

HARUMI OKAMOTO

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

CURITIBA

2005

HARUMI OKAMOTO

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Monografia apresentada como requisito parcial à conclusão do curso de Direito, setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

**Orientador Prof. Manoel Caetano
Ferreira Filho**

**Co-orientador: Prof. Sérgio Cruz
Arenhart**

CURITIBA

2005


HARUMI OKAMOTO

TERMO DE APROVAÇÃO

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito da Universidade Federal do Paraná, pela Banca Examinadora formada pelos professores:

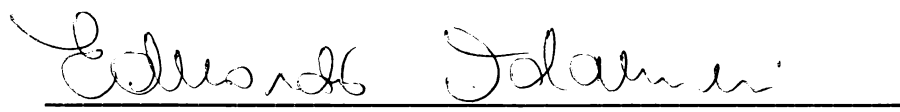
Orientador:



Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho



Professor 1º Membro da Banca



Professor 2º Membro da Banca

Curitiba, 27 de OUTUBRO de 2005.



Ata da reunião da Comissão Julgadora da
Monografia (Trabalho Final de Curso) do
Acadêmico **HARUMI OKAMOTO**.

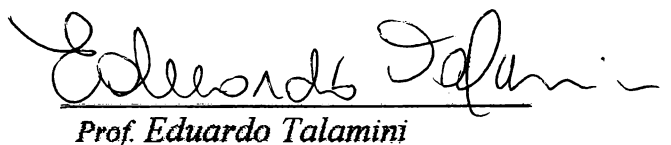
Aos 27 (vinte e sete) dias do mês de outubro 2005, às 10:00 horas, nas dependências do Setor de Ciências Jurídicas, reuniu-se a Comissão Julgadora da Monografia apresentada pelo Acadêmico **HARUMI OKAMOTO**, sobre o tema, "EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE". A Comissão constituída pelos Senhores Professores, *Manoel Caetano Ferreira Filho (orientador)*, *Edson Ribas Malachini* e *Eduardo Talamini*, atribuiu as seguintes notas respectivamente: 9,5, 9,5 e 9,5; perfazendo a média igual a 9,5.

Obs.: _____

Curitiba - PR, 27 de outubro de 2005


Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho


Prof. Edson Ribas Malachini


Prof. Eduardo Talamini

Dedico este trabalho

aos meus queridos pais, Hóiti e Maria Luiza, pelo amor, dedicação, carinho, zelo e força na contribuição insofismável da minha formação como ser humano e profissional.

Agradecimentos

a minha família, que sempre me apoiou;

aos meus amigos, pela força, conquistas e alegrias compartilhadas;

aos meus orientadores, pela excelente orientação;

aos professores da Universidade Federal do Paraná;

a todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a realização deste trabalho.

SUMÁRIO

RESUMO	viii
1 INTRODUÇÃO	01
2 PROCESSO DE EXECUÇÃO	03
2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	03
2.2 PROCESSO DE EXECUÇÃO E PROCESSO DE CONHECIMENTO.....	05
2.2.1 Cognição na Execução.....	05
2.2.2 Execução e Contraditório.....	07
2.3 PRESSUPOSTOS DA EXECUÇÃO.....	09
2.3.1 Incidência das Regras Gerais do Processo de Conhecimento.....	09
2.3.1.1 Pressupostos Processuais.....	10
2.3.1.2 Condições da Ação.....	10
2.3.2 Pressupostos Específicos da Execução.....	11
2.3.2.1 Título Executivo.....	12
2.3.2.1.1 Título líquido, certo e exigível.....	12
2.3.2.2 Inadimplemento.....	14
3 EMBARGOS	16
3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS.....	16
3.2 SEGURANÇA DO JUÍZO COMO REQUISITO DOS EMBARGOS.....	17
4 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE	20
4.1 ASPECTOS HISTÓRICOS.....	20
4.2 NATUREZA JURÍDICA.....	21
4.3 DENOMINAÇÃO.....	22
4.4 POSICIONAMENTO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA.....	24
4.5 CRITÉRIO DE ADMISSIBILIDADE.....	27
4.5.1 Matérias de Ordem Pública.....	28
4.5.2 Matérias de Mérito.....	30
4.5.2.1 Cumprimento da Obrigação.....	31
4.5.2.2 Prescrição.....	33
4.6 PROCEDIMENTO.....	35
4.7 PROVAS ADMITIDAS.....	37

4.8 SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO.....	38
4.9 DECISÃO E EFEITOS.....	40
4.10 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.....	43
CONCLUSÃO.....	45
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	49

RESUMO

O presente trabalho objetivou analisar a compatibilidade do instituto da exceção de pré-executividade em nosso sistema processual civil atual. Num primeiro momento, aborda de modo geral o processo de execução e traça um paralelo deste com o processo de conhecimento. Das principais distinções apercebidas, passa à análise da existência de cognição e contraditório no processo executivo, para, em seguida, tratar dos pressupostos da execução. Analisa de modo geral os embargos do devedor como principal forma de defesa prevista no Código de Processo Civil, com enfoque no requisito de segurança do juízo. Num segundo momento, a pesquisa passa para o estudo propriamente da exceção de pré-executividade. Examina a origem, natureza jurídica e denominação do instituto. Investiga o posicionamento da doutrina e jurisprudência em relação ao cabimento da exceção de pré-executividade para, enfim, examinar seus critérios de admissibilidade do instituto, os quais correspondem à principal controvérsia em relação ao tema. Discorre sobre o procedimento do instituto, formas de defesa admissíveis e possibilidade de suspensão da execução. Por fim, analisa as formas de decisão do incidente e seus respectivos recursos, além do cabimento de honorários advocatícios.

1 INTRODUÇÃO

A estrutura do processo de execução foi elaborada com seu foco voltado ao interesse do credor, em satisfazer seu direito reconhecido por uma sentença ou um título a que a lei atribui exigibilidade.

A execução, da forma em que foi concebida, tem como ferramenta de defesa do executado os embargos do devedor, ação de conhecimento autônoma condicionada à segurança do juízo, pela constrição de bens do embargante.

Verifica-se, no entanto, que o requisito da garantia do juízo, em determinadas situações, pode acarretar graves e injustos prejuízos ao executado, como nos casos de inexistência de bens penhoráveis e execuções infundadas. Assim, a freqüente constatação de execuções indevidas, pela ausência de pressupostos legais ou por irregularidades que poderiam ser reconhecidas de ofício, deu margem à criação doutrinária da exceção de pré-executividade, defesa intraprocessual argüível a qualquer tempo do processo, independentemente de penhora.

Esta forma de defesa difundiu-se amplamente em nosso meio jurídico e ocasionou o questionamento de diversos paradigmas do processo de execução. A ausência de previsão legal contribuiu para uma série de discussões ainda não solucionadas, especialmente em relação à sua compatibilidade com o processo executivo, aplicabilidade, extensão e hipóteses de cabimento.

O presente trabalho tem por objetivo a análise geral da exceção de pré-executividade, com enfoque em seus pontos mais controversos. Inicialmente, examinamos os aspectos do processo executivo de maior relevância ao tema, a fim de localizar a exceção de pré-executividade em nosso sistema processual.

Em seguida, passamos a um breve estudo dos embargos do devedor, análise pertinente à compreensão dos limites de aplicabilidade do instituto; para, enfim, tratar especificamente da exceção de pré-executividade.

Examinamos os principais aspectos do instituto (origem, nomenclatura, hipóteses de cabimento, procedimento, provas admissíveis, efeitos e recursos), com enfoque nas matérias de maior discussão no meio jurídico. Nestes temas, tentamos contrapor as opiniões divergentes na doutrina, apontando o entendimento jurisprudencial predominante.

Certamente, este trabalho não esgota o assunto sobre a exceção de pré-executividade, porém ressalta a necessidade de maior atenção dos nossos juristas ao processo de execução, a fim de adequá-lo à crescente evolução do processo civil brasileiro pós-Constituição de 1988.

2 PROCESSO DE EXECUÇÃO

2.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

O processo de execução consiste na medida coativa inerente ao Estado de satisfazer um direito já declarado, por meio de atos concretos que invadem o patrimônio do executado para o efetivo pagamento do exeqüente.

José Frederico MARQUES o define como “meio e modo pelo qual se efetiva a prestação a que a lei concede pronta e imediata exigibilidade.” Segundo o jurista, “quando o devedor não cumpre, voluntariamente, a prestação imposta em um título executivo, o Estado, por intermédio do juiz, pode obrigá-lo a cumpri-la, em procedimento adequado e a pedido do credor, mediante o emprego de meios coativos.”¹

A execução aparece, portanto, como medida subsidiária ao cumprimento voluntário da obrigação pelo devedor, e tem por finalidade garantir a atuação da vontade concreta da lei.

Nesse sentido, é válida a consideração de Vicente GRECO FILHO:

A atividade jurisdicional, para alcançar as suas finalidades últimas de declarar e aplicar em concreto a vontade da lei, exige não só um sistema de atos e termos que leve a uma decisão a mais justa possível, mas também um conjunto de meios tendentes a efetivar o que foi decidido, dando ao vencedor, no plano fático, o bem jurídico material que a sentença atribuiu a uma das partes.²

Durante muito tempo questionou-se a natureza jurisdicional do processo de execução. Muitos afirmavam seu caráter meramente instrumental, como atividade conexas à atividade jurisdicional de conhecimento. No entanto, a questão está praticamente superada na doutrina.

¹ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Processo Civil**, p. 30.

² GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**, p. 7.

Segundo Liebman, “o conceito moderno de função jurisdicional abrange necessariamente também a execução como atividade não simplesmente complementar da cognição e sim como pacificada com esta em importância prática e interesse científico”.³

No mesmo sentido, posiciona-se Vicente GRECO FILHO:

Está superada a idéia de que a atividade executória seria meramente administrativa. Ela é eminentemente jurisdicional, mesmo porque nela é que mais se acentua o caráter da substitutividade da jurisdição, porquanto o juiz determina, nos casos legais, as medidas necessárias à satisfação do credor, em procedimento contraditório e contido dentro de parâmetros legais que atendem ao respeito à pessoa do devedor e a nossos valores culturais⁴.

Diante do caráter jurisdicional da execução, aplicam-se a esta todos os princípios gerais do processo civil, como, por exemplo, os princípios do acesso à justiça, inércia, devido processo legal, entre outros. Humberto THEODORO JUNIOR⁵ aponta como fundamentais ao processo executivo, os seguintes princípios:

- a) toda a execução deve ser econômica, de forma a realizar o direito do exeqüente da forma menos prejudicial possível ao executado;
- b) a execução deve ser útil ao credor;
- c) a execução deve ser específica, a fim de propiciar ao exeqüente precisamente o que ele obteria com o cumprimento voluntário;
- d) toda a execução é real, pois incide sobre o patrimônio e não sobre a pessoa do executado;
- e) a execução não deve levar o executado a uma situação incompatível com a dignidade humana;

³ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. Bestbook Editora e Distribuidora, 2001, p. 19.

⁴ GRECO FILHO, V. Obra citada, p.7.

⁵ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo de Execução**, p. 22-24.

- f) o credor pode dispor livremente do processo de execução;

2.2 PROCESSO DE EXECUÇÃO E PROCESSO DE CONHECIMENTO

Da análise dos princípios acima elencados, evidenciam-se diversas distinções existentes entre as duas concepções processuais.

Na execução parte-se da provável certeza do direito do credor, expresso pelo título executivo. O desenvolvimento da atividade executória, coativa e satisfativa, independe de uma análise mais aprofundada da existência do direito material. Nesse sentido, a atividade jurisdicional visa à realização do direito do exeqüente, por meio da efetivação do direito em fato.

Por outro lado, o processo de conhecimento tem por objetivo a declaração, por meio de sentença prolatada pelo juiz, da existência do direito do autor ao bem jurídico. Portanto, esta atividade jurisdicional visa à transformação do fato em direito.

Nas palavras de Cândido Rangel DINAMARCO: “a certeza é um objetivo na cognição e um ponto de partida na execução”⁶. Esclarece, no entanto, o sentido de certeza como probabilidade.

Assim, a natureza dos atos praticados pelo juiz também se diferencia. A atividade cognitiva baseia-se em atos de caráter lógico, na análise dos fatos, interpretação e aplicação de normas. Na atividade executiva, por sua vez, prevalece o caráter prático e material, voltado à efetividade das alterações providas em atividade cognitiva.

2.2.1 Cognição na execução

A separação existente entre a atividade executiva e de conhecimento, e a alocação das mesmas em processos distintos e puros, é bastante discutida pela

⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**, p. 432

doutrina. As modificações ocorridas em nosso ordenamento jurídico processual, e, principalmente, constitucional, possibilitaram a ampliação de situações em que se verifica a simultaneidade de atividades executivas e cognitivas em um mesmo processo.

Kazuo WATANABE afirma que “inexiste ação em que o juiz não exerça qualquer espécie de cognição”.⁷ Verifica-se, dessa forma, que a doutrina vem admitindo o sincretismo entre cognição e execução, o que aparenta, até mesmo, ser a tendência do processo civil moderno.

No mesmo sentido, José Carlos Barbosa MOREIRA ressalta a relevância da interpenetração das duas formas de atividade sob o ângulo da efetividade. Segundo o autor, “é perfeitamente concebível, e há exemplos disso, que a efetividade de um processo substancialmente cognitivo seja notavelmente reforçada pela introdução, nele, de aspectos executivos”⁸.

O rompimento da fronteira concebida entre os processos de conhecimento e execução se verificou, sobretudo, com a previsão da tutela antecipada em nosso sistema processual, que possibilitou a inserção de atividades executivas no bojo do processo de conhecimento.

Por outro lado, verifica-se que a inserção de atividades cognitivas no processo executivo não ocorreu da mesma forma. Ainda atualmente, a estrutura do processo de execução concebida pelo CPC restringe a possibilidade de cognição à esfera dos embargos, cuja propositura sujeita-se à constrição do patrimônio do executado.

A rigidez imposta pelo legislador à defesa do executado justificou a criação de diversas propostas de modificação da estrutura em análise e o acolhimento de alternativas doutrinárias como a exceção de pré-executividade.

⁷ WATANABE, Kazuo. **Da cognição no Processo Civil**, p. 37.

⁸ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Efetividade no Processo de Conhecimento**, p. 27.

2.2.2. Execução e Contraditório

Segundo Nelson NERY JUNIOR, por contraditório deve-se entender, “de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”.⁹

A incidência deste princípio na execução é objeto de longa discussão doutrinária, especialmente após a Constituição Federal de 1988, que assegurou tal princípio ao processo judicial, sem delimitar sua aplicabilidade a determinadas categorias processuais.

De acordo com o autor acima citado, o contraditório se manifesta no processo civil nos três tipos clássicos de processo adotados pelo nosso ordenamento, ou seja, no processo de conhecimento, de execução e cautelar.

Cândido Rangel DINAMARCO¹⁰ considera superada a discussão acerca da incidência deste princípio na execução, em razão da disposição do inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988. O autor ressalta a inserção, sem qualquer ressalva ou restrição, do processo executivo na categoria “processo judicial” enunciada no referido artigo.

Além da norma acima citada, cabe destacar a revogação, pela reforma de 94, da norma que proibia o devedor de falar no processo de execução, o que sustenta, novamente, a possibilidade de incidência do contraditório na execução.

Ressaltadas as considerações acerca da possibilidade de incidência do contraditório, importa agora precisar a forma e a amplitude do tema no processo de execução.

⁹ NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. p. 137.

¹⁰ DINAMARCO, C. R. Obra citada, p. 183.

A incidência do contraditório na execução diferencia-se da ampla concepção presente no processo de conhecimento, em razão das peculiaridades do próprio processo executivo.

Giuseppe TARZIA explica de forma bastante clara a incidência do contraditório no processo italiano:

O processo executivo para expropriação e, em menor escala, os processos executivos sob forma específica, aparecem dominados nas suas fases judiciais pelo princípio do contraditório não só no que diz respeito aos seus aspectos substanciais, que o ligam ao direito constitucional de defesa (...). Mas, longe de se adaptar ao molde do processo de cognição, o contraditório executivo tem feições bastante peculiares (...) é contraditório parcial e atenuado: parcial enquanto limitado *quoad obiectum* a alguns temas (...); atenuado porque se manifesta através de modos rápidos e formais num processo que tende a uma maior serenidade na atuação da sanção executiva e que conforma, conseqüentemente, como acontece em alguns procedimentos especiais, poderes assertivos e probatórios das partes, e providências que devem ser tomadas pelo juiz.¹¹

Assim, o contraditório na execução se dá de modo parcial e atenuado, ou seja, com limitações em relação às matérias e abrangência, a fim de proteger os objetivos da execução, sem desvirtuá-la em processo de conhecimento.

Dessa forma, resguarda-se ao executado o controle da regularidade da execução, seus pressupostos, e andamento, em especial nos atos decisórios de afetação. O executado tem o direito de reagir aos atos que entender excessivos, injustos ou irregulares.

Por outro lado, “o juiz ativista precisa estar alerta ao dever de realizar efetiva e equilibradamente os objetivos do processo executivo. Como o contraditório não é garantido em favor de uma das partes apenas, senão de ambas, cumpre-lhe não só velar pela observância de fundamentais direitos e garantias do executado, mas também buscar a efetividade da execução”.¹²

¹¹ TARZIA, Giuseppe. **O contraditório no processo executivo**, p. 58-59 e 84.

¹² DINAMARCO, C. R. Obra citada, p. 182.

Dentro deste contexto, discute-se o momento em que o contraditório pode ser exercido pelo executado, especialmente com a crescente aplicação da exceção de pré-executividade em nosso sistema processual. A recepção deste instrumento de defesa amplia indiscutivelmente a incidência do contraditório no processo de execução e gera diversas controvérsias que serão analisadas nos próximos capítulos.

2.3 PRESSUPOSTOS DA EXECUÇÃO

2.3.1 Incidência das Regras Gerais do Processo de Conhecimento

O processo de conhecimento e o processo de execução são regidos em regime geral comum pelo Código de Processo Civil. Por essa razão, aplicam-se ao processo de execução as normas do processo de conhecimento relativas às condições da ação e pressupostos processuais.¹³

Assim, o magistrado deve efetuar o controle de admissibilidade na execução, a fim de evitar o funcionamento desnecessário da máquina do Judiciário, e eventuais lesões a direitos alheios.¹⁴ Assim, deve ser realizado com aguçada atenção, uma vez que, deferida a inicial, haverá a citação do executado, e a exposição de seus bens ao risco da penhora.

A verificação dos pressupostos processuais e condições da ação, no entanto, não se limita a este momento. A inobservância dos mesmos pode ser declarada de ofício pelo juiz, a qualquer momento do processo, ocasionando sua extinção sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, parágrafo 3º do Código de Processo Civil.

¹³ Segundo Humberto Theodoro Junior, “sendo, destarte, a execução forçada uma forma de ação, o seu manejo sofre subordinação aos pressupostos processuais e às condições da ação, tal como se passa com o processo de conhecimento.” THEODORO JUNIOR, H. Obra citada, pág. 27.

¹⁴ GAMA, Ricardo Rodrigues. **Pressupostos Processuais e Condições da Ação executiva**, p. 12.

2.3.1.1 Pressupostos Processuais

O desenvolvimento regular e válido do processo depende da presença dos pressupostos processuais, divididos pela doutrina em pressupostos de existência e validade; além dos pressupostos negativos, também denominados extrínsecos ou exteriores, cuja presença impede o desenvolvimento regular do processo.¹⁵

Os pressupostos processuais de existência correspondem à jurisdição, capacidade postulatória, petição inicial e citação. Os pressupostos processuais de validade consistem na competência e imparcialidade do juízo, capacidade processual da parte, petição inicial apta e citação válida.

Os pressupostos negativos, por sua vez, abrangem a litispendência e a coisa julgada. Alguns autores acrescentam ainda a perempção, porém a doutrina majoritária não a relaciona entre os pressupostos negativos, por considerá-la fenômeno relacionado unicamente com o autor da ação.

2.3.1.2 Condições da Ação

As condições da ação consistem nas condições necessárias à obtenção de um pronunciamento favorável, ou seja, para que o juiz declare existente e atue a vontade concreta da lei.¹⁶ São elas: legitimidade das partes, possibilidade jurídica do pedido e interesse processual.

É parte legítima para exercer o direito de ação aquele que se afirma titular da situação jurídica firmada em juízo; o legitimado passivo, por sua vez, corresponde àquele a quem cabe o cumprimento da obrigação decorrente da pretensão. Na execução, a legitimidade pode ser aferida pelo próprio título executivo, em que deve constar o nome do credor e do devedor.

¹⁵ TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues ; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso Avançado de Processo Civil**, p. 33-36.

¹⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de direito processual civil**, p. 89.

A possibilidade jurídica se diferencia para as questões de direito público e direito privado. No primeiro caso, será juridicamente possível o pedido quando houver previsão expressa quanto ao tipo de providência requerida. No segundo, quando não houver vedação legal ao pedido formulado pelo autor. A execução será extinta em razão da impossibilidade jurídica do pedido quando, por exemplo, for referente a dívidas de jogo, pretender expropriação contra a Fazenda Pública, dentre outros casos.

O interesse de agir corresponde à necessidade do autor de exercer o direito de ação, em face de imposição legal ou de negativa do réu em cumprir espontaneamente a obrigação. O interesse processual está igualmente vinculado à adequação entre o provimento pedido e o procedimento escolhido.

2.3.2 Pressupostos Específicos da Execução

O Código de Processo Civil apresenta como pressupostos necessários à realização de qualquer execução o título executivo judicial ou extrajudicial e o inadimplemento do devedor, classificados por LIEBMAN, respectivamente, como pressuposto legal e pressuposto fático:

“A situação de fato que pode dar lugar à execução consiste sempre na falta de um cumprimento de uma obrigação por parte do obrigado. Só quando se verifica uma situação dessas é que surge a razão de ser, o interesse prático concreto para fazer-se a execução. (...) A existência de crédito insatisfeito não é, porém, suficiente para que possa pedir-se a execução. É ainda necessária a existência de sentença legalmente pronunciada, verificando esse fato e condenando o devedor. Tal ato tem a eficácia de título executório e funciona como condição necessária e suficiente da execução, segundo o princípio tradicional: *nulla executio sine titulo*.”¹⁷

¹⁷ LIEBMAN, E. T. Obra citada, p. 21-23.

2.3.2.1 Título Executivo

O presente tema será brevemente abordado na perspectiva das execuções em geral, desconsiderando as peculiaridades da execução provisória e tutela antecipada.

O atual sistema processual brasileiro não distingue a execução fundada em títulos judiciais e extrajudiciais, que somente se diferenciam quanto à matéria argüível em embargos à execução.

O título executivo pode ser representado como a base do processo de execução, sua existência viabiliza o exercício do direito de ação e delimita os limites e fins a serem atingidos. Como bem sintetiza Paulo Henrique dos Santos LUCON,

o título executivo não constitui prova inequívoca da real existência do direito afirmado e tampouco cria direitos. Ao contrário, o conteúdo descritivo do título é privado de qualquer significado no campo do direito substancial. Na realidade, o título executivo é apenas e tão-somente ato ou fato jurídico que integra as condições da ação executiva. Por consequência, o título apenas permite o exercício desta.¹⁸

Os títulos executivos estão previstos em nosso Código de Processo Civil nos artigos 584 e 585, que tratam, respectivamente, dos títulos judiciais e dos títulos extrajudiciais a que a lei atribuiu eficácia executiva. O rol dos títulos executivos é taxativo e, portanto, a atribuição de eficácia executiva só pode ser realizada mediante lei.

2.3.2.1.1 Título líquido, certo e exigível.

Título executivo é a denominação dada à prestação típica provida de força executiva, quando certa, líquida e exigível.

¹⁸ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Processo de Execução**, p. 568-569.

Para Pontes de Miranda, “a certeza, que o juiz aprecia, é a da existência da obrigação, diante apenas do título (sentença, ou título extrajudicial), e não só dos pressupostos formais do título executivo”.¹⁹

A tal entendimento se contrapõe Sérgio SHIMURA, para quem o fato substanciado no título demonstra uma certeza “não da existência da obrigação, mas da natureza da obrigação hipoteticamente desenhada.” Segundo o autor, “o título inculca a individualidade da obrigação e de seu objeto, conquanto nada diga quanto à sua existência”.²⁰

Esta variação existente entre as duas concepções se dá em virtude das diversas concepções acerca da natureza jurídica dos títulos executivos²¹. Não obstante a controvérsia exposta acima, o título executivo será certo quando nele estiverem estampadas a natureza da prestação, seu objeto e seus sujeitos.

A liquidez refere-se à qualificação do objeto da prestação, ou seja, considera-se líquido o título que por si só trazer a exata definição da prestação a ser executada. Segundo Cândido DINAMARCO:

Constitui judicioso o entendimento de que a liquidez do crédito se contenta com a determinabilidade do *quantum debeatur*, não sendo necessário que o título se refira, desde logo, a um montante determinado. O que importa é que o título executivo forneça todos os elementos imprescindíveis para que, mediante simples operação aritmética e aplicação da lei, possa ser encontrado o numero de unidades (...) pelo qual a execução se fará.²²

Os requisitos acima apresentados consistem em elementos intrínsecos do título. A exigibilidade, por sua vez, corresponde a elemento exterior e estranho à configuração do título executivo.

¹⁹ PONTES DE MIRANDA, F. C. Obra Citada, p. 400-401.

²⁰ SHIMURA, Sérgio. **Título Executivo**, p. 138. No mesmo sentido Dinamarco, C. R. em Execução Civil, p. 508.

²¹ A natureza jurídica dos títulos executivos é objeto de grandes discussões pela doutrina, em especial pela italiana. Dentre as principais teorias destacam-se a teoria do acerto da situação jurídica material; a teoria documental; a teoria do ato jurídico e a teoria eclética.

²² DINAMARCO, C. R. Obra citada, p. 452.

Este último requisito refere-se ao vencimento da obrigação, que será exigível quando tiver sido alcançado o termo ou verificada a condição a que estava condicionada. O artigo 572 do Código de Processo Civil prevê a necessidade de comprovação dos dois elementos, em especial quando se tratar de eventos incertos.

2.3.2.2 Inadimplemento

De acordo com as teorias de Liebman, a situação fática que dá início ao processo executivo consiste na falta de cumprimento de uma obrigação por parte do executado, ou seja, o inadimplemento.

Baseado nesta concepção, Humberto THEODORO JUNIOR adverte o caráter material do conceito de inadimplente, que define como “aquele que não cumpriu, na forma e no tempo devido, o que lhe competia a obrigação pactuada”.²³

O Código de Processo Civil, por sua vez, aponta o inadimplemento como um dos pressupostos de admissibilidade da ação de execução e define como inadimplente o “devedor, que não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença, ou a obrigação, a que a lei atribuir a eficácia de título executivo”²⁴.

Cândido Rangel DINAMARCO, assim como grande parte da doutrina, critica a impropriedade do Código ao classificar o inadimplemento como requisito para realizar qualquer execução, pois, para o autor, o inadimplemento não se enquadra nas condições da ação ou pressupostos processuais, mas sim no próprio mérito. Afirma que “se o inadimplemento fosse realmente condição da ação executiva dele haveria o juiz de conhecer de ofício e não somente mediante eventuais embargos do executado”.²⁵

No mesmo sentido, Edson MALACHINI e Araken de ASSIS: “tal cumprimento ou descumprimento da obrigação (que o Código chama de

²³ THEODORO JUNIOR, H. Obra citada, p. 122.

²⁴ Artigo 580, parágrafo único do Código de Processo Civil.

²⁵ DINAMARCO, C. R. Obra citada, p. 429.

inadimplemento, no art. 580) não é “condição da ação”, especificada no interesse processual, como pensa boa parte da doutrina brasileira, é, sim, o próprio mérito da causa executiva.”²⁶

Tal questão é relevante para o presente trabalho quando vista sob a ótica do adimplemento, em relação ao momento e forma com que pode ser alegado pelo executado. No entanto, este será o objeto de capítulos posteriores.

²⁶ MALACHINI, E. R.; ASSIS, A. de. Obra citada, p. 226.

3 EMBARGOS DO DEVEDOR

3.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Conforme apresentado nos pontos anteriores, a possibilidade de cognição e contraditório no bojo da execução, na forma em que esta foi concebida, é bastante debatida, pois o legislador supôs não mais haver matéria litigiosa a discutir e decidir, o que demonstra a clara intenção da lei de evitar eventuais questões que pudessem retardar ou complicar o andamento do processo.

Assim, nosso legislador optou por viabilizar a defesa do executado por meio de ação autônoma, vinculada à constrição de bens do executado como garantia.

A concepção tradicional dos embargos em relação ao processo executivo é perfeitamente sintetizada por Liebman, para quem:

A execução é, pois, estruturada pela lei como um procedimento fechado e perfeito em si mesmo, do qual se exclui qualquer indagação de mérito e que caminha inexorável por sua estrada, como se não houvesse qualquer incerteza sobre a sua legitimidade; ao mesmo tempo, ela é feita com a ressalva da possibilidade de que, do lado de fora (isto é, de um autônomo e especial processo de conhecimento que tem o nome de embargos), venha a ordem para que se detenha e eventualmente para que se restabeleça o anterior estado da coisa.²⁷

Tal concepção foi formulada antes de se conferir executividade aos títulos extrajudiciais, de forma equivalente aos títulos judiciais. Atualmente, discute-se a autonomia dos embargos, pois parte da doutrina sustenta não haver formação de nova relação processual com a sua interposição, mas apenas um desdobramento da relação processual formada na execução.

A doutrina majoritária, no entanto, aceita a autonomia dos embargos, que, nesse sentido, podem ser definidos como “ação de conhecimento, geradora de processo incidental e autônomo, mediante a qual, com a suspensão da execução, o

²⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**, p. 21.

executado impugna a pretensão creditícia do exeqüente e a validade da relação processual executiva”.²⁸

A partir desta concepção, deve-se ressaltar que a propositura dos embargos submete-se às condições genéricas da ação, bem como à segurança do juízo, nos termos do artigo 737 do Código de Processo Civil. Depende, portanto, de prévia penhora de patrimônio ou depósito da coisa para sua oposição, exceto nas execuções de fazer ou não fazer.

3.2 SEGURANÇA DO JUÍZO COMO REQUISITO DOS EMBARGOS

A constitucionalidade do requisito da segurança do juízo para a oposição dos embargos é bastante questionada em nosso sistema jurídico. Argumenta-se que este requisito onera demasiadamente o executado e pode ocasionar prejuízos irreparáveis, impossibilitando, até mesmo, o exercício do direito de defesa.

Para Luiz Edmundo Appel BOJUNGA a necessidade da penhora constitui flagrante inconstitucionalidade, por vedar o direito de ação do executado e, com isso, contrariar o princípio da legalidade.

No sistema processual vigente, se formos entender os embargos do devedor como ação, e não como defesa, estaremos vedando uma ação de oposição movida pelo executado numa exegese verdadeiramente inconstitucional. O condicionamento da penhora ou depósito para o exercício da “ação” incidental de embargos do devedor, que seria a medida cabível, contraria e excepciona o disposto no art. 5º, XXXV, da vigente CF.²⁹

Por outro lado, Alberto Camiña MOREIRA afirma existem fortes justificativas à imposição do requisito, como a imutabilidade da coisa julgada (nas execuções de sentença) e a forte probabilidade conferida ao título (nas execuções fundadas em títulos extrajudiciais), razão pela qual defende sua constitucionalidade.

²⁸ TALAMINI, E; WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de. Obra citada, p. 306.

²⁹ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. **A exceção de Pré-executividade**, p. 69.

Segundo o autor, “assegurar o direito de defesa e a possibilidade de participação do executado no processo não significa que a lei não possa estabelecer exigências para a tutela jurisdicional.”³⁰

Para Marcelo Lima GUERRA, o requisito da segurança do juízo se mostra constitucional, por ser uma exigência decorrente do próprio direito de ação, ou da efetividade da tutela jurisdicional. Segundo o autor, não haveria sentido em limitar o direito de defesa do executado aos embargos, sem se estabelecer restrições à sua interposição, pois, “paralisada a execução, sem penhora ou depósito da coisa, não se teria execução forçada, mas, pura e simplesmente, (processo de) cognição.”³¹

Ressalta, em especial, a constitucionalidade da segurança do juízo nos casos de execução fundada em título judicial, em que se presume que ao executado já se possibilitou o amplo exercício do direito de defesa na ação de conhecimento que deu origem ao título.

No entanto, o autor adverte que, caso inexistir patrimônio penhorável do devedor, não há que se exigir o requisito, pois impedir a propositura dos embargos constituiria “grave e desnecessária limitação ao direito de ação do devedor”³², configurando, neste caso, inegável inconstitucionalidade.³³

Além dos argumentos acima apresentados, é preciso ressaltar que, nos casos de ausência de patrimônio penhorável do executado, a execução ficaria suspensa de qualquer forma. Assim, a propositura dos embargos sem garantia do juízo não traria qualquer prejuízo à efetividade da tutela jurisdicional.

³⁰ MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa Sem Embargos do Executado: Exceção de Pré-Executividade**, p. 21.

³¹ GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Forçada: Controle de Admissibilidade**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 69.

³² GUERRA, M. L. Idem, p. 70.

³³ Em sentido favorável à dispensabilidade de penhora no caso apresentado, encontramos o seguinte julgado: “Quando não disponha o embargante de bens por oferecer a penhora, em execução de alimentos, pode o juízo, excepcionalmente, conhecer de embargos que aleguem pagamento da dívida, no todo ou em parte.” (Tribunal de Justiça de São Paulo, 2ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento n. 95.703-4. Relator: Cezar Peluso.30.03.99.)

De qualquer forma, a exigência da garantia do juízo corresponde à principal razão do surgimento da exceção de pré-executividade, pois, como bem ilustra Alan Pereira de Araújo, “para que se admita a interposição de embargos, é absolutamente necessário que se esteja diante de uma execução regular, onde todos os requisitos de admissibilidade estejam presentes. Desta feita, para argüir justamente a desobediência a estes requisitos, é de se dispensar a segurança prévia do juízo.”³⁴

³⁴ ARAÚJO, Alan Pereira de. **Da Exceção de Pré-executividade**. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2330>> Acesso em 10 jul. 2005.

4 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

4.1 ASPECTOS HISTÓRICOS

A origem da defesa do executado no próprio processo de execução, na estrutura atualmente concebida, é atribuída a Pontes de Miranda, em parecer ofertado em 1966, a respeito de execuções fundadas em títulos falsos, propostas contra a Companhia Siderúrgica Mannesmann.

Pontes de Miranda opinou a favor da Companhia e entendeu injusta a garantia do juízo para a discussão de execução infundada. Por ocasião, sustentou que “o conceito de embargos do executado não exaure o de defesa do executado. A ação de execução da sentença ou de título extrajudicial faz nascer relação jurídica processual em ângulo, como a que se observa nas ações de cognição: exeqüente (autor), Estado (juiz da execução), executado (réu). De modo que todas as exceções processuais podem ser usadas pelo réu ou executado.”³⁵

O estudo do tema foi retomado por Galeno LACERDA, na obra “Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico MARQUES”, e a partir do autor, o instituto passou a ser denominado de exceção de pré-executividade³⁶.

Alberto Camiña MOREIRA atenta ao fato de semelhante instrumento já ter sido previsto na execução fiscal, por meio do Decreto n. 848, de 1890: “Comparecendo o réu para se defender antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro assegurar o juízo, salvo se exhibir documento autêntico de pagamento da dívida, ou anulação desta.”³⁷. No entanto, esta forma de defesa somente passou a ser estudada e aplicada após as considerações dos juristas acima citados.

³⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Dez Anos de Pareceres**, p. 133.

³⁶ MALACHINI, E. R.; ASSIS, A. de. Obra citada, p. 179-180.

³⁷ MOREIRA, A. C. Obra citada, p. 23.

4.2 NATUREZA JURÍDICA

Delimitar a natureza jurídica da exceção de pré-executividade constitui tarefa bastante complexa, em razão das diversas concepções doutrinárias acerca de sua aplicabilidade e da ausência de previsão legal.

A doutrina majoritária trata do instituto como forma de defesa, até mesmo em razão do termo exceção, cujo principal significado é, justamente, de defesa genérica. Desta acepção decorre a famosa discussão exceção/objeção, que será propriamente analisada nos capítulos a seguir.

Marcos Valls Feu ROSA, em análise do assunto, sustenta que a exceção de pré-executividade pode até ser considerada defesa, se analisada somente pelo prisma do devedor. No entanto, o autor sustenta não ser o instituto instrumento privativo do executado e, por essa razão, não poderia ser considerado forma de defesa. Nesse sentido, considera a exceção de pré-executividade como “um instrumento de provocação jurisdicional, através do qual se requer manifestação acerca dos requisitos da execução.”³⁸

Tal concepção é objeto de acirradas críticas, que questionam a utilidade do instituto para o exeqüente, em face do princípio da disponibilidade, e da existência de outros meios processuais mais adequados, assunto que será devidamente discutido no momento oportuno.

Para Alberto Camiña MOREIRA, a exceção de pré-executividade apresenta a natureza jurídica de “incidente defensivo”. Baseia-se nas teorias de Scarance FERNANDES, para quem, o incidente constitui um momento novo no processo, formado por atos não previstos em lei:

O incidente recai sobre algo; a exceção de pré-executividade recai sobre o processo de execução. Não está prevista na lei processual e sua arguição pelo devedor constitui

³⁸ ROSA, Marcos Valls Feu. **Exceção de Pré-Executividade**, p. 118-119.

momento novo no processo, fora do caminho então previsto, que caracteriza, assim, o incidente, subentendido no arcabouço processual civil brasileiro.³⁹

No mesmo sentido, posiciona-se Olavo de OLIVEIRA NETO, para quem “o instituto ora estudado tem a natureza jurídica de incidente processual, já que se trata de inserção, no bojo do procedimento executivo, de atos que nele não estão previstos.”⁴⁰

4.3 DENOMINAÇÃO

O termo exceção de pré-executividade corresponde à primeira denominação veiculada a este instituto processual e, em razão disso, acabou sendo acolhido pelo meio jurídico. No entanto, é motivo de grandes críticas em nossa doutrina.

Grande parte dos juristas⁴¹ critica o termo exceção, por se tratar de defesa de direito material e, com isso, estaria sujeita à preclusão e não poderia ser reconhecida de ofício pelo juiz. Assim, adotam o termo objeção, restringindo, dessa forma, as hipóteses de admissibilidade deste instrumento às matérias de ordem pública.

Sérgio SHIMURA também faz a distinção entre exceção e objeção, porém com a finalidade de classificar a forma de defesa quanto à matéria. Segundo o autor, as matérias de ordem pública devem ser argüidas mediante objeção de pré-executividade; as matérias que devem ser objeto de alegação da parte, sem a necessidade de dilação probatória, por meio de exceção de pré-executividade; e as matérias que devem ser alegadas pela parte, com necessidade de dilação probatória, através dos embargos do devedor.⁴²

³⁹ MOREIRA, A. C. Obra citada, p. 43.

⁴⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de. **A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada**, p. 121.

⁴¹ Nesse sentido, Nelson Nery Junior; Tarlei Nelson Pereira; Helena de Toledo Coelho Gonçalves;

⁴² SHIMURA, S. Obra citada, p. 70-71.

Olavo de OLIVEIRA NETO, por sua vez, considera inadequada a classificação acima proposta, por se tratar, segundo o autor, de incidente de pré-executividade. Além disso, propõe classificação diversa, cujo critério consiste na existência ou não de penhora. Dessa forma, restringe a aplicabilidade deste instrumento à matéria processual, classificando-os incidentes processuais oferecidos antes ou após a penhora.⁴³

Não obstante as críticas acima apresentadas, a análise mais minuciosa do assunto aparenta ser a de Edson Ribas MALACHINI, na obra Comentários ao Código de Processo Civil: do Processo de Execução.

Em um primeiro momento, o autor analisa o emprego do vocábulo exceção, que apesar de bastante polissêmico e do emprego restrito pelo legislador às exceções de incompetência, impedimento e suspeição, pode ser interpretado em sua acepção ampla, de defesa do réu. Nesse sentido, o termo refere-se às defesas relativas ao direito material, que só podem ser conhecidas quando alegadas pela parte.

No entanto, a expressão exceção de pré-executividade é, segundo o autor, insustentável, pois literalmente dá o significado de exceção que se opõe para arguir a executividade prévia, ou seja, a possibilidade de execução antes do processo, qualidade esta conferida ao título. Logo, não há como expressar, dessa forma, negação à possibilidade de execução, pelo contrário, alega-se, justamente, esta possibilidade. Assim, para ajustar a expressão ao sentido desejado, o autor sugere a sua adequação, com a retirada do desnecessário prefixo pré e o emprego do termo inexecutividade.

Ainda assim, o autor não considera o emprego da palavra exceção a melhor opção, em razão da polissemia, e sugere a utilização de termos mais simples, como defesa, oposição, e, até mesmo, embargos. Assim, propõe a denominação “defesa intraprocessual”, em razão de sua simplicidade e abrangência às matérias a serem

⁴³ OLIVEIRA NETO, O. de. Obra citada, p. 99-128.

alegadas. Argumenta ser desnecessário especificar que se trata de defesa no processo executivo, por ser a única defesa em que o termo intraprocessual se faz necessário, pois, somente neste caso trata-se de exceção à regra.⁴⁴

Dentre as diversas opções terminológicas sugeridas ao tema, consideramos a denominação defesa intraprocessual a mais adequada, em razão do rigor terminológico conferido pelos autores. No entanto, adotamos a expressão exceção de pré-executividade em razão de sua popularização e, em especial, pelo contexto de apresentação do presente trabalho.

4.4 POSICIONAMENTO DA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA

A ausência de regulamentação sobre a exceção de pré-executividade originou grande controvérsia no meio jurídico brasileiro, especialmente com a crescente utilização desta ferramenta na prática forense.

Ainda assim, a maioria da doutrina é pacífica quanto à admissibilidade desta forma de defesa. A principal divergência reside nas hipóteses de cabimento, ora limitadas às defesas processuais, ora ampliadas a determinadas questões de mérito. Vejamos, nesse sentido, o posicionamento de alguns doutrinadores:

Cândido Rangel DINAMARCO admite a defesa do executado na própria execução por simples requerimento, especialmente quando for desnecessária a dilação probatória⁴⁵. Segundo o autor:

⁴⁴ MALACHINI, E. R.; ASSIS, A. de. Obra citada, p. 165-196.

⁴⁵ No mesmo sentido, verifica-se a opinião de Bruno Campos Silva: "Tratando-se de simples exposição (de fácil constatação), ou seja, sem necessidade de uma maior dilação probatória, deve-se adotar de defesa endoprocessual (...) a ser manejada nos próprios autos de execução, em consonância aos princípios da proporcionalidade e da menor onerosidade. Nesses casos, sendo acolhido (julgado procedente) o pedido pelo juiz, o processo extingue-se com julgamento do mérito." (SILVA, Bruno Campos. Novos Aspectos do Processo de Execução no Brasil – Aspectos Referentes à defesa endoprocessual do executado. **Revista de Processo**, p. 119-137.)

É preciso debelar o mito dos embargos, que leva os juízes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento a oposição destes. Dos fundamentos dos embargos (Código de Processo Civil, art. 741), muito poucos são os que o juiz não pode conhecer de ofício, na própria execução.⁴⁶

José Miguel Garcia MEDINA, da mesma forma, admite a exceção de pré-executividade, porém restrita à alegação de matérias de ordem pública. Segundo o autor, “as exceções de pré-executividade podem ser empregadas apenas em relação àquelas matérias que devem ser conhecidas *ex officio* pelo juiz, no curso do processo executivo, e cuja constatação independa de dilação probatória. As demais matérias devem ser agitadas em sede própria, qual seja, na ação de embargos à execução.”⁴⁷

Rita Dias NOLASCO, por sua vez, amplia a admissibilidade da exceção de pré-executividade às matérias de mérito, desde que desnecessária dilação probatória. A autora sustenta que as hipóteses de cabimento não devem ser delimitadas pela matéria, mas pela cognição do juiz, restrita aos casos em que não seja necessária a produção de provas.⁴⁸

As maiores críticas feitas à exceção de pré-executividade consistem na utilização abusiva e desenfreada dessa forma de defesa, que serviria de instrumento para retardar o adimplemento pelo executado. Além disso, alguns doutrinadores ressaltam o perigo de distorção dos princípios do processo executivo e sua transformação em processo de conhecimento.

Marcelo Lima GUERRA considera inadmissível a exceção de pré-executividade, ainda nos casos em que possa ser reconhecida de ofício sem a necessidade de dilação probatória, por violação ao princípio do devido processo legal. Argumenta que, admitindo-se esta forma de defesa, tornar-se-ia necessária a aplicação analógica das normas do processo de conhecimento, em face da lacuna

⁴⁶ DINAMARCO, C. R. Obra citada, p. 468.

⁴⁷ MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução Civil: Princípios Fundamentais**, p. 280.

⁴⁸ NOLASCO, Rita Dias. **Exceção de Pré-Executividade**, p. 298.

da lei. Com isso, o juiz deveria abrir prazo para o credor se manifestar e, até mesmo, facultar-lhe a produção de novas provas, o que seria, para o autor, uma inquestionável ilegalidade, pois “transformaria, em completa contradição com o próprio sistema processual, um processo de execução em processo de conhecimento, o que, em última análise, significaria o esvaziamento de todo o Livro II do CPC”. Adverte ainda que a utilização desta ferramenta “pode perpetrar um dano tão ou mais gravoso do que aquele que, supostamente, ela deveria evitar.”⁴⁹

No mesmo sentido, Alcides Mendonça LIMA critica a admissibilidade da exceção de pré-executividade, que, segundo o autor, é tema concebível somente academicamente, ou como subsídio para eventual reforma do CPC. Sustenta que:

“Pela amplitude das “exceções de pré-executividade”, torna-se impossível imaginar uma situação que, portanto, possa condicionar os embargos ao oferecimento de bens à penhora. Alastrando-se o ponto de vista daqueles conspícuos juristas (Galeno Lacerda e Pontes de Miranda), não haveria mais embargos com penhora, ainda que apresentando embargos ou, quiçá, na técnica da devedora nestes autos, já interpor agravo contra o despacho vestibular, quando mandar citar para pagar ou nomear bens à penhora. Será, sem dúvida, o caos do processo de execução, não mais protegendo o credor, como é sua índole, para favorecer o devedor, em completa deturpação de sua acepção teleológica.”⁵⁰

José Miguel Garcia MEDINA, apesar de admitir a aplicação do instituto nos casos apresentados anteriormente, realiza interessante sugestão à estrutura vigente do processo de execução. O autor propõe a alteração do procedimento a fim de:

(a) permitir a apresentação de embargos à execução independentemente de penhora ou depósito; (b) afastar o efeito suspensivo “automático” dos embargos à execução, salvo na hipótese de o executado oferecer caução idônea – sobre a qual incidiria a penhora, na hipótese de rejeição dos embargos – bem como nos casos que ocorram graves motivos que justifiquem a suspensão imediata da execução. Desse modo, caso os embargos não sejam precedidos de caução não terão efeito suspensivo.⁵¹

⁴⁹ GUERRA, M. L. Obra citada, p. 148-160.

⁵⁰ LIMA, Alcides Mendonça. **Ação Executiva – Necessidade de Penhora Para Discutir a Exigibilidade dos Títulos**, p. 279-280.

⁵¹ MEDINA, J. M. G. Obra citada, p. 274-286.

Assim, o autor considera que a alteração da estrutura da execução beneficiaria ambas as partes no processo e a problemática acerca da admissibilidade da exceção de pré-executividade se tornaria irrelevante, em razão da desnecessidade desta forma de defesa.

Na jurisprudência, é pacífica a admissibilidade do instituto quando se trata de matérias de ordem pública. O mesmo não ocorre em relação às matérias de mérito, que, no entanto, recentemente vem sendo admitidas, desde que independam de dilação probatória.

Nesse sentido, manifesta-se o Superior Tribunal de Justiça:

As matérias passíveis de serem alegadas em exceção de pré-executividade não são somente as de ordem pública, mas também todos os fatos modificativos ou extintivos do direito do exeqüente, desde que comprovados de plano, sem necessidade de dilação probatória. (Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. Tributário. Processual civil. Art. 535. Violação genérica. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Cabimento. Prescrição intercorrente. Inércia do exeqüente. Citação. Prazo quinquenal. Súmula nº 7/STJ. Recurso Especial n. 697.270/RS. Relator: Castro Meira. 18 ago. 2005.)

4.5 CRITÉRIO DE ADMISSIBILIDADE

Conforme demonstrado anteriormente, as hipóteses de cabimento da exceção de pré-executividade ainda são bastante divergentes em nossa doutrina e jurisprudência. Verifica-se que alguns autores restringem a admissibilidade somente às matérias de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício, a qualquer tempo pelo juiz, e alguns poucos a estendem a determinadas matérias referentes ao mérito.

Tal classificação vem sendo abandonada recentemente pelos nossos tribunais, que têm adotado o critério da dilação probatória para decidir, perante o caso concreto, sobre a admissibilidade da exceção de pré-executividade.

Ainda assim, analisaremos, neste capítulo, com base no critério apontado pela doutrina majoritária, as hipóteses de admissibilidade de maior importância e controvérsia na doutrina e jurisprudência.

4.5.1 Matérias de Ordem Pública

Inicialmente, a exceção de pré-executividade somente era admitida para a alegação da ausência de pressupostos processuais, condições da ação ou pressupostos específicos da execução, temas já analisados individualmente no primeiro capítulo deste trabalho.

Conforme analisado, o controle de admissibilidade deve ser rigorosamente realizado pelo magistrado no processo de execução. No entanto, este controle é passível de falhas, sobretudo com o numeroso volume de trabalho dos juízes, o que possibilita, de forma até mesmo usual, a admissibilidade de execuções viciadas.

Ainda assim, as falhas referentes às questões de ordem pública podem ser corrigidas de ofício a qualquer momento do processo. Por essa razão, argumenta-se ser desnecessária a interposição de embargos, sujeitos à penhora, por se tratar de tarefa que deveria ter sido realizada pelo magistrado.

Tal raciocínio é claramente definido por José Alonso BELTRAME, que afirma que “se ao juiz é possível a apreciação, de ofício, das nulidades e ao credor é dado apontá-las, é de se delegar ao devedor, também, a faculdade de provocar o exame delas no bojo da execução, embora disponha dos embargos.”⁵²

Da mesma forma, devem ser observados os requisitos específicos do processo executivo, cuja ausência acarreta na nulidade da execução, segundo o inciso I do artigo 618 do Código de Processo Civil. A inserção deste pressuposto da execução nos casos geradores de nulidade é objeto de acirradas críticas pela doutrina. Vejamos:

⁵² BELTRAME, José Alonso. **Dos Embargos do Devedor**, p. 338.

Para Alberto Camiña Moreira, o legislador foi infeliz ao disciplinar a nulidade da tutela executiva, pois, segundo o autor, o título executivo se insere na categoria das condições da ação: “No processo de execução, especificamente, o interesse de agir é representado pelo título executivo e pela liquidez, certeza e exigibilidade do direito.”

Adverte que os defeitos e vícios que o título pode conter são sempre enfocados como carência de ação, ainda que, no plano material, estes sejam classificados como nulidades. Justifica que, caso o título desobedeça às regras de direito material, ocasionando sua nulidade, “no processo este vício transmutar-se-á em falta de interesse de agir.”⁵³

No mesmo sentido, posiciona-se Cândido Rangel Dinamarco, que critica a inadequação do Código ao tratar como nulidade os casos de ausência do título executivo. Segundo o autor, há uma confusão da carência de ação com nulidade: “Falar em nulidade por falta de uma das condições da ação (no caso, o legítimo interesse de agir) é manifesta impropriedade.”⁵⁴

Ainda que impropriamente considerada como nulidade a ausência de título executivo regular, esta deverá ser reconhecida de ofício pelo juiz a qualquer momento do processo e, portanto, deve ser conhecido por meio de exceção de pré-executividade.

A oposição de exceção de pré-executividade referente à questões de ordem pública é amplamente aceita em nossa jurisprudência, conforme se verifica no julgado abaixo:

Encontra-se pacificado no âmbito das egrégias Turmas que compõem a 1ª Seção do STJ o entendimento de que a exceção de pré-executividade é cabível para discutir matérias de ordem pública na execução fiscal, id est, os pressupostos processuais, as condições da ação, os vícios objetivos do título executivo, atinentes à certeza, liquidez e exigibilidade, não sendo permitida a sua interposição quando necessite de dilação probatória. (Superior

⁵³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento**, p. 147-150.

⁵⁴ DINAMARCO, C. R. Obra citada, p. 436-437.

Tribunal de Justiça, 1ª Turma. AgRg no Ag 681.784/MG. Processual civil e tributário. Agravo regimental. Ausência de omissão, obscuridade, contradição ou falta de motivação no acórdão a quo. Execução fiscal. Averiguação da responsabilidade de sócio-gerente. Exceção de pré-executividade. Necessidade de dilação probatória. Impossibilidade. Precedentes. Relator José Delgado. 23 ago. 2005.)

4.5.2 Matérias de Mérito

Conforme apresentado anteriormente, as matérias de ordem pública podem ser conhecidas *ex officio* pelo juiz, a qualquer momento do processo. As matérias de mérito, por sua vez, só podem ser conhecidas quando invocadas pelo executado. Sua admissibilidade por meio de exceção de pré-executividade gera ainda certa controvérsia em nosso meio jurídico.

Eduardo Arruda ALVIM ressalta a complexidade em traçar os limites entre a exceção de pré-executividade e os embargos do devedor, em se tratando de matérias de mérito. Segundo o autor, “o que se nos afigura mais correto é (...) analisar caso a caso, decidindo pela viabilidade do manejo da defesa na própria execução ou não (o que, repita-se, é hipótese possível mas não excepcional, sob pena de descaracterizar o processo de execução como enquanto tal).”⁵⁵

Rita Dias NOLASCO, por sua vez, sugere que o critério de admissibilidade da exceção de pré-executividade seja determinado não pela matéria, mas pela cognição do juiz, que deve ser restrita aos casos que independam de dilação probatória. Nesse sentido, mostra-se favorável ao cabimento das matérias de mérito, desde que sujeitas a este crivo.⁵⁶

Vejamos as principais matérias de mérito cuja argüição por meio de exceção de pré-executividade vem sendo sugerida.

⁵⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. **Exceção de Pré-executividade**. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). Processo de Execução, p. 224.

⁵⁶ NOLASCO, R. D. Obra citada, p. 298.

4.5.2.1 Cumprimento da Obrigação

Em análise anterior do inadimplemento como requisito da execução, vimos a controvérsia existente em relação à sua classificação, ora definida como condição da ação ou pressuposto processual, ora como questão de mérito.

Tal divergência reflete na classificação da alegação de cumprimento da obrigação como matéria de exceção ou objeção, ou seja, como matéria que deve ser alegada pelo executado ou pode ser reconhecida de ofício pelo juiz. Em razão disso, a possibilidade de argüir o cumprimento da obrigação por meio da exceção de pré-executividade é ainda bastante discutida.

CALMON DE PASSOS, assim como boa parte da doutrina⁵⁷, sustenta que o pagamento consiste em objeção de direito material, e afirma que “se houver prova nos autos desse pagamento, o juiz deverá considerar esse fato extintivo, independente de argüição do réu.”⁵⁸

Por outro lado, Edson Ribas MALACHINI adverte que, havendo o cumprimento da obrigação, faltará ao exeqüente não somente interesse processual, como afirma parte da doutrina. Neste caso, faltará o próprio direito material, bem como a pretensão e a ação de direito material.⁵⁹

Da mesma forma, para Araken de ASSIS, o inadimplemento integra o objeto litigioso, ou mérito, da demanda. Ainda assim, afirma que “a ausência de inadimplemento refoge à camisa-de-força coercitiva dos embargos. A alegação pode ser formulada por simples requerimento.”⁶⁰

Sérgio SHIMURA admite que o cumprimento da obrigação seja alegado por meio de exceção de pré-executividade, desde que não exija exame aprofundado da

⁵⁷ No mesmo sentido, Lopes da Costa; Cândido Rangel Dinamarco, Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover, Nelson Nery Junior.

⁵⁸ PASSOS, José Joaquim Calmon. **Comentários ao Código de Processo Civil**, p. 302.

⁵⁹ MALACHINI, E. R.; ASSIS, A. de. Obra citada, p. 210-230.

⁶⁰ ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**, p. 202.

prova apresentada pelo executado. Segundo o autor, “inútil seria ter de proceder à penhora e movimentar toda a máquina judiciária, burocratizando o procedimento pelo amor à forma.”⁶¹

Teori Albino ZAVASCKI sustenta que o cumprimento da obrigação deve ser alegado, em regra, por meio dos embargos do devedor. No entanto, caso o adimplemento seja notório e independa de dilação probatória, o autor admite que o juiz conheça a matéria de ofício. “E sendo conhecível de ofício, nada impede que o próprio executado a suscite, independentemente de penhora ou de embargos, por simples petição, mediante via que convencionou denominar exceção de pré-executividade.”⁶²

Por outro lado, Eduardo TALAMINI, Luiz Rodrigues WAMBIER e Flávio Correia de ALMEIDA discordam da possibilidade de exame de questões de mérito na execução. Afirmam ser inadmissível a execução havendo adimplemento, “porém, uma vez afirmado o inadimplemento pelo exeqüente, a alegação e demonstração do contrário pelo executado terá de ser feita, necessariamente, em embargos”.⁶³

Na jurisprudência, diversas decisões negam a admissibilidade do instituto para alegação do cumprimento da obrigação⁶⁴. No entanto, o entendimento vem sendo alterado recentemente, a exemplo do seguinte julgado:

Consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, a exceção de pré-executividade é técnica processual de natureza excepcional, que permite ao executado a defesa de seus interesses independente da segurança do juízo. Por ser exceção e não a regra, é que só tem sido admitida quando invocada para a defesa de: 1) matérias de ordem pública, que permitem reconhecimento ex officio pelo juiz, tais como as condições da ação e os pressupostos processuais; 2) matérias que, de modo evidente, sem qualquer dúvida,

⁶¹ SHIMURA, S. Obra Citada, p. 81-82.

⁶² ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. 9: do processo de execução, arts. 566 a 645**, p. 162.

⁶³ TALAMINI, E; WAMBIER, L. R.; ALMEIDA, F. R. C. de. Obra citada, p. 64-65.

⁶⁴ “Os embargos do devedor pressupõem penhora regular, que só se dispensa em sede de exceção de pré-executividade, limitada à questões relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação; nesse rol não se inclui a alegação de que a dívida foi paga. Recurso especial conhecido e provido.” (Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. Recurso Especial n. 146.923/SP. Processo civil. Embargos do devedor. Penhora. Relator: Ari Pargendler. 24 mai. 2001.)

demonstram “de plano” que o executado não tem nenhuma responsabilidade pelo débito cobrado por razões da sua inexistência, pagamento ou por outras questões equivalentes. (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. Recurso Especial n. 609.285/SP. Processual civil e tributário. Art. 535, ii, do cpc. Violação. Inexistência. Exceção de pré-executividade. Inviabilidade. Relator: José Delgado. 05 ago. 2004.

4.5.2.2 Prescrição

A princípio, a prescrição é matéria tipicamente alegada em embargos do devedor, sujeita à preclusão e à segurança do juízo. No entanto, parte da doutrina e jurisprudência já admite a arguição da matéria por meio de exceção de pré-executividade.

Edson Ribas MALACHINI defende a possibilidade de alegação da prescrição por meio de defesa intraprocessual, exceto quando se tratar de título judicial cuja prescrição suscitada for anterior ao último momento em que a parte poderia argui-la no processo de conhecimento, em razão da preclusão da alegabilidade de tais matérias.

O autor refuta a preclusão em relação à prescrição de títulos extrajudiciais e à prescrição superveniente de títulos judiciais, ainda que após o prazo para embargos (sujeitando-se o executado, neste caso, aos prejuízos previstos no artigo 22 do CPC), em razão da ausência de oportunidade anterior para ser alegada.⁶⁵

No mesmo sentido, Alberto Camiña MOREIRA explica que a prescrição de título extrajudicial pode ser alegada a qualquer momento, o que não ocorre, no entanto, com os títulos judiciais. Para o autor, se a matéria não foi argüida em processo de conhecimento, “seu silêncio deve ser interpretado como renúncia tácita e, conseqüentemente, não poderá fazê-lo no subseqüente processo de execução”⁶⁶. Ressalta, ainda, que caso a prescrição seja superveniente à sentença, poderá então ser reconhecida.

⁶⁵ MALACHINI, E. R.; ASSIS, A. de. Obra citada, p. 230-244.

⁶⁶ MOREIRA, A. C. Obra citada, p. 171.

Sérgio SHIMURA também se mostra favorável à aplicação da exceção de pré-executividade aos casos em que o título estiver notoriamente prescrito. Segundo o autor, “se salta aos olhos, de forma imediata e óbvia, a ocorrência da prescrição, ao simples exame do título executivo, parece-nos que o sistema não proíbe o uso da exceção antes mesmo do ato propriamente executivo (penhora).”⁶⁷

Por outro lado, José Miguel Garcia MEDINA, apesar de reconhecer o crescente entendimento favorável da doutrina e jurisprudência em relação ao assunto, desaconselha a arguição de prescrição por meio da exceção de pré-executividade em virtude da complexidade da matéria e possibilidade de desvirtuamento da estrutura do processo de execução.⁶⁸

Recentemente, a jurisprudência tem se mostrado favorável à aplicação do instituto em relação ao assunto:

Denunciada a ocorrência da prescrição, verificação independente da produção ou exame laborioso de provas, não malfez nenhuma regra do Código de Processo Civil o oferecimento da exceção de "pré-executividade", independentemente dos embargos de devedor e da penhora para a prévia garantia do juízo. Condicionar o exame da prescrição à interposição dos embargos seria gerar desnecessários gravames ao executado, ferindo o espírito da lei de execução, que orienta no sentido de serem afastados art. 620, CPC. Provocada, pois, a prestação jurisdicional quanto à prescrição, pode ser examinada como objeção à pré-executividade. Demais, seria injúria ao princípio da instrumentalidade adiar para os embargos a extinção do processo executivo. (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. Recurso Especial n. 179.750/SP. Execução Fiscal. Processo Civil. Prescrição. Exceção de Pré-Executividade. Possibilidade Antes dos Embargos do Devedor e da Penhora. Lei 6.830/80 art. 8º, § 2º. CPC, artigos 219, §§§ 2º, 3º e 4º, e 620. CTN, artigo 174 e Parágrafo Único. Relator: Milton Luiz Pereira. 06 ago. 2002.)

A arguição da prescrição não precisa ser obrigatoriamente em sede de embargos do devedor, podendo ser suscitada por outro meio processual, inclusive na exceção de pré-executividade, ou por petição nos autos quando ao executado é dado falar no feito. Precedentes: REsp nº 388.000/RS, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 18/03/2002 e REsp

⁶⁷ SHIMURA, S. Obra citada, p. 81-82. Da mesma forma, Rita Dias Nolasco mostra-se favorável ao assunto. Segundo a autora, “os embargos à execução apresentam-se como sede própria para o executado alegar e discutir a prescrição. Todavia, se o devedor alegá-la através da exceção de pré-executividade, nos próprios autos da execução, comprovando de plano, o juiz não deve deixar de reconhecê-la.” NOLASCO, R. D. Obra citada, p. 298.

⁶⁸ MEDINA, J. M. G. Obra citada, p. 278-281.

537617/ PR Ministro Relator TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 17/02/2004. (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. Processual civil. Agravo regimental. Recurso especial. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Arguição de prescrição. Prazo prescricional quinquenal. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 638.190/BA. Relator: Francisco Falcão. 28 set. 2004.)

4.6 PROCEDIMENTO

Não existe um procedimento específico a ser respeitado na exceção de pré-executividade, uma vez que não há previsão legal a respeito do tema. No entanto, a doutrina é bastante singular acerca da estrutura, formulada, basicamente, pela aplicação analógica das normas do processo de conhecimento.

A exceção de pré-executividade deve ser proposta por simples petição, endereçada aos próprios autos de execução, em qualquer momento do processo. Não existe prazo para o oferecimento de exceção, pois, segundo o posicionamento majoritário do assunto, as matérias passíveis de alegação contempladas pela doutrina não estão sujeitas à preclusão e, a teor dos artigos 267, § 3º, e 303, III do Código de Processo Civil, podem ser opostas a qualquer tempo no curso do processo, sujeitas à eventuais custas de retardamento.⁶⁹

Ao receber a petição, o juiz abre vista à parte contrária para se manifestar. A doutrina em geral alerta ser indispensável a abertura de prazo para a manifestação do exeqüente, em virtude da possibilidade de correção da inicial, prevista no artigo 616 do CPC⁷⁰.

⁶⁹ “A defesa que nega a executividade do título apresentado pode ser formulada nos próprios autos do processo da execução e independe do prazo fixado para os embargos de devedor. Precedentes.” (Superior Tribunal de Justiça, 4ª Turma. Execução. Exceção de Pré-executividade. Recurso Especial n. 220.100/RJ. Relator: Ruy Rosado De Aguiar. 02 set.1999.)

⁷⁰ Nesse sentido: “Em vista da instrumentalidade das formas, cumpre ao juiz abrir prazo para sanar a falta de tradução juramentada que deveria acompanhar o título apresentado à execução. Ofensa ao art. 616 do C.P.C. caracterizada.” (Superior Tribunal de Justiça, 3ª Turma. Processo Civil. Execução. Exceção de pré-executividade. Cártula em língua estrangeira. Falta de tradução juramentada. Saneamento. Abertura de prazo. C.P.C., art. 616. Recurso Especial n. 291.099/PR, Relator: Carlos Alberto Menezes Direito. Relator p/ Acórdão: Antônio de Pádua Ribeiro. 27 nov. 2001.)

Marcos Valls Feu ROSA admite que, tratando-se de exceção alegando ausência de requisitos do processo de execução, o exeqüente, não apenas se manifeste sobre a exceção de pré-executividade, bem como preste esclarecimentos, emende, corrija eventuais falhas, e junte documentos.

O autor sustenta que a ausência de requisitos da execução deveria ser reconhecida *ex officio* pelo juiz, com a aplicação, conseqüentemente, do artigo 616 do CPC. Caso ela não seja detectada desta forma, por erro do magistrado, nada mais justo, segundo o autor, que este aplique a norma do artigo citado para a abertura de vistas de correição ao exeqüente⁷¹.

Além do argumento apresentado, defende-se a aplicação analógica das normas dos artigos 326 e 327 do CPC, que prevêm a necessidade de contraditório quando o réu argüir fato impeditivo, modificativo, ou extintivo do direito, ou quando argüir quaisquer das matérias arroladas no artigo 301 do CPC. Argumenta-se que o julgamento imediato atentaria aos princípios do contraditório, igualdade e bilateralidade da audiência. Nesse sentido, verifica-se a opinião de Eduardo Arruda ALVIM:

Parece-nos que, ainda que a defesa seja deduzida por meio de exceção de pré-executividade, deve-se instaurar um pequeno contraditório no seio da própria execução, de modo que o juiz possa ouvir o autor (exeqüente) antes de eventualmente por cabo à execução, sob pena de ofensa à bilateralidade da audiência (mesmo porque, sempre que, por meio da objeção de pré-executividade, for levantada qualquer das preliminares relacionadas no art. 301 do CPC, aplicam-se analogicamente os art. 326 e 327, também do CPC, segundo os quais deve ser o autor (exeqüente) ouvido em 10 (dez) dias de réplica).⁷²

Após o prazo para o exeqüente se manifestar, o juiz deverá se manifestar sobre a exceção de pré-executividade e eventuais alegações apresentadas pelo exeqüente. Alberto Camiña MOREIRA⁷³ admite, até mesmo, a designação de

⁷¹ ROSA, M. V. F. Obra citada, p. 77-78.

⁷² ARRUDA ALVIM, E. Obra Citada, p. 225.

⁷³ MOREIRA, A. C. Obra citada, p. 63.

audiência de conciliação, porém tal posicionamento é bastante criticado por grande parte da doutrina, que entende ser inadmissível a realização de audiências na execução, sob o risco de desestruturação do processo executivo.

Da mesma forma, alguns julgados mostram entendimento contrário à instauração de contraditório no processo executivo:

A exceção de pré-executividade em lugar dos embargos à execução pode ser admitida em algumas situações, com cautela, em face do teor do artigo 16, § 3º, da Lei nº 6.830/80. Há que se restringir a utilização da exceção de pré-executividade às matérias de ordem pública e aos casos em que o reconhecimento da nulidade do título puder ser verificada de plano, sem necessidade de contraditório e dilação probatória. (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. Recurso Especial n. 625.203/RJ. Processual civil. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Alegação de inconstitucionalidade da lei. Cabimento. Relator: Francisco Falcão. 03 mai. 2005.)

4.7 PROVAS ADMITIDAS

Como se percebe dos capítulos anteriores, o critério de admissibilidade da exceção de pré-executividade tem sido restringido pela jurisprudência às hipóteses em que não se faz necessária a dilação probatória.

Admite-se, todavia, a apresentação de prova constituída, documental, ou seja, “prova fornecida por instrumentos públicos, bem como particulares constitutivos de quaisquer relações jurídicas que, segundo a lei, possam por eles ser criadas.”⁷⁴

Portanto, se, diante de prova pré-constituída não for possível reconhecer a matéria argüida via exceção, deverá o juiz rejeitá-la e aguardar o oferecimento dos embargos, ação de conhecimento autônoma, em que se permite ampla cognição, nos planos vertical e horizontal.

Nesse sentido se mostra a jurisprudência:

1. A possibilidade de verificação de plano, sem necessidade de dilação probatória, delimita as matérias passíveis de serem deduzidas na exceção de pré-executividade,

⁷⁴ SANTOS, Moacyr Amaral dos. **Da prova judiciária no cível e no comercial**, p. 70, *apud* ROSA, M. V. F. Obra citada, p. 69.

independentemente da garantia do juízo. 2 É possível a arguição de prescrição por meio de exceção de pré-executividade, sempre que demonstrada por prova documental pré-constituída. (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Prescrição. Possibilidade. Art. 557, § 2º do CPC. Multa. Exclusão. Recurso Especial n. 746.859/RJ, Relator: Teori Albino Zavascki. 23 ago. 2005)

4.8 SUSPENSÃO DO PROCEDIMENTO

Com o recebimento da exceção de pré-executividade, questiona-se a possibilidade de suspensão da execução, e até mesmo do prazo para oferecimento dos embargos do devedor, até a decisão do incidente.

As hipóteses de suspensão da execução estão previstas no artigo 791, que remete, ainda, aos casos dos incisos I a III do artigo 256 do Código de Processo Civil.

Cândido Rangel Dinamarco, em sua obra *Execução Civil*, sustenta que os casos de suspensão do processo executivo não são apenas aqueles indicados nos artigos citados, e sugere uma série de hipóteses não elencadas que igualmente levam à suspensão, como, por exemplo, os embargos do devedor. Com isso, concluiu o autor que “não é exaustivo o elenco das causas de suspensão do art. 791.”⁷⁵

Por outro lado, Alberto Camiña Moreira, sustenta que a suspensão do procedimento “é medida que ocorre somente nos casos expressamente admitidos em lei. Fora da previsão legal, não há possibilidade de suspensão do procedimento, e não há norma genérica que dê ao juiz a faculdade de determinar a suspensão fora dos casos previstos.”⁷⁶ Sustenta ainda, que as hipóteses apresentadas por Cândido

⁷⁵ DINAMARCO, C. R. Obra citada, p. 151-153.

⁷⁶ Acrescenta, posteriormente, que “a exceção de pré-executividade, que não goza de contemplação legislativa, não suspende o procedimento, por falta de amparo legal.”

Rangel Dinamarco, como não elencadas no Código, não passam de hipóteses já previstas em dispositivos esparsos do mesmo.⁷⁷

No mesmo sentido, posiciona-se Araken de Assis para quem “os casos de suspensão do processo encontram-se legalmente previstos”⁷⁸, e, por essa razão, não há que se cogitar a suspensão do processo em razão da exceção de pré-executividade.

Apesar das considerações acima apresentadas, boa parte da doutrina admite a suspensão da execução em virtude da exceção de pré-executividade.

Marcos Valls Feu Rosa sustenta que, apesar da suspensão ser medida excepcional em qualquer outro processo, tal consideração não deve proceder no processo de execução, em razão das peculiaridades que lhe são próprias. De acordo com o autor,

Efetivamente, a execução consiste numa série de atos tendentes à desapropriação de bens. Nestas condições, cada passo de sua marcha representa uma violação ao patrimônio do devedor, e aproxima o ato final expropriatório. Não se pode, por isto, aguardar fase processual alguma para discutir a presença dos seus requisitos. **Havendo fundadas razões para tanto, deve a execução ser suspensa a fim de ser verificada a regularidade processual.** Somente assim teremos expropriação de bens com observância, em todos os seus termos, do devido processo legal.⁷⁹ (grifo nosso)

Por fim acrescenta que não apenas o processo deve ser suspenso, mas todos os prazos em curso na execução, inclusive para embargos do devedor.

Por outro lado, Olavo de OLIVEIRA NETO separa a análise da questão em relação ao momento processual. Afirma que “os incidentes propostos antes da penhora suspendem o curso do processo de execução, enquanto o incidente que veicula matéria processual, proposto após a penhora, não a suspende”.⁸⁰ Segundo o autor, a relação de prejudicialidade entre a exceção de pré-executividade e os

⁷⁷ MOREIRA, A. C. Obra citada, p. 190.

⁷⁸ ASSIS, A. de. Obra citada, p. 583-584.

⁷⁹ ROSA, M. V. F. Obra citada, p. 93.

⁸⁰ OLIVEIRA NETO, O. de. Obra citada, p. 128.

embargos do devedor tem natureza preliminar, e portanto, se o incidente for acolhido restaria prejudicado o processamento da execução.

Rita Dias NOLASCO, por sua vez, opta pela suspensão facultativa da execução. Nesse sentido, a suspensão deve ser decidida pelo juiz conforme o caso concreto, e acolhida quando relevante o fundamento alegado.

A jurisprudência se mostra predominantemente favorável à suspensão da execução, observadas as peculiaridades do caso concreto:

A oposição de pré-executividade, na qual atacam os devedores os requisitos da execução contra eles desfechada, estabelece relação de prejudicialidade quanto ao processo de execução, conduzindo à suspensão do processo até o seu julgamento final. Essa suspensão torna-se ainda mais recomendável, em atenção aos princípios da economia processual e da efetividade do processo, quando deduzido o incidente antes da penhora, pois a concretização da construção, em hipótese tal, tornará frustrado o objetivo da exceção que é, exatamente, o de impedir a realização, em evidente prejuízo dos executados, de uma injusta construção em bens seus. (Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2003.027734-0. Exceção de pré-executividade. Recebimento. Suspensão da execução. Pedido indeferido. Relator: Trindade dos Santos. 11 mar. 2004)

Sendo razoável a tese sustentada pela devedora, suspende-se o andamento da execução até o julgamento do incidente. Agravo provido. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 9ª Câmara Cível. Processo civil. Exceção de pré-executividade. Agravo de Instrumento n. 589.455.939-RS. Relator: Tupinambá Pinto de Azevedo. 23 mar. 1999)

4.9 DECISÃO E EFEITOS

Na decisão, o juiz poderá acolher a exceção, e extinguir a execução; ordenar que o exequente emende a inicial; ou rejeitar a exceção, determinando o normal prosseguimento da execução.

A possibilidade de rediscussão da matéria argüida em exceção de pré-executividade, em sede de embargos do devedor, é ainda bastante indeterminada e pouco analisada pela doutrina e jurisprudência.

A questão se divide em relação às questões de ordem pública e matérias de mérito. No primeiro caso, as matérias não estão sujeitas à preclusão (artigos 267, §

3º, e 471, II do Código de Processo Civil) e, portanto, podem ser argüidas novamente em sede de embargos. Nesse sentido, manifesta-se Araken de ASSIS, para quem, “o assunto, nada obstante, poderá ser ventilado nos embargos, inadmitido o uso simultâneo das duas vias”⁸¹

No entanto, alguns julgados manifestam-se contrariamente:

O fato da arguição de nulidade de citação ser questão de ordem pública não traduz a possibilidade de se opor mais de uma vez a análise da matéria ao mesmo juízo. (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 5ª Câmara Cível. Embargos a execução. Sentença que declara nulidade da citação no processo de conhecimento. Matéria já apreciada por exceção de pré executividade. Preclusão. Ocorrência da coisa julgada. Prosseguimento do julgamento. Aplicação do artigo 515, § 3º do cpc. Demais matérias arguidas nos embargos à execução e que não foram levantadas na exceção de pré-executividade. Ausência de prova dos fatos alegados. Improcedência do pedido. Apelação Cível n. 2004.001.20513. Relator: Antonio Cesar Siqueira. 01 mar. 2005.)

As matérias já deduzidas nas ações de embargos do devedor e de terceiro, extintas sem o julgamento do mérito, não podem ser renovadas através de exceção de pré-executividade, configurando um verdadeiro bis in idem e retardando a prestação da tutela jurisdicional, que constitui uma garantia constitucional. Ocorrência de preclusão consumativa. Agravo improvido. (Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, 7ª Câmara Cível. Ato jurisdicional. Exceção de pré-executividade. Bis in idem. Exceção de pré-executividade. Execução movida contra o fiador e a esposa. Alegação de ilegitimidade e nulidade do contrato de fiança, por falta de outorga uxória. - Agravo De Instrumento n. 2004.002.15439. Relator: Carlos C. Lavigne de Lemos. 09 nov. 2004.

Por outro lado, a decisão a respeito de matérias de mérito no processo de execução atinge a relação substancial, julga o mérito e gera coisa julgada. Nesse sentido, a doutrina majoritária tem se mostrado desfavorável à possibilidade de rediscussão da matéria nos embargos do devedor.⁸²

Mariana Tavares ANTUNES ressalta que “já que a exceção de pré-executividade, em última análise, traz para o bojo do processo de execução a análise de questões próprias dos embargos, entendemos que, em determinados

⁸¹ ASSIS, A. de. Obra citada, p. 435.

⁸² Nesse sentido, manifestam-se Rita Dias Nolasco, Alberto Camiña Moreira e Mariana Tavares Antunes.

casos, a sentença que acolhe a exceção e extingue a execução produz coisa julgada material, já que há efetivamente análise de mérito”.⁸³

No mesmo sentido, o posicionamento majoritário da jurisprudência:

“É defeso à parte opor embargos à execução que rediscuta matéria preclusa. In casu, questão decidida em exceção de pré-executividade não pode ser novamente ventilada em embargos do devedor. Litigância de má-fé. Oposição de embargos que versem acerca de matéria preclusa. Incidência do artigo 17, inciso iv, do código de processo civil. Sentença mantida.” (Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Embargos do devedor. Arguição de matéria idêntica a aduzida em exceção de pré-executividade, em que, apreciado o mérito, foi julgado improcedente o pedido. Decisão interlocutória que restou irrecorrida. Impossibilidade de nova decisão. Preclusão consumativa. Artigos 471 e 473, do Código de Processo Civil. Apelação cível n. 2002.001061-8. Relator: Jorge Schaefer Martins. 19 dez. 2002.)

Por último, com posicionamento singular na doutrina, Eduardo Arruda ALVIM, ao discorrer sobre a decisão que rejeita a exceção de pré-executividade, defende a possibilidade de rediscussão da matéria nos embargos, e, até mesmo, a reabertura de prazo para embargos do devedor:

Caso os argumentos aduzidos na exceção de pré-executividade sejam acolhidos pelo juiz, este deverá extinguir o processo de execução, nos termos do art. 267 do CPC, o que possibilitará ao exeqüente a interposição de recurso de apelação pelo juiz. Em caso negativo, o executado poderá agravar desta decisão, pleiteando que o Tribunal ad quem reconheça, por exemplo, a nulidade ou inexistência do título e extinga o processo de execução. Nesta segunda hipótese, *o juiz deverá reabrir o prazo para embargos à execução para que o executado possa, se quiser, discutir seu direito em sede de embargos, onde o espectro de cognição do juiz é ilimitado, desde que se trate de um genuíno processo de conhecimento (grifo nosso).*⁸⁴

4.10 HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

⁸³ ANTUNES, Mariana Tavares. **A exceção de pré-executividade e os recursos cabíveis de seu indeferimento e de seu acolhimento.**, p. 454-472.

⁸⁴ ALVIM, E. A. Obra citada, p. 228.

O parágrafo 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil prevê o pagamento de honorários advocatícios e despesas processuais pelo vencido, no processo de execução, independentemente de embargos.

Logo, acolhida a exceção de pré-executividade e extinto o processo, o exeqüente deve ser condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Nesse sentido, o posicionamento de Edson Ribas MALACHINI e Araken de ASSIS:

Assim como o executado fica obrigado ao pagamento dos honorários mesmo quando, não tendo oposto seus embargos, não há sentença que os julgue improcedentes, a recíproca é verdadeira: também o exeqüente tem de arcar com esse pagamento quando fica demonstrado, mediante petição daquele, apresentada nos próprios autos do processo de execução, que a ação executiva não se justifica, ou que o processo é inviável.⁸⁵

Da mesma forma se manifesta a jurisprudência:

Em razão dos princípios da causalidade e da sucumbência e do caráter contencioso da exceção de pré-executividade, provida esta, ainda que parcialmente, é devido o pagamento da verba honorária pela parte vencida. (Superior Tribunal de Justiça, 1ª Turma. Processual civil e tributário. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Provimento parcial. Extinção de parte da execução. Honorários advocatícios. Cabimento. Ocorrência de contraditório. Princípios da causalidade e da sucumbência. Precedentes. Agravo improvido. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 670.038/RS. Relator: José Delgado. 08 mar. 2005.)

Por outro lado, rejeitada a exceção de pré-executividade, a execução prossegue normalmente e, por isso, não são devidos honorários. Caso o incidente ocasione acréscimo nas custas processuais, estas serão devidas pelo executado, nos termos do § 1º do artigo 20 do CPC.

⁸⁵ MALACHINI, E. R.; ASSIS, A. de. Obra citada, p. 363.

Ainda, caso se verifique que a exceção de pré-executividade foi interposta de má-fé, com a mera intenção de protelar o processo executivo, o magistrado poderá aplicar a sanção prevista no artigo 601 do Código de Processo Civil.⁸⁶

⁸⁶ Nesse sentido o entendimento de Luciana Fernandes DALL'OGGIO, ao citar Manoel TEIXEIRA FILHO: "O seu gesto poderá tipificar a oposição maliciosa à execução, de que trata o inc. II, do art. 600, do CPC, cuja consequência ser-lhe-á a imposição de multa correspondente até 20 por cento do valor atualizado da execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, que esteja a reclamar (CPC, art. 601). Se essa posição maliciosa pode ser caracterizada nos próprios embargos à execução (quando o juízo já se encontra garantido), por mais forte razão haverá de ser configurada na exceção de pré-executividade, sabendo-se que o devedor, para formulá-la, estará dispensado desse encargo patrimonial." DALL'OGGIO, Luciana Fernandes. **Exceção de Pré-executividade**, p. 41-42

5 CONCLUSÃO

O processo de execução, visto sob a perspectiva dos princípios do livre acesso à justiça e do devido processo legal, deve apresentar-se como a via adequada e segura para possibilitar o direito de pleitear a tutela jurisdicional e efetivar um direito a que a lei atribui pronta e imediata exigibilidade. Da mesma forma, deve viabilizar à parte contrária o direito de expor suas razões e tentar impedir a injusta invasão de sua esfera jurídica.

Nosso legislador optou por proporcionar o exercício do direito de defesa do executado mediante os embargos do devedor, ação autônoma de conhecimento, sujeita à garantia do juízo. A constitucionalidade de tal garantia vem sendo bastante discutida sob o prisma dos princípios do direito de ação e de defesa do devedor, em especial nos casos em que o executado não dispõe de bens a penhorar, ou nos casos em que a execução manifestamente não deva prosperar.

Neste contexto, a chamada exceção de pré-executividade passou a ser acolhida por nossos tribunais, ainda que sem previsão expressa da lei. Sua criação foi atribuída a Pontes de Miranda em 1966 e, aos poucos, propagou-se pela doutrina e jurisprudência.

O argumento inicial para a apresentação deste instrumento de defesa baseava-se na possibilidade de o juiz conhecer de ofício as matérias passíveis de alegação, uma vez que a utilização desta ferramenta restringia-se às questões de ordem pública. Aos poucos, os Tribunais começaram a admitir a arguição de determinadas matérias de mérito, como o cumprimento da obrigação e a prescrição.

Com isso, a admissibilidade da exceção de pré-executividade passou a ser analisada pela doutrina separando-se as questões de ordem pública e as questões relativas ao mérito, cujo acolhimento ainda é objeto de grandes discussões, pela possibilidade de desestruturação do processo executivo.

Recentemente, tal classificação vem sendo abandonada pelos Tribunais, que têm utilizado como critério a necessidade de dilação probatória, justamente para proteger a estrutura do processo executivo e impedir sua desfiguração em processo de conhecimento.

Vimos que os contornos da exceção de pré-executividade não são delineados, em razão da ausência de previsão legal do instituto. Assim, avaliamos os principais entendimentos sobre o assunto na doutrina e jurisprudência. Destacamos as seguintes conclusões sobre o tema:

A expressão exceção de pré-executividade foi objeto de acirradas críticas doutrinárias, por se mostrar inadequada e, até mesmo incoerente com as atribuições do instituto. Dentre as denominações sugeridas, apontamos a locução “defesa intraprocessual” como a mais adequada, em razão do rigor terminológico apresentado. No entanto, adotamos o termo exceção de pré-executividade em virtude de sua popularização e do contexto do presente trabalho.

A exceção de pré-executividade apresenta a natureza de defesa incidental, por se tratar de momento novo no processo, com a inserção de atos não previstos na execução. O processamento destes atos não segue um procedimento determinado, desta forma, aplicam-se analogicamente as normas gerais do processo de conhecimento.

Não existe um prazo para o oferecimento da exceção de pré-executividade, que deverá ser apresentada na primeira oportunidade que couber ao executado, sob pena de responder pelas custas de retardamento (art. 267, §3º). Alguns autores restringem sua aplicabilidade até o momento da penhora. No entanto, parece-nos mais adequado analisar a questão perante o caso concreto, conforme a matéria alegada na exceção e nos embargos.

A exceção de pré-executividade pode ser veiculada por simples petição aos autos, juntamente com a prova da questão alegada. Assim como a tendência atual verificada nos Tribunais, entendemos que as matérias passíveis de alegação

delimitam-se àquelas em que não é necessária a dilação probatória. Por essa razão, admite-se a apresentação de prova pré-constituída, que possa ser verificada de imediato pelo magistrado, resguardando-se para os embargos a arguição de matérias que necessitem de ampla cognição nos planos vertical e horizontal.

Apresentada a exceção de pré-executividade, o magistrado deve possibilitar a manifestação do exeqüente, em razão da possibilidade da correção inicial, prevista no artigo 616 do Código de Processo Civil. A suspensão da execução deve ser facultativa, analisadas as condições do caso concreto.

O juiz poderá acolher a exceção, e extinguir a execução; ordenar que o exeqüente emende a inicial; ou rejeitar a exceção, determinando o normal prosseguimento da execução. Da decisão que acolher o incidente e extinguir a execução cabe recurso de apelação; da decisão que o rejeitar, agravo de instrumento. Da decisão que julgar o agravo de instrumento ou apelação, cabe recurso extraordinário e especial.

Acolhida a exceção de pré-executividade e extinto o processo, o exeqüente deve ser condenado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios. Por outro lado, caso a exceção acarretar no acréscimo de custas à execução, estas serão devidas pelo executado.

Em uma análise geral do tema, concluímos que a exceção de pré-executividade é um instrumento válido e efetivo ao processo executivo, na forma em que este é concebido atualmente. Certamente, pode-se afirmar que o instituto passou a ser uma garantia processual do executado contra execuções infundadas, que não raras vezes são admitidas no cotidiano forense.

No entanto, há que se admitir que sua admissibilidade desvirtua, de certa forma, a estrutura do processo executivo. Se analisada com o devido rigor, verifica-se que a exceção de pré-executividade corresponde a uma solução improvisada para um processo de execução incompatível com as necessidades das relações sociais modernas, que primam pela agilidade na satisfação de seus direitos.

O ideal, portanto, seria adequar o processo executivo, assim como tem sido aprimorado o processo de conhecimento. Porém, enquanto isso não ocorre, parece-nos justa a utilização de ferramentas como a exceção de pré-executividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. Exceção de Pré-executividade. *In*: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (coord.). **Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

ANTUNES, Mariana Tavares. A exceção de pré-executividade e os recursos cabíveis de seu indeferimento e de seu acolhimento. *In*: **Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98**. Tereza Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Junior (coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ARAÚJO, Alan Pereira de. **Da Exceção de Pré-executividade**. Disponível em: <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2330> Acesso em 10 jul. 2005.

ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 8 ed. Editora Revista dos Tribunais, 2002.

BELTRAME, José Alonso. **Dos Embargos do Devedor**. 3 ed. São Paulo: RT, 2002.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A exceção de Pré-executividade. **Revista de Processo**. São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 55, ano 14, jul-set. 1989.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Vol. 3. 6 ed. Rio de Janeiro:, Forense, 1989.

CHIOVENDA, Giuseppe. Instituições de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 2002, p. 89.

DALL'OGGIO, Luciana Fernandes. **Exceção de Pré-executividade**. 1 ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 8 ed. Malheiros, 2002.

GAMA, Ricardo Rodrigues. Pressupostos Processuais e Condições da Ação executiva. Leme-SP: Editora de Direito Ltda., 2000.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. Vol. 3. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

GUERRA, Marcelo Lima. **Execução Forçada: Controle de Admissibilidade**. 2 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de Execução**. Bestbook Editora e Distribuidora, 2001.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LIMA, Alcides Mendonça. **Ação Executiva – Necessidade de Penhora Para Discutir a Exigibilidade dos Títulos** (parecer), Processo de Conhecimento e Processo de Execução.

MALACHINI, Edson Ribas; ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. 10: do processo de execução, arts. 736-795**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Processo Civil**. Vol. 5. 1 ed. Campinas: Millenium, 1999.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução Civil: Princípios Fundamentais** (Coleção Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, vol. 48). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa Sem Embargos do Executado: Exceção de Pré-Executividade**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **O Novo Processo Civil Brasileiro: exposição sistemática do procedimento**. 22 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

NOLASCO, Rita Dias. **Exceção de Pré-Executividade**. São Paulo: Método, 2004.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. **A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada**. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos tribunais, 2000.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro, Forense, 1974.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Dez Anos de Pareceres**. Vol. 4 Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1975.

ROSA, Marcos Valls Feu. **Exceção de Pré-Executividade**. 4 ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

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

SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim (Coord.). **Processo de Execução**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

TALAMINI, Eduardo; WAMBIER, Luiz Rodrigues ; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso Avançado de Processo Civil**. Vol.2. 6 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TARZIA, Giuseppe. **O contraditório no processo executivo**. Tard. Tereza Celina de Arruda Alvim. Revista de Processo, n. 28/55, out/dez. 1982.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo de Execução**. 21 ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária, 2002.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil, v. 9: do processo de execução, arts. 566 a 645**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

WATANABE, Kazuo. **Da cognição no Processo Civil**. 2 ed. São Paulo: Book Seller, 2000