

**A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E A POLÊMICA ACERCA DA APLICABILIDADE OU
SEPULTAMENTO DO INSTITUTO ANTE AS MUDANÇAS OCORRIDAS NO PROCESSO DE
EXECUÇÃO**

Luiz Paulo de Sequeira Junior
Graduado pela Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Rio
de Janeiro. Advogado.

Resumo: O presente artigo tem por escopo explicar o instituto e discutir acerca da sobrevivência ou não da defesa do executado por meio da exceção de pré-executividade ante as mudanças implementadas no processo de execução, trazidas pelas Leis nº. 11.232/2005 e 11.382/2006, as quais alteraram a sistemática da execução fundada em título judicial e extrajudicial, dispensando, nessa última, a garantia do juízo para que o executado opusesse a defesa por meio dos embargos de devedor.

Palavras-chaves: Execução, nova sistemática, cabimento da exceção de pré-executividade

Sumário: Introdução. 1. Histórico. 2. Questões polêmicas acerca da exceção de pré-executividade. 3. Polêmica já no nome. 4. Características, procedimento e aspectos gerais da exceção de pré-executividade. 4.1. Natureza jurídica. 4.2. Momento oportuno para sua oposição. 4.3 Competência para processar a exceção. 4.4. Forma. 4.5. Legitimidade. 4.6. Procedimento. 4.7. Hipóteses de cabimento. 4.8. Recursos. 5. A sistemática do novo processo de execução. 5.1. A Lei 11.232/2005. 5.2. A Lei 11.382/2006. 6. Cabimento da exceção dentro do novo processo de execução. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo discutir acerca da sobrevivência ou não da defesa do executado por meio da exceção de pré-executividade ante as mudanças implementadas no

processo de execução, trazidas pelas Leis 11.232/05 e 11.382/06, as quais alteraram, respectivamente, a sistemática da execução fundada em título judicial e extrajudicial. Com as referidas leis, criou-se o chamado processo sincrético, sendo certo que com a Lei 11.232/05 estabeleceu-se a fase de cumprimento de sentença nos processo de conhecimento, revogando os dispositivos relativos à execução fundada em título judicial. Já com a Lei 11.382/06, foi alterado o processo de execução de título extrajudicial, podendo ser destacado como as maiores mudanças o fato da dispensa da garantia do juízo para que o executado opusesse a defesa por meio dos embargos de devedor e a perda da faculdade que tinha o executado de nomear bens à penhora, sendo essa, agora, uma escolha do credor, que os pode penhorar desde logo caso o débito não seja pago no prazo de 3 dias, tal como estabelecido pelo art. 652 do CPC.

Desta feita, a principal indagação que exsurge desse estudo é saber se o instituto não teria desaparecido ou quedado esvaziado ante a essa nova sistemática processual. Será que ainda é cabível a oposição dessa defesa que sequer tem previsão legal, uma vez que não mais é necessária a garantia do juízo para que o executado possa se defender por meio de embargos? Será que a exceção realmente desapareceu do Direito Brasileiro? E para aqueles que defendem a sua coexistência com o novo processo de execução, quais seriam as hipóteses de cabimento?

Portanto, o objetivo desse trabalho é sanar essas e outras dúvidas, além de responder a tais indagações, sempre amparado nas posições dos doutrinadores mais abalizados sobre a matéria e na jurisprudência dos Tribunais, principalmente o Superior Tribunal de Justiça. Ao final da discussão, será apresentada a melhor opção de aplicação do instituto, bem como os cuidados que devem ser tomados em razão da falta de previsão legal.

1 - HISTÓRICO

O tema objeto desse trabalho foi abordado pela primeira vez no Parecer nº 95 de PONTES DE MIRANDA (1975), encomendado pela Companhia Siderúrgica Mannesmann devido a várias execuções e requerimentos de falência que haviam sido contra ela ajuizados.

O famoso caso Mannesmann, ocorrido em 1966, teve como estopim o fato de que as execuções e requerimentos de falência ajuizados em face da companhia eram lastrados com títulos falsos, o que acabou por gerar um enorme problema à Siderúrgica, em razão da impossibilidade de defesa ante a exigência legal para a oposição dos embargos de devedor.

Como o valor do crédito exequendo era bastante elevado, por óbvio, para poder questionar a validade dos referidos títulos executivos a Companhia Mannesmann teria de nomear à penhora uma grande parcela de seus bens, já que a defesa própria nas execuções — os embargos de devedor — exigiam a garantia prévia do juízo para que se os pudesse opor. Não é nem preciso dizer que a penhora dos ditos bens prejudicaria sobremaneira as atividades da companhia, ou até mesmo a levaria para a bancarrota.

Foi então, que no parecer elaborado, PONTES DE MIRANDA (1975) afirmou que a falta de condições da ação e dos pressupostos processuais do processo de execução — existência, validade e eficácia do título executivo — eram matérias de ordem pública, e deveriam ser conhecidas de ofício pelos magistrados, sendo assim não exigiriam a segurança do juízo.

Os argumentos que embasavam o cabimento da exceção de pré-executividade eram os de que, faltando os requisitos legais, nenhum processo de execução poderia subsistir, sob pena de se estar violando o princípio constitucional inserido no artigo 5º, inciso LIV, pelo qual ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal.

Para se contar a história completa, tem-se que no ano de 1966 foram feitos dois pedidos de decretação de falência da Companhia, um no Juízo de Belo Horizonte e o outro no antigo Estado da Guanabara, os quais foram indeferidos, já que se baseavam em títulos falsos.

Com o insucesso da empreitada, os supostos credores ajuizaram execuções baseadas naqueles mesmos títulos, nas comarcas do Rio de Janeiro, São Paulo e Belo Horizonte, visando à penhora da renda e dos depósitos bancários da companhia, o que causaria a paralisação total de suas atividades.

No mencionado parecer, PONTES DE MIRANDA (1975) quis deixar claro que a execução tem requisitos próprios, que podem e devem ser examinados pelo juiz antes da constrição ao patrimônio do devedor, seja de ofício ou através de manifestação da parte.

O genial processualista elaborou o parecer abordando três aspectos: primeiramente ele tratou do título executivo como sendo requisito para toda e qualquer execução; posteriormente fala sobre a arguição de falta de executoriedade do título executivo e quais os efeitos que isso causaria no processo; aborda, também, a existência de contraditório no processo de execução e, finalmente, fala das exceções no processo executivo.

O autor (1975), ao tratar da executividade dos títulos, explica que os extrajudiciais têm de estar revestidos dos requisitos legais, estando presentes num dos tipos fixados pelo legislador para, só assim, embasarem uma execução. Já os títulos judiciais são aqueles provenientes de sentenças judiciais condenatórias transitadas em julgado. Diz-se condenatórias, pois as sentenças declaratórias e constitutivas já têm um caráter satisfativo, o que dispensa que hajam quaisquer atos posteriores à sua prolação para que seja efetivado o resultado, diferentemente das sentenças condenatórias.

Sobre a executividade, confira-se o que o jurista diz em seu livro especial de pareceres: “Para que haja executividade, é preciso que se repute título executivo e instrumento

da dívida ou que haja sentença com carga suficiente de executividade” - PONTES DE MIRANDA, (1975, p.126).

Portanto, como a base da execução é o título executivo, o juiz deve verificar os pressupostos legais antes do despacho citatório, a fim de não compelir o executado a ser privado de seus bens em razão de uma execução nula, e que não subsistiria enquanto processo.

PONTES DE MIRANDA (1975), em seu parecer, nega a executoriedade dos títulos que embasam as execuções propostas contra a Companhia Mannesmann, sustentando a tese de que estes títulos poderiam ser atacados por uma exceção de pré-executividade, nos próprios autos da execução, para que fossem contestados os requisitos básicos para sua existência, tudo num prazo de 24 horas. Instado a se manifestar sobre as nulidades alegadas, o juiz teria de decidir sobre a extinção ou não da execução, sendo certo que a primeira preocupação do magistrado, segundo o autor (1975), deveria ser com relação à constituição válida, regular e viável daquele processo judicial.

O eminente parecerista defende a existência do contraditório no processo de execução, razão pela qual vislumbrou a hipótese de apresentação da exceção de pré-executividade, que seria uma espécie de defesa prévia oposta nos próprios autos da execução, ao invés do executado ter de defender-se por meio dos embargos de devedor, os quais exigiam a garantia prévia do juízo.

LACERDA (1977), manifestando-se em concordância com o mestre Pontes de Miranda no que tange a existência de contraditório na execução, em seu artigo denominado “Execução de título extrajudicial e segurança do juízo” depois de analisar as principais legislações e perceber que as mesmas não exigem penhora de bens para posteriormente discutir sobre o título, ao contrário da nossa legislação, escreveu o seguinte: “É violência inominável impor-se ao injustamente executado o dano, às vezes irreparável da penhora prévia, ou, o que é pior, denegar-lhe qualquer possibilidade de defesa se, acaso, não possuir

ele bens penhoráveis suficientes”. - GALENO LACERDA (1981, p. 07-15)

Eis, então, a tese de PONTES DE MIRANDA (1975), que fez surgir o instituto da exceção de pré-executividade, o qual, como se verá a seguir, tem perfeita aplicabilidade no direito brasileiro, apesar de não estar positivado no ordenamento jurídico.

2 – QUESTÕES POLÊMICAS ACERCA DA EXCEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE

Muitas são as questões acerca da exceção de pré-executividade, porém três delas são mais emblemáticas. A primeira seria a polêmica sobre o momento próprio para a sua interposição, e se a apresentação desse meio de defesa interromperia ou suspenderia o prazo para os embargos de devedor. PONTES DE MIRANDA (1975) acreditava que o prazo para a interposição da exceção seria o de 24h contadas da data em que devedor fosse citado no processo de execução, ou seja, o prazo que ele tinha para a indicação de bens à penhora. Esse prazo, atualmente, é o do art. 652 do CPC, e foi elevado para 3 dias contados da data da juntada do mandado de citação em execução aos autos do processo. Já outros acreditavam não haver limitação temporal, visto que a matéria argüida seria de ordem pública e, portanto, conhecível a qualquer tempo e imune a preclusão.

Vale citar, aí, os autores GRECO FILHO (1992) e THEODORO JÚNIOR (2000), como exemplo dos que não vislumbram prazo para a apresentação da exceção de pré-executividade. Outros como LACERDA (1977), acreditam que a exceção seria oponível antes da penhora, já que, do contrário, não faria sentido dada a possibilidade dos embargos.

A segunda polêmica gira em torno da ausência de previsão legal para a defesa, o que, segundo alguns, inviabilizaria a sua aplicabilidade, apesar da ampla aceitação pretoriana do instituto.

A terceira discussão é relativa à possibilidade de se arguir, novamente, em sede de embargos, as nulidades da execução atacadas por meio de exceção de pré-executividade. Neste caso, alguns autores acreditam ser possível a referida rediscussão, tendo em vista que não se operaria em relação às matérias alegadas o fenômeno da preclusão. Outros se posicionam no sentido contrário, alegando que o juiz só deve aproveitar um instrumento processual, que deve abranger toda a matéria, sendo assim se uma nulidade fosse alegada na exceção de pré-executividade não poderia ser novamente objeto dos embargos, já que teria ocorrido a preclusão consumativa.

Como exemplo de autores que defendem a ausência de preclusão relativamente às matérias arguidas por meio da exceção, podem ser citados CASTRO (1983) e MOURA (1995). Defendendo a posição contrária tem-se ROSA (1996), que não vê a possibilidade de se alegar as matérias arguidas na exceção novamente nos embargos.

Desta feita, além do tema principal do trabalho, que se refere a aplicabilidade ou não da exceção de pré-executividade ante as mudanças introduzidas no novo processo de execução, ainda serão abordadas as polêmicas existentes sobre o manejo do próprio instituto, as quais ainda permanecem extremamente vivas.

3 - POLÊMICA JÁ NO NOME

Antes de se discorrer sobre os aspectos processuais do aludido incidente, cabe aqui debater questão interessante, qual seja, sua melhor designação terminológica: exceção de pré-

executividade, como é comumente designada, objeção de não executividade ou, ainda, defesa *intraprocessual*.

O termo mais utilizado, tanto pelos tribunais, quanto pela prática forense, é a “exceção de pré-executividade”. Tem origem no citado estudo realizado por PONTES DE MIRANDA (1975), em seu célebre parecer de número 95, entendendo que todo e qualquer meio de defesa utilizado pelo executado, que não tivesse como finalidade direta o mérito, deveria apresentar tal nomenclatura.

Ressalte-se, que, curiosamente, em nenhum momento o jurista utiliza tal expressão de forma expressa. Porém no decorrer de sua exposição, resta claro que a aludida terminologia era compatível com a defesa concebida por Pontes de Miranda.

Ao que parece, tal expressão foi utilizada pela primeira vez por LACERDA (1977), comentando o Parecer nº 95, quando afirmou que como os embargos de devedor não esgotam todas as possibilidades do executado, há defesas fundadas em exceções de pré-executividade do título, que o juiz deve considerar antes de qualquer cogitação de penhora. Para o jurista, isto significava dizer que poderia o executado opor-se legitimamente, à ação executória, com exceções de pré-executividade do título, e que o juiz deveria considerá-las antes de qualquer determinação de penhora. Essa, então, parece ter sido a primeira vez que o nome fora utilizado, o que não foi de todo referendado por outros juristas.

O mestre BARBOSA MOREIRA (2000), em seu conhecido artigo, intitulado “Exceção de pré-executividade, uma denominação infeliz”, aponta, com sua habitual precisão, os problemas terminológicos, desta expressão.

De início, critica o complemento “pré-executividade”, posto que, a questão não trata de “antes ou depois”, mas de “sim ou não”:

Segundo ele, a expressão “pré-executividade” deveria significar algo precedente, que vem antes da execução, o que forçosamente teria de criar, ao invés de um processo executivo,

um pré-executivo. Continua o mestre, afirmando que se o título é judicial o que existe antes da execução é, em regra, a sentença condenatória, proferida em processo de conhecimento. Desta feita, não faria sentido algum apelidar tal processo de “pré-executivo”.

Continuando sua brilhante exposição, o autor critica, também, a recorrente utilização do substantivo “exceção”, que remete às questões que não podem ser conhecidas *ex officio* pelo Juízo. Por outro lado, se existir a possibilidade/obrigação de conhecimento pelo magistrado, mesmo que não alegadas, (condições da ação, pressupostos processuais, por exemplo), estaria caracterizada a “objeção”.

Da mesma forma se posiciona BEDAQUE (1995), que apresenta duas principais críticas à designação clássica deste meio de defesa, afirmando que a “pré-executividade” é algo anterior ao fenômeno executivo (título ou processo), sendo para ele uma incógnita. Além disso, para ele, o termo exceção é utilizado, normalmente, como sinônimo de defesa não cognoscível de ofício pelo juiz. Em razão disso, afirma o jurista: “exceção de pré-executividade não serve para denominar as defesas passíveis de alegação na própria execução, independentemente de embargos, porque podem ser examinadas sem prévia provocação da parte”- SANTOS BEDAQUE (1995).

Também comungam deste entendimento eminentes processualistas, como THEODORO JÚNIOR (1996), DINAMARCO (2004) e NERY JÚNIOR (1992) , dentre outros.

A despeito do detalhado estudo citado acima, com fundamento na lição da melhor doutrina, esse estudo entendeu que a nomenclatura mais técnica do instituto (ao contrário da recorrente e inadequada “exceção de pré-executividade”), é “objeção de não executividade”, porém essa não será utilizada ao longo do trabalho, posto que resta absolutamente consagrada a denominação “exceção de pré-executividade”.

4 – CARACTERÍSTICAS, PROCEDIMENTO E ASPECTOS GERAIS DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

4.1 – NATUREZA JURÍDICA

Sobre a natureza jurídica da exceção de pré-executividade a primeira idéia que se tem é que esta se apresenta como um meio de defesa do executado, porém, apesar de ser verdadeira essa afirmação, não é só executado que pode manejá-la. O terceiro interessado também pode arguir a ausência dos requisitos da execução através da exceção de pré-executividade.

Como se sabe, as matérias argüíveis através da exceção de pré-executividade são aquelas relativas aos requisitos da execução, nulidades, vícios pré-processuais e processuais que maculam o título. Tratam-se questões de ordem pública, relacionadas com as condições da ação e os pressupostos de desenvolvimento do processo. Desta feita, se for reconhecida pelo juiz a ausência dos requisitos da execução, que é a regra, não há necessidade de arguição de tais matérias pelas partes ou por terceiros.

Por estas razões, a exceção de pré-executividade tem natureza de incidente processual, não havendo a seu respeito uma disciplina específica na lei processual, eis que, segundo FERNANDES (1991), é ela um momento novo no processo, formado por um ou mais atos não inseridos na cadeia procedimental prevista pela lei, e que possibilita a decisão da questão incidental ou a apreciação da existência dos requisitos para sua admissibilidade no processo.

4.2 – MOMENTO OPORTUNO PARA A SUA OPOSIÇÃO:

O mestre PONTES DE MIRANDA (1975), em seu parecer que cria a exceção de pré-executividade, considera que a natureza jurídica do instituto é a de uma exceção, tal como a exceção de incompetência do juízo ou a exceção de suspeição, pelo que ele vincula a apresentação da exceção de pré-executividade ao mesmo prazo aplicável a elas, tudo sob a égide do CPC de 1939.

Ao interpretar a posição do criador da exceção de pré-executividade, alguns juristas, como LACERDA (1977), por exemplo, afirmam que PONTES DE MIRANDA (1975) parece condicionar a defesa do executado, mediante as exceções pré-executivas, ao curto espaço de vinte e quatro horas entre a citação e a nomeação de bens à penhora, que era o prazo que tinha o devedor sob a égide do antigo processo de execução.

Ocorre que divergências existem quanto à oportunidade para a apresentação e o cabimento da exceção de pré-executividade. As opiniões que parecem as mais acertadas são aquelas que aceitam o perfeito cabimento da exceção e não a condicionam a nenhum prazo para apresentação, pelo fato de que a matérias arguidas na exceção não estão sujeitas aos efeitos da preclusão, sendo impossível, então, fixar-lhe uma oportunidade para oposição.

Há que se ressaltar, por oportuno, a opinião de alguns doutrinadores quanto a oportunidade de cabimento da exceção ante a mudança implementada no novo processo de execução. Segundo eles, se não fosse a exceção manejada antes da penhora de qualquer dos bens do devedor, leia-se os três dias que ele tem para pagamento na execução de título extrajudicial antes de lhe serem penhorados os bens (art. 652 do CPC) e a efetiva constrição dos bens que garantem o juízo no caso de cumprimento de sentença, acabaria esta quedando esvaziada, posto que, após esse fato, o devedor teria a oportunidade de se defender via embargos

de devedor ou via impugnação, em que todas as matérias alegáveis por meio da exceção também poderiam ali ser suscitadas. Esse fato, segundo eles, faria com que o instituto perdesse a razão de ser após o evento penhora, uma vez que a razão da exceção era mesmo a de evitar a constrição desnecessária de bens do devedor.

Olvidou-se essa parte da doutrina, no entanto, que cabe a parte decidir se é ou não oportuno manejar a exceção mesmo após a constrição ilegal de seus bens, bastado que se imagine, por exemplo, que, não querendo pagar as custas judiciais dos embargos, um executado queira manejar a exceção de pré-executividade, a fim de ver se o processo é extinto só com os argumentos desse incidente.

4.3 – COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR A EXCEÇÃO

O Juízo competente para conhecimento da exceção de pré-executividade é o juízo da execução. O regime aplicável é o mesmo dos embargos, segundo o qual o executado oferecerá sua defesa no juízo onde se processou a execução, nos termos do art. 747 do Código de Processo Civil. Outro argumento que afasta qualquer dúvida acerca da competência para apresentação da exceção é o fato de que esta é considerada pela maioria da doutrina como sendo um incidente processual, devendo ser apresentado, portanto, no juízo onde tramita o processo principal.

A única ressalva que pode ser feita é no caso de haver a necessidade de ataque a vícios ou defeitos da penhora, na execução feita por Carta Precatória. A parte final do art. 747 do Código de Processo Civil estipula que a competência para processar os embargos seria do juízo deprecado, já que a impugnação recai apenas sobre atos praticados naquele juízo.

No entanto, a alegação destes vícios não poderia ser feita por meio de exceção de

pré-executividade, tendo em vista que tais matérias não seriam conhecíveis de ofício pelo juiz.

4.4 – FORMA

Por todo o exposto, restou claro que a exceção de pré-executividade não possui previsão legal, sendo assim não há que se falar em uma forma prescrita em lei para a sua interposição. A finalidade da exceção de pré-executividade é levar ao conhecimento do juiz a falta dos requisitos necessários à formação e desenvolvimento válido do processo de execução, razão pela qual a preocupação com a forma não é muito relevante.

Desta feita, a grande maioria da doutrina entende que a alegação de ausência dos requisitos da execução pode ser apresentada por mera petição dirigida ao juiz da causa, posto que o que realmente importa é que o juiz seja alertado, para que examine ou reexamine a matéria argüida.

4.5 – LEGITIMIDADE

A doutrina e a jurisprudência majoritária não deixam dúvidas acerca da legitimidade do executado para oposição de exceção de pré-executividade, quando existir a necessidade de refutar quaisquer dos requisitos para a formação e desenvolvimento do processo de execução.

Entretanto, além do devedor, podem existir outras pessoas interessadas no desfecho da execução, por terem responsabilidade secundária à do executado. Segundo a melhor doutrina podem ser elas: o fiador, o sócio solidariamente responsável pelas obrigações da sociedade, o proprietário de bem oferecido em hipoteca, a mulher casada ou em reconhecida

união estável, o proprietário de bens alienados em fraude contra credores, entre outras.

Estas pessoas, apesar de não serem parte na execução, têm significativos interesses para a oposição da exceção de pré-executividade, por estarem envolvidas em situações jurídicas que as legitimam.

Desta forma, todo aquele que tenha responsabilidade patrimonial, definida no art. 592 do Código de Processo Civil, sendo ou não parte na execução, está legitimado para argüir a exceção de pré-executividade.

4.6 – PROCEDIMENTO

Devido a ausência de previsão legal para a exceção de pré-executividade, não existe um procedimento rígido a ser seguido. A maioria da doutrina admite, inclusive, que a exceção seja apresentada através de mera petição endereçada aos autos da execução, na qual o executado argüi as nulidades que acredita existirem.

Muito embora inexista uma forma legal para a exceção, algumas pequenas regras têm de ser respeitadas. Os artigos 326 e 327 do Código de Processo Civil, por analogia, são aplicáveis ao procedimento da exceção de pré-executividade. Por isso, quando o executado argüir algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do exequente, ou quando argüir quaisquer das matérias arroladas no art. 301 do Código de Processo Civil, o exequente será intimado para se manifestar acerca da exceção.

Esse entendimento de que o exequente deve ser intimado a manifestar-se sobre o incidente apresentado, é o que parece o mais correto, já que se assim não fosse estar-se-ia suprimindo o princípio da isonomia, dada a ofensa ao princípio do contraditório.

Vale lembrar que, segundo a doutrina, não é possível a realização de qualquer prova

no processo de execução, eis que a dilação probatória é própria do processo de conhecimento. Apenas as provas pré-constituídas são admissíveis na exceção de pré-executividade.

Conclui-se, então, que somente a prova documental é permitida em sede de exceção de pré-executividade, sendo certo que se for necessário qualquer outro tipo de prova, esta deverá ser postergada para o processo dos embargos à execução, ou para o incidente de impugnação ao cumprimento de sentença.

4.7 – HIPÓTESES DE CABIMENTO

As matérias passíveis de arguição por meio da exceção de pré-executividade são matérias de ordem pública, que podem ser arguidas em qualquer tempo e grau de jurisdição, devendo ser conhecidas até de ofício pelo juiz.

Estas matérias são: os pressupostos processuais de existência, validade e desenvolvimento regular de qualquer processo judicial, bem como as condições da ação, a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido. Há de se ressaltar, também, os pressupostos inerentes ao processo de execução, ou seja, os relativos à certeza, liquidez e exigibilidade do título executivo, tendo em vista que a execução é nula se o título não estiver permeado destes três requisitos. Todas estas matérias podem ser arguidas pelo executado na defesa prévia, que é a exceção de pré-executividade, para que não tenha prosseguimento uma execução nula e viciada, que por óbvio não estaria autorizada a produzir efeitos sobre o patrimônio do devedor.

As matérias passíveis de serem opostas por meio da exceção de pré-executividade são aquelas que comportam provas pré-constituídas, ou seja, as limitadas à prova documental carreada juntamente com o oferecimento da exceção.

Existem, entretanto, outras questões que podem ser objeto da exceção de pré-executividade, questões estas que suscitam divergências quanto a serem ou não de ordem pública e, por isso, alegáveis e conhecíveis a qualquer momento pelo juiz. São elas: o pagamento, a transação, a compensação ou qualquer fato modificativo ou impeditivo do direito do credor.

Ao receber a petição inicial, o juiz deverá atentar para a regularidade formal desta, observando, ainda, a viabilidade do direito de ação com todos os seus pormenores.

Segundo a classificação de ALVIM (1996) as questões que podem ser objeto da exceção de pré-executividade são: i) pressupostos processuais de existência: jurisdição, representação do autor por advogado, petição inicial e citação; ii) pressupostos processuais de validade: juízo com competência, juiz imparcial e não impedido, capacidade e legitimidade processual, petição inicial e citações válidas; iii) pressupostos processuais negativos: coisa julgada, litispendência e preempção (art. 268, par. ún, do CPC); iv) as condições da ação: legitimidade *ad causam*, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir.

Além disso, a exceção de pré-executividade é a via correta para se atacar os defeitos inerentes ao título executivo, título esse, repita-se, que é condição da ação para o processo de execução.

O título executivo tem que estar revestido de liquidez, certeza e exigibilidade, do contrário, o título apresenta vício fundamental que acarreta a sua nulidade.

Conclui-se, então, que podem ser alegadas por meio da exceção de pré-executividade a ausência de alguma das condições da ação ou pressupostos processuais, além das matérias capazes de tornar nulo o título executivo embasador da execução, desde que, conforme dito anteriormente, haja a possibilidade de comprovação através de prova documental pré-constituída.

4.8 – RECURSOS

Oposta a exceção de pré-executividade o juiz poderá se pronunciar de três formas acerca do incidente: i) pode acolher a exceção de pré-executividade e, conseqüentemente, extinguir o processo de execução; ii) pode não conhecer da execução de pré-executividade, rejeitando-a liminarmente; ou iii) pode não acolher a exceção de pré-executividade, após a devida cognição por não estar convencido dos argumentos.

No primeiro caso, no qual o juiz acolheu a exceção de pré-executividade extinguindo o processo, está-se diante de uma sentença, que pode ser definitiva ou terminativa. Seja qual for o tipo de sentença o recurso cabível é o de apelação, nos termos do artigo 513 do Código de Processo Civil.

Em relação à sentença ser definitiva ou terminativa, ou seja, com ou sem julgamento do mérito, respectivamente, existem divergências. Essa questão é de suma importância, haja vista que apenas a decisão acobertada pela coisa julgada material é passível de Ação Rescisória.

No segundo e no terceiro casos, ou seja, quando o juiz não conhece da exceção, rejeitando-a liminarmente, ou quando ele, após cognição sumária, decide por não acolhê-la, estamos diante de decisões meramente interlocutórias, onde o recurso cabível, segundo da grande maioria, é o de agravo de instrumento, nos termos do artigo 522 do Código de Processo Civil.

Cumpra esclarecer, por oportuno, que o agravo retido é completamente incabível já que não haverá oportunidade para posterior apelação nos autos da execução. A apelação só será cabível da sentença que julgar os embargos de devedor, que são uma ação autônoma, correndo, inclusive, em autos apartados.

5 – A SISTEMÁTICA DO NOVO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Conforme já se disse anteriormente, a lei 11.232/05 introduziu nova dinâmica à fase de cumprimento de sentença fundada em título executivo judicial, e representa mais uma etapa da modernização do direito processual pátrio, visando tornar a prestação jurisdicional mais efetiva e célere.

Inspirada principalmente no princípio constitucional da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, da CF) - positivado pela emenda constitucional 45/04 -, assim como nas garantias da efetividade da prestação jurisdicional e do acesso a uma ordem jurídica justa, a nova sistemática estabelecida promete “resolver definitivamente o grave problema da ineficácia da execução de sentença que tenha por objeto prestação pecuniária, abandonando “rituais e formalismos anacrônicos” o “tecnicismo artificial” e as “teorias” que acarretam “embaraço” à consecução dos objetivos do processo”, conforme comenta Leonardo Greco em seus “Primeiros Comentários sobre a Reforma” - GRECO – (2005, p.80-82).

A nova lei rompe com o sistema processual originalmente adotado pelo Código de Processo Civil de 1973, o qual fora, em grande parte, inspirado no magistério do professor LIEBMAN (1980).

Sustentava LIEBMAN (1980) que a cognição e a execução seriam duas atividades jurisdicionais independentes, absolutamente distintas, e que, por isso, deveriam se desenvolver em processos independentes.

O notável processualista afirmava que existem processos de conhecimento sem posterior execução, e processos de execução sem um respectivo processo cognitivo. Além disso, leciona que a sentença é o ato final do processo de conhecimento, razão pela qual a execução, se ajuizada, representaria mesmo um novo processo.

Tal concepção, no entanto, nunca teve aceitação pacífica entre os estudiosos do Direito Processual. O professor THEODORO JÚNIOR (2006), por exemplo, foi um dos primeiros a apresentar entendimento contrário, afirmando ser uma absoluta falta de bom senso manter-se a dualidade de relações processuais, quando a pretensão deduzida em juízo fosse daquelas que reclamam apenas um provimento judicial condenatório. Afirma o professor, que a obrigatoriedade de se submeter o credor a dois processos para eliminar uma só lide, um só conflito de interesses, é algo absolutamente desnecessário, e já fora, há muito, superado pelo Direito Anglo-Saxônico, para citar um exemplo.

A busca pela entrega da prestação jurisdicional da forma mais célere e simples possível ganhou mais destaque, passando a ser um dos objetivos principais dos processualistas. WATANABE (2000), sustentava que não se tratava de negar todos os resultados alcançados pela ciência do Direito Processual até aquela data, mas apenas “fazer destas conquistas doutrinárias e de seus melhores resultados um sólido patamar para, com uma visão crítica e mais ampliada da utilidade do processo, proceder ao melhor estudo dos institutos”, isso tudo com a preocupação de tornar o processo algo mais adequado à realidade sócio-jurídica a que se destina, buscando sua maior efetividade e utilidade WATANABE – (2000).

Na doutrina estrangeira, o notável jurista CAPPELLETI (1981) — autor da teoria “as três ondas renovatórias do acesso à justiça” que exerceu grande influência na doutrina brasileira e nas últimas reformas do Código de Processo Civil —, defendia veementemente a adoção de “*procedimientos más accesibles en cuanto más simples y racionales, más económicos, eficientes e especializados para cierto tipos de controversias*” CAPELETTI – (1981)

Uma vez que a prestação da jurisdição só se apurara com o fim do processo de execução, surgiu a necessidade de uma profunda reforma no ordenamento jurídico pátrio, para que o direito reconhecido por sentença judicial fosse realizado da maneira mais objetiva.

As Leis 8.952/94 e 10.444/02 deram início ao rompimento do paradigma apresentado por Liebman (1980), estabelecendo, no cumprimento das obrigações de fazer, nas obrigações de não fazer e nas ações que visem à entrega de coisa, respectivamente, a unidade do processo em que se sucedem as fases de conhecimento e de execução.

Iniciou-se, assim, o chamado sincretismo entre o processo de conhecimento e de execução, segundo o qual a execução de uma sentença seria mero prolongamento do processo de execução em que ela fora proferida.

5.1 - A LEI 11.232/05

A Lei 11.232/05 estendeu esse modelo sincrético às execuções de natureza pecuniária, as quais ainda eram regidas pelo modelo anterior, estabelecido pela autonomia entre o processo de conhecimento e o executivo. Estabeleceu-se, através dessa lei, uma fase executória dentro do processo de conhecimento, denominada cumprimento de sentença, através da qual o devedor é intimado – e não mais citado – para pagar em 15 dias o crédito exequendo, sob pena de ser-lhe aplicada a multa de 10% do art. 475-J sobre o valor do débito.

Deste modo, a Lei 11.232 tem como ponto nodal a aceleração da satisfação do crédito exequendo por meio de uma estrutura mais simples. Conforme se extrai da exposição de motivos da mencionada, pretendeu o legislador acabar com o complexo procedimento adotado pela lei anterior, que criava mecanismos de proteção ao devedor e aumentava a

burocratização na busca pela satisfação dos valores devidos ao exequente (princípio básico da expropriação).

5.2 - A LEI 11.382/06

Grande renovação no sistema executivo do Código de Processo Civil de 1973 foi, também, o aparecimento dos novos instrumentos de execução por título extrajudicial trazidos pela Lei 11.382/06.

Com a nova lei, as execuções de títulos executivos extrajudiciais, tal qual ocorreu com as execuções dos títulos executivos judiciais, passaram a ser regidas de forma mais célere e eficaz. Diversos mecanismos consagrados nas legislações estrangeiras passaram, então, a fazer parte do sistema executivo pátrio.

De imediato, percebe-se que muitas foram as inovações trazidas pela Lei 11.382/06. A primeira delas, meramente terminológica, altera a expressão "credor e devedor" por "exequente e executado".

Além disso, definiu a lei que a execução por título extrajudicial seria definitiva, salvo se houver a interposição de apelação que desafie a sentença dos embargos, desde que recebidos no efeito suspensivo.

Outra inovação considerável vem consignada na redação do art. 615-A: no momento da distribuição da execução, o exequente poderá obter uma certidão que comprove o ajuizamento da ação para que seja averbada no registro de imóveis, nos departamentos de registro de veículos e em outros órgãos de registros de direitos e propriedades. A finalidade dessa alteração é minimizar as possíveis fraudes às execuções.

O procedimento da execução por quantia certa também teve considerável alteração. Agora, com a lei 11.382/06, o executado será citado para em 3 dias – não mais em 24 horas – pagar a dívida cobrada na inicial. Não lhe assiste mais a prerrogativa de nomear bens à penhora. Esse direito foi transferido ao credor.

A defesa oferecida será por meio de embargos de devedor, na forma do art. 736 do CPC, e que serão opostos em até quinze dias contados da data da juntada aos autos do mandado de citatório cumprido, e independentemente de qualquer penhora caução ou constrição judicial.

Note-se que, agora, não é mais necessário indicar bens à penhora para poder opor embargos. Apenas a possibilidade de outorga de efeito suspensivo àquele incidente é que ficará condicionado à garantia do Juízo (§ 1º do art. 739-A do CPC).

6 – CABIMENTO DA EXCEÇÃO DENTRO DO NOVO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Há quem diga que com as mudanças introduzidas no processo de execução a exceção de pré-executividade teria deixado de existir, ante a sua total falta de aplicabilidade. Esse, porém, não é melhor entendimento. O instituto da exceção continua a existir na nova sistemática da execução civil, sendo certo que sua utilização cria um novo prisma de possibilidades, ampliando, inclusive, sua abrangência, conforme será demonstrado a seguir.

Como se viu anteriormente, através da exceção de pré-executividade, poderá o executado alegar qualquer matéria de ordem pública ligada à admissibilidade para o desenvolvimento válido e regular de uma execução, e que poderia, em razão de sua natureza, ser conhecida de ofício pelo magistrado. Assim, tanto as questões atinentes as condições da ação - incluindo-se dentre elas as da teoria do título executivo (liquidez, certeza e

exigibilidade) -, quanto as relativas aos pressupostos processuais, poderia ser objeto do instituto.

O Código de Processo Civil não prescreveu, por exemplo, como seria a defesa do credor em relação a eventuais vícios posteriores à decisão que resolve a impugnação. Na vigência da lei anterior, tais atos eram regulados pelo artigo 746 do CPC, que no presente momento tem sua aplicação restrita aos títulos executivos extrajudiciais. Sendo assim, ao contrário de ter suprimido o incidente, acabou ele ampliando o campo da exceção, pois se olvidou o legislador de que os embargos são dois: os da primeira fase, após a penhora, e os da segunda fase, aos a arrematação ou a adjudicação (art. 476). Parece, assim, que o executado acabará utilizando a exceção de pré-executividade qualquer que seja a fase ou o nome a ela atribuído.

Além disso, ressalte-se que, nos termos do art. 475-J, §1º, do Código de Processo Civil, a possibilidade de o devedor oferecer impugnação somente surge após efetivada eventual constrição de algum bem de sua propriedade, e sua posterior intimação (via Diário Oficial, através de seu advogado) da lavratura do auto de penhora.

Ou seja, continua sendo necessária a prévia segurança do juízo para que sejam discutidas as matérias passíveis de apreciação judicial na fase do cumprimento de sentença. Deste modo, a exceção de pré-executividade é a possibilidade do executado para demonstrar ao juízo qualquer dos vícios que porventura existam na execução, sem que seu patrimônio seja atingido, ou até mesmo nos casos em que este não possua qualquer bem.

Afora isso, há quem sustente também uma maior aplicação da exceção na atual sistemática, em razão da não suspensividade da execução quando da oposição dos embargos de devedor. Ora, se antes, quando a regra era a atribuição de efeito suspensivo à execução quando da oposição dos embargos já era bastante manejada a exceção, que se dirá agora, quando a regra é a do prosseguimento da ação executiva enquanto não se julga os embargos.

Da mesma maneira, em relação à execução de títulos extrajudiciais, a aplicação da exceção também continua pertinente. Como já dito, foi eliminada a exigência da prévia penhora para a oposição dos embargos. *A priori*, restaria esvaziada a arguição da exceção, uma vez que se tornaria desnecessária a promoção de uma medida atípica (exceção), pois agora seria cabível a medida típica (embargos), com os mesmos efeitos.

Tal justificativa não procede, pois a defesa do devedor, positivada pela Lei 11.232/06, apresenta restrições que limitam seu campo de atuação. Seguem exemplos que demonstram a viabilidade da exceção: (i) todas as matérias de defesa podem ser suscitadas mesmo após decorrido o prazo para embargar (excluindo-se as defesas já arguidas e decididas, por óbvio); (ii) não existem requisitos formais (como preparo, etc.) para a utilização da exceção; e (iii) a exceção poderia ser manejada dentro dos três dias que o devedor tem para pagar, na forma do art. 652 do CPC, sendo certo, aí, que não haveria qualquer risco de penhora para ele caso a exceção de pré-executividade fosse recebida e decidida pelo juízo.

A *ratio legis* da nova sistemática processual é a celeridade na entrega da prestação da jurisdicional, simplificando a execução para que esta se torne um instrumento realmente efetivo.

No entanto, tais mecanismos devem ser harmonizados com as possibilidades de defesa do devedor, sob pena de se desrespeitar princípios positivadas nas Constituição da República.

CONCLUSÃO

O trabalho mostrou a terminologia, o surgimento, a aplicabilidade e o cabimento da exceção de pré-executividade, instituto criado por PONTES DE MIRANDA (1975) com a finalidade de questionar os requisitos inerentes à constituição do processo de execução.

A exceção de pré-executividade pode ser classificada como uma espécie de defesa prévia oposta nos próprios autos da execução, podendo ser apresentada por simples petição, já que tem natureza jurídica de incidente processual autônomo. A ausência de previsão legal para o instituto, retira dele qualquer vinculação a uma forma ou a um procedimento próprio, devendo apenas ser observado o princípio constitucional do contraditório.

O único meio probatório admitido em sede de exceção de pré-executividade é a prova documental pré-constituída, em razão das questões que podem ser objeto do referido incidente – via de regra - serem matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo magistrado.

O cabimento da exceção de pré-executividade há muito deixou de constituir polêmica no ordenamento jurídico pátrio. Sua aplicabilidade e aceitação são, hoje, unanimidade, tanto para a mais abalizada doutrina, quanto para a jurisprudência..

Pela falta de previsão legal também não temos um prazo certo para a oposição da exceção. Entretanto, segundo a opinião da maioria da doutrina, o referido incidente não está condicionado às 24 horas subseqüentes à citação em execução do devedor, como pensava Pontes de Miranda. As questões argüíveis por meio da objeção não estão sujeitas à preclusão, podendo ser alegadas a qualquer tempo.

Oposta a defesa, o magistrado pode se manifestar de quatro formas: pode acolher a exceção de pré-executividade e, conseqüentemente, extinguir o processo através de uma sentença, da qual caberá o recurso de apelação; pode não conhecer da exceção, rejeitando-a liminarmente, por uma decisão interlocutória, impugnada mediante agravo de instrumento;

pode não acolher a exceção, após uma cognição sumária, da qual o recurso é o de agravo; ou, por fim, acolhê-la parcialmente, sendo, também, agravável.

Com relação a aplicabilidade do instituto ante a nova sistemática do processo de execução, viu-se que o incidente da exceção continua a ter, senão a mesma, uma maior aplicabilidade, haja vista que na execução fundada em título judicial ainda se exige a garantia do juízo para que o executado possa se defender, e na execução de título extrajudicial, os embargos, que antes suspendiam o curso dos atos executórios até seu julgamento, não têm mais como regra tal suspensividade, o que ampliou ainda a mais as hipóteses de manejo da exceção.

Apesar da amplitude do tema escolhido para essa dissertação, a proposta levantada para este trabalho foi cumprida em sua integralidade, ao apresentar, com a maior clareza possível, a exceção de pré-executividade, o seu nascimento, suas hipóteses de cabimento, bem como algumas, dentre as variadas questões que surgirão na esteira das novas leis processuais, que determinaram profundas modificações na fase de execução.

REFERÊNCIAS

ALVIM, Teresa Arruda Pinto. *Nulidades da Sentença*. Rio de Janeiro: RT, 1996.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Cognição e decisões do juiz no processo executivo*. In:

CAPPELLETTI, Mauro. *Aceso a la Justicia*. Separata da Revista Del Colegio de Abogados de La Plata, ano XXIII, nº41, 1981, p.19; *apud* THEODORO JÚNIOR, Humberto. *O cumprimento da Sentença e a Garantia do Devido Processo Legal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

CASTRO, José Antônio de. *Execução no Código de Processo Civil*, 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 3 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. São Paulo: Malheiros, 2004.

FERNANDES, Antônio Scarance. *Incidente Processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

FEU ROSA, Marcos Valls, *Exceção de pré-executividade: Matérias de ordem pública no processo de execução*, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996

FUX, Luiz; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Org.). *Processo e constituição*, Estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira. São Paulo: RT

GRECO FILHO, Vicente. *Tutela jurisdicional específica*, in Revista Dialética de Direito Processual, nº 23, São Paulo, ed. Dialética, 2005

LACERDA, Galeno. Execução de Título Extrajudicial e Segurança do Juízo, in *AJURIS*, 23:7/15.

LIEBMAN, Enrico Túlio. *Processo de Execução*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

MIRANDA, Pontes de. *Dez Anos de Pareceres*. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1975.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro : Exposição Sistemática do Procedimento*. 21 ed. rev. e atual. Rio de Janeiro : Forense : 2002.

_____. Exceção de Pré-Executividade : Uma Denominação Infeliz. Revista Forense. V. 351, Trimestral, 2000.

MOURA, Mário Aguiar. *Embargos do Devedor – Teoria e Prática*, 4 ed., Rio de Janeiro, Aide, 1995

NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 7 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Processo de Execução e Processo Cautelar*. Vol. II. 28 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

_____. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II. 7 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

_____. *Execução – Direito Processual ao vivo*. Rio de Janeiro: Aide, 1997.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2 ed. São Paulo: Bookseller, 2000.