

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Monografia apresentada pelo acadêmico Fabiano Martini, sob orientação do professor Manoel Caetano Ferreira Filho, como requisito parcial à graduação como bacharel em Direito.

CURITIBA
2005

FABIANO MARTINI

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

Monografia apresentada como requisito parcial à graduação como bacharel em Direito, no Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho

CURITIBA

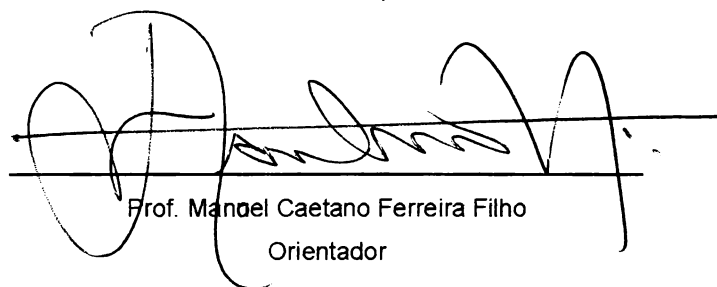
2005

TERMO DE APROVAÇÃO

FABIANO MARTINI

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO

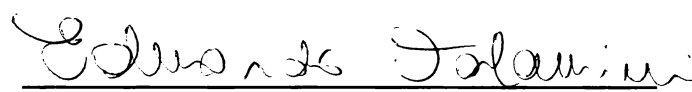
Monografia aprovada como requisito parcial à graduação como Bacharel no Curso de Direito, no Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná.



Prof. Manoel Caetano Ferreira Filho
Orientador



Prof. EDSON RIBAS MALACHINI



Prof. EDUARDO TALAMINI

Curitiba, 26 de setembro de 2005.

Agradeço ao amigo Carlos Gustavo Olsen, representante comercial da Editora Revistas dos Tribunais em Curitiba, pela atenção prestada, a qual foi fundamental na concretização deste trabalho.

RESUMO

O presente trabalho de monografia tem por finalidade a exposição de um tema relevante dentro prática forense na seara do processo de execução, qual seja a exceção ou objeção de pré-executividade, uma defesa incidental não prevista na legislação processual, não sendo configurada como uma espécie de ação como são os embargos do devedor, o incidente em questão se concretiza mediante simples petição juntada aos próprios autos de execução, tendo por objetivo informar ao juiz a ocorrência de elementos que viciem a admissibilidade tanto da ação quanto do desenvolvimento válido do processo de execução, quando não observados de ofício pelo julgador, também cabendo alegar outras matérias de mérito como se verá no decorrer da construção da temática. O surgimento desse instrumento processual se deve a necessidade de se poder reagir dentro do próprio procedimento executivo, e, principalmente, ser conhecida independente de seguro o juízo, contra uma pretensão jurídica claramente infundada ou viciada, visto que não se admite dilação probatória para a exceção de pré-executividade, devendo a prova ser pré-constituída, vez que, a necessária produção de provas será realizada em sede de embargos à execução. Por derradeiro, a exceção de pré-executividade não pode ser analisada como um instrumento estranho ao direito, uma vez que o seu conteúdo e elementos estruturantes estão enraizados sobre a égide da principiologia processual constitucional do acesso à justiça e do devido processo legal, compreendendo os princípios do contraditório e da ampla defesa, bem como a igualdade de condições dentro da relação jurídica processual.

SUMÁRIO

RESUMO	i
1. INTRODUÇÃO	1
2. PROCESSO DE EXECUÇÃO	4
2.1 TÍTULO EXECUTIVO.....	5
2.1.1 Liquidez do Título Executivo.....	7
2.1.2 Certeza do Título.....	8
2.1.3 Exigibilidade.....	10
2.2 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DE EXECUÇÃO.....	11
2.2.1 Condições da Ação Executiva.....	12
2.2.2 Pressupostos Processuais.....	16
2.3 JUÍZO DE MÉRITO NA EXECUÇÃO.....	18
2.3.1 Coisa Julgada no Processo de Execução.....	20
2.4 BREVES COMENTÁRIOS AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO.....	22
3. A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE	25
3.1 ORIGEM: O CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO.....	25
3.2 TERMINOLOGIA E NATUREZA JURÍDICA.....	27
3.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO.....	28
3.4 OPORTUNIDADE (PRAZO) E LEGITIMIDADE.....	34
3.5 FORMA, PROCEDIMENTO E PROVA.....	36
3.6 EFEITOS, DECISÃO E RECURSOS.....	38
3.7 CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.....	40
3.8 PROPOSTA LEGISLATIVA.....	41
3.9 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO.....	42
4. CONCLUSÃO	46
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	48

1. INTRODUÇÃO

O tema da exceção de pré-executividade está diretamente ligada a falta de dispositivo na legislação processual civil brasileira atinente à oportunidade de apresentar defesa dentro do próprio processo executivo, visto que apenas nos embargos do devedor (artigo 736 do CPC) é que se poderá impugnar a pretensão executória, mas, para tal, deverá o embargante garantir o juízo, nomeando bens de seu patrimônio.

Pois bem, na prática, inúmeras ações executórias são ajuizadas com vícios nos títulos que fundamentam o pedido, sendo, por isso, injusto que os executados tivessem que abrir mão de parte de seu patrimônio para garantir o juízo, correndo o risco de causar dissabores na seara moral e patrimonial do executado. Diante desse quadro, a doutrina, com a finalidade de preencher a lacuna deixada pelo legislador, passou a admitir a exceção de pré-executividade.

Nesse passo, para algumas hipóteses observadas pela própria doutrina e jurisprudência no decorrer da prática jurídica-forense, surgiu a necessidade de um tratamento diferenciado com o objetivo de proporcionar o exercício do direito de defesa do pólo passivo devedor, ou seja, o executado poderia opor-se ao título objeto da demanda executiva sem sofrer qualquer ato de constrição através da interposição do incidente de pré-executividade; mediante simples petição nos autos.

Dito isso, a prática jurídica aprendeu com a nova fase instrumentalista, na qual vive o processo, a não se fixar tanto na literalidade e nos ditames da lei processual civil, a qual somente admite a alegação de defesa em fase de embargos à execução e após assinado o termo de penhora dos bens do executado, em outras palavras, depois de garantindo o juízo.

Dessa maneira, está por se optar pelo caminho juridicamente correto, por uma interpretação mais extensiva e principiológica dos procedimentos informados na lei, com a intenção de oferecer um processo justo e efetivo, seguindo as diretrizes dos princípios do acesso à justiça, do devido processo legal e do contraditório e ampla defesa etc., informados na Constituição da República, os quais serão oportunamente comentados ao fim desse trabalho.

Para tanto, não devemos criar um processo unilateral em que apenas uma parte age sem dar a oportunidade de manifestação do outro pólo da ação executiva,

principalmente, quando as alegações da presença de vícios na ação executiva argüidas pelo executado precisam ser informadas ao juiz de forma urgente.

É claro que não se quer aqui bagunçar o procedimento executivo, permitindo que se alegue qualquer matéria na exceção de pré-executividade, todavia, a jurisprudência concluiu, por óbvio, que para certas alegações de defesa, principalmente as que tratam da insubsistência do direito aparente comprovado pelo exeqüente na apresentação do título executivo, não teria necessidade de se interpor os embargos do devedor.

Em suma, serão admitidos o incidente de pré-executividade nos casos em que a matéria esteja ligada ao juízo de admissibilidade, ou seja questões do próprio formalismo do processo, por exemplo requisitos de validade e eficácia do título objeto da execução, permitindo a atividade cognitiva de pronto do juiz no processo, visto que a prova deve ser demonstradamente pré-constituída, não se permitindo dilação probatória nas hipóteses de cabimento do referido incidente.

Ainda, o assunto sobre a exceção ou objeção de pré-executividade é muito debatido na doutrina e jurisprudência; por ser uma matéria não legislada, permite numerosos entendimentos dentro da funcionalidade de tal instrumento na prática jurídica.

Todavia, apesar das críticas que se façam à temática, o presente trabalho monográfico tem por escopo informar a real necessidade econômica-social do surgimento desse meio de defesa, o qual está diretamente integrado a aplicabilidade dos princípios processuais informados pelo Direito e pela própria Constituição de 1988.

A didática e metodologia adotada para a exposição do tema central desta monografia de final de curso, começa pela análise dos elementos processuais e materiais constituidores do processo executivo, como o título executivo, bem como os seus requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade.

Após falaremos acerca do juízo de admissibilidade (condições da ação e pressupostos processuais) e de mérito da ação executiva, fundamental para compreender a existência e necessidade da exceção de pré-executividade na prática processual forense. Em seguida, teceremos breves comentários sobre os embargos à execução, de maneira a diferenciar essas duas modalidades de instrumento de defesa do executado, lembrando que somente os embargos à

execução, que é uma ação incidental, estão disciplinados no Código de Processo Civil vigente.

Dissecada essa parte preliminar, a qual é imprescindível para a compreensão do tema central, adentraremos nos aspectos históricos, conceitológicos e terminológicos, estruturais, nas hipóteses de cabimento, no funcionamento do mencionado instrumento, bem como analisaremos os seus efeitos e recursos cabíveis. Por fim, transcreveremos uma proposta legislativa formulada pela doutrina processual a ser adicionada no Código de Processo Civil.

Para finalizar esta parte introdutória de apresentação do tema da exceção de pré-executividade no processo civil brasileiro: o aparecimento desse instrumento de defesa processual no bojo das demandas executivas, provém do surgimento de uma necessidade substancial da sociedade em se criar meios de ataque às demandas executivas infundadas, ou seja, àquelas que não detém títulos legítimos de serem exigidos, a fim de que o executado possa exercer os seus direitos de defesa e justiça, sem que, para isso, tenha que passar pelo dissabores conseqüentes do oferecimento de bens do seu patrimônio para garantir o juízo.

É o que se passa a analisar.

2. PROCESSO DE EXECUÇÃO

2.1 TÍTULO EXECUTIVO

O documento essencial para se propor uma ação de execução é representado pelo título executivo, o qual informa o direito nele inserido, e caso esteja ausente ou infundado, prejudicará a sorte do processo executivo já na sua admissibilidade, barrando, com isso, o início do procedimento de tutela jurisdicional buscado pelo credor.

Assim, a exigência da presença do título está diretamente ligada à estrutura do processo de execução, tendo em vista a eficácia abstrata atribuída ao título executivo, e, ainda, tal eficácia, por ser abstrata num primeiro momento, é o que explica a não possibilidade ou desnecessidade da apresentação de defesa dentro do processo executivo.

Essa linha de pensamento é resgatada dos escritos de ENRICO TULLIO LIEBMAN, que complementa: "a eficácia abstrata reconhecida ao título é que explica seu comportamento na execução; aí está o segredo que o torna o instrumento ágil e expedito capaz de permitir a realização da execução sem depender de qualquer nova demonstração da existência do crédito".¹

Nessa linha, cabe explicitar acerca da natureza jurídica do título executivo. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR² ao dissecar sobre a matéria, preferiu, como outros doutrinadores, dentre eles SÉRGIO SHIMURA³, mesclar as duas principais teorias que tentam explicar a natureza jurídica dos títulos executivos: a *teoria documental* de Carnelutti, a qual define o título como sendo a prova legal ou integral (materialidade) do crédito pleiteado na execução.

E, em oposição a Carnelutti, a *teoria do ato jurídico* fundamentada por Liebman, que diz ser o título executivo "...um ato jurídico dotado de eficácia constitutiva, porque é fonte imediata e autônoma da ação executória, a qual, por conseguinte, é, em sua existência e em seu exercício, independente do crédito."⁴

¹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 22.

² THEODORO Júnior, Humberto. *Processo de Execução*. 15 ed. São Paulo: Leud, 1991.

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

⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 1968. p. 127.

Assim, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR depreende do título executivo dois sentidos, um interno (ato jurídico substancial) e outro externo formal (documento escrito), exemplificando: uma escritura pública (forma) que contiver em seu bojo um mútuo, será título executivo conforme artigo 585, II, contudo, se for o caso de uma empreitada ou uma compra e venda de imóvel no negócio nela documentado, não será título executivo.

Ainda, ocorre o mesmo com o objeto do título (substância), por exemplo, o mútuo será executado se estiver sendo representado por uma nota promissória (585, I), não sendo, porém, executável sem uma condenação precedente, no caso de o mútuo estiver apenas formalizado em documento particular, sem testemunhas.⁵

A doutrina clássica adotou o princípio da *nulla executio sine titulo*, o qual afirma que a execução não pode ser demandada sem a presença do título que a fundamenta, sob pena inadmissibilidade da execução por falta no interesse de agir, conforme explicaremos em momento oportuno.

Subentende-se desse princípio, conforme explica LUIZ GUILHERME MARINONI no dizer de RITA DIAS NOLASCO, uma idéia de que existe: “a proibição de invasão da esfera jurídica do réu, através da prática de atos executivos, antes da realização plena do contraditório.”⁶

Em síntese, não se deve iniciar uma demanda executiva sem a presença de título que a embasa. Nos casos de títulos provindos de sentença condenatória definitiva, que não almeja mais atos de cognição, traz à margem a certeza jurídica do título executivo judicial (coisa julgada material). Contudo, a execução provisória de sentença condenatória é exceção que foge da normalidade, ante a “incerteza jurídica” do julgado, que poderá ser reformada pelo tribunal.

Todavia, a conjuntura das novas necessidades de provimento sumário para a constituição antecipada de um título executivo, contribuiu de forma intensiva para a mitigação do princípio da *nulla executio sine titulo*, visto que, quando preenchidos os requisitos de idoneidade para a efetivação da antecipação da tutela, admitiu-se, no procedimento comum, a conjugação entre as atividades de conhecimento e execução dentro do mesmo processo.

⁵ THEODORO Júnior, Humberto. *Processo de Execução*. cap. VIII, p. 93.

⁶ NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de Pré-executividade*. São Paulo: Método, 2003. p.74.

Nessa linha, LUIZ GUILHERME MARINONI explica: “Um direito é evidenciado de pronto quando é demonstrado desde logo. Para a tutela antecipatória no direito brasileiro, contudo, são necessárias, em regra, a evidência do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu, não bastando apenas a caracterização do primeiro.”⁷

De qualquer sorte, a lei processual (artigos 583 e 614,I e 616 do CPC) determina que as ações executivas devem ser fundadas em título executivo. Nas palavras de JOSÉ ALBERTO DOS REIS: “é o título que autoriza o credor a mover a ação executiva; é o título que define o fim da execução; é o título que marca os limites do procedimento executivo”⁸, ou seja, é através dele que é possível precisar o conteúdo e a natureza da obrigação do devedor, bem como o valor devido ou a entrega de coisa a ser realizada dentro da pretensão executiva.

Ainda, as características peculiares do procedimento executivo, as quais diferem do procedimento comum, se dá através da necessidade da presença do título.

Dito isso, ANTUNES VARELA traz uma definição importante acerca dos títulos executivos, eles são: “...os documentos (escritos) constitutivos ou certificativos de obrigações que, mercê de força probatória especial de que estão munidos, tornam dispensável o processo declaratório (ou novo processo declaratório) para certificar a existência do direito do portador”.⁹

Assim, a instrução no processo de execução é representada pelo título, tanto judicial quanto extrajudicial, que o fundamenta, devendo estar presente os três requisitos formais para consubstanciar o título executivo, qual seja: *liquidez, certeza e exigibilidade* (artigo 586 do CPC).

Nesse raciocínio, analisaremos tais requisitos de admissibilidade do título, os quais estão diretamente ligado às condições da ação e aos pressupostos processuais, bem como são determinantes na construção da exposição do tema.

⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado, e execução imediata da sentença*. 2 ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 1998. p. 26.

⁸ REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*. 2 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1957. v.1, p. 68-69.

⁹ VARELA, Antunes. *Manual de processo civil*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1985. p. 78-79.

2.1.1 Liquidez do Título Executivo

A liquidez do título executivo é essencial para que se consiga chegar ao *quantum debeatur* buscado na execução, não necessitando que o valor seja de início determinado, mas sim determinável com a devida liquidação.

Tal requisito está diretamente ligado aos direitos e obrigações consubstanciadas em coisas fungíveis (crédito em dinheiro) e/ou ligadas às obrigações de dar coisas determinadas em gênero e quantidade.

Assim, os títulos extrajudiciais deverão apresentar liquidez e os títulos judiciais ilíquidos, provindos de decisões condenatórias, passarão por uma fase de liquidação de sentença.

Importante ressaltar que, com a vigência da Lei nº 8.898 de 26/06/1994, modificaram-se os artigos do Código de Processo Civil que tratam da liquidação de sentença, extinguindo, de sobre maneira, a liquidação via cálculo do contador, fazendo com que existam hoje apenas duas formas de liquidação: por arbitramento e por artigos.

Dessa maneira, após o implemento da referida lei, com a exceção das liquidações por arbitramento e por artigos, o exeqüente que pretende executar seu título em face de devedor solvente, insolvente, ou da Fazenda Pública, o faz apresentando, obrigatoriamente, memória discriminada e atualizada do cálculo a constar na peça inicial da demanda executiva.

As mudanças trazidas pela lei de 8.898/1994 trouxeram mais agilidade no recebimento das proposituras executivas (excetuando as que comportam liquidação por arbitramento ou por artigos), visto que os autos não iriam mais para elaboração do cálculo de liquidação na contadoria judicial, bastando a requerimento do exeqüente a citação do executado para pagar o valor constante no cálculo discriminado, apresentado junto a peça inicial, ou nomear bens, sob pena de serem penhorados tantos bens suficientes para a satisfação do crédito e garantir o juízo (força do artigo 659 do CPC).

Então, antes da vigência da Lei 8.898/1994, na sistemática do Código de processo Civil de 1973, tínhamos um processo de liquidação (*liquidação por cálculo do contador*) que intermediava a sentença condenatória transitada em julgado e sua conseqüente execução. A primeira etapa do procedimento desse processo era a

remessa dos autos, a requerimento do interessado (exequente), ao contador judicial para apurar o *quantum debeat* a ser exigido na execução.

Após elaborada a conta, abria-se prazo de 5 (cinco) dias para as partes se manifestarem acerca do cálculo, e resolvidas as divergências, se houverem, o juiz oficial proferirá a sentença, podendo as partes ainda interpor recurso de apelação se a decisão lhe(s) gerar(em) gravame.

De fato, pode-se afirmar que nesse tipo de procedimento existia um meio de defesa anterior ao processo de execução, e com a sua extinção, conforme já informado anteriormente, a lei processual civil dispõe que qualquer discussão acerca dos valores devidos, em outras palavras, matérias de mérito, deveria ser feito através de embargos à execução, tendo o executado o ônus de garantir o juízo, mediante a assinatura do termo de penhora, a qual incidiu perante os bens da esfera patrimonial do devedor demandado.

Portanto, conforme explica TERESA ARRUDA ALVIM WAMBIER:

“Precisamente porque não subsiste mais este prévio contraditório à liquidação do título executivo, parece certa a conclusão de que as denominadas ‘exceções de pré-executividade’ ganham, com o advento da Lei 8.884/94, um campo evidente de aplicação, sem prejuízo daquelas hipóteses em que a doutrina e jurisprudência sempre entenderam o seu cabimento: toda a vez que a apresentação da memória discriminada do cálculo for apresentada abusivamente, despidendo a apresentação de bens à penhora para o fim de o executado apresentar as razões de seu inconformismo”.¹⁰

2.1.2 Certeza do Título

Inicialmente, é importante salientar que a certeza precede à liquidez, visto que se não comprovada a existência do título, injustificada fica a apuração da quantidade devida (*quantum debeat*: “quanto se deve”).

De acordo com os ensinamentos de SÉRGIO SHIMURA: “A certeza determina a natureza da relação jurídica e o gênero do objeto devido (*quid debeat*)”.¹¹

SÉRGIO SHIMURA explica que o requisito da certeza da obrigação inerente ao título, informa, de início, a grande probabilidade da existência real da obrigação

BUENO, Cássio Scarpinella. O art. 604 do CPC comporta objeção de pré-executividade?. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Atualidades sobre Liquidação de Sentença*. São Paulo: RT, 1997. p. 121.
SHIMURA, Sérgio. *Título Executivo*. p. 139.

ou do crédito formadores do documento executivo, a qual se confirmará no decorrer do processo. Assim, a certeza procura delinear não precisamente a existência da obrigação ou do direito, mas sim, a natureza da obrigação que se apresenta ao caso concreto.¹²

Nesse contexto, a doutrina processualista assevera:

“Quando a lei impõe, como condição para executar, que o título traga a representação de obrigação certa, não se está exigindo certeza quanto à existência do direito. O requisito não concerne ao grau de convicção acerca da razão do exequente. Se a obrigação existe ou não, isso é matéria de que não se trata na execução. O processo executivo afasta qualquer discussão quanto à existência do direito – a qual se dá em processo de conhecimento prévio ou incidental (embargos). Bem por isso o título, em sede executiva, nem mesmo funciona como prova do crédito.”¹³

Ainda, optou o legislador em conferir privilégio de certeza da existência do crédito a determinados títulos, dispondo na lei quais terão eficácia executiva, ressalvados os requisitos intrínsecos de cada título. Dessa maneira, ao serem praticados no mundo jurídico, transmitirão maior certeza da existência da relação a que o título se funda, até prova em contrário.

É importante salientar, que com a execução procura-se atingir a efetividade concreta da prestação jurisdicional, visto que nesse processo não existe a lide já resolvida no procedimento ordinário de conhecimento, servindo o resultado, no caso a sentença judicial, como parte instrumental (título) da execução para fazer valer o direito nele informado (coisa julgada material).

Portanto, com a certeza do título fica mais fácil determinar os limites da execução, qual seja os seus sujeitos, a natureza da relação jurídica e o seu objeto, e assim, conferir a celeridade esperada pelo próprio legislador dentro do procedimento das ações executórias; lembrando que esse tipo de processo afasta qualquer divergência quanto a existência do direito, e qualquer alegação voltada ao mérito somente poderá ser tratada em sede de embargos à execução, após seguro o juízo.

¹² op. cit. p. 137/138.

¹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 2 (Processo de Execução)*. 6 ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: RT, 2004. p. 66.

2.1.3 Exigibilidade

Apesar do CPC em seu artigo 586 mencionar a exigibilidade como requisito para a execução do título, essa não é necessária para a formação do próprio título. No pensamento de SÉRGIO SHIMURA ela não se encaixa como sendo elemento intrínseco ao título, como o são a liquidez e a certeza, mas sim remete-se à necessidade concreta e adequação da via procedimental, que quando conjugados, demonstram o interesse processual da demanda executiva.¹⁴

Assim, a inexistência de exigibilidade não desconstitui a configuração do título, podendo ele ser líquido, certo e, todavia, inexigível, como é caso das duplicatas não vencidas ou dos títulos que perderam sua eficácia executiva em decorrência do tempo.

A exigibilidade do título se configura quando a obrigação inerente a ele já permite a sua executoriedade, todavia, em havendo condição ou termo (vencimento da dívida), é necessário que este já o tenha ocorrido ou que seja provado o cumprimento da condição (artigos 572 e 614, III do CPC).

Dessa forma expressa ARAKEN DE ASSIS em seu manual do processo de execução: “Termo é fato natural, verificável no próprio título, e por esta razão carece de qualquer prova, em princípio, tirante a do chamado termo incerto¹⁵. “Ao contrário, a condição, porque evento futuro e incerto, carecerá de prova na petição inicial da ação executória (artigo 614, III, do CPC).”¹⁶

Por derradeiro, a exigibilidade está diretamente ligada à necessidade concreta da execução, e portanto, ao interesse de agir do credor, devendo ser vista como um requisito de atualidade. Conforme explica CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, a exigibilidade não tem a função de detectar o direito pretendido na execução, e muito menos de delimitar os contornos do processo de executivo, mas sim, tem o papel de identificar o momento exato à satisfação da vontade concreta expressada na lei, sem que haja mais impedimento legal.¹⁷

¹⁴ SHIMURA, Sérgio. *Título Executivo*. p. 143-144.

¹⁵ A morte seria um exemplo de termo incerto.

¹⁶ ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 5 ed. rev. e atua., 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 126.

¹⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. São Paulo: Malheiros, 1973. p. 182.

Passada essa breve exposição acerca dos títulos executivos, bem como as suas características, veremos os aspectos atinentes aos requisitos de admissibilidade da ação executiva.

2.2 JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE DA AÇÃO DE EXECUÇÃO

O juízo de admissibilidade é a primeira etapa pela qual deve passar o processo da ação executiva quando ajuizada; e somente após é que o juiz pode se ater ao juízo de mérito¹⁸, vez que é nesse momento preliminar de admissão da execução que o juiz confere se a demanda preenche os requisitos atinentes às *condições da ação* e aos *pressupostos processuais*. Tal controle é análogo ao feito no processo de conhecimento, tendo na execução características que lhes são peculiares.

Nas palavras de MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS: “o juízo de admissibilidade impõe-se como uma espécie de ‘mecanismo de filtragem’, separando, dentre os pedidos que batem às portas do Judiciário, aqueles que se apresentam como passíveis de exame substancial, dos que podem, de pronto, ser descartados...”¹⁹

Dito isso, no processo de conhecimento o controle de admissibilidade se espalha no trâmite do feito; por assim dizer, difuso, podendo o juiz se manifestar desde o próprio despacho inicial até no julgamento conforme estado do processo, por exemplo, recomenda-se que o juiz analise as condições da ação após a contestação do réu, ou quando sanadas as providências preliminares.

Nesse passo, as matérias que tratam das condições da ação e pressupostos processuais deverão ser conhecidas de ofício pelo juiz, a qualquer tempo e grau de jurisdição, abrindo-se tal regra também ao processo executivo (força dos artigos 267, §3º e 301, §4º do CPC).

No processo de execução o controle de admissibilidade é concentrado, a lei confere uma única oportunidade para tal (*ressalva: vide parágrafo anterior*), ou seja,

¹⁸ Embora o procedimento da ação executiva não ter por finalidade principal uma sentença de mérito propriamente dita.

¹⁹ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Admissibilidade e mérito na execução*. Revista de Processo, São Paulo, 1987, v.12, nº 47, jul./set. p. 25.

tão logo o juiz examine a petição inicial executiva, ele tanto pode indeferir a petição inicial como determinar a citação do devedor. Aqui cabe transcrever os dizeres de MARCELO LIMA GUERRA: “decidir sobre se se deve ou não citar o devedor significa decidir se deve ou não *ser prestada a tutela executiva*.”²⁰

Importante arrematar que o deferimento da citação do réu não gera preclusão das matérias de ordem pública, qual seja, os requisitos de admissibilidade da execução.

Ainda, o juiz no despacho inicial pode realizar três atos: a) decisão inicial positiva, a qual determina a citação do devedor, detendo características de decisão interlocutória recorrível através de agravo de instrumento; b) requer a intimação do exeqüente para se manifestar acerca das irregularidades possíveis de serem sanadas ou c) indefere a petição inicial insanável, sendo nesse caso uma sentença terminativa a qual extingue o processo.

É importante salientar que no controle de admissibilidade da execução o juiz tem que agir cautelosamente, visto que uma vez deferida a citação do devedor, ele somente poderá se defender, alegando qualquer matéria, seja ela de mérito ou, principalmente, àquelas em que o juiz deva conhecer *ex officio* (juízo de admissibilidade), em sede de embargos e após seguro o juízo através de seu patrimônio. É claro que isso está de acordo com a visão restrita informada na lei processual civil brasileira.

Em suma, a partir desse contexto processual normativo, o qual notoriamente dificulta o exercício dos direitos de ampla defesa e do contraditório do executado em face das demandas executivas infundadas, é que se começou a tecer as primeiras idéias acerca da necessidade de por em prática um instrumento de defesa dentro do próprio processo executivo, qual seja, a exceção de pré-executividade.

2.2.1 Condições da Ação Executiva

As condições da ação compreendem a *possibilidade jurídica do pedido*, a *legitimidade das partes* e o *interesse processual de agir*, e, caso não concorram

²⁰ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. São Paulo: RT, 1998. p. 130.

quaisquer dessas condições o juiz de plano extinguirá o processo sem julgamento do mérito (sentença terminativa - artigo 267, VI CPC).

Assim, tais requisitos são essencialmente indispensáveis para que se exerça a atividade jurisdicional das ações executórias de forma satisfativa, tal como ocorre no processo de conhecimento.

Antes de analisarmos os requisitos determinantes das condições da ação, é necessário traçar, de forma sintética, acerca dos três elementos constitutivos e identificadores das ações: as *partes*, o *pedido* e a *causa de pedir*.

Com relação às *partes*, a doutrina tem chegado ao entendimento que *parte* somente se refere aos sujeitos que estão presentes no processo e fazem parte da relação jurídica processual, seja quem deu causa à demanda, quem foi devidamente citado, até os sujeitos que intervirem no processo, ou os que venham suceder a uma parte preexistente.

Já o *pedido* delimita aquilo que os alemães costumam chamar de *objeto litigioso do processo*, ou para a nossa doutrina, o *mérito* ou *lide*. Na execução a identificação do mérito condiz com o pedido de satisfação do direito do credor, mediante a realização dos atos constritivos a serem impostos ao executado (objeto imediato do pedido),²¹ caso esse não venha a pagar espontaneamente o débito devido.

Por fim, a *causa de pedir* pode ser compreendida conforme sustenta CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO: “a causa de pedir *in executis* é, tanto como no processo cognitivo, a situação de fato de que se originou o direito alegado pelo exequente, associada ao fundamento jurídico da pretensão deduzida e à atitude do executado, violadora desse alegado direito”.²²

Dito isso, a inadimplência é elemento fundamental dentro da causa de pedir, devendo estar expresso na peça exordial executiva junto com o fundamento jurídico da pretensão deduzida, sob pena de restar inepta a inicial.

Retomando aos requisitos atinentes às condições da ação (*possibilidade jurídica do pedido*, *legitimidade da parte* e o *interesse de agir*), os quais são genéricos para todas as espécies de ação, sob pena de quebra do sistema de

²¹ O objeto mediato é o próprio bem jurídico reclamado.

²² DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 361.

prestação jurisdicional, comprovando que o inadimplemento e o título não são em si condições da ação executiva.

Primeiramente, a apreensão da possibilidade ou, como preferem alguns processualistas, impossibilidade jurídica do pedido contido na inicial, é elemento de divergência dentro da doutrina, alguns autores não enquadram tal requisito como sendo condição da ação, vez que seria um problema ligado ao mérito, outros, dentre eles LIEBMAN²³, na terceira edição de seu Manual, o colocam dentro da abrangência do interesse de agir.

Diante disso, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR em seu curso de direito processual civil diferencia os casos em que a impossibilidade jurídica do pedido se confunde ou não com o mérito. Para tal, é necessário fazer a distinção entre os incisos II e III do parágrafo único do artigo 295 do CPC, o qual considera os casos de inépcia da inicial. No inciso II a inicial será declara inepta quando “da narração dos fatos não decorrer logicamente a conclusão”, assim na visão do sábio processualista, o indeferimento da inicial na ocorrência desses casos implicará na apreciação do mérito, julgando improcedente o pedido, recebendo os efeitos da coisa julgada material.²⁴

Já o inciso III considera inepta quando “o pedido for juridicamente impossível”, e nesse caso, sim haverá a apreciação da condição de ação propriamente dita, ante a impossibilidade de direito processual, ou do pedido imediato.²⁵

Ainda, de acordo com CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO não é certo afirmar que a impossibilidade jurídica do pedido reside somente no pedido, podendo também se referir às prerrogativas de uma das partes, ou até mesmo na *causa pretendi*. Assim, o correto, segundo o doutrinador seria chamar essa condição de ação de *impossibilidade jurídica da demanda*, vez que a impossibilidade jurídica reside nos três elementos demanda (as partes, o pedido e a causa de pedir).²⁶

A próxima condição da ação é o chamado interesse processual de agir, processual e não material, no sentido de aquele se referir ao interesse de utilizar o

²³ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 151.

²⁴ THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. v. 1 p.54-55.

²⁵ *Ibidem*. p. 54-55.

²⁶ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 386-387.

processo para tutelar o direito substancial pertencente ao autor, em busca do provimento de sua pretensão judicial; tal requisito se estrutura com base em dois elementos, *necessidade e adequação*.

No que se alude à necessidade, deve-se observar a real situação do prejudicado, ao ver seu direito material violado e, em sendo incapaz de conseguir uma solução extrajudicial para o caso, apela para o acionamento da tutela jurisdicional do Estado.

No processo executivo, a necessidade do interesse processual de agir se estabelece em relação à exigibilidade do título executivo, visto que, se a dívida a qual o título representa não está vencida, ou pendente de condição, termo, ou ainda, em não se comprovando a contraprestação legal ou contratual devida ao demandado, carecerá o autor de título exeqüível e necessidade concreta, e por conseguinte, restará contaminado o seu interesse processual de agir, devendo ser julgado improcedente o pedido do exeqüente sem julgamento do mérito (sentença terminativa).

Nesse passo, CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO assinala com muita propriedade, que o Código de Processo Civil cometeu o erro de incluir o inadimplemento como requisito a realizar qualquer execução (art. 580), senão vejamos: “é inexato afirmar que o interesse é dado pelo *inadimplemento*, ou pela lesão ao direito, como a doutrina freqüentemente assevera, pois aí já se passa para o terreno do mérito. O adimplemento é causa de extinção da obrigação e motivo de improcedência da demanda (mérito), não de carência de ação”.²⁷

Continuando, a adequação do pedido também deve estar presente no interesse de agir do exeqüente, tendo por objetivo a utilização do meio processual adequado indicado no sistema, de forma a proporcionar o processo correto e útil para a recomposição do direito do demandante.

Por exemplo, aquele que ajuíza ação de execução sem dispor de título perfeito, carece no interesse processual de agir, vez que deveria propor outra espécie de demanda, rito ordinário no caso de cobrança, a fim de constituir o respectivo título exeqüível. Enfim, a adequação se verifica a partir do título executivo,

²⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. p. 414.

ligada à utilidade prática do meio correto e legalmente escolhido para o provimento jurisdicional pleiteado.

Por derradeiro, acerca da legitimidade das partes, lembrando que já foi definido o conceito de parte no processo dentro dos elementos da ação. Aqui nos concentraremos em analisar a questão da legitimidade dentro da execução, caracterizada, em princípio, pelos sujeitos ordinariamente informados no próprio título executivo (*legitimidade ordinária*), por coincidirem, na maioria dos casos, o exeqüente (*legitimidade ordinária ativa*) e o executado (*legitimidade ordinária passiva*) com a figura do credor e devedor, nessa ordem, lembrando que os sucessores do crédito (credor) ou da dívida (devedor) também possuem legitimidade ordinária ativa e passiva, respectivamente.

Ainda, podem ocorrer casos de *legitimidade extraordinária* quando a permissão para propor a ação executiva é conferida por lei a outros, bem como ser proposta contra outros responsáveis (exemplo: fiador judicial – legitimado extraordinário passivo concorrente com o devedor) os quais serão, portanto, partes no processo.²⁸

2.2.2 Pressupostos Processuais

Existem certos requisitos que devem ser observados para a relação processual adquirir existência e que o processo se desenvolva de forma válida, estamos nos referindo aos pressupostos processuais.

Como na doutrina não existe uma classificação linear acerca dos pressupostos processuais, utilizaremos a classificação elaborada por JOSÉ MANOEL DE ARRUDA ALVIM em seu Manual,²⁹ a qual separa os pressupostos em *intrínsecos* ou *positivos*, os quais estão diretamente ligados à própria relação jurídica processual, e os *extrínsecos* ou *negativos*, em virtude de serem constatados fora da relação jurídica processual em questão, não permitindo a sua eficácia.

²⁸ Com relação aos legitimados ativos e passivos como partes do processo: ver artigos 566, 567 e 568 do CPC.

²⁹ ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1979. v. 1, p. 286.

Os pressupostos intrínsecos subdividem-se em pressupostos de *constituição da relação jurídica processual e desenvolvimento válido e regular do processo* (art. 267, VI, CPC). O primeiro se configura diante da existência da petição inicial cumulada com o acionamento do órgão revestido de jurisdição, isso se deve em virtude do princípio da inércia do Poder Judiciário, o qual deve ser provocado para poder atuar.

Ainda, é necessário que o(s) sujeito(s) pertencente(s) ao pólo passivo da ação seja(m) devidamente chamado(s) ao processo para que possa(m) propor sua defesa em relação à demanda, em outras palavras, em não ocorrendo a citação inexistente relação processual constituída.

Dentro dos pressupostos de constituição exige-se a capacidade postulatória para atuar em juízo, ou seja a parte somente poderá postular em juízo através de advogado previamente constituído, ressalvadas as exceções previstas em lei, a exemplo da Lei dos Juizados Especiais nº 9.099/1995.

Todavia, além da constituição da relação jurídica processual, é vital que o processo caminhe de forma regular e dinâmica até a etapa final do proferimento da sentença, motivo pelo qual explica a observância do pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo.

As exigências retiradas desse pressuposto para que o desenvolvimento do processo seja regular e válido, são: a) a *petição inicial* deve ser *apta* na forma e conteúdo exigidos em lei (vide artigos 295, I, e 282 do CPC), sob pena de ser indeferida; b) o juiz ao qual se dirige a ação deve ser *competente* para apreciar determinada matéria e ser *imparcial*, caso contrário restará contaminado o curso normal e válido do processo, tornando inválida a decisão proferida; c) outra exigência é a *citação válida*, lembrando que apesar da citação inválida constituir a relação jurídica processual, necessária se faz a citação válida para não comprometer o desenvolvimento normal do feito, vez que, conforme descreve o *caput* do artigo 219 do CPC, “A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.” e d) por último, a parte deve ter *capacidade processual*, ou seja, aptidão para possuir direitos (capacidade civil), desde que possa exercitá-los de forma válida, sendo obrigatória a representação ou assistência na proteção dos interesses dos sujeitos incapazes inseridos na relação processual.

Dando lugar aos pressupostos extrínsecos ou negativos, esses atingem o processo externamente; as matérias tratadas devem se mostrar ausentes, pois uma vez presentes são impedoras da constituição da relação jurídica processual. Essas matérias são: a) a *litispendência* (ações com elementos idênticos de pretensão jurídica que tramitam ao mesmo tempo); b) a *coisa julgada* que acompanha o caráter imutável e incontestável da sentença transitada em julgado; c) a *perempção* afeta o processo com a perda do direito de ação dos autores que, por três oportunidades, permitem a extinção da demanda e, por fim, d) o *compromisso arbitral* se manifesta quando existem fenômenos que impedem o julgador de conhecer a matéria alegada, extinguindo o processo sem julgamento do mérito.

Dessa maneira, os pressupostos processuais conforme foi explicitado tem aplicação integral dentro do processo executivo, devendo o juiz observá-las de pronto, com a finalidade de conferir a validade necessária para o trâmite seguro da demanda.

Portanto, o julgador deve proceder o juízo de admissibilidade dentro do processo executivo e, assim, estar apto para analisar o juízo de mérito, tema esse que envolve muitos debates na doutrina processual, o qual veremos agora.

2.3 JUÍZO DE MÉRITO NA EXECUÇÃO

A discussão sobre a existência de juízo de mérito na execução é muito debatida na doutrina. MARCELO NAVARRO RIBEIRO DANTAS escreve: “à semelhança do que ocorreu em relação à admissibilidade, a teoria processual respeitante ao mérito foi erigida ao redor do processo de conhecimento, relegando-se, uma vez mais, a execução, a plano secundário”.³⁰

Em face disso, se faz importante salientar que o processo de execução ao se adequar nas formalidades de admissibilidade e mérito emprestadas do processo de conhecimento, está fazendo nada mais além de que reforçar a unidade do sistema processual.

³⁰ DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Admissibilidade e mérito na execução*. p. 34.

Diante disso, devemos tecer acerca do conceito de mérito, o qual está diretamente conectado aos pedidos de fato e de direito suscitados na demanda, os quais consubstanciam a relação jurídica de direito material tratada em juízo. O pedido e o mérito estão tão ligados, que o pedido fundamentado em sua causa de pedir, delimita a extensão do próprio mérito objeto de conhecimento pelo juiz, e, por isso, lhe é vedado analisar matérias não invocadas pelas partes no processo, mesmo essas questões estando presentes na totalidade da lide.

Nesse sentido, OLAVO DE OLIVEIRA NETO expõe: “Não se trata, porém, da totalidade do conflito de interesses existente entre as partes, que toma o nome de lide, mas apenas do segmento deste conflito eleito pelo autor ao propor a demanda. Em outras palavras, a lide não se apresenta em toda a sua extensão, assim como naturalmente existe.”³¹

Assim, se no processo executivo existe uma pretensão, ou seja um pedido, então pressupõe-se que existe mérito. A doutrina iguala o pedido e o mérito à lide, e, dessa maneira, a execução teria lide também, como expressa ARAKEN DE ASSIS: “Distinto que seja das ações de carga declarativa, constitutiva ou condenatória, há mérito em qualquer ação executiva: jamais se conceberia a aberração, implícita na negativa, de uma demanda `oca`.”³²

Nessa linha, o processo de execução possui pedido, qual seja a realização de atos constritivos na esfera patrimonial do devedor a fim de satisfazer a dívida, caso o devedor não a pague espontaneamente, e, por suposto, há mérito, sendo difícil imaginar execução sem mérito.

Ainda, OLAVO DE OLIVEIRA NETO argumenta que:

“Cândido Rangel Dinamarco e Marcelo Navarro Ribeiro Dantas alertam para o fato de que negar a existência de mérito na execução implica, em última análise, negar a própria existência da teoria da ação condicionada, proposta por Liebman e adotada pelo nosso sistema, à medida que o Direito de ação, para o mestre peninsular, representa o direito a uma sentença de mérito. Ao se sustentar que este não existe na execução, forçosamente, então, deveríamos sustentar que execução não é ação, o que não é possível.”³³

No que tange a apreensão da idéia de sentença com julgamento do mérito no processo de execução, a sua improcedência ou procedência somente se observa

³¹ OLIVEIRA NETO, Olavo. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. 1ª ed. São Paulo: RT, 2000. p. 74-75.

³² ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. p. 1.097.

³³ OLIVEIRA NETO, Olavo. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. p. 76.

quando alguma ação incidental ou prejudicial à execução é julgada; por exemplo, se os embargos do devedor forem julgados improcedentes, vez que detém mérito próprio³⁴, que é a desconstituição do título executivo, a execução será, inequivocamente, procedente.

Então o dizer correto para o desfecho da execução pura e simples é se ela resultou infrutífera ou frutífera, satisfativa ou insatisfativa, nos casos em que o patrimônio é insuficiente para suportar o montante do débito, visto que nesse tipo de sentença que dá fim ao processo de execução, nada julga, apenas declara se o pedido foi satisfeito. Dito isso, pode-se afirmar, como a maioria da doutrina, que no processo executivo não existe uma sentença de mérito, mas sim uma prática de atos que solucionem a pretensão exigida.

Todavia, apesar de não se esperar uma sentença de mérito na execução, há julgamento de mérito quando for declarada a extinção da execução nas hipóteses referidas no art. 794, I, II e III do CPC, em consonância com o art. 269, I, III e V. Lembrando que o artigo 795 do CPC dispõe que “A extinção só produz efeito quando declarada por sentença.”

Desse modo, cabe explicar se as sentenças proferidas no processo de execução gera o fenômeno da coisa julgada.

2.3.1 Coisa Julgada no Processo de Execução

Em consideração ao anteriormente exposto, parte da doutrina prefere concluir pela não existência de sentença de mérito no processo de execução, salvo nos processos de conhecimento incidentes e prejudiciais à execução (embargos do devedor), motivo pelo qual não há também no bojo da demanda executiva a incidência do fenômeno da coisa julgada material, uma vez que, essa está profundamente ligada aos efeitos da sentença de mérito.

³⁴ Cândido Rangel Dinamarco sustenta que existe mérito na execução só que esse é julgado nos embargos do devedor, quando propostos.

Contudo, nas hipóteses enumeradas no artigo 794 do CPC de sentença que extingue o processo de execução com julgamento do mérito, detém eficácia declaratória, e dessa maneira, produz os efeitos da coisa julgada.

JOSÉ FREDERICO MARQUES, dentre outros juristas como Olavo de Oliveira Neto³⁵ e Marcelo Lima Guerra³⁶, preferem compartilhar desse raciocínio, senão vejamos: “Daí porque a sentença a que se refere o art. 795, ao declarar extinta a execução, torna também extinto o vínculo obrigacional que ligava a prestação exigida à responsabilidade patrimonial do devedor. Trata-se, portanto, de sentença definitiva que incide sobre a relação jurídica de direito material, e cujos efeitos se tornam imutáveis, quando houver a coisa julgada”.³⁷

Portanto, pode-se concluir que a sentença de mérito proferida nos autos de execução traz consigo uma força declaratória, e nessa linha, produz sim coisa julgada material, não podendo mais ser acionado a jurisdição estatal para a provocação de mais atos executórios.

Nesse momento, importante transcrever os dizeres de GELSON AMARO DE SOUZA:

“a moderna processualística tem procurado afastar-se do formalismo excessivo e se aproximando mais da realidade jurídica, na busca do aperfeiçoamento do acesso à justiça e da efetividade do processo, reconhecendo com maior lucidez a instrumentalidade do processo. Nesse diapasão, começam a aparecer doutrinadores e até boa parte de nossa jurisprudência, admitindo a possibilidade de julgamento de mérito nos próprios autos do processo de execução”.³⁸

Nesse compasso, resta apenas tecer breves comentários aos embargos à execução, todavia, a bagagem de informações fornecidas até o momento, atinentes ao funcionamento da estrutura sistemática do processo executivo brasileiro, são suficientes para nos permitir adentrar profundamente na temática central do presente trabalho de monografia.

³⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. p. 84-86.

³⁶ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. p. 54-55.

³⁷ MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976. v. 4, p. 316.

³⁸ SOUZA, Gelson Amaro de. Mérito no processo de execução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 1998. p. 263.

2.4 BREVES COMENTÁRIOS AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO

LIEBMAN parte do pressuposto que “o processo de execução é construído na suposição de não haver matéria litigiosa a discutir e decidir e com a definida intenção da lei evitar que sejam suscitadas questões que só retardariam e complicariam o andamento do processo”.³⁹

O próprio Código de Processo Civil em seu artigo 736, dispõe que o devedor poderá opor-se quanto ao conteúdo da execução, seja nos seus aspectos meramente formais ou de direito material, por meio de embargos, os quais serão apensados junto aos autos de execução.

Nesse passo, passa a ser inegável o caráter incidental e prejudicial dos embargos do devedor em face da ação principal executiva, acarretando a suspensão dos atos executivos até o devido julgamento dos embargos opostos. A eficácia suspensiva provocada pelo incidente dos embargos fundamenta-se na principiologia de que a cognição precede necessariamente à execução.

Explica JOSÉ ALONSO BELTRAME: “os embargos do devedor são uma ação que se desenrola através de um processo de conhecimento, conexo e incidental da execução, mas com relação jurídica processual própria.”⁴⁰

Todavia, o executado que deseja opor-se aos embargos à execução de forma válida, deve cumprir a condição de constituir seguro o juízo (art. 737), nomeando à penhora bens de seu patrimônio⁴¹, esses, em regra, equivalente ao montante da dívida, a servir como garantia de que pagará o débito no caso de serem julgados improcedentes os embargos.

É importante salientar que a utilização do termo credor e devedor pelo próprio CPC é de certa forma errônea, vez que refere-se a relação jurídica material em detrimento da relação jurídica processual recém constituída, sendo correto usar os termos exequente e executado quando se tratar das partes no processo.

Ainda, os embargos do executado não se compara com a contestação do processo de conhecimento, vez que se trata de outra ação, um novo processo movido pelo embargante em ataque ao exequente embargado, o qual tem por

³⁹ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. p. 214.

⁴⁰ BELTRAME, José Alonso. *Dos embargos do devedor*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. p. 42.

⁴¹ A penhora é o primeiro ato executivo e de coação na execução.

escopo desconstituir a eficácia do título executivo ou extinguir o processo de execução, e não de simples meio de defesa ou resistência do pólo passivo, como ocorre na contestação.

No referente ao conteúdo, os embargos podem ser de acordo com LIEBMAN⁴², de *forma* ou de *mérito*. O primeiro se remete à discussão quanto a irregularidades ou vícios agregados aos atos de execução, em outras palavras quando os fundamentos dos embargos versarem sobre matéria processual. Os embargos são de mérito quando se quer atacar o direito material constitutivo da execução.

Assim, tal classificação fundamenta o parágrafo único inserido no artigo 569 (lei 8.953/1994), que determina nos casos de desistência da execução no trâmite dos embargos, os quais em sendo de forma, serão extintos, devendo o credor exeqüente pagar as custas processuais e os honorários advocatícios. Já se o conteúdo da medida incidental for de mérito, o embargante pode optar, de acordo com o seu interesse, em prosseguir com os embargos, não se extinguindo, por conseguinte, a execução.

Retomando com relação à penhora devidamente formalizada nos autos de execução, essa é reduzida a termo, abrindo-se prazo de 10 (dez) dias para a oposição dos embargos. A primeira oportunidade de nomeação de bens à penhora é dada ao executado, em caso de desacolhimento da indicação de bens, transfere-se ao exeqüente o direito da nomeação.

Esse breve comentário que ora se faz atinente aos embargos do executado, tem por objetivo principal mostrar a precária situação do executado no exercício de seu direito ao contraditório e a ampla defesa em relação às demandas executivas que lhe atingem; a legislação processual civil exige que o devedor forneça bens de seu patrimônio para poder exercitar o seu direito de defesa, o qual é assegurado pela Constituição.

Dito isso, é fácil notar a dificuldade que se encontrará o executado ao ter o seu patrimônio preso à satisfação do crédito, não podendo mais dispor sobre eles, havendo, por assim dizer, uma debilitação no seu direito de propriedade, apesar de não poderem ser expropriados enquanto pender os embargos à execução.

⁴² LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*. p. 179-180.

Nesse sentido, o legislador processual quis dar ao processo executivo um trâmite mais célere do que as demandas ordinárias de conhecimento, vez que o direito do credor está representado no título que embasa a execução, o qual informa desde já o alto grau de probabilidade de certeza jurídica que detém o exeqüente para o sucesso da demanda executiva.

Partindo dessa premissa, o legislador em nome da agilidade da prestação jurisdicional quis dar prioridade ao credor, dificultando qualquer manifestação do executado no bojo do processo executivo, esquecendo de proporcionar igualitária condição ao devedor, que para se defender, deve arcar com o ônus de dispor de seu patrimônio para segurar o juízo e garantir a execução.

Ainda, na visão de MARCELO LIMA GUERRA:

“...compreende-se que a segurança do juízo não apenas é totalmente inútil, na perspectiva (da efetividade) do direito de ação do credor, como também é gravemente prejudicial, na perspectiva (da efetividade) do direito de ação do devedor, por impossibilitar completamente ao executado o exercício desse direito de índole constitucional. Segue-se daí que não seria desarrazoado considerar tal exigência inconstitucional quando, na prática, se verificasse a inexistência de bens do devedor suscetíveis de penhora.”⁴³

A exigência qualificada como inconstitucional pelo autor, reside no fato da lei suspender a execução por tempo indeterminado quando não encontrados ou inexistindo bens passíveis de penhoráveis (art. 791, III), não podendo o executado retirar certidão negativa cível por ter uma execução pendente, por exemplo.

Muito bem escreve RITA DIAS NOLASCO ao compreender que a segurança do juízo faz parte do direito do exeqüente e, portanto, sua exigência não seria inconstitucional; “Mas, entendemos que a segurança do juízo não pode se imposta nos casos em que o executado, pobre, não dispor de qualquer bem para oferecer à penhora, não sendo possível, dentro do sistema jurídico constitucional brasileiro em que assegura o pleno contraditório, limitá-lo, dessa maneira, para pessoas economicamente carentes.”⁴⁴

Para finalizar esse apresentação preliminar em favor do tema aqui proposto, concluiremos com os dizeres da própria RITA DIAS NOLASCO: “Todavia, também admitimos que em determinadas hipóteses excepcionais dever ser admitida a defesa

⁴³ GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. p. 71.

⁴⁴ NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de Pré-executividade*. São Paulo: Método, 2003. p. 156.

do executado, independente da segurança do juízo, através da exceção de pré-executividade.”⁴⁵ É o que se passa a analisar.

3. A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

3.1 ORIGEM: O CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

A existência do contraditório no processo de execução sempre foi motivo de combate entre os que admitem tal existência, como: Alberto Camiña Moreira,⁴⁶ Araken de Assis, Cândido Rangel Dinamarco, Francisco Fernandes de Araújo, Humberto Theodoro Júnior, José Afonso Beltrame, Nelson Nery Júnior, entre outros; contra os que são desfavoráveis à tese: Enrico Tullio Liebman e Alcides de Mendonça Lima.

Tal discussão reside no fato de que se permitir a existência do contraditório na execução, seria o mesmo que aceitar o exercício da atividade de conhecimento dentro do processo executivo, o que desestruturaria a própria autonomia da execução. Esse é o posicionamento daquela minoria de doutrinadores desfavoráveis a tese da presença do contraditório no bojo da execução, definindo tais manobras como protelatórias, motivo que debilita o próprio escopo dos embargos à execução.

Em contrapartida, essa parte da doutrina acabam por esquecer que o contraditório no processo de execução aparece de certa maneira, ou seja, ocorre quando o juiz verifica se estão presentes os requisitos atinentes às condições da ação e pressupostos processuais, e portanto, pode-se dizer que há atividade de conhecimento realizada pelo julgador, principalmente com relação ao juízo de admissibilidade do processo de execução.

Dito isso, a exceção de pré-executividade está diretamente envolvida no contraditório relativo às matérias de admissibilidade.

⁴⁵ Ibidem. p. 157.

⁴⁶ Em sua defesa de mestrado pela Faculdade de Direito da PUC-SP, abordando a matéria da exceção de pré-executividade.

Assim , no Brasil, o primeiro jurista a abordar a matéria centro de nossas atenções foi Pontes de Miranda em 1966⁴⁷, em breve parecer (nº 95) encomendado pela Companhia Siderúrgica Mannesmann, que sofria inúmeros pedidos de falência e várias execuções provindas de todo país; todavia, tais pretensões eram fundadas com títulos falsos.

Em outras palavras, a questão a que se travava o parecer era: se nas vinte e quatro horas o devedor não pagasse a dívida, sob pena de penhora, poderia a empresa sustentar a falsidade dos títulos, independente de seguro o juízo? O resultado desse parecer está presente na coleção *Dez anos de pareceres* e diz que a penhora só “é de exigir-se para a oposição de embargos do executado; não, para a oposição das exceções e de preliminares concernentes à falta de eficácia executiva do título extrajudicial ou da sentença”; e conclui: “uma vez que houve alegação que importa em oposição de exceção de pré-processual ou processual, o juiz tem que examinar a espécie e o caso, para que não cometa a arbitrariedade de penhorar bens de quem não estava exposto à ação executiva”.⁴⁸

Nesse passo, podemos afirmar que a penhora não seria legítima se constituída por título executivo infundado, perdendo o seu sentido, LUÍS EDMUNDO APPEL BOJUNGA observa que:

“os processos subordinam-se a inúmeros pressupostos. A verificação dos mesmos deverá ser rigorosamente observada pelo magistrado ao tomar contato com a pretensão executiva, cumprindo ao executado a fiscalização. Quando ocorre a violação de um ou mais pressupostos processuais na execução, sem que o juiz tenha condição de perceber o que Calamandrei define como vício *in procedendo*, abre-se ao executado, em qualquer fase do procedimento, a oportunidade do oferecimento da exceção de pré-executividade”.⁴⁹

Portanto, atualmente, o que está se vendo na prática é que a exceção de pré-executividade está preenchendo as lacunas da falta legislativa de defesa preliminar nas execuções viciadas, sem atrapalhar a celeridade peculiar às demandas executivas, vez que o seu julgamento é rápido, e na maioria dos casos se evidencia a insubsistência da execução.

⁴⁷ Luiz Peixoto de Siqueira Filho informa que foi José da Silva Pacheco em seu *Tratado das execuções* já dizia, antes mesmo de Pontes de Miranda, que a defesa na execução não se esgotava nos embargos.

⁴⁸ PONTES de MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1975. v. 4. p. 132 e 138.

⁴⁹ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A exceção de pré-executividade. *RePro*, n. 55, p. 63.

3.2 TERMINOLOGIA E NATUREZA JURÍDICA

Segundo os ensinamentos da doutrina, a defesa que detém característica indisponível, por envolver matérias de ordem pública, é chamada de objeção, elas dizem respeito à assuntos que devem ser examinados pelo julgador. Já as matérias que tratam de interesses da parte, justamente por se mostrarem disponíveis, dependendo de provocação para o conhecimento do juiz, devem ser alegadas através das exceções.

Dito isso, o juiz para dar prosseguimento a execução deve-se, primeiramente, passar pelo juízo para a sua admissibilidade, verificando se estão presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, e em caso de falta do cumprimento de um desses requisitos, o executado pode a qualquer momento, nos próprios autos de execução, sem a necessidade de oferecer bens à penhora, informar a irregularidade mediante o pedido de objeção.

Nos dizeres de JOSÉ ALONSO BELTRAME: “Como se trata de matérias de ordem pública que o juiz deve de ofício apreciar, a iniciativa da parte, provocando o exame é livre e exercida através de objeção.”⁵⁰

Assim, a denominação “exceção de pré-executividade” foi utilizada primeiramente por Pontes de Miranda, por entender que a defesa incidental na execução tinha natureza jurídica de exceção⁵¹. Todavia, diante do acima exposto, fica claro que a natureza jurídica da exceção de pré-executividade é de objeção, vez que as matérias argüíveis através do referido instrumento são de ordem pública, devendo o juiz conhecê-las *ex officio* a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Ainda, MARCOS VALLS FEU ROSA, acredita que: “A exceção de pré-executividade não é nem ‘exceção’, nem ‘pré’, nem ‘executividade’. Não é ‘pré’ porque ao ser exercida pressupõe a existência de um processo de execução, e a ‘executividade’ se abra verdadeiramente com o ato construtivo da penhora, mas a exceção poderá ser exercitada a qualquer tempo...”⁵²

SÉRGIO SHIMURA classifica, com intuito meramente didático, a nomenclatura a ser utilizada de acordo com as matérias alegadas. Nos casos de

⁵⁰ BELTRAME, José Alonso. *Dos embargos do devedor*. p. 339.

⁵¹ Na época estava vigente o CPC de 1939, que tratava qualquer forma de defesa pela expressão “exceção”.

⁵² ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade*. Porto Alegre: Sérgio A. Fabris, 1996.

matérias que devem ser conhecidas *ex officio* pelo juiz (ordem pública), as defesas incidentes receberão o nome de *objeção de pré-executividade*; já se as matérias que devem ser objetos de provocação pela parte, afastada qualquer dilação probatória para a suas demonstração, podem ser denominadas de *exceção de pré-executividade*. Por derradeiro, as matérias que exigem provocação pela parte mediante dilação probatória, não tem outra saída a não ser a oposição de *embargos do devedor*.⁵³

Em vista desse raciocínio, fica mais coerente definir a natureza jurídica da exceção de pré-executividade como de *incidente processual*, conforme prefere OLAVO DE OLIVEIRA NETO ao afirmar que: “o conteúdo do incidente de pré-executividade dever ser considerado como uma questão prejudicial a ser de plano decidida pelo juiz.”⁵⁴

Ainda, alguns processualistas se aventuram em tentar encontrar um conceito completo para a exceção de pré-executividade, como faz TARLEY LEMOS PEREIRA, advogado em São Paulo, que define-a como: “um instrumento de provocação do órgão jurisdicional, utilizável por quaisquer interessados, por meio do qual se permite argüir a ausência dos requisitos da execução civil, objetivando pear o ato executivo de constrição judicial.”⁵⁵

Portanto, diante da ampliação das hipóteses de cabimento da objeção de pré-executividade para além das matérias de ordem pública, conforme adiante explicitaremos com mais profundidade, a terminologia tradicional “exceção” não está por assim dizer totalmente equivocada, restando inócua qualquer discussão acerca da correta expressão, vez que o importante é definir a natureza jurídica da exceção de pré-executividade dentro da prática forense.

3.3 HIPÓTESES DE CABIMENTO

Antes de adentrarmos nessa seara, é importante mencionar que, tanto para as objeções quanto para as exceções, os fatos devem ser demonstrados de forma

⁵³ SHIMURA, Sérgio. *Título Executivo*. p. 70-71.

⁵⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. p. 120.

⁵⁵ PEREIRA, Tarlei Lemos. *Exceção de pré-executividade*. São Paulo, RT 760, fev. 1999. p. 770.

plena e incontroversa, não necessitando de dilação probatória para fundamentar as alegações, pois a produção de prova foge do escopo do referido incidente processual, se direcionando aos objetivos da ação de embargos à execução.

Nesse passo, quanto ao cabimento deve-se salientar que a exceção ou objeção de pré-executividade, ou ainda, como utiliza Olavo de Oliveira Neto, incidente de pré-executividade, embora principalmente cabível quando se tratar de matérias de ordem pública não observadas pelo juiz, pode ser oposta também, nos casos de fatos extintivos, modificativos e impeditivos que inviabilizem a pretensão executória, como, por exemplo, a comprovação do pagamento do débito (fato extintivo), sem a necessidade, todavia, de garantia do juízo.

Caminha nesse sentido ALBERTO CAMIÑA MOREIRA, que também amplia as hipóteses de cabimento da exceção fora das matérias de ordem pública, abrangendo outras como prescrição, decadência, compensação, novação, pagamento, entre outras matérias argüíveis, é claro, desde que haja prova pré-constituída ou na presença de documentos comprovadores.⁵⁶

Ainda, NELSON RODRIGUES NETTO compartilha do seguinte entendimento: “Nas execuções que não se exige a garantia do juízo para o oferecimento dos embargos, resta despicienda a exceção de pré-executividade”.⁵⁷ Por exemplo, não cabe a exceção nas obrigações de fazer ou não-fazer, bem como nas execuções contra a Fazenda Pública.

Posto isso, a exceção de pré-executividade cabe quando falta o cumprimento dos requisitos de admissibilidade da execução, quais sejam as condições da ação (possibilidade jurídica do pedido, legitimidade das partes e interesse de agir) e os pressupostos processuais de constituição (jurisdição, petição inicial, citação e capacidade postulatória), de validade (petição inicial apta, citação válida, juízo competente e imparcial e capacidade processual) e negativos (litispendência, coisa julgada, perempção), conforme já analisados anteriormente, e por serem matérias de ordem pública de conhecimento de ofício pelo julgador, podendo ser alegados a qualquer tempo e grau de jurisdição, seja por simples petição, pela objeção de pré-executividade ou por embargos do devedor.

⁵⁶ MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. São Paulo: Saraiva, 1998. p. 65 e ss.

⁵⁷ RODRIGUES NETTO, Nelson. Exceção de Pré-executividade. São Paulo: *Revista de Processo*, v. 24, n. 95/29, jul./set. 1999.

Dito isso, cabe aqui estabelecer um diferencial entre o que se entende por admissibilidade da execução e a nulidade da execução. O CPC em seu artigo 618 expõe em seus incisos as hipóteses nas quais é considerada a nulidade da execução. No inciso I é nula a execução se o título não for líquido, certo e exigível, todavia, é errôneo caracterizar a ausência do título, ou sua iliquidez, incerteza ou inexigibilidade como sendo motivo de nulidade da execução, vez que, nesses casos, estaremos na esfera das condições da ação, pela falta de interesse de agir do exeqüente, o que configura na realidade carência de ação de execução.

Do mesmo modo o inciso III⁵⁸ também não se trata de nulidade, mas sim de falta de interesse processual de agir, visto que na pendência de condição suspensiva ainda não existe o direito, o título não é envolto de certeza, e em não ocorrido o termo, o direito pode até existir, porém é inexigível. Nota-se que o inciso I e III estão diretamente ligados.

Contudo, o inciso II do referido artigo, que diz ser nula a execução em que o devedor não foi regularmente citado, está correto, apesar de alguns doutrinadores entenderem que a citação válida se enquadra nos pressupostos processuais de existência da relação jurídica processual, já outros vão pelo caminho do qual a falta da citação do executado não significa que o processo não exista, ele existe e é válido em relação ao autor, contudo, a falta de citação hábil do executado faz nula a execução com relação a esse, o processo existe, porém é inválido e, por conseguinte, é nulo.

Dessa maneira, toda vez que ocorrer nulidade da execução, pode ser alegado através da exceção de pré-executividade, podendo também ser conhecida de ofício pelo juiz. VICENTE GRECO FILHO acerca do assunto, assim dispõe: “Como os defeitos do art. 618 estão expressamente cominados como nulidades, o Juiz pode reconhecê-los de ofício, independente de embargos do devedor. A matéria é de ordem pública, podendo ser argüida a qualquer tempo e por qualquer meio. Os embargos são a sede própria para a alegação de nulidades (art. 741), mas nas matérias do art. 618 qualquer oportunidade é válida.”⁵⁹

⁵⁸ É nula a execução: “se instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo, nos casos do art. 572.

⁵⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3, p. 52.

Em complemento ao exposto, se manifesta HUMBERTO THEODORO JÚNIOR em relação ao incidente de nulidade:

“É claro, porém, que tal incidente só pode ser eficazmente promovido quando a causa de nulidade ou de inviabilidade da execução for absoluta e notória, pelos próprios elementos dos autos. Se para alcançá-la for necessário resolver fatos e provas de maior complexidade, somente por via dos embargos a defesa será argüível. Não é admissível que, a pretexto de exceção de pré-executividade, pretenda o devedor a instauração de uma dilação probatória contenciosa, sem observar os pressupostos dos embargos à execução”.⁶⁰

Outras nulidades que podem ser alegadas no bojo do processo executivo são a da penhora e da arrematação. A penhora pode apresentar excessos, ilegalidades ao incidirem sobre bens impenhoráveis ou quando não se segue as formalidades legais para a constituição do ato. Quanto à arrematação, que nada mais é a alienação do bem penhorado a fim de satisfação do crédito mediante o pagamento em dinheiro do adjudicante ou terceiro, ela pode ser nula quanto ao próprio negócio em si ou viciada por motivo processuais, por exemplo quando o edital se omite quanto as características da coisa ou deixou-se de intimar o executado.

Desse modo, tanto na penhora quanto na arrematação a argüição da nulidade se faz através de simples petição nos próprios autos executivos, lembrando que também são cabíveis os embargos à arrematação ou à adjudicação (art. 746).

Prosseguindo, o evidente excesso de execução também é hipótese de cabimento da exceção, José Miguel Garcia Medina acerca dos recursos no processo de execução, entende que o juiz pode conhecer de ofício o controle da memória de cálculo apresentada pelo exequente, todavia, nada impede que o executado se defenda, a fim de impedir excessos, através da exceção de pré-executividade, tendo havido a penhora ou não.⁶¹

O pagamento quando comprovado, é fato extintivo do direito material invocado pelo credor na execução, sendo ligado ao mérito, vez que extingue a execução pela perda de seu objeto. Dessa maneira, admite-se que o executado alegue o pagamento em sede de exceção de pré-executividade, visto que seria incompreensível movimentar a máquina jurisdicional em prol da execução de uma

⁶⁰ THEODORO Júnior, Humberto. Tutela cautelar e antecipatória em matéria tributária. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 245, mar. 1998, p. 5.

⁶¹ MEDINA, José Miguel Garcia. Recursos no processo de execução—notas sobre alguns aspectos controvertidos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e NERY JÚNIOR, Nelson (coords). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999. p. 394.

dívida já adimplida ou solucionada, como na compensação, a qual também é meio de extinção da execução.

Ainda, as matérias atinentes à prescrição e decadência estão ligadas ao mérito, e somente são conhecidas dentro do processo no âmbito do direito material, detendo o poder de desconstituir a demanda de forma inequívoca. Aquela remete-se à perda do direito subjetivo de seu titular de poder pretendê-lo judicialmente, enquanto essa está envolvida com a perda do direito em si constituído, que caducou diante da passagem do tempo.

Também para elas aceita-se a oposição da exceção de pré-executividade, na ocasião da prescrição, JOSÉ MIGUEL GARCIA MEDINA argumenta: “ocorrendo tal provocação através de exceção de pré-executividade, pensamos ser possível o conhecimento de tal matéria na própria ação executiva, independentemente de realização de penhora, pois não seria razoável exigir-se a penhora para se possibilitar a alegação de prescrição em embargos que, sendo acolhidos, levariam à extinção da execução e da própria penhora efetuada”.⁶²

Para finalizar, a doutrina e a prática jurídica, com o passar do tempo, sentiram a necessidade de transferir o instituto da exceção de pré-executividade do processo executivo civil para atingir, da mesma forma, as execuções fiscais quando a Fazenda Pública é a credora, vez que nem a Lei de Execuções Fiscais incrementou algum tipo de defesa dentro do processo executivo.

Segundo SÉRGIO SHIMURA: “em tema de execução fiscal, tem-se admitido a exceção de pré-executividade para casos como imunidade, isenção, remissão, anistia, parcelamento administrativo”.⁶³

Nota-se, assim, que a exceção ou objeção de pré-executividade também tem por escopo a celeridade no julgamento e extinção das demandas executivas que não merecem prosperar, contribuindo para a diminuição da massa de processos de execução que engarrafam o trâmite, em geral, nos órgãos jurisdicionais competentes.

Para finalizar, alguns exemplos retirados da prática.

⁶² MEDINA, José Miguel Garcia. Recursos no processo de execução—notas sobre alguns aspectos controvertidos. p. 387.

⁶³ SHIMURA, Sérgio. Atualidades na execução fiscal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 1998. p. 388.

Quanto a falta a legitimidade *ad causam*:

a) quando o nome do devedor demandado não consta na inscrição da dívida, sendo insuficiente a certidão informar o nome de um devedor adicionado à expressão “e outros”;

b) na execução de cheque sem assinatura do executado na cártula;

c) não configura título executivo em relação ao fiador que não participou na da declaração de locatário.

Quanto a falta no interesse de agir (lembrar do binômio necessidade e adequação), que gera carência de ação, se configura:

a) se a ação estiver fundada em carta de arrematação ou contrato de comodato;

b) ajuizando-se execução mediante simples fotocópia do cheque ou nota promissória, em não havendo certidão que de a original se encontra no cartório por exemplo;

c) a execução do saldo devedor de contrato de alienação fiduciária perde liquidez, se o bem for vendido extrajudicialmente sem anuência do devedor e de prévia avaliação;

d) os contratos de seguro relativos aos caso de roubo ou furto de automóvel não detém eficácia de título executivo, sendo reconhecidos pelo ordenamento (art. 585, III) a executividade do seguros de vida e de acidentes pessoais os quais resultem em morte ou incapacidade;

e) instrumento particular de confissão de dívida sem a devida assinatura de duas testemunhas não constitui título executivo;

f) contrato de abertura de crédito em conta corrente não detém liquidez, por não se considerar determinado o valor do débito, nessa questão a jurisprudência diverge;

g) nota promissória ou cheque sem data da emissão ou letra de câmbio sem aceite;

h) duplicata emitida baseada em contrato de compra e venda com entrega futura, bem como o contrato de compra e venda em si não fundamenta a execução.

Por fim, os casos em que se caracterizam a impossibilidade jurídica do pedido:

a) se a confissão de dívida assinada por duas testemunhas declara o débito do devedor fundado em jogo proibido;

b) requerer a expropriação da Fazenda Pública através da pretensão executiva;

c) pretender que a execução do crédito recaia na pessoa do executado, e não nos seus bens.

Assim, para todas as possibilidades acima elencadas⁶⁴ é possível a defesa através de simples petição do executado (objeção de pré-executividade).

3.4 OPORTUNIDADE (PRAZO) E LEGITIMIDADE

Partindo do pressuposto de Pontes de Miranda que a exceção de pré-executividade se presta para atacar o despacho inaugural do processo de execução, e, assim, impedir a penhora, o prazo para o oferecimento dessa defesa incidental é cabível até a efetivação da penhora, vez que se oposta posteriormente à constrição judicial, carecerá o oponente no interesse de agir.

Contudo, quanto às matérias de admissibilidade da execução, as quais devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, não existe preclusão, podendo ser alegadas na objeção de pré-executividade, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, desde o ajuizamento da ação executiva.

O artigo 267 do CPC em seu § 3º trata dessa matéria fazendo uma ressalva na parte final, qual seja, "...todavia, o réu que não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento." TARLEI LEMOS PEREIRA, entende ser inaplicável essa parte do § 3º do art. 267, "Caso o devedor, citado, deixe de argüir *incontinenti* a ausência dos requisitos da execução, antes inclusive da penhora, deixando para fazê-los nos embargos, não poderá, *ipso facto*, responder pelas custas de retardamento, posto ser justamente a oportunidade dos embargos a primeira em que lhe cabe falar nos autos."⁶⁵

⁶⁴ Exemplos constantes no texto de Francisco Fernandes de Araújo retirados da obra de Alberto Camiña Moreira (RT 775. mai. 2000. p. 739-742)

⁶⁵ PEREIRA, Tarlei Lemos. Exceção de pré-executividade. p. 771.

Nessa linha, as objeções ou exceções se prestam em atacar a execução, e por conseguinte evitar a efetivação da penhora, podendo ser oferecidas em qualquer momento, salvo nos casos de matérias dispositivas que exigem a iniciativa da parte em momento oportuno, sob pena de preclusão, isso ocorre nas defesas indireta de mérito, as quais contrapõe-se fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do credor.

Outros autores, como Luiz Peixoto de Siqueira Filho e Francisco Fernandes de Araújo se posicionam no sentido de poder a exceção de pré-executividade ser oposta mesmo depois da penhora, “ato construtivo que não pode constituir-se em óbice à utilização da exceção.”⁶⁶

Antes da legitimidade, importante mencionar que a competência para o conhecimento da exceção é o juiz do juízo da execução. Em havendo necessidade de atacar atos de execução praticados em juízo deprecado, é nessa outra comarca que o executado protocolizará a sua oposição.

Segundo HELENA DE TOLEDO COELHO GONÇALVES, o momento mais adequado para a oposição da exceção é após a citação do executado, dentro do prazo de 24 horas para pagar ou nomear bens, e complementa: “É a partir do despacho que determina a citação que restou violado o direito do executado, porque, diante das considerações *retro* acerca do despacho saneador na execução, conclui-se que ao magistrado incumbe, na condução do processo executivo.”⁶⁷

Dito isso, se formos em direção ao caminho do princípio do acesso à justiça disposto na Constituição da República, a legitimidade para propor a exceção de pré executividade caberia a qualquer interessado ou prejudicado pela execução.

Na verdade, por óbvio, é o devedor o maior interessado e ao mesmo tempo prejudicado com a execução, claro que quando se inicia os atos de constrição executiva, principalmente a penhora, podem aparecer terceiros envolvidos de alguma forma com os bens objetos da constrição ou com a relação jurídica entre exeqüente e executado, que através da exceção comunica ao juiz que execução está infundada, expondo suas razões contra o credor ou o devedor, ou a ambos.

⁶⁶ ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Exceção de pré-executividade. São Paulo, RT 760, mai. 2000, p. 735.

⁶⁷ GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Objeção de pré-executividade: uma análise principiológica. In: SHIMURA, Sérgio e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT,2001. v. 2. p. 459.

Portanto, não trata aqui de uma subespécie de embargos de terceiros, mas sim somente um meio pelo qual o juiz ficará ciente de nulidades dentro da demanda executiva, vez que é responsável pelo regular desenvolvimento do processo. Os terceiros interessados envolvidos abrangem o espólio, herdeiros ou sucessores do devedor, novo devedor que assumiu a obrigação ao consentimento do credor resultante do título, o fiador judicial e o responsável tributário (Código Tributário arts.121 e 128), nos termos do artigo 568 do Código de Processo Civil.

EDUARDO TALAMINI complementa que o terceiro responsável deve deter de meios processuais para se defender da condição de responsável, argumentando que “não há dívida ou reputar que a relação processual executiva apresenta defeitos”.⁶⁸

Trataremos agora da forma, procedimento e prova da objeção ou exceção de pré-executividade.

3.5 FORMA, PROCEDIMENTO E PROVA

No que diz respeito à forma do incidente processual em análise, ela não segue uma rigidez de formalidades, uma vez que o instrumento processual tem a finalidade de comunicar ao juiz certas questões ligadas ao destino e procedência da execução que ele deveria conhecer de ofício ou não (nulidades da execução).

Dessa maneira, o STJ já manifestou que as questões de nulidade do título que embasa a execução podem ser argüidas por simples petição incidente. OLAVO DE OLIVEIRA NETO assim expõe: “o incidente , que pode ser suscitado por meio de simples petição, sem necessidade de observância dos requisitos da petição inicial , deve conter prova pré-constituída para que o juiz possa, de plano, efetuar cognição exauriente da matéria.”⁶⁹

Assim, como a matéria atinente à exceção de pré-executividade não está presente na legislação processual brasileira, fica irrelevante o questionamento da

⁶⁸ TALAMINI, Eduardo. Embargos do executado. *Carta Jurídica*, Revista de Informação e Debates, Editora Jurídica Brasileira, n. 1/139, mar. 1999. p. 147

⁶⁹ OLIVEIRA NETO, Olavo. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. p. 122.

forma desse instrumento incidental na execução, mesmo sendo constantemente utilizada na prática forense.

Conforme pode-se imaginar, a exceção de pré-executividade não tem procedimento específico, sendo peculiar a cada caso, também importante observar que a prova que fulcra a oposição deve ser pré-constituída, vez que a sistemática processual não dá espaço para dilação probatória no bojo do procedimento executivo.

Recebida a exceção através de simples petição, o juiz protegerá o princípio do contraditório, abrindo vistas a outra parte para se manifestar, seja a matéria de admissibilidade da execução ou de nulidade. Em havendo vícios, o juiz pedirá para o exeqüente saná-los em 10 (dez) dias⁷⁰, emendando a inicial, passado o prazo sem manifestação da parte, a execução será extinta.

O despacho que determina a emenda da inicial, segundo José Miguel Garcia Medina, é considerado decisão interlocutória por trazer gravames ao demandante nas hipóteses em que nada há a se emendar.⁷¹

Dessa maneira, após a manifestação do exeqüente, o executado responderá no prazo fixado pelo juiz, por fim, conforme OLAVO DE OLIVEIRA NETO transcreve: "Findo o prazo fixado e não havendo pedido de dilação justificável, deverá o juiz acolher ou rejeitar o incidente, no prazo de dez dias, por força do artigo 189, II, do CPC."⁷²

Acerca das provas no incidente de pré-executividade, sabemos que ela deve ser pré-constituída, sob pena de serem produzidas somente em sede de embargos, nesse passo, deve-se medir a extensão da cognição no bojo da execução, visto que a exceção de pré-executividade exige celeridade.

Em resumo, RITA DIAS NOLASCO se manifesta: "A cognição exauriente é dependente da existência de elementos probatórios suficientes para formar o convencimento do juiz, a questão não será decidida, sendo inadmissível a exceção de pré-executividade."⁷³

⁷⁰ Aplicação subsidiária dos artigos 326 e 327 do CPC.

⁷¹ MEDINA, José Miguel Garcia. Recursos no processo de execução—notas sobre alguns aspectos controvertidos. p. 390.

⁷² *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. p. 123.

⁷³ NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de Pré-executividade*. p. 262.

Assim, a dilação probatória foge da natureza do processo executivo e da objeção de pré-executividade, por se tratar de incidente processual fiscalizador da veracidade da execução, cabendo aos embargos à execução a produção de provas.

3.6 EFEITOS, DECISÃO E RECURSOS

Primeiramente, a indagação que se faz é se a oposição do incidente de pré-executividade suspenda a execução, visto que não é matéria legislada?

PAULO HENRIQUE DOS SANTOS LUCON defende que, por não haver previsão legal, o incidente de pré-executividade não tem o condão de suspender o processo executivo, e continua: “A suspensão do processo é fenômeno absolutamente *excepcional*, cuja importância cede espaço à *celeridade* e a busca da tutela jurisdicional efetiva e tempestiva. Daí a razão pela qual existe a limitação da suspensão constante dos parágrafos do próprio art. 265 do CPC.”⁷⁴

Todavia, o raciocínio a ser utilizado para responder a essa questão deve ir ao encontro dos anseios do instituto criado pela prática jurídica. Nessa linha, temos que compreender que o referido incidente processual tem por objetivo principal não permitir que os atos executivos prejudiquem o interessado, quando a execução não merece prosperar, conforme as hipóteses de cabimento anteriormente examinadas.

Assim, difícil crer que a exceção não suspenda a execução, uma vez que o objetivo é realmente impedir que ela se desenvolva, é claro, o instrumento incidental de defesa deve conter a presença de elementos que demonstrem a fundamentação inequívoca do direito argüido, demonstrando haver sérios riscos de lesão grave e de difícil reparação, e por isso o juiz deve conhecer e analisar de forma rápida as questões de nulidade e admissibilidade da execução, pois detendo vício, se tornaria uma arma contra os direitos dos futuros prejudicados.

Direciona-se a esse pensamento o advogado TARLEI LEMOS PEREIRA:

“*Tal raciocínio, coaduna-se perfeitamente com a regra imposta ao Juiz de zelar pelo regular andamento do feito, velando ‘pela rápida solução do litígio’*, pois, do contrário, permitir-se-ia a

⁷⁴ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Objeção na execução (objeção de pré-executividade). In: SHIMURA, Sérgio e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2001. v. 2. p. 576-577.

todo tempo manifestações inoportunas e sem fundamento, visando emperrar a decisão final do processo e, assim, protelar a realização prática da sanção formulada na sentença ou que, por disposição legal, se contém no título executivo extrajudicial.”⁷⁵

Dito isso, o processo de execução é suspenso até que o juiz profira a decisão, lembrando que o prazo para a oposição dos embargos do devedor também a de ser suspenso. Após a intimação da decisão do juiz que rejeita o incidente de pré-executividade, volta a correr o prazo para a interposição de embargos e prossegue a execução.

Alberto Camiña Moreira⁷⁶ ao não concordar com o efeito suspensivo da execução, vai mais a fundo, ele entende que a suspensão não pode ser da execução propriamente dita, mas sim, melhor dizer, que ocorre a suspensão do procedimento, visto como uma sucessão de atos que podem ser suspensos para a averiguação dos pontos alegados em sede de exceção de pré-executividade.

Em resumo, é fácil entender a existência do efeito suspensivo desse instrumento de defesa do executado, é só ter em mente que o julgamento da exceção deve preceder a qualquer ato que constrinja bens do devedor.

Nessa linha, uma vez recebida a oposição o juiz da execução, após ouvida a outra parte, proferirá a decisão, levando em consideração que a verossimilhança (probabilidade da certeza do direito) do fundamento da exceção de pré-executividade, demonstra-se *prima facie*, ou seja, exige prova pré-constituída que a sustente e, desse modo, seu trâmite deve-se operar de forma célere.

Uma vez acolhida a exceção cabe recurso de apelação, pois a execução foi julgada extinta sem julgamento do mérito (sentença terminativa), a qual poderá ser intentada novamente desde que observado o disposto no artigo 268 do CPC, vez que não produz os efeitos da coisa julgada.

Caso contrário, se não lograr êxito a exceção oposta, seja porque o juiz rejeitou-a liminarmente não conhecendo-a ou, após analisar as arguições não se convenceu, tem-se como recurso cabível o agravo de instrumento, por tal julgamento deter natureza de decisão interlocutória. Salienta-se que também é cabível recurso especial e extraordinário em face do acórdão que julgar esses recursos.

⁷⁵ PEREIRA, Tarlei Lemos. Exceção de pré-executividade. p. 774.

⁷⁶ MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. p. 172.

Ainda, nos casos em que a exceção de pré-executividade alegue matérias como prescrição ou decadência, por exemplo, a sentença proferida será de mérito, atingindo a própria relação substancial, e por conseguinte, faz coisa julgada, não podendo ser rediscutida.

Portanto, para que a objeção de pré-executividade cumpra o seu papel histórico e prático, ela deve suspender a execução, ou como prefere Alberto Camiña Moreira, suspender o procedimento executivo em relação aos seus atos de execução, e após proferida a decisão acolhedora ou afastadora da exceção, caberá recurso de apelação e agravo de instrumento, respectivamente.

3.7 CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

Uma vez acolhida a exceção de pré-executividade, o autor, no caso, o exequente, deverá suportar o ônus de ter ajuizado demanda executiva infundada, mediante o pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios ao patrono do executado.

Tal raciocínio está constante no artigo 20, em seu parágrafo quarto, do CPC, o qual determina o pagamento de honorários nas execuções, “embargas ou não”. e dessa maneira, a exceção como instrumento de defesa preliminar se apoia na estrutura sistemática processual do nosso código, sem mesmo existir disposição expressa acerca do assunto.

Em contrapartida, se a exceção for afastada pelo juiz, em ocorrendo acréscimos nas custas do processo em virtude da oposição da exceção, o argüente deverá arcá-las.

O Superior Tribunal de Justiça se posicionou da seguinte maneira com relação aos honorários do advogado na exceção de pré-executividade, fazendo uma distinção entre execução extinta e execução não encerrada, senão vejamos:

“Em linha de princípio, na exceção de pré-executividade, cabe a condenação em verba honorária, convindo, porém, fazer a distinção entre exceção extintiva e a execução não encerrada. Se importar, por iniciativa do devedor, em extinção da execução impõe-se a condenação em verba honorária, eis que caracterizada a sucumbência. Não extinta a execução, a exceção de pré-executividade tem caráter de nímio incidente processual, descabendo impor-se o encargo da verba de patrocínio. Recurso não conhecido.”(RESP

442156/SP; Recurso Especial 2002/0075715-8; Quinta turma do STJ; Relator Min. José Arnaldo da Fonseca; Fonte *DJ 11/11/2002*; p. 00286; v.u.)

3.8 PROPOSTA LEGISLATIVA

RITA DIAS NOLASCO em sua obra contundente acerca do tema objeto da presente monografia, traz uma proposta de alteração considerável do artigo 618 do CPC, por entender que ele é atécnico quando dispõe que os motivos elencados nos incisos I e III tratam de situações que ensejam a nulidade da execução, quando o correto juridicamente é considerá-los na seara das condições da ação, senão vejamos:

“Nossa proposta é a seguinte:

Art. 618 – É cabível a exceção de pré-executividade, oferecida por meio de simples petição nos próprios autos da execução, independente de garantia do juízo:

I – quando se verificar na execução as hipóteses previstas no art. 267, IV, V, VI, do CPC ou se verificar que o título executivo inexistente, possui algum vício ou não possui liquidez, certeza e exigibilidade;

II – quando se verificar alguma nulidade na execução;

III – quando se verificar o pagamento, prescrição, decadência ou qualquer outra causa extintiva do direito material do exeqüente.

§ 1º. As matérias argüidas devem estar comprovadas nos próprios autos do processo.

§ 2º. O executado que não oferecer a exceção de pré-executividade na primeira oportunidade que se manifestar nos autos, responderá pelas custas do retardamento.

§ 3º. O juiz poderá receber a exceção de pré-executividade com efeito suspensivo, quando for relevante a fundamentação e houver risco de lesão grave ou de difícil reparação.

§ 4º. O exeqüente deve ser intimado para se manifestar sobre a exceção de pré-executividade, em prazo não superior a dez dias.

§ 5º. Findo o prazo para a manifestação, o juiz deverá decidir no máximo em 10 (dez) dias.⁷⁷

3.9 A INSTRUMENTALIDADE DO PROCESSO

Para os que, infelizmente, são contra à exceção ou objeção de pré-executividade, chamaremos à explanação a temática referente a nova fase que o processo civil brasileiro está vivendo: a fase de instrumentalidade do processo, contexto no qual se insere a defesa instrumental no bojo do processo executivo.

Assim, anteriormente o processo civil era tratado com um simples meio técnico e formal para a proteção do direito material invocado. Com a evolução dos institutos do direito passou-se a observar o processo de forma externa, a se encaixar na principiologia processual constitucional, numa visão de que o processo deve perseguir o resultado, não só com vista ao direito material, em outras palavras, deve abraçar o escopo da pacificação do direito perante a sociedade com sede de justiça.

O Estado Democrático de Direito exige que o processo seja um instrumento democrático e não meramente técnico e formal, sempre em consonância com os princípios do livre acesso à justiça e do devido processo legal, que interpretados harmoniosamente junto com os outros princípios que informam a sistemática processual, permitindo a igualdade de condições (isonomia), tanto de quem ataca ajuizando a ação, quanto de quem se defende desse ataque. Logo, não se pode criar obstáculos que impeçam as pessoas de demandar e de se defender adequadamente, a fim de nivelar dentro do foro jurisdicional as condições econômicas e jurídicas dos litigantes.

Quanto à instrumentalidade, se manifesta CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁷⁸: “É justamente a instrumentalidade que vale de suficiente justificação lógico-jurídica para essa indispensável dinâmica do sistema e permeabilidade às pressões axiológicas exteriores: tivesse ele seus próprios objetivos e justificação auto-suficiente, razão inexistiria, ou fundamento, para pô-lo à mercê das mutações políticas, constitucionais, sociais, econômicas e jurídico-substanciais da sociedade.”

⁷⁷ NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de Pré-executividade*. p. 290-291.

⁷⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 24.

Nesse passo, o processo com um todo deve ser obrigatoriamente efetivo, tendo a fase instrumentalista o escopo de abandonar o antigo hábito de somente aplicar as normas materiais dentro de uma visão exclusivamente interna do processo, nesse sentido se expressa ADA PELLEGRINI GRINOVER:

“O processo, que até então era examinado numa visão puramente introspectiva e visto costumeiramente como mero instrumento técnico predisposto à realização do direito material, passou a ser examinado em suas conotações deontológicas e teleológicas, aferindo-se os seus resultados, na vida prática, pela justiça que fosse capaz de fazer. E o processualista moderno, consciente dos níveis expressivos de desenvolvimento técnico-dogmático de sua ciência, deslocou seu ponto de vista, passando a ver o processo a partir de um ângulo externo, examinando-o em seus resultados junto aos *consumidores* da justiça”.⁷⁹

Dito isso, o formalismo da lei não deve ser levado a risca a todo momento, ele deve se amoldar as situações do caso concreto, ou seja, ser relativizado, a necessidade de justiça faz a evolução do uso do direito na prática, pois os institutos basilares do Direito são, por assim dizer, imutáveis, visto que direcionam previamente o caminho juridicamente correto para a pacificação dos povos interna ou externamente.

Assim, o Direito nos traz a lição de como viver e conviver dentro de uma coletividade (sociedade civil), e o operador do direito ao interpretar as normas de um determinado ordenamento jurídico processual, deve ter em mente que não é a realidade social que deve se adequar à rigidez e formalidade das normas, mas sim cuidar para que as normas não atrapalhem o desenvolvimento pleno da justiça, sob pena de contaminar o suprimento das necessidades emergentes da sociedade em um determinado tempo, em outras palavras, o operador do direito tem por obrigação assegurar a efetividade do processo, e por conseguinte, a efetividade do direito e da justiça.

Com relação ao tempo da prestação jurisdicional, complementa LUIZ GUILHERME MARINONI: “É preciso que ao tempo do processo seja dado o seu devido valor, já que, no seu escopo básico de tutela dos direitos, o processo será mais efetivo, ou terá uma maior capacidade de eliminar com justiça as situações de conflito, quanto mais prontamente tutelar o direito do autor que tem razão.”⁸⁰ Logo,

⁷⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução (Pareceres) Ação Civil Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro:Forense Universitária, 1998. p. 6.

⁸⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado, e execução imediata da sentença*. p. 15.

um processo que tramita morosamente acaba por abalar o fornecimento da justiça em todos os seus aspectos.

Nesse sentido, tem aplicabilidade extremamente importante os princípios do acesso à justiça e do devido processo legal, que compreende o princípio do contraditório e da ampla defesa, de igualdade de tratamento etc.), a fim de possibilitar ao juiz condições suficientes para a cognição da demanda, ouvindo todos os argumentos das partes (tese e antítese) constantes no processo e, a partir daí, conseguir fundamentar o seu julgamento (síntese).

Necessário lembrar, tanto o autor como o réu, devem ter o mesmo tratamento processual até a solução da lide, pois antes da sentença, ninguém é culpado ou inocente, vez que é isso que o juiz vai decidir no final do processo.

O princípio do acesso à justiça tem por finalidade proporcionar o livre acesso à tutela jurisdicional estatal a todas as pessoas, não podendo dificultar tal acesso aos mais necessitados economicamente, ou fazer distinções de raça, cultura, religião, idade e mentalidade. Dentro de uma sociedade democraticamente constituída, o aparato jurisdicional é estruturado para atender toda a gama de situações jurídicas.

Contudo, no Brasil as desigualdades são tamanhas, que a maioria das pessoas não conhecem nem suas próprias leis, ou se conhecem não conseguem medir o alcance das normas jurídicas expressadas nos dispositivos, motivo este que atrapalha de forma significativa a aplicação efetiva desse princípio.

Outro fator que abala o acesso à justiça, é o custo do processo, e o melhor exemplo, é o que ocorre com a defesa no processo de execução, pois o executado para exercer o seu direito de defesa, deve disponibilizar parte do seu patrimônio para segurar o juízo executivo, e aí poder opor embargos à execução.

Em suma, o acesso à justiça compreende o acesso a um juiz natural e imparcial, acesso a uma igualdade de condições dentro da relação jurídica processual a fim de fomentar o convencimento do julgador.

Na seara do devido processo legal apontaremos dois requisitos exigidos pelo referido princípio para a sua objetivação, que são: a proteção do contraditório e a flexibilização dos procedimentos em detrimento do formalismo exacerbado do sistema processual. Dentro desse dois elementos, encaixa-se perfeitamente o nascimento da exceção ou objeção de pré-executividade, funcionando como um

instrumento de defesa que não previsto na legislação processual vigente, tudo em nome da perseguição a uma defesa plena (ampla defesa) que possibilite a igualdade de condições.

Então, aceitar o incidente de pré-executividade, não é nada mais que conferir ao executado um meio de avisar o juiz que a execução não merece prosperar, sendo que a exigência da segurança do juízo não pode ser óbice ao implemento desse meio de defesa, não tem cabimento esperar pelos embargos do devedor para repudiar a pretensão executiva, já fadada à extinção.

Nessa realidade referente à exceção, a evolução do direito se presta em vencer os obstáculos formais, para dar valor aos princípios orientadores da justiça. Convenhamos raciocinar, que o legislador processual quis proteger as peculiaridades do processo executivo, a fim de proporcionar uma demanda mais célere do que o processo de conhecimento, a solução encontrada foi só admitir as alegações da defesa em sede de embargos do devedor.

Nesse passo, se a prestação jurisdicional fosse mais rápida e efetiva como deveria, os embargos seriam julgados de forma célere, diminuindo o tempo do gravame que recairiam sobre os bens do embargante, é claro, se fossem julgados procedentes os embargos, e assim, talvez não se precisaria da exceção de pré-executividade na maioria das situações.

Todavia, como a realidade não é essa, ante a precariedade e morosidade em demasia do processo no nosso país, fica extremamente lesivo ao executado ter que passar pelo dissabores conseqüentes da penhora, até o julgamento dos embargos à uma execução previamente infundada ou viciada na sua constituição. A dependência humana pela justiça está acima de qualquer imposição legislativa desatualizada no tempo para o acolhimento das necessidades sociais emergentes.

Portanto, a necessidade que aqui se instala para esses casos é a mudança no procedimento executivo, a fim de possibilitar que o executado possa exercitar o seu direito de defesa através de simples petição na própria execução, sem precisar oferecer seus bens à penhora, para informar ao juiz questões que ele deve conhecer de ofício, entre outras já dissecadas anteriormente, demonstrando que a execução não necessita chegar ao seu moroso fim.

Dito isso, o instituto instrumental que aqui se defende, está legitimado pela aplicabilidade da principiologia processual constitucional que orientam a máquina

jurisdicional, em detrimento das disposições normativas desatualizadas em relação aos anseios sociais de justiça, dentro do Código de Processo Civil Brasileiro.

4. CONCLUSÃO

Diante do exposto nesse trabalho de monografia, pode-se afirmar com muita propriedade que o instrumento de defesa incidental a que chamamos, por motivos práticos, de exceção de pré-executividade é legítimo dentro do ordenamento jurídico, visto que nasce de uma necessidade que a própria principiologia processual fundamenta e aceita.

Desse modo, ninguém pode ser privado de seus direitos sem o devido processo legal, a exceção surge, evidentemente, para livrar o executado de ter seu patrimônio gravado por uma execução incompleta no que diz respeito aos seus elementos constituidores da ação e do processo, ou questões de mérito que afetam diretamente o direito invocado.

Tanto é assim, que uma vez gravado os bens do patrimônio do devedor executado, ele não pode mais dispor dele enquanto perdurar a penhora incidente, e ainda, o demandado não conseguirá retirar uma certidão negativa cível, visto que pende uma execução em face dele nos registros do ofício distribuidor.

Nota-se, nesse ínterim entre a constrição de bens e o julgamento dos embargos do devedor, que o executado estará sendo privado do direito sobre o seu patrimônio penhorado, e uma vez julgados procedentes os embargos, se extinguirá a execução, a qual já poderia ser extinta em sua fase inicial. Assim, resta configurada a privação de direitos dentro do procedimento do processo de execução.

A questão que se faz diante dessa situação, é que se a lei processual permitisse a defesa do executado no bojo do processo executivo, independente de penhora, a fim de que se possa levantar questões de ordem pública ou de mérito não observadas pelo juiz e demonstradas mediante prova constituída previamente, as quais determinariam de pronto a extinção da execução, teria o devedor demandado em algum momento afetado o seu patrimônio pessoal, privando o exercício dos seus direitos? A resposta é negativa.

Ou ainda, digamos que o executado em questão necessite urgentemente vender o automóvel gravado para pagar a onerosa cirurgia de filho, ou prestar algum concurso público, como poderia ele fazê-lo se seu bem e nome estão “manchados” pela execução viciada?

Entre essas e outras situações que o instrumento da exceção de pré-executividade quer evitar, concretizando a sua utilidade que não pode ser mais afastada, lembrando que não se trata aqui de uma ação incidental que invade o bojo do processo executivo, mas sim uma simples petição informando o juiz que alguma coisa está errada em relação à pretensão executiva.

Diante disso, o devido processo legal compreende a aplicação do contraditório e da ampla defesa mesmo dentro do processo de execução, é claro, somente para os casos em que não se mostra necessária a produção de prova para demonstrar que a execução não merece guarida, vez que a dilação probatória é realizada, sobremaneira, em sede de embargos do devedor.

Assim a exceção de pré-executividade ganha força na prática forense, detendo efetividade suspensiva perante a execução até o proferimento da decisão pelo julgador, logo o devido processo legal assegura a efetividade da prestação jurisdicional, e a efetividade engloba a celeridade e ao mesmo tempo justiça.

Em suma, importante esclarecer que não se quer aqui criticar em demasia o instituto dos embargos como forma de defesa que a legislação determina para a execução. Na maioria das vezes as execuções estão corretamente de acordo com as exigências legais e merecem prosperar, o que se não pode permitir é que seja aplicado tal procedimento de defesa para as execuções que notoriamente são infundadas, sob pena de contaminar o princípio da igualdade de condições das partes dentro do processo.

Portanto, sem mais delongas, a exceção, objeção ou incidente de pré-executividade é um meio de defesa juridicamente correto e se integra de forma absoluta à fase instrumental que vive o processo civil atualmente. Vivemos numa sociedade democrática que busca incessantemente a efetividade da justiça, a fim de proporcionar a pacificação social, e para isso necessitamos de institutos que fortaleçam a aplicação integral dos princípios orientadores do direito, e a exceção de pré-executividade é um deles.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Exceção de pré-executividade. São Paulo, RT 760, mai. 2000.

ARENHART, Sérgio Cruz e MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento: a tutela jurisdicional através do processo de conhecimento*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2003.

ARRUDA ALVIM, José Manuel de. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: RT, 1979. v. 1.

ARRUDA ALVIM, Eduardo. Exceção de pré-executividade. In: SHIMURA, Sérgio e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2001. v. 2.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 5ª ed. rev. e atua., 2ª tir. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

BELTRAME, José Alonso. *Dos embargos do devedor*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A exceção de pré-executividade. *RePro*, n . 55, p. 62-70.

BUENO, Cássio Scarpinella. O art. 604 do CPC comporta objeção de pré-executividade?. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Atualidades sobre Liquidação de Sentença*. São Paulo: RT, 1997.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. *Admissibilidade e mérito na execução*. *Revista de Processo*, São Paulo, v.12, nº 47, jul./set. 1987.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 6 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

———. *A instrumentalidade do processo*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Objeção de pré-executividade: uma análise principiológica. In: SHIMURA, Sérgio e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2001. v. 2.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1992. v. 3.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução (Pareceres) Ação Civil Pública*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. – (Coleção estudos de direito de processo Enrico Tullio Liebman; v.32)

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Embargos do Executado*. 2ª ed. Traduzido por J. Guimarães Menegale. São Paulo: Saraiva, 1968

———. *Processo de Execução*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

———. *Manual de direito processual civil*. Trad. de Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Objeção na execução (objeção de pré-executividade). In: SHIMURA, Sérgio e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2001. v. 2.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela antecipatória, julgamento antecipado, e execução imediata da sentença*. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: RT, 1998.

———. *Novas linhas do processo civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1996.

MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. São Paulo: Saraiva, 1976.

MEDINA, José Miguel Garcia. Recursos no processo de execução—notas sobre alguns aspectos controvertidos. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim e NERY JÚNIOR, Nelson (coords). *Aspectos polêmicos e atuais dos recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 1999.

MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade. São Paulo: Saraiva, 1998.

NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de Pré-executividade*. São Paulo: Método, 2003.

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

PEREIRA, Tarlei Lemos. Exceção de pré-executividade. São Paulo, RT 760, fev. 1999.

PONTES de MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Livraria FranciscoAlves, 1975. v. 4.

REIS, José Alberto dos. *Processo de execução*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1957. v.1 e v.2.

Repertório de jurisprudência e doutrina. *Atualidades sobre Liquidação de Sentença*/Coordenação: Teresa Arruda Alvim Wambier. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

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

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

———. Atualidades na execução fiscal. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 1998.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. *Exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

SOUZA, Gelson Amaro de. Mérito no processo de execução. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 1998.

TALAMINI, Eduardo. Embargos do executado. *Carta Jurídica, Revista de Informação e Debates*, Editora Jurídica Brasileira, n. 1/139, mar. 1999.

THEODORO Júnior, Humberto. *Processo de Execução*. 15ª ed. São Paulo: Leud, 1991.

———. *Curso de direito processual civil*. 18 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996.
v. 1 e v. 2.

———. Tutela cautelar e antecipatória em matéria tributária. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 245, mar. 1998.

VARELA, Antunes. *Manual de processo civil*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 1985.

WAMBIER, Luiz Rodrigues, ALMEIDA, Flávio Renato Correia de, TALAMINI, Eduardo. *Curso avançado de processo civil, volume 2 (Processo de Execução)*. 6ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.