marques Moreira Vieira (Gracinha), pela gentileza e simplicidade dispensada na condição de orientadora deste trabalho, e finalmente as colegas Alana Araújo da Silva e Gislaine Lins de Oliveira, pela valiosa contribuição da execução da monografia.

Agradeço

A todos os colegas da primeira
turma do
Curso de Especialização em
Direito Processual Civil da UFCG -
Campus de Sousa-PB.

RESUMO

Neste estudo, será tratado o instituto da Exceção de Pré-Executividade, novo para muitos, mas na realidade já utilizado há mais de 50 anos. Tentará desmistificar o processo de execução que *a priori* não admite defesa, mormente em embargos do devedor, o que é um mito na processualística cível. Antes, porém, e para melhor entendê-lo, será feito um breve relato histórico, situando o instituto no seu lugar próprio, ou seja, incidentalmente no processo executivo, independentemente da penhora de bens do executado. Antes do uso do instituto, consagrado e moldado pela doutrina hodierna, restava apenas e tão somente o uso dos embargos. Relativamente à defesa do executado, que é uma garantia universal basilar 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. Isso sem falar de mine reforma de 1994, que introduziu no sistema, por exemplo, o instituto da antecipação da tutela jurisdicional. Hoje, já ganhou, inclusive, o beneplácito da jurisprudência. 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 da defesa nos embargos e após a expropriação dos seus bens, quando a execução perecer por falta de pressupostos processuais, por exemplo. Nesses casos o juiz deve agir *ex officio* e se não o faz, o remédio apropriado é a exceção de pré-executividade. Embargos é sede própria para se discutir matéria de alta indagação. Matéria de ordem pública deve ser reconhecida pelo magistrado oficiosamente assim que receber os autos para o despacho inicial, se não o faz, resta ao executado lembrá-lo disso.

Palavras Chave: Execução. Exceção. Tutela jurisdicional.

SUMMARY

In this study, the institute of the Exception of Pré-Executividade will be treated, new for many, but in reality already used there is more than 50 years. It will try to demystify the execution process that a priori doesn't admit defense, especially in the debtor's seizures, what is a myth in the civil processualística. Before, however, and for best understanding, it will be made an abbreviation historical report, placing the institute in your place for-prio, in other words, incidentally in the executive process, independently of the seizure of goods of the executed. Before the use of the institute, consecrated and moulded for the hodierna give-overs, it just remained and so only the use of the seizures. Relatively to the defense of the executed, that is a basic universal warranty to every type of little process it was attempted after the procedural reform happened with the coming of the Law no. 5.869, of January 11, 1973, that changed our procedural right substantially. That without speaking of it mines reform of 1994, that it introduced in the system, for instance, the institute of the anticipation of the judicial tutors. Today, it already won, besides, I mention him/it of the jurisprudence. Every man that sees her improperly disputed he has the right of getting rid of the process the more possible abbreviation. She cannot admit that the executed can only be worth of the defense in the seizures and after the expropriation of your goods, when the execution perishes for lack of procedural presuppositions, for instance. In those cases the judge should act former officio and if he doesn't make him/it, the medicine applied is the pré-executividade exception. Seizures are own thirst to discuss matter of high inquiry. Matter of public order should be recognized as soon as by the magistrado officiosamente receives the solemnities for the initial ruling, if he/she doesn't make him/it, it remains to the executed to remind him/it of that.

Key words: Execution. Exception. He/she/you judicial tutors.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO 1 EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO.....	11
1.1 Considerações necessárias.....	11
1.2 Aspectos Históricos.....	17
1.2 Classificação das ações quanto ao provimento jurisdicional invocado.....	20
1.4 Breves Considerações sobre o Processo de Execução.....	21
CAPÍTULO 2 DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.....	27
2.1 Conceito.....	27
2.2 Fundamento.....	28
2.3 Casos mais freqüentes de sua aplicabilidade.....	29
2.4 Acolhimento Doutrinário e Jurisprudencial.....	31
2.4.1 Doutrina.....	35
2.4.2 Jurisprudência.....	39
2.5 Suporte Legal à Exceção de Pré-Executividade.....	43
2.6 Terminologia	44
2.7 Natureza Jurídica.....	47
2.8 Honorários e Custas.....	48
CAPÍTULO 3 USO DO INSTRUMENTO NA EXECUÇÃO FISCAL.....	50
3.1 Na Execução Fiscal.....	50
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	53
REFERÊNCIAS.....	55

INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem a intenção de busca, na nossa literatura jurídica, o mínimo de conhecimento em torno do que venha a ser a Exceção de Pré-executividade. Sem a pretensão de esgotar o assunto, mesmo porque esse não é o objetivo, tentará nos limites mínimos exigidos, dissecar da bibliografia disponível, informações úteis na montagem do trabalho. As opiniões de renomados autores mescladas na melhor doutrina serão trazidas à colação; a sempre vitoriosa jurisprudência dos nossos tribunais trará uma contribuição importante, pois é através dela que se constata a sedimentação do instituto no mundo jurídico. É claro que dispositivo de lei complementar não será apreciado por razões óbvias, mas não há nenhuma dúvida que no futuro bem próximo o nosso legislador ordinário haverá de contemplar a comunidade jurídica pátria com um diploma legal, importando no reconhecimento definitivo da exceção de pré-executividade, como instituto *erga omnes*.

A inexistência de previsão legal evidentemente possibilita o surgimento de diversidade de entendimentos do tema ora em discussão, daí vem o principal desafio do operador do direito que é o de condensar várias opiniões e extrair o convencimento sobre esse instrumento de defesa no processo de execução.

Como trabalho acadêmico, embora sem uma profunda discussão, buscará mostrar com espeque na Carta Magna, que o instrumento em enfoque tem em sua essência a finalidade de oferecer às partes igualdade quando estas procuram à prestação jurisdicional.

Como os demais ramos das Ciências Humanas, a ciência jurídica sofre

as constantes mutações, assim, não é demasiado exigir que o Magistrado diante de um caso concreto, a fim de evitar o cometimento de uma injustiça visível, fique apeado a uma regra técnica de direito positivo que não se evoluiu. Ademais, some-se a isso, uma antiga lição, segunda a qual: “o direito nasce do fato”.

A monografia é um trabalho de pesquisa teórica e será utilizado o método descritivo analítico, fundado na realidade jurídica contemporânea, e servirá de instrumento de avaliação formal para obtenção do título de especialista em direito processual civil.

No capítulo 1, será abordada a evolução do processo civil brasileiro, com as considerações que entendemos necessárias, os aspectos históricos, as classificações das ações quanto ao provimento invocado, algumas considerações sobre o processo de execução. Este último chamamos a atenção porque é em sede do processo de execução que se desenvolve a Exceção de Pré-executividade; o capítulo 2, cuidará da Exceção de Pré-executividade: seu conceito, seu fundamento, casos máos freqüentes de sua aplicabilidade, o acolhimento doutrinário e jurisprudencial, a doutrina, a jurisprudência, o suporte legal, a terminologia, a natureza jurídica e possibilidade de cobrança de honorários advocatícios. No capítulo 3, será tratada a viabilidade da utilização do instrumento em discussão nas execuções fiscais, assim como as considerações finais e as referências bibliográficas utilizadas na montagem do texto.

CAPÍTULO 1 EVOLUÇÃO DO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Como instrumento da exceção de pré-executividade ainda não está codificado, alguém pode supor que seria contra-senso trazer à baila o tema no processo civil. Entretanto, é importante a abordagem, tendo em vista a melhor compreensão frente ao processo civil, não perdendo de vista que a utilização do instrumento em tela é feita na fase de execução, conforme estabelece o Código de Processo Civil. Daí a importância de como se comporta diante do processo civil.

1.1 Considerações necessárias

É elementar para o operador do direito constatar ser o Processo de Execução o caminho pelo qual se postula reaver um crédito. Entretanto, o título a *priori*, há de ser líquido, certo e exigível (Arts. 584, 585 e 586 c/c Art. 618, I, todos do Código de 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-Juiz), em caso de não depósito imediato, entrega da coisa ou pagamento (arts. 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 mais, *após seguro o juízo* (Arts. 736 e 737 do Código de Processo Civil. Quando se fala em segurança do Juízo (pelo fato de o

Estado, na pessoa do juiz, legalmente tomar a vez do credor) quer dizer que deve haver penhora válida, realizada por Oficial de Justiça ou por livre nomeação do Devedor na execução por quantia certa, ou o 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.

Dificuldades maiores surgem quando o devedor é acionado de maneira inadequado e/ou precipitada, por defeitos do título, base da execução, por faltarlhe algum dos requisitos indispensável à sua constituição e por diversos outros motivos que no bojo do trabalho maior de demonstrará fartamente. Ai, a injustiça impera, atingindo seu ápice quando a lei reza que o devedor somente poderá defender-se após seguro o Juízo. Ora, esse é um ponto na legislação que de certa forma urge ser reformado, de outra forma, por não se coadunar com outros artigos dessa mesma norma (Código de Processo Civil), como por exemplo, com o artigo 620, que reza: Art. 620: "Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o Juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor."

Aliás, esse dispositivo é visto como "letra morta" pelo Magistrado. A execução na maioria das vezes sempre foi promovida da maneira mais árdua ao devedor, isso sem falar que quando o credor resolve executá-lo já o atingiu moralmente através da inserção do seu nome no rol dos maus pagadores (SERASA, SPC, etc).

Não há meio mais gravosos para o devedor que a indisponibilidade ou a retirada forçada dos seus bens. À sombra de diversos e renomados autores que

não pode o devedor padecer sem seus bens se a ação expropriativa é falha e deva ser extinta ainda no nascedouro. Mesmo porque o prosseguimento de uma demanda viciada somente traria prejuízos para a sociedade.

Têm nos ensinados autores renomados que após vários reclamos encetados pelos operadores do Direito como um todo, embasados evidentemente em boa doutrina nacional e comparada, precedentes históricos mundiais, bem como jurisprudências internacionais, que tribunais Brasileiros têm admitido que o devedor em casos específicos se defenda da ação executiva por simples petição de exceção de pré-executividade, o que muitos chamam de pequeno incidente de cognição restrita no processo de execução.

Alguns autores chegam inclusive a afirmar que o Interesse maior pelo tema surgiu devido ao fato desta matéria ainda ser nebulosa para diversos operadores do Direito. Tal ponto de vista é a expressão da verdade e facilmente aferido por aqueles que já têm um pouco de experiência nas lides forense facilmente, mesmo porque sendo a matéria pouco difundida, torna-se obscura por boa parte dos aplicadores do direito. E até ousa-se em afirmar que há no universo jurídico muitos que ignoram por completo tal instrumento devido ao aprendizado acadêmico ter-se limitado aos ditames do direito positivo.

Quanto aos provimentos jurisdicionais postos à disposição dos membros de uma sociedade, para a solução de suas quizilas, litígios e demais dissabores, uma vez que o Estado tomou para si essa incumbência, extinguindo-se a justiça privada, no Brasil vigoravam as Ordenações do Reino (diga-se Filipinas), por imposição Lusitana, o que perdurou por longa data, mesmo após a festejada independência.

Vale dizer que nessas Ordenações continham dispositivos cruéis, herdados das horrendas Ordálias e o Juízo de Deus, onde o submetido ficava à mercê de sua sorte, exposto ao ridículo e à humilhação de toda ordem. Isso se tivesse com sorte, porque, normalmente, era submetido a provas que culminavam com a retirada de sua vida. Por exemplo, escapar da cova dos leões como prova de que dizia a verdade.

Dower (1994, p. 9) leciona que:

No início da civilização imperava a lei do mais forte e a justiça selvagem. Os homens antigos procediam à execução das obrigações não cumpridas de maneira drástica e cruel, alcançando a pessoa do devedor: ao credor assistia o direito de ter o devedor como escravo e de vendê-lo para satisfação do seu crédito e até o direito de vida sobre ele. Não havia um processo regular de execução como acontece atualmente.

Mendonça Lima (apud DOWER, 1994), anteriormente citado, descreve pormenorizadamente como ocorria à execução primitiva, a saber:

Depois de 30 dias da condenação por sentença, o devedor (iudicatur) podia ser levado pelo credor a juízo, até violentamente. Nessa ocasião, o credor, depois de uma exortação clássica, colocava sua mão em qualquer das partes do corpo do devedor, exteriorizando sua apreensão. Ou o devedor pagava a dívida ou conseguia terceiro (vindex) que a solvesse. Em caso negativo, o credor conduzia o devedor para a prisão domiciliar, acorrentando-o (addictus); apregoava o valor do débito em três feiras seguidas, ensejando a liquidação por parentes ou por amigos do devedor. Não aparecendo ninguém, o credor podia matar o devedor ou vendê-lo como escravo além do Tibre (trans Tiberim), em terra dos etruscos (nenhum romano podia deixar de ser livre dentro dos limites de sua cidade...). Se, porém, houvesse muitos credores, estes tinham o direito de esquarterar o corpo do devedor, repartindo entre eles os

pedaços (LIMA, apud DOWER, 1994, p. 220).

Somente após o século II d.C., de Roma é que os meios executórios passaram aos bens do devedor, perdendo a forma pessoal.

Mas, devido a clamores e dada a modernidade que acenava, no século XIX, impondo a nova ordem econômica, advinda com a Revolução Industrial Francesa, com crescimento nunca antes visto, houve no Brasil várias tentativas de se criar normas decentes e conseqüentemente racionais. Surgiu o Código Comercial que ainda encontra-se em pleno vigor. E é claro, o Regulamento 737, surtido na época do Brasil Império, para discipliná-lo, continuando as questões cíveis a obedecerem ao que dispunha aos já arcaicos mandamentos das Ordenações e suas modificações posteriores, que segundo Greco Filho (1996, p. 68) "alcançaram um número tão grande se impôs uma consolidação elaborada pelo Conselheiro Ribas, e que entrou em vigor em 1876".

Mais tarde, como conseqüência da Proclamação da República, o citado Regulamento 737, outrora destinado apenas às relações de comércio, também passou a disciplinar as causas cíveis, permanecendo inalteradas as consolidações nos casos de jurisdição voluntária e diversos processos especiais.

Seguidamente a primeira Constituição Federal Republicana, devido a seus dispositivos legais, inspirados na Confederação da América do Norte, foi outorgado aos Estados-Membros poderes especiais para legislar em matéria processual, ficando aptos a elaborarem seus próprios códigos processuais e a organizar suas justiças, mantendo-se as disposições anteriores enquanto os

mesmos não criassem suas regras (Regulamento 737 e as Ordenações compiladas por Ribas).

Novamente, em 1934, devido a Constituição elaborada nesse ano, a competência para legislar em matéria processual voltou a ser de exclusividade da União Federal, quando os Estados da Bahia (1915), Minas Gerais (1916) e São Paulo (1930) já haviam criado suas normas processuais e com pleno vigor. Tal situação permaneceu até o ano de 1939, quando se promulgou em 18 de Setembro, pelo Decreto n.º 1.608, o Código de Processo Civil unificado, que vigorou em 1.º de Março de 1940.

Essa época foi de grandes reformas legislativas, sendo contemporâneos o Código de Processo Penal, o Código Penal, a Lei de Registros Públicos e outros diplomas significativos.

Em 1973, devido ao desencadeamento reformista, pelo ante projeto do professor Alfredo Buzaid (daí o nome Código Buzaid), sancionou-se um novo Código de Processo Civil, que vigorou somente a partir de 1.º de Janeiro de 1974, já com retificações produzidas pela Lei n.º 5.925/73. Em síntese, o novo Código de Processo Civil, já entrou em vigência com diversas retificações, com certeza necessária, dados os aplausos ao mesmo até pela comunidade internacional. Esse é o código de que ainda dispomos, apesar da mine reforma de 1994, com vigor a partir de 1995, onde o modernizou ainda mais, com a introdução do instituto da antecipação da tutela (art. 273 do CPC) e da ação monitória (1102a, 1102b e 1102c, todos do CPC), como lembra Friede (1996).

Esse código (1973) trouxe inegáveis conquistas com alto grau prático e científico, tais como o julgamento antecipado da lide, o poder cautelar geral do

magistrado, a denunciação da lide, o ônus da prova, a simplificação do sistema recursal, a classificação e distinção das causas de extinção do processo etc. É dividido em cinco livros: Do Processo de Conhecimento; Do Processo de Execução; Do Processo Cautelar, Dos Procedimentos Especiais e Das Disposições Finais e Transitórias. Possui o 1.º Livro 565 artigos, exatamente porque suas normas são aplicáveis aos demais quando não houver norma específica em contrário. Suas normas atuam em grande parte de forma geral a todos os processos cíveis (de conhecimento ou cognição, de execução, cautelar e procedimentos especiais).

Segundo o Professor Luiz Guelherme Marinoni (2004, p. 84), é através do processo de conhecimento que se procura uma definição do direito dos litigantes, ocasião em que o Estado, mediante o exercício da sua atividade jurisdicional, aplica a regra jurídica concreta, prevista em nosso ordenamento jurídico, fazendo atuar a exata vontade concreta da lei (pelo menos em tese), para solucionar o conflito. Através do processo de execução, é aquele em que o autor postula que um direito já declarado seja realizado, mediante atos concretos que *agredem o patrimônio do devedor* (g.n), para o efetivo pagamento do credor, através de uma sentença condenatória ou num documento ao qual a lei empresta a eficácia de tutela executiva, face ao não cumprimento espontâneo da sanção então existente, dando atuação à sanção. Através do processo cautelar, o Estado procura evitar óbices à declaração jurisdicional e à sua eventual execução, ou seja, é o processo das medidas judiciais necessárias para evitar que não sejam obstadas, nem a prestação jurisdicional, objeto do processo de conhecimento, nem a execução. Por isso que existe o instituto da penhora no processo de

execução, que possuindo características cautelares, procura-se assegurar o juízo a fim de que a execução não pereça. No processo de execução, existe, inclusive, o privilégio dos prazos; ela corre, por exemplo, nos recessos forenses até a penhora, dado o seu caráter cautelar, como dito anteriormente.

À primeira vista, parece uma celeuma, mas tudo se simplifica usando-se como critério a "exclusão". Se na norma especial não houver disposição ao caso concreto, aplica-se no que couber as disposições acerca do processo de conhecimento.

1.2 Aspectos Históricos

Pontes de Miranda foi quem, nos idos de 1996, abordou pela primeira vez a execução de pré-executividade, em célebre parecer elaborado a partir dos problemas pertinentes a pedidos de falência da Companhia Siderúrgica Mannesmann.

O parecer nº 95, a mais importante fonte do trabalho monográfico de Pontes de Miranda, está compilado na coleção Dez Anos de Pareceres e, segundo consta, os pedidos de decretação de abertura de falência foram indeferidos pelo juízo antes da penhora ou do depósito, sob o fundamento de que os processos eram baseados em títulos falsos.

Questionado se nas vinte e quatro horas para que o devedor pague sob pena de penhora, pode a empresa contra a qual se move à ação sustentar a falsidade do título ou dos títulos, independentemente do oferecimento de bens à penhora, respondeu o parecerista que sim, pois, no seu entender, "a alegação de

inexistência, da invalidade ou da ineficácia da sentença é alegável antes da expedição do mandado de penhora”.

Dessa forma, deixou claro o eminente processualista que a execução tem requisitos próprios, que podem e devem ser examinados antes da agressão ao patrimônio do devedor, de ofício ou por provocação da parte, cuja defesa não esta exaurido no conceito de “embargos do executado”.

Em contraposição á viabilidade exceção de pré-executividade idealizada por Pontes de Miranda, surge, posteriormente, parecer solicitado pela Copersúcar ao Dr. Alcides de Mendonça Lima.

Na ocasião da consulta a empresa figurava no pólo ativo de ação executiva por titulo extrajudicial, movida em face da Central Paulista de Açúcar e do Álcool e seus sócios, na qualidade de devedores solidários. O credito exequendo era representado por três notas promissórias, as quais foram dadas em garantia ao cumprimento de contrato celebrado entre as partes.

A exemplo do parecer de pontes de Miranda, o problema que ora se aborda gira em torno da exigibilidade dos títulos.

Em síntese, de um lado, alega a exequente a exigibilidade dos títulos, uma vez que seu vencimento ocorreu antecipadamente em decorrência de clausula contratual; e, de outro lado, alega a executada, via agravo de instrumento interposto contra despacho citatório, não serem os títulos aptos a dar ensejo à ação executiva válida.

As questões enfrentadas no parecer foram as seguintes: Conforme Revista Consulex - Ano V nº 108 pg 42, 15 de julho de 2001.

a) O despacho inicial, mandando citar a devedora para pagar ou

oferecer bens à penhora, pode, ou não, ser atacado por agravo, sem a medida constritiva?

b) A penhora é indispensável para ensejar a impugnação da devedora pelo agravo, ou, normalmente, por via de embargos?

Mendonça Lima (1979) argumenta, alicerçando-se nas seguintes premissas:

1 - no direito brasileiro, em virtude da posição de prevalência do credor, a única via de defesa do executado é o ajuizamento dos embargos. Desta prevalência, deriva o fato de só ser lícita discussão a respeito do título após a segurança do juízo.

2 - Somente se verifica contraditório no processo de execução em sentido amplo, ou seja, no conjunto formado pelo processo de execução dos embargos;

3 - Não existe no Direito brasileiro previsão para execução de pré- executividade ou para qualquer outra forma de impugnação do título executivo, independente do depósito ou penhora. Para ele, os argumentos de Pontes de Miranda servem como valioso subsidio de lege ferenda.

“A solução, portanto, tem de ser encontrada no direito positivo, nas normas legais precisas, mormente quando revelam uma constante nos textos, que se perde no tempo.”

4- a ré pretende reviver antigo meio de impugnação da execução outrora existente em Portugal; entretanto, mesmo neste país, era exigível a segurança do juízo para agravar despacho citatório da execução baseado na falta de pressuposto processual. Logo, “não cabe ao juiz, como aplicador da lei, ou ao advogado como, arauto das partes, invocarem o direito comparado, porque nesse é outra a diretriz por ausência de preceitos iguais aos nossos”.

5 - a discussão do mérito, da essência do título executivo, só é possível mediante a propositura de embargos, uma vez que se constitui em aprovação da apreciação de matéria de alta indagação.

Sem embargos do posicionamento externado pelo ilustre jurista Alcides

de Mendonça Lima, cremos que a lição de pontes de Miranda, contida no mencionado parecer nº 95, revela a melhor doutrina, conforme se demonstrará adiante.

Seja com for, o certo é que até hoje a polemica em torno da execução de pré-executividade permanece atual, o que, todavia, não tem vedado a utilização deste instrumento por advogados, e, nem mesmo, o seu acolhimento por juizes e tribunais.

1.3 Classificação das ações quanto ao provimento jurisdicional invocado

Podem ser, como já repisado, de conhecimento ou cognição, de execução e cautelares. As ações de conhecimento se subdividem em declaratórias, quando declarar a existência ou a inexistência de uma relação jurídica (p.ex. a inexistência de um débito); constitutivas, quando intencionar-se a criação, modificação ou a extinção de uma relação jurídica (uma separação judicial, p. ex.); e condenatórias, quando imporem uma sanção sob pena de execução coativa (quando condena em perdas e danos, p. ex.).

Para Vicente Greco Filho (1996, p. 94):

O rol de procedimentos especiais é taxativo, devendo constar expressamente do Código ou de leis especiais. Se a lei não estabelecer procedimento especial para determinado tipo de bem jurídico pretendido, verifica-se, então, se a hipótese se enquadra no procedimento sumário, conforme o rol do art. 275, não havendo, ai, também previsão para o tema versado, o procedimento é ordinário.

Para os procedimentos especiais (arts. 890 a 1210 do CPC) são divididos em especiais e de jurisdição voluntária, levando-se em consideração a natureza da atividade jurisdicional, se em face de uma lide ou conflito de interesses, ou se em face de negócios jurídicos privados que a norma prevê sejam fiscalizados judicialmente, dado o interesse público. É comum dizer-se, também, que nos procedimentos de jurisdição voluntária não existem partes e sim somente interessados. Qualquer discórdia levará ao contencioso administrativo e quiçá às vias ordinárias.

1.4 Considerações sobre o Processo de Execução na atual Processualística

Como já frisado, e sem a intenção de tecer maiores comentários acerca dos provimentos jurisdicionais postos à disposição das partes num litígio, contidos na nossa lei adjetiva civil, nos restringiremos 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 (art. 584, I a IV, do CPC); como em título extrajudicial, originado de ato da vontade das partes, representando uma obrigação, segundo o rol do art. 585, do Código de Processo Civil, *que doravante será simplesmente chamado de CPC*, sempre se busca *a priori* garantir o Juízo com uma penhora ou com um depósito, ambos onerando e indisponibilizando bens do devedor.

Pontes de Miranda *apud* Assis (2000, p. 82) afirma: *A força executiva*

retira valor que está no patrimônio do demandado, ou dos demandados, e põe-no no patrimônio do demandante (g.n). Tudo isso, é evidente, que se dará quando, citado o executado, este não efetivar o pagamento estampado no título, porque o fazendo a ação executiva deixará de existir (art. 794, I, do CPC). Em outras palavras, somente passa a existir a ação executiva em virtude do inadimplemento do título, na ordem inversa, não teríamos ação executiva.

Na mesma linha de raciocínio, Alberto Camiña Moreira (2000) diz que nas execuções forçadas, o Estado executa pelo que devia executar: o Estado 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 de ação de execução é a existência de título executivo, que pode ser identificado como o ato ou fato a que a lei atribui (na maioria 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 n.º 5.869, de 11 de Janeiro de 1973, instituidora da reforma do Código de Processo Civil, e, isso, *somente* após ofertar (ou ter constringidos) 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 no artigo 741 ou 745, insurge-se contra a expropriatória por meio de *embargos do devedor*, que pela maioria esmagadora dos doutrinadores, se revestem de natureza de ação de conhecimento incidental.

Outros, não se constituindo maioria, entendem que sua natureza é dúplice, vendo-o como forma de defesa, discussão na qual não se adentra este monográfico, mesmo porque se vislumbra irrelevante dada a simplicidade do estudo. Todavia, é importante frisar que os embargos se constituem na única via estabelecida no Código de Processo civil, de que dispõe o executado para entrar na execução, para se opor a esta e para, com uma outra ação, obstar, se possível, o processo de execução, ou, pelo menos, desfazer a eficácia do título executório.

O Código vigente estabelece que devam 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.

E para que os embargos assumam a natureza jurídica de ação

autônoma, deve preencher as condições da ação, ou seja: a possibilidade jurídica do pedido, o interesse de agir e a legitimidade da parte (art. 267, VI do Código de Processo Civil). Ademais, não se pode olvidar os pressupostos processuais da ação, que são: a competência do juízo, a capacidade das partes e a forma adequada de 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, 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 (art. 580).

Ora, o art. 737, do CPC estabelece 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 (inc. II, art. 737). O Juízo terá assim a garantia de que em sendo improcedente os embargos, será possível a satisfação do crédito do exequente. É importante ressaltar que se Juiz não exigir a segurança, ou seja se admitir embargos sem a nomeação à penhora, enseja a interposição de *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 art. 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 divisa exequenda. Há casos em que o executado dispõe de outros bens, entretanto o bem oferecido não cobre o valor do título, nessa condição o exequente valer-se-á de uma petição postulando o reforço de penhora.

Por outro lado ensina Rita Dias Nolasco (2004, p. 155), que na impossibilidade do executado atender ao requisito da segurança do Juízo, por não possuir bens penhoráveis, tal exigência, excepcionalmente, deve ser considerada inconstitucional por impedir o acesso à justiça, constituindo grave e desnecessária limitação ao direito de ação do executado (embargos à execução), e não contribui em nada para assegurar o direito de ação (executiva) do credor...”

A tempestividade é outro requisito nuclear 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...* (art. 739, I) O art. 738, esclarece que *o devedor oferecerá embargos no prazo de 10 (dez) dias, contados...* Nesse sentido, a contagem do prazo começava a fluir a partir da juntada aos autos da prova de intimação da penhora, em se tratando de execução por quantia certa (inc. I, do art. 738). Quando, todavia, *for aceita a nomeação de bens à penhora, o prazo correrá da data em que for elaborado o respectivo termo.* (inc. II, art. 738).

Em caso de execução para entrega de coisa, conta-se o prazo a partir *da juntada aos autos do mandado de imissão de posse, ou de busca e apreensão* (inc. III, art. 738) Por fim, nos casos de execução de fazer ou de não fazer, o prazo do decêndio inicia-se a partir *da juntada aos autos do mandado de citação* (inc. IV,

art. 738). Ademais, não se aplica aos embargos o que estabelece os arts. 188 e 241, III, todos do Código de Processo Civil.

Vale lembrar que no caso de execução fiscal, consoante preceitua o art. 16 da Lei n. 6.830/80, o prazo é de 30 (trinta) dias.

Ainda que sem a profundidade necessária, os casos dos incisos insertos no art. 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 art. 622, força-nos à leitura do art. 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? Claro que não. *Tem o executado, 10 dias para entregar a coisa e, uma vez entregue, abre-se automaticamente a contagem de mais 10 dias para embargar..*

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

No tocante ao inciso IV, do art. 738, nada há que se falar em segurança do juiz. Ressalte-se a inaplicabilidade do art. 221, inciso I, que diz: *A citação far-se-á: I - pelo correio.* É que o art. 222, com a redação dada pela Lei n. 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 deste varia de 20 a 60 dias (art. 232, IV).

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

Porém, é de indagar-se: só os embargos prestam-se a tal desiderato? Não 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? E a norma é tão severa no sentido contrário, que sempre se refere ao executado como devedor, o que, de certa forma já se traduz num pré-julgamento. A boa doutrina é que criou o termo executado. Mas, seguramente, podemos afirmar que sim aos questionamentos. Trata-se do remédio doutrinário, que vem enraizando em nossa 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 de Alberto Camiña Moreira (op. cit).

CAPÍTULO 2 DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Aqui, será tratado o tema central deste trabalho monográfico, conceituando de forma objetiva o instituto da pré-executividade, com seu fundamento nuclear, casos mais freqüentes de sua aplicabilidade, sua gênese e acolhimento doutrinário e jurisprudencial, seu suporte legal, sua natureza jurídica e discussão acerca da possibilidade de se arbitrar honorários e custas judiciais.

2.1 Conceito

A exceção de pré-executividade é um instrumento utilizado no processo de execução, pelo executado, como forma de evitar violência aos bens integrantes de seu patrimônio, dispensando a segurança prévia do Juízo. É, portanto um instrumento de defesa do executado. Trata-se de uma construção patrocinada pelos processualistas, albergada pela jurisprudência, de aceitação quase pacífica entre os operadores do direito pátrio. Visa proporcionar ao demandado no processo de execução resistência aos atos executórios irregulares, levando ao conhecimento do Juiz as nulidades detectadas apresentadas.

Apesar de reconhecer que boa parte da doutrina analisa a questão por um prisma mais amplo, entende-se aconselhável optar por um conceito conciso, até porque a simples alegação da nulidade incidentalmente à execução não autoriza, por si só, a suspensão do processo executivo, pois, para esse fim específico, seria necessário o reconhecimento expresso da verossimilhança da nulidade pelo Juízo ou a interposição de embargos. Dito isso, é importante

informar que a definição supra, fora extraída de leituras de vários textos consultados relacionados nas referências bibliográficas, que resultaram na construção da definição, pelo que entende satisfazer aos objetivos do trabalho.

2.2 Fundamento

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

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

Da combinação dos permissivos acima codificados, esboça-se nos nossos Tribunais a possibilidade, em casos específicos, de o executado insurgir-se contra o despacho 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 do 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 onde se patenteia a ausência de condições da ação, exemplificativamente 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, hipótese 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 exeqüente, 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, lhe não concede.

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, compreende-se.

Ai, 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-lhe o crédito, sem que posse ele apresentar a defesa de que, talvez, já tenha pagado o título ou de que realmente nada deva.

Daí porque, sendo o Brasil um Estado Democrático de Direito, conforme se vê do disposto no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, a qual, seguramente, oferece o mais amplo elenco de direitos e garantias fundamentais, não se justifica tal posição.

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. Não se tolera mais a interpretação usando a letra fria da lei, ou operadores apeados às regras técnicas de direito que não se evoluíram. A lei deve ser imposta quando e como o interesse da sociedade exige,

e nunca ao arrepio do bem-estar geral. Diniz (1996, p.132), comentando o art. 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 ocorre à 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 à 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 é 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 vão 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 Acolhimento Doutrinário e Jurisprudencial

Atualmente é pacífica versão de que foi efetivamente que foi 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 e Belo Horizonte, mais pedidos de falências, todos embasados em títulos executivos que continham assinatura falsa

de um de seus diretores. Foi o parecer do já consagrado jurista:

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). Sua sentença, em sentido lato, encerra séria advertência, na linha do que disse Carnelutti, sobre o perigo da atividade executiva.

Essa não é a primeira manifestação que admite defesa interna ao processo de execução. Pontes de Miranda *apud Alberto Camiña Moreira (op. cit)* já a admitia independentemente de embargos, para quem "onde 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)".

Vicente Greco Filho Dantas (*apud MOREIRA, op. cit, p.22*), dá como raiz histórica da exceção de pré-executividade o Decreto Imperial n. 9.885 de 1888, art. 10 e 31. O art. 10 rezava:

Comparecendo o réu para se defender, antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o Juízo, salva a hipótese do art. 31. Esse dispositivo, por seu turno, estatuiu: Considerar-se-á extinta a execução, sem mais necessidade de quitação nos autos, ou de sentença ou termo de extinção, juntando-se em qualquer tempo ao feito: 1º Documento autentico de haver sido paga a respectiva importância na Repartição fiscal arrecadadora; 2º Certidão da anulação da dívida, passada pela Repartição fiscal arrecadadora, na forma do art. 12, parágrafo único; 3º 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, inserido no capítulo d executivo fiscal, enquanto o art. 31 do decreto imperial está inserido no capítulo da extinção da execução, o que é impróprio.

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...* (Alberto Camiña Moreira, *op. cit.*, p.23).

O excesso de formalismo (exigência da penhora, do depósito ou da imissão na posse, mesmo em caso de nulidade do título não sentencial) para apresentação de 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 (art. 154, do CPC).

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*. Nesse sentido não se pode perder de vista que dois princípios podem ser utilizados pelo julgador quando da aplicação da lei: da proporcionalidade e da razoabilidade.

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, isto é, nos próprios autos. Pode desde logo o Magistrado de *ofício* declarar logo quando receber a petição de execução, por se tratar de matéria de ordem pública, usando assim o Juiz de admissibilidade, saneando a prestação jurisdicional desde o princípio.

Esclareça-se que isso somente não é possível na execução trabalhista, porque não há petição inicial na execução, essa fase inicia-se por meio do impulso estatal, onde após os cálculos de liquidação o juiz determina a expedição do mandado de citação, nos termos do artigo 880 da consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Isso não significa dizer que a Exceção de pré-executividade não possa ser utilizada no processo trabalhista. Excepcionalmente, o executado pode se valer do instituto nas hipóteses de nulidade da execução, pagamento, transação, novação, etc. Vale lembrar que na execução trabalhista os embargos à execução processam-se nos próprios autos, diferentemente do processo civil que, como vista anteriormente, os embargos do devedor são processados em autos apartados, isto, é, constituem ação autônoma incidental.

2.4.1 Doutrina

A doutrina ao longo dos anos vem se solidificando, recebendo, inclusive, adesões de grandes nomes na defesa da 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 da execução, ex-vi dos artigos 267, § 3.º; 585, II; 586; 618, I; 267; 586, II do Código de Processo Civil.

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.

E a essa orientação somam, dentre outros, Alcides Mendonça Lima (1979, p.359), chama a atenção:

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. (art. 267, VI).

Para em seguida arrematar (*op. cit.*, p. 372):

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-o ao ônus de ter de embargar, se o juiz, ex-officio, não trancar o processo, indeferindo o pedido.

Com muita precisão, recomenda de Humberto Theodoro Júnior (*op. cit.*, p.144): "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".

Comentando o dispositivo do estatuto processual (CPC, 681, I), Theotonio Negrão, com respaldo na jurisprudência registra que:

A nulidade da execução pode ser alegada a todo tempo, desde que ausentes os requisitos do art. 586 (RT 717/187). Sua arguição não requer segurança do juízo (v. art. 737, nota 4), nem exige a apresentação de embargos à execução (RSTJ 85/256; STJ-RT 671/187, maioria; STJ-RT 733/175; RT 596/146, JTJ 157/214, 158/181, JTA 95/128, 107/230, LEX-JTA 619/315, RJTAMG 17/111. Deve ser decretada de ofício (STJ-RT 671/187, maioria; STJ-3.^a 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 (NEGRÃO, 2000, p. 663).

Humberto Theodoro Junior (*op. cit* p??????), 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 de conformidade com o que vem estampando no art. 586 do CPC.

Assim, cabe ao órgão judicial examinar a petição inicial de execução, usando inclusive as prerrogativas do exercício de admissibilidade ou assim como 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 (art. 616). Também a indeferirá em qualquer das hipóteses do art. 295, aplicáveis ao processo executivo.

Esta distinção, aliás, transparece nítida da 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.

A esse respeito a melhor leitura tem Rita Dias Nolasco (2004, p. 214):

O juiz não poderá deixar de extinguir o processo quando lhe faltar qualquer dos pressupostos processuais (art. 267, IV), combinado com artigo 598, do CPC. Nenhum problema existiria se a atividade, desenvolvida pelo juiz no momento do despacho inicial na execução, fosse infalível. Jamais alguém estaria sujeito a uma invasão do patrimônio que não decorresse de processo executivo, com estreita observância do princípio do devido processo legal.

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, cairíamos 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 inerte. Ora, o código de processo civil lhe impõe, no art. 125, III, que previna ou reprima qualquer ato contrário à dignidade da Justiça, e, no art. 129, que obste a fraude, como imperativo elementar da própria autoridade.

Daí porque diversos doutrinadores, dentre os quais destaca-se Araken de Assis (2000), sob os nomes de *oposição pré-processual*, *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, *a olho nu*, do requisito de executividade do título executivo, como por exemplo, título sem assinatura do devedor, dentro 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 exeqüente, ao distribuir a sua inicial, quanto 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 de maus devedores.

Se se tratar 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 das suas atividades (prejuízos materiais e psicológicos, diga-se

morais, de seus diretores).

Portanto, se o *pseudo 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 empeça, 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.

É natural que se o devedor exibindo título devidamente quitado, justo que dê oportunidade para opor-se à execução injusta, sem o constrangimento da penhora, como já há decisões para esses os casos excepcionais:

EXECUÇÃO - EMBARGOS DO DEVEDOR - RECONHECIMENTO SEM PRÉVIA SEGURANÇA DO JUÍZO - HIPÓTESE DE ADMISSIBILIDADE. É de provisão legal que não serão admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo pela penhora, na execução por quantia certa - art. 737, inc. I, do CPC. Mas, se não há provas da constrição de bens do devedor por se ter extraviada a carta precatória com esse objetivo, é de ser acolhida a prova inconcussa de pagamento, promovida pelo executado e corroborada por informação da Coletoria Estadual. (1º TA de São Paulo, em ADCOAS. Ano 1977, n.º 501.)

Na mesma ordem é a vasta e preponderante jurisprudência, que ora se colaciona através de ementários:

PROCESSO CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROCESSO DE EXECUÇÃO - EMBARGOS DO DEVEDOR - NULIDADE - VÍCIO FUNDAMENTAL - ARGUIÇÃO NOS PRÓPRIOS AUTOS DA EXECUÇÃO - CABIMENTO - ARTIGOS 267, § 3.º; 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 n.º 13.960 - SP, in R. Sup. Trib. Just., Brasília, 4, dezembro de 1992).

O Superior Tribunal de Justiça, quando do julgamento do Resp. 3.264-PR, 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. 9RT 671/187, Rel. Min. Eduardo Ribeiro".

Em inúmeros julgados o Tribunal de Alçada Civil de São Paulo tem decidido de forma reiteradas, *in verbis*:

Ora, a execução, em qualquer de suas modalidades, além de submeter-se às normas gerais que regem o processo de conhecimento, invocáveis subsidiariamente (art. 586), fica subordinado, igualmente, a regra própria que podem ser especiais, se somente se referem em particular a uma delas.

No extinto Tribunal Federal de Recursos - TFR, em acórdão da lavra do Ministro Moacir Catunda, *verbacim*:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. Tratando-se de execução aparelhada com base em título nulo, por falta dos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, admitem-se embargos do devedor, antes de seguro o juízo, por penhora - Código de Processo Civil - artigos 737, 618, I e LEF, artigo 16, § 1.º

A extinta Corte de justiça julgando um incidente de uniformização de jurisprudência, no AI n.º 41.165-SP (RT), proferiu decisão que ratifica o teor da acórdão supra mencionado, cujo teor da ementa se transcreve:

Independentemente da oposição de embargos do devedor, o executado pode também exercer defesa na própria execução, no que diz com matéria estranha ao objeto daqueles (CPC, art. 471), a fim de pugnar para que a mesma se contenha em seus limites legais, de modo a não causar dano desnecessário.

O 2.º Tribunal de Alçada Cível do Estado de São Paulo, em célebre julgamento pacificou o entendimento, que neste se transcreve:

Ora, a execução, em qualquer de suas modalidades, além de submeter-se às normas gerais que regem o processo de conhecimento, invocáveis subsidiariamente (art. 586), fica subordinada, igualmente, a regras próprias que podem ser especiais, se somente se referem em particular a uma delas. Daí afirmar Alcides de Mendonça Lima, em seus "Comentários ao Código de Processo Civil", Forense, n.º 1.481, que 'os n.ºs I e III (do art. 618 do CPC) configuram caso de 'condições de 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 pretensão executiva (g.n).

Em outro ponto reverbera:

Pode, pois, a parte alegar a nulidade da execução, independentemente de embargos do devedor, como pode, e na verdade deve, o juiz, conhecer da inexistência dessas condições a gerar nulidade, de ofício. Primoroso, nesse sentido, a lição de José Alberto dos Reis, ao examinar o Código Civil português, em tudo e por tudo semelhante ao nosso. A p. 190, de seu Processo de Execução (vol. 1º, 2º. Ed. Coimbra, 1959) entende que entre os casos nos quais 'o juiz pode e deve indeferir in limine a petição inicial do exequente' (p. 191), figura-a de inexecuibilidade do título, adiantando o 'caso nítido de inexecuibilidade do título é o de se promover a execução com base num documento que não tenha eficácia executiva, isto é, não reúna os requisitos formais e substanciais exigidos pela lei para ser considerado título executivo.

Merecendo registro pela salutar lição, trecho da v. decisão:

O título executório é o pressuposto ou condição geral de qualquer execução e, pois, da execução forçada: nulla executio sine titulo. Como anota CHIOVENDA, se um título executório não se afigura existente, o ato executivo tem de ser por ele (órgão executivo) recusado, como se recusa a sentença favorável, se a ação falta (op. cit., pág. 310). Assim, sendo próprio título executivo resultar, de forma clara, a um exame superficial do juiz, de que lhe falta um requisito exigido por lei como pressuposto de sua validade ou existência, ou de sua executoriedade, o juiz, na lição de PONTES DE MIRANDA (in Comentários do CPC, 1076, Tomo IX, p. 220), ao despachar a inicial, deve indeferi-la, liminarmente, pois lhe cabe o dever de exame. Qual anota

CHIOVENDA, acerca da ação de execução, existirá sempre alguma dose de cognição. Ora, na espécie, a recorrida, desde logo, invocou o vencimento antecipado dos títulos como que instruiu a ação, certo não estavam eles ainda vencidos. Não possuíram os títulos, sequer um deles, requisito essencial à sua exequoriedade, eis que a obrigação do devedor não vencera, qual fluía da data do vencimento nas cártulas. A credora, entretanto, buscou afirmar-se na alegação de um vencimento antecipado do débito, invocando inadimplemento das devedoras, quando a obrigação constante de protocolo com confissão de dívida, dado que se recusaram a entregar, na expressão da inicial, sua produção da safra de 1980/1981, à Cooperativa, para efeito de comercialização em comum. Essa causa de vencimento antecipado, entretanto, estava pendente de controvérsia em juízo próprio. Daí não caber admitir, como revestidos de executividade, os títulos extrajudiciais, objeto de execução. (In JSTF - Lex 90/69-96, protocolado pela C. 1.^a Turma do Pretório Excelso ao apreciar o RE 100.397.9-SP, dando-lhe provimento para julgar extinta a execução, sem a realização da penhora, reformando o v. aresto recorrido, que houvera ordenado o seguimento da execução por valor reduzido, tendo ficado vencido o eminente Min. Soares Munõz e com votos vencedores dos insignes Mins. Oscar Corrêa (relator para o acórdão), Néri da Silveira e Rafael Mayer. (Revista Lex). (g.n)

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 dispostos nos incisos XXXV e LV da Carta Magna em vigor, garante a resposta a toda acusação e a integridade da defesa no processo penal, no processo civil (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 norma 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 de liquidez, certeza e exigibilidade que devem estar presentes em todo título não-sentencial, destinados à proteção jurídica do devedor.

Também, infere-se que do despacho inaugural ordinatório de citação numa execução contra devedor solvente pode ser atacado pelo devedor antes de adentrar ao processo de execução e para evitar a penhora, desde que ausentes quaisquer dos requisitos enunciados no art. 586 do CPC, que são as condições da execução forçada, podendo, inclusive, ensejar pedido de arguição de nulidade, através do instituto ora estudado, e, uma vez não recebido pelo Juiz, a decisão deve ser atacada através do recurso de agravo de instrumento ou mandado de segurança, conforme o caso concreto, visando a trancar, de pronto, o feito executório.

2.5 Suporte Legal à Exceção de Pré-Executividade

Os que advogam favorável ao instrumento 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”. Entretanto, não há efetivamente no nosso ordenamento jurídico um diploma legal

expresso sobre a mencionada matéria. Todavia é possível que nas próximas alterações na lei adjetiva civil tenhamos à disposição o tema devidamente regulamentado.

Ao operador do direito, a primeira vista, parece difícil a utilização de tal instrumento pela falta de dispositivo legal, no entanto como nos ensina a boa doutrina, não deve haver lacuna na lei quando é possível extrair-se da mesma com auxílio da hermenêutica, resposta a uma questão jurídica. Basta uma interpretação simples, pode-se ensejar a exceção de pré-executividade. Não há espaço no processo para lacuna impreenchível. Como a ciência Jurídica é dinâmica, no processo não seria racional pensar na prestação jurisdicional incompleta. Moreira (*op. cit.*).

Não demasiado lembrar que a doutrina é unânime, que os que os pressupostos processuais e as condições da ação, tanto serão utilizados nas ações de conhecimento como nas de execução.

2.6 Terminologia

O consagrado processualista Pontes de Miranda, o idealizador do instrumento, conforme afirmação retro, empregou a denominação “exceção pré-processual ou processual”, afirmando: “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 arbitrariedade de penhorar bens de quem não estava exposto à ação executiva (...) a penhora ou o depósito somente é de exigir-se para oposição de embargos do executivo; não para a oposição das exceções e de

preliminares concernente à falta de eficácia executiva do título extrajudicial ou da sentença”. Como se observa embora tenha sido Pontes de Miranda o idealizador do instrumento, não fora ele o mesmo que cunhou a denominação hoje conhecida como exceção de pré-executividade.

Para Humberto Theodoro Junior (1996), 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.

Essa forma excepcional de defesa foi chamada por Galeno Lacerda e José Frederico Marques de oposição pré-processual; pelo que vimos o Professor Arakem de Assis, salvo engano foi o primeiro a admitir a denominação exceção de pré-executividade. Seguido por Vicente Greco Filho e Luiz Edmundo Appel Bojunga. Para Marcos Valls Feu Rosa, critica essa denominação, argumentando que ela se deu porque Pontes de Miranda, o seu autor propôs quando estava em vigência o Código de Processo Civil de 1939, e pelo citado diploma legal a expressão “exceção abrangia “toda e qualquer defesa do réu”. José Carlos Barbosa Moreira também critica a expressão “exceção”, apontando que melhor seria falar em “não executividade” Nelson Nery Júnior afirma que exceção de pré-executividade é imprópria e defende que correto seria objeção de pré-executividade. Rita Dias Nolasco (2004, p. 193/194).

Para a festejada autora supra mencionada, a discussão doutrinária a respeito da terminologia é completamente inócua. Firmando por fim seu convencimento de que pouco importa como se chama a exceção de pré-executividade, o que importa é ser bem conhecida a sua essência.

Pelo que se estudou no que tange as teses levantadas, surge uma indagação que alguns citam para chamar a atenção dos que desejam fixar sua posição: seria objeção de execução - ou seria à execução? - Um segmento da doutrina ensina que existem dois momentos: o que preexiste à penhora e o posterior a esta. Em regra, as alegações são trazidas ao juiz assim que inicia a execução até que expire o prazo para pagar ou garantir a execução. Todavia, nada impede trazer a parte suas questões depois de decorrido o prazo de aforamento dos embargos, em hipótese de pressupostos processuais e condições da ação, pois tais matérias não são preclusivas (art. 267, § 3º, do CPC). Estas são as que podemos dar alcunha de objeções executivas em oposição as primeiras, objeções de pré-executividade.

Como se trata de teses doutrinárias, aos observadores cabe a tarefa de respeitá-las, entretanto, não há como absorver tais ensinamentos. Assim, efetivamente, compreende-se que o uso do instrumento poderá ser em qualquer momento da ação executiva (não tem prazo), diferentemente dos embargos à execução, que tem prazo preclusivo. O que não se aceita, é que para os dois momentos distintos haja terminologia diferente. Portando é imperioso reconhecer que seja qual for o momento processual que se pretenda fazer uso do instrumento, a denominação será sempre exceção de pré-executividade.

Vejamos agora o entendimento de Humberto Theodoro Junior. (1998, p. 5):

Mostrando-se visivelmente nulo o título executivo 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 do uso 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. É justamente a isso que se visa com o possibilitar que o 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.

Não se trata se tratar de defesa propriamente dita, mais porque o contraditório é sumário na execução e, embora se permita à 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.

2.7 Natureza Jurídica

Para a maioria dos doutrinadores a exceção de pré-executividade não é um instrumento de defesa, posto que defesa (contestação) está restrito ao

processo de conhecimento e cautelar. E as resposta do réu são a contestação, a reconvenção e a exceção; no processo de execução somente é cabível esta última , nos casos de competência e à imparcialidade do órgão jurisdicional.

Rita Dias Nolasco (2004, p194) apoiada no magistério de Marcos Feu Rosa assegura que considera a exceção de pré-executividade como “um instrumento de provocação do órgão jurisdicional, através do qual se requer manifestação acerca dos requisitos da execução” Olavo de Oliveira Neto citado pela doutrinadora acima mencionada observa que “o incidente de pré-executividade não pode ser concebido como uma exceção no sentido estrito, conforme as exceções previstas no CPC (como já dissemos, o termo exceção aí deve ser entendido no sentido amplo de defesa), também não se trata de contestação nem reconvenção (a defesa do executado e dos terceiros na execução forçada, p. 119).”

De fato, como ensina a festejada processualista pois sob o prisma do devedor ou daquele que figurar no pólo passivo não deixa de ser uma defesa, como de resistir à execução. Para Alberto Camiña Moreira, (cit. p. 194), a exceção de pr[e-executividade é “incidente defensivo”,

A exceção de pré-executividade realmente é um momento novo no processo, constituído por atos não previstos em lei, fora portanto da processualística, daí tem-se como incidente.

Rita Dias Nolasco (2004, p. 195) após tecer vasto comentário chegou a conclusão de que a natureza jurídica da exceção de pré-executividade é de incidente processual, pelo que acompanha a maioria.

2.8 Honorários e Custas

O § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil que são cabíveis honorários advocatícios na execução. Pelo que se compreende que uma vez acolhida a exceção de pré-executividade, extinguido à execução o exeqüente deve arcar com os honorários da sucumbência e custas processuais, até porque é uma consequência natural, derivados sempre de uma sentença.

É salutar que ficar bem claro que a exceção de pré-executividade, uma vez vencedora, e sendo ela oposta próprios autos, fatalmente o resultado é a extinção da execução, através do pronunciamento judicial (sentença). Nesta deverá conter os limites da condenação onde não devem estar ausentes a imposição da verba honorária e as custas processuais. Da mesma forma acontece nos embargos do devedor, uma vez procedentes, com uma diferença: de que esses correm em apenso, como ação autônoma. Por outro lado, uma vez sendo julgado improcedente a exceção de pré-executividade, não que falar em condenação de honorários advocatícios muito menos em custas processuais, uma que não extinta a execução, a exceção tem caráter de incidente processual, descabendo assim, as verbas da sucumbência. Nesse caso o processo tem o seu curso normal com a penhora dos bens do devedor e a abertura para oposição de embargos no prazo legal.

Julgamento do 2.º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo sela o acima exposto:

Para ter direito aos honorários advocatícios resultantes da sucumbência, não é necessário que a defesa oposta pelo devedor em execução contra si proposta, seja necessariamente articulada por via de embargos. São eles também devidos quando, em determinadas situações - como aquelas em que se discutem questões atinentes à admissibilidade do processo de execução e que se relacionam com os pressupostos processuais e as condições da ação - essa mesma defesa prévia é feita via de exceção de pré-executividade nos próprios autos da ação.

Alberto Camiña Moreira (*op. cit*) comenta que até o STJ já acabou de reconhecer o direito aos honorários de advogado ao executado que se defendeu, e venceu, por meio da exceção de pré-executividade: *I - O sistema processual civil vigente, em sede de honorários advocatícios, funda-se em critério objetivo, resultante da sucumbência. II - Extinguindo-se a execução por iniciativa dos devedores, ainda que em decorrência de exceção de pré-executividade, devida é a verba honorária (g.n).* É óbvio, pois, citado o devedor, este teve de contratar advogado para a sua defesa, impondo custos que devem ser ressarcidos integralmente.

CAPÍTULO 3 USO DO INSTRUMENTO NA EXECUÇÃO FISCAL

Como não poderia deixar de ser, é de se fazer breve comentário sobre a possibilidade de se argüir, incidentalmente, a exceção de pré-executividade, também no processo de execução fiscal, que dadas as suas particularidades. Considerando, que o ente público no pólo passivo, o procedimento é diferente do movido contra o particular, e em virtude da supremacia do interesse público sobre o individual a Fazenda Pública goza de privilégios e prerrogativas. Assim, a execução contra os órgãos públicos obedece o rito previsto nos artigos 730/731, do Código de Processo Civil; no que tange a execução, em que figure a Fazenda Pública na condição de credor (ativo), o rito é o estabelecido na Lei de Execução Fiscal. Ambos diplomas não trouxeram em seu bojo o instituto enfocado.

3.1 Na Execução Fiscal

A forma excepcional de defesa na forma como fora idealizada pelo seu criador, objetiva segundo Rita Dias Nolasco (2004, p 249) obstar a execução injusta, abusiva ou flagrantemente ilegal, e é cabível em qualquer espécie de execução, ainda mais na execução fiscal, que, como espécie de execução por quantia certa contra devedor solvente, prevê a garantia do juízo pela penhora, o depósito em dinheiro ou fiança bancária.

Diante do que fora exposto, de forma bastante didática, não resta dúvida que essa forma de defesa direta do executado, deve ser utilizada para atacar a execução fiscal, sob a alegação de pagamento, imunidade, isenção,

remissão, anistia, compensação anteriormente efetuada, defeito formal na formação do título apto a inutiliza-lo, prescrição, decadência, incompetência absoluta, além das condições de ação e pressupostos processuais.

Na esteira dessa tese, o Tribunal Regional Federal da 4.^a Região, assim julgou:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. 1. A exceção de pré-executividade é um incidente a ser exercitado pelo devedor dentro do próprio processo executivo, que vem sendo admitido na doutrina e jurisprudência, quando se mostrar flagrante a ausência de executividade do título, ou a existência de alguma nulidade. 2. Pretendendo a agravante questionar o próprio crédito tributário, faz-se necessário o manejo de embargos do devedor. (TRF 4.^a Região, RS, 2.^a Turma, AG 97.04.46840-7 Rel. Juíza Tânia Terezinha Cardoso Escobar, DJU 21.01.1998, p. 330).

Observe-se que esse agravo foi julgado improcedente apenas porque se tentou nele discutir matéria de mérito dos embargos. Na exceção de pré-executividade deve-se abordar apenas as nulidades que resultam, precisamente, da infração a um preceito cogente e imperativo, motivo pelo qual a matéria a ser ferida por meio dessa modalidade de exceção deverá ser, eminentemente, de ordem pública, que ataque a falhas formais tão somente, declarável como aqui já se disse várias vezes, *ex officio* e não sujeita a preclusão e, ainda, não requerendo qualquer dilação probatória, pelo que *impõe-se prova documental cabal e inequívoca, atestando a imprestabilidade da execução*. Além disso, os ditames da *transparência, legalidade e regularidade*, segundo Meirelles (2003), da

inscrição efetivada autorizam o uso da exceção da pré-executividade na execução fiscal que não esteja acorde aos princípios. Destina-se, ela, a atacar a própria executividade do título, denunciando a ausência das condições da ação ou dos pressupostos de constituição e desenvolvimento válido do processo executivo, sendo um poderoso instrumento nas mãos do executado, para que, diante de um desses freqüentes absurdos trazidos à tona pela Fazenda Pública possa refreá-los, sem a arbitrariedade de uma constrição aos seus bens.

Também se discute na execução fiscal, como na execução cível, sobre a suspensão do processo executivo em virtude da interposição da exceção de pré-executividade. Evidentemente, a preocupação é plausível, haja vista, em não suspensa a execução, perderá o executado a oportunidade de embargar. Isso à primeira vista, pois se procedente a exceção de pré-executividade, com o reconhecimento do pagamento do débito, por exemplo, o magistrado declarará extinto o feito, condenando a exeqüente a pagar honorários módicos ao executado. Vitoriosa a exceção de pré-executividade, com a intimação do devedor, serão penhorados bens seus, pelo que com a juntada do r. mandado cumprido aos autos, fluirá o trintídio (no caso de execução fiscal) ou o decêndio (no caso de execução cível) para que o mesmo apresente Embargos do Devedor.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a presente exposição monográfica, procurou-se focalizar a importância do tema e a forma curiosa com vem sendo abordado pelos operadores do Direito. Como amplamente afirmado, trata-se de uma criação doutrinária, acolhida pela jurisprudência, tem suscitado inúmeras interpretações, mas é pacífico de que o instituto encontra-se já cabalmente integrado ao processo executivo.

É de fundamental importância esclarecer que a exceção de pré-executividade não deverá ser utilizada com intenções procrastinatórias em benefício do devedor, daí porque qualquer tentativa deve ser reprimida pelo, inclusive há quem pregue, que deverá até tirando daquele a possibilidade de embargar. O que aliás, há suporte no Código de Processo Civil (artigos 599, II a 601). O que se recomenda é que em caso de dúvida do magistrado quando à procedência da exceção de pré-executividade, deve rejeitá-la, determinando o imediato prosseguimento do feito com a penhora dos bens do executado.

Os defensores da tese da exceção de pré-executividade, aconselham que o sobejamente provado a ausência dos pressupostos processuais e de condições da ação, ainda que apenas um. Tal aconselhamento baseia-se no fato de que tais pressupostos e condições da ação estão inseridas no elenco das matérias de ordem pública e, por conseguinte, de conhecimento ex officio pelo juiz de direito, cabível a qualquer tempo, ainda que no final do processo, por isso não necessita da segurança do juízo e muito menos os rigores exacerbados na petição. É necessário em estado aceitável, que ofereça ao Magistrado a

oportunidade de observar o vício que poderá trazer nulidade futura. Entretanto quem defenda que a exceção de pré-executividade poderá ser argüida em preliminar dos embargos do devedor. O que convenhamos, trata-se de um exagero, mesmo porque se o objetivo da exceção de pré-executividade é o de evitar a constrição de um bem dado em garantia, melhor seria agora com tal nomeação discutir os aspectos dos pressupostos processuais e das condições da ação.

Existe realmente no Superior Tribunal de Justiça farta jurisprudência que alberga o instituto ora sob exame, com precisão de segurança, inclusive com citação da Lei Adjetiva Civil: "Não ofende a nenhuma regra o Código de Processo Civil o oferecimento de exceção de pré-executividade para postular a nulidade da execução (art. 618 do Código de Processo Civil), independentemente dos embargos do devedor".

Conclui-se, com a certeza de que instituto da pré-executividade veio para ficar. Tomou forma ao longo dos anos, ganhou defensores, trouxe benefícios de ordem prática, o que é mais importante, diga-se de passagem. Há unanimidade, no meio jurídico de que o precursor foi o sempre festejado Pontes de Miranda. O qual jamais deixará de se homenagear.

E a melhor forma de preservar a memória do grande processualista é utilizar sempre o instituto de forma responsável com o senso superior de justiça.

REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. São Paulo: RT, 2000.
- BRASIL. *Código de Processo Civil*. Organizador: Yussef Said Cahali. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Código civil anotado*. São Paulo: Saraiva, 1997.
- _____. *Lei de introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- DOWER, Néelson Godoy Brassil. *Curso básico de direito processual civil*. São Paulo: Nelpa Edições, 1994.
- _____. *Curso básico de direito processual civil*. São Paulo: Nelpa Edições, 1997.
- GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 1996.
- HAESER, Moacir Leopoldo. *Do Cabimento da Exceção de Pré- executividade*. Online. Capturado em 23 jun. 2005. Disponível na Internet: <http://www.emap.com.br/emp5136.htm>
- JUNIOR, Humberto Theodoro. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
- _____. *Tutela cautelar e antecipatória em matéria tributária*. Rio de Janeiro: Forense, 98.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do Processo de Conhecimento*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- MENDONÇA LIMA, Alcides. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado*. São Paulo: Saraiva, 2000.
- NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. São Paulo: Saraiva, 2000.

Revista Consulex - Ano V - nº 108 - 15 de Julho de 2001. 1. Artigos e Monografias Jurídicas

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

NOLASCO, RITA DIAS, *Exceção de pré-executividade* / Rita Dias Nolasco - São Paulo: Método, 2004.