

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E SEU CABIMENTO FRENTE ÀS INOVAÇÕES NA LEI DE EXECUÇÕES

Landoaldo Neves Ezquerro

RESUMO

O presente artigo científico apresenta pesquisas sobre a Exceção de Pré Executividade, como ela é delineada na doutrina jurídica pátria e alguns aspectos da respectiva jurisprudência apresentando-se conceitos, origem, existência legal, procedimentos e cabimentos. Objetiva-se também apresentar uma pequena análise da atual pertinência do instituto, perante as inovações promovidas na lei de execuções, mormente a lei 11.382/2006.

Palavras-chave:

Exceção de Pré-Executividade, execução, lei 11.382/2006

ABSTRACT

This article presents scientific research on the Exception Pre Board, as it is outlined in the legal doctrine homeland and some aspects of their case presenting concepts, origin, legal status, procedures and relevancy. The objective is to present a short analysis of the current relevance of the institute, before the innovations promoted by the law of executions, especially the law 11.382/2006.

Key words:

Exception Pre Board, execution, law 11.382/2006.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	3
1 - DENOMINAÇÃO E CONCEITO.....	4
2 - ORIGEM E EXISTÊNCIA LEGAL.....	6
3 - PROCEDIMENTO E CABIMENTO	9
4 - POSICIONAMENTO DE ALGUNS AUTORES.....	11
5 - COMFRONTO ENTRE DIVERSOS POSICIONAMENTOS.....	14
6 - INOVAÇÕES DA LEI DE EXECUÇÃO E AS IMPLICAÇÕES ...	16
6.1 - Execução de Títulos Judiciais.....	18
6.2 – Execução de Títulos Extrajudiciais.....	19
7 – CONCLUSÃO.....	21
8 – BIBLIOGRAFIA E NOTAS.....	22

Introdução

O presente trabalho vem a tratar do instituto da Exceção de Pré - Executividade, seus limites, cabimento, previsão legal, origem, etc. A liquidez, certeza e exigibilidade dão aos títulos de crédito as características básicas, que lhe permitem ser peça central de uma execução. Juntamente com esses elementos, O Juiz avaliará preliminarmente outros tantos, quais sejam os pressupostos processuais e as condições da ação, enfim, todos elementos a permitir a constituição e desenvolvimento do processo para, no caso da execução, após uma seqüência de atos de expropriação, satisfazer o anseio do exeqüente de receber seu credito.

Ocorre que por diversos fatores, entre eles aodamento, deficiência no assessoramento pelos funcionários de cartório ou mesmo falha no aparelhamento de suporte ao magistrado, muitas vezes esses diversos aspectos que tem que ser avaliados previamente, não o são, sendo que também pode se aduzir a eles o fato de muitas vezes o magistrado não dispor de meios de realizar essa avaliação por não contar com informações de que dispõem somente o exeqüente ou o executado, e também por má-fé desse mesmo exeqüente ou falha na avaliação dos seus próprios critérios que o levam a impetrar a ação. Assim, iniciam-se muitas execuções, nas suas diversas modalidades, como por quantia certa contra devedor solvente, execuções fiscais para entrega de coisa, etc., desamparadas de requisitos básicos que as fariam morrer antes mesmo de se consolidarem. Inexistindo portanto por parte do juiz da causa esse inicial controle de ofício, o mesmo poderá ser realizado por meio do próprio executado, através da aqui chamada Exceção de Pré - Executividade, que tentará garantir que atos expropriatórios com conseqüências muito danosas ao executado não se realizem, de forma que o mesmo não precisaria aguardar por meses, e às vezes mais de ano pelo desfecho da ação de Embargos, que é vista pela maioria como o único momento em que todas as defesas em Direito admitidas podem ser utilizadas amplamente, para só ao final, ver-se livre de tal embaraço.

Essa peça processual pode ter aspectos e ser vista como mais um meio protelatório, visto o posicionamento amplamente majoritário de que não caberiam no bojo da execução, ou teriam que estar muito limitados, o contraditório e a cognição, sendo nela cabíveis apenas atos que levassem à satisfação do credor. Por outro lado, a também chamada Objeção de Pré-Executividade pode contribuir decisivamente para o encurtamento de todo um longo procedimento, acarretando uma economia imensa, resultando numa solução de lide rápida e realmente eficaz.

A problemática que se instala nesse momento, e que quer ser ao final respondida, é saber se a exceção de pré-executividade teve seu cabimento reduzido ou anulado frente às últimas mudanças na lei de execução, mormente a lei 11.382/2006 que passou a permitir a impetração de embargos sem a necessidade da garantia do juízo mediante penhora, visto que a combatividade do instituto sempre foi vinculada justamente à tentativa de se evitarem atos executivos - leia-se penhora - muitas vezes altamente lesivos ao executado e frequentemente até paralisante de suas atividades econômicas.

O posicionamento que adotamos, e que ao final será mais amplamente abordado é o de que não teve a também chamada de objeção de pré-executividade a sua esfera de aplicação reduzida, ao contrário, mantendo-se necessária e eficaz como meio de defesa do devedor.

A Exceção de Pré-Executividade

1. Denominação e Conceito

Chamada de exceção pré processual, oposição processual, objeção executiva ou simplesmente arguição de nulidade no processo de execução, até nesse elemento básico tem-se divergência. Entende-se que as objeções seriam próprias de matérias de ordem pública e que seriam decretadas de ofício pelo juiz, ao passo que as exceções seriam, em sentido amplo, o poder jurídico do réu de

opor-se à ação que lhe é movida, e em sentido estrito, na forma do CPC, incidente processual através do qual é argüida a incompetência, o impedimento ou a suspeição (art. 304).

Marcos Valls Feu Rosa (1) afirma, por seu turno, que o instituto não seria nem "exceção" visto não se tratar somente de impedimento, suspeição ou incompetência e muito menos de "pré-executividade", visto poder estar presente em toda a execução, e não só nos momentos anteriores a atos de executividade.

Discute a doutrina qual seria a definição adequada para o instituto em estudo, e o discute muito, pois as divergências são grandes e não chegam a termo. Muito contribui para isso, certamente de forma decisiva, o fato de que não há previsão completa do tema em nosso código de processo, que nem sequer apresenta uma denominação, e mesmo com a renovação provocada pela lei 11.382/2006, ainda assim não se deu vida ao instituto.

Luiz Peixoto Siqueira Filho (2) assim conceituou:

Argüição de nulidade feita pelo devedor, terceiro interessado, ou credor, independentemente de forma, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, referente aos requisitos da execução, que suspende o curso do processo até o seu julgamento, mediante procedimento próprio, e que visa a desconstituição da relação jurídica processual executiva e conseqüentemente sustação dos atos de constrição material.

Por seu turno, Alberto Moreira (3) tece algumas críticas exatamente sobre essa definição, afirmando que: argüição de nulidade seria um exemplo de pré - executividade, não conceito; que estaria fora de cogitação o próprio credor argüir por meio de pré-executividade, bastando desistir da ação; haveria contradição entre "independente de forma" e se fazer "mediante procedimento próprio"; que os "requisitos da execução" não são os únicos exemplos de cabimento.

Assim, percebe-se que os estudiosos do tema deixaram de buscar uma conceituação precisa, mas que pode ser abstraída fazendo-se os devidos reparos na definição apresentada, sendo que nem na denominação há consenso, sendo aceita a forma "Exceção de Pré-Executividade" muito mais por tradição que por acerto na escolha ..

2. Origem e Existência Legal

Tendo natureza jurídica de incidente processual de defesa, a exceção de pré-executividade encontra suas raízes no Decreto no. 848, de 11 de outubro de 1890, segundo Alberto C. Moreira. Tal decreto cuidou da Organização da Justiça Federal, e estabelecia, para o processo de execução fiscal, que: "Comparecendo o réu para se defender antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o juízo, salvo se exhibir documento autêntico de pagamento da dívida, ou anulação desta". Ainda o art. 201 admitia que: "A matéria de defesa, estabelecida a identidade do réu, consistira na prova da quitação, nulidade do feito e prescrição da dívida".

Posteriormente, sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, Pontes de Miranda, em seus estudos foi o primeiro jurista a traçar contornos deste meio de defesa, segundo Luiz P. Siqueira Filho (1).

Existente também o conhecido parecer 95 de Pontes de Miranda de 30 de Julho de 1966, no Rio de Janeiro, que teve relação com pedidos de falência da Companhia Siderúrgica Mannesmann com base em títulos falsos. Os portadores dos títulos, posteriormente ajuizaram execuções baseados nos mesmos, cujas citações tiveram suas nulidades requerida por Pontes de Miranda em momento anterior à penhora.

Atualmente, o Código de Processo Civil de 1973 , afirma em seu artigo 267:

Extingue-se o processo, sem julgamento de mérito:

(...)

IV - quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V - quando o Juiz acolher a alegação de perempção, litispendência ou de coisa julgada.

VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, legitimidade das partes e o interesse processual.

Parágrafo terceiro - O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante nos nos. IV, V, e VI, todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas do retardamento.

E no artigo 269, Haverá resolução de mérito:

(...)

III - Quando as partes transigirem;

IV - Quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição;

Assim, ocorrendo algum tipo de nulidade, é lógico que o executado poderá alegar o vício em sede de embargos, mas não necessariamente, pois, se o Juiz em qualquer fase do processo, deve, de ofício, reconhecer a nulidade, pode também fazê-lo provocado.

Existente vasta jurisprudência aceitando o instituto:

PROCESSUAL
CIVIL. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO EM CONTA CORRENTE. SÚMULA 233/STJ. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MATÉRIA PASSÍVEL DE CONHECIMENTO DE OFÍCIO.
AUSÊNCIA DE PRECLUSÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MULTA. AFASTAMENTO.

I – É possível o oferecimento de exceção de pré-executividade, nos casos em que o juízo, de ofício, pode conhecer da matéria, a exemplo do que se verifica a propósito da higidez do título executivo. Esse entendimento independe da oposição dos embargos do devedor, vez que a questão não está sujeita à preclusão.

II - Não se evidenciando comportamento justificador da cominação aplicada, é de ser afastada a imposição da sanção do § único do artigo 538 do estatuto processual civil.

Recurso especial provido. (REsp 442448/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/03/2003, DJ 07/04/2003 p. 282)

Vê-se, assim, que embora haja previsão expressa de atos de defesa que caracterizam a pré-executividade, o nome do instituto, seus limites, sua forma, enfim, toda uma gama de elementos definidores não foram contemplados pela legislação

codificada, de modo a se criar um vácuo que atrai todo tipo de dúvida quanto à sua aplicação.

Por essa razão vem a doutrina tentando dar, junto com a jurisprudência, contornos que aprimorem a sua utilização, como por exemplo, o entendimento pacífico de que não caberia no processo de execução a instauração de uma instrução incidente, de forma que todas as questões que demandem maiores esclarecimentos, que não limitadas à prova documental, devam ser remetidas aos embargos, que tem natureza cognitiva e admitem ampla instrução.

EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSO CIVIL. PRESCRIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE. POSSIBILIDADE ANTES DOS EMBARGOS DO DEVEDOR E DA PENHORA. LEI 6.830/80 ART. 8º, § 2º. CPC, ARTIGOS 219, §§§ 2º, 3º E 4º, E 620. CTN, ARTIGO 174 E PARÁGRAFO ÚNICO.

1. Denunciada a ocorrência da prescrição, verificação independente da produção ou exame laborioso de provas, não malferir nenhuma regra do Código de Processo Civil o oferecimento da exceção de "pré-executividade", independentemente dos embargos de devedor e da penhora para a prévia garantia do juízo. Condicionar o exame da prescrição à interposição dos embargos seria gerar desnecessários gravames ao executado, ferindo o espírito da lei de execução, que orienta no sentido de serem afastados art. 620, CPC. Provocada, pois, a prestação jurisdicional quanto à prescrição, pode ser examinada como objeção à pré-executividade. Demais, seria injúria ao princípio da instrumentalidade adiar para os embargos a extinção do processo executivo.

2. A prescrição somente considera-se interrompida efetivando-se a citação e não por decorrência do despacho ordenatório da citação.

Interpretação das disposições legais aplicáveis.

3. Precedentes jurisprudenciais.

4. Recurso provido. (REsp 179750/SP, Rel. Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2002, DJ 23/09/2002 p. 228)

3. Procedimento e Cabimento

O procedimento do incidente processual de defesa aqui estudado é o mais simples possível, por mera petição, onde se alegara o pretendido de forma a provocar a avaliação do juiz numa cognição objetiva, direta, sem necessidade de produção de prova que não a unicamente documental. Ou seja, para aquelas matérias de ordem pública que o juiz pode conhecer de ofício.

Torna-se pouco compreensível que a Execução de Pré-Executividade visto a sua larga possibilidade de aplicação, seja tão pouco usada e tão

desconhecida. Tal fato se deve, principalmente, pela sua inexistência legal de forma completa, o que talvez iniba o ensino do instituto na formação de advogados, que por seu turno não a aplicam. Tem-se sempre em mente a idéia pronta de que o único momento para defesa é a ação de embargos, nada mais, o que verdadeiramente não é correto.

Outra possibilidade, mais controvertida e de mais difícil apuração, é a que aponta para a ética profissional. O profissional do Direito tem sobre si uma pressão muito forte no sentido de forçá-lo a utilizar a ação de embargos, mais lenta e trabalhosa e portanto com retorno econômico muito maior, do que valer-se de um instrumento tão rápido e imediato como a Pré-Executividade, até porque, pela ignorância jurídica do executado, este pode tender a não valorizar a rapidez na solução do caso vendo-a unicamente como sendo sinal não da eficiência do profissional mas de uma suposta simplicidade do caso.

As possibilidades de cabimento podem ser extraídas da combinação do art. 301 com o art. 326 do CPC, que além da falta de pressupostos ou condições da ação cita os fatores impeditivos, modificativos e extintivos do direito do autor.

Segundo Alberto Caminã Moreira (3), as hipóteses de cabimento seriam variadas, como vemos abaixo:

- Ausência de pressupostos processuais de validade: petição apta, citação válida, juízo competente e juiz imparcial, e capacidade processual.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ALEGAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535, II DO CPC. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA OFENSA VIABILIZADORA DO ESPECIAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA N.º 284 DO STF. IMPOSSIBILIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS. ARTIGO 135, INCISO III, DO CTN. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. (...)

2. A suscitação da exceção de pré-executividade dispensa penhora, posto limitada às questões relativas aos pressupostos processuais; condições da ação; vícios do título e exigibilidade e prescrição manifesta.

3. A exceção de pré-executividade se mostra inadequada, quando o incidente envolve questão que necessita de produção probatória, como referente à responsabilidade solidária do sócio-gerente da empresa executada.

4. *In casu*, o Tribunal *a quo* manifestou-se no sentido de ser necessária dilação probatória para a verificação da ilegitimidade passiva ad causam do sócio-gerente.

(...) (AgRg no Ag 875.862/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/10/2008, DJe 03/11/2008)

- Ausência de pressupostos processuais de constituição jurisdição, demanda citação capacidade postulatória.
- Presença de pressupostos processuais negativos: coisa julgada, litispendência perempção e compromisso arbitral.
- Ausência de condições da ação: legitimidade, interesse e possibilidade jurídica do pedido.

Assim, temos como exemplos a falta de liquidez, certeza e exigibilidade do título ou fatores como excesso na execução, pagamento, prescrição, decadência e compensação, todos eles relativos às condições de ação e pressupostos processuais mencionados acima.

PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. EMBARGOS À ARREMATACÃO. ALIENAÇÃO A PREÇO VIL. PREÇO INFERIOR A TRINTA POR CENTO DO VALOR DA AVALIAÇÃO. PRIMEIRA PRAÇA. POSSIBILIDADE DE SER DECLARADA A NULIDADE NOS EMBARGOS DE SEGUNDA FASE, DE OFÍCIO OU A REQUERIMENTO DO INTERESSADO. REPRESENTAÇÃO JUDICIAL DA PESSOA JURÍDICA. INEXISTÊNCIA DE FUNDADA DÚVIDA. INOCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS ARTS. 12-VI E 267-I CPC. CERCEAMENTO DE DEFESA. ART. 398 - CPC. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZO PROCESSUAL INDEMONSTRADO. INÉPCIA E EMENDA DA INICIAL. DISTRIBUIÇÃO DOS ÔNUS SUCUMBENCIAIS. TEMAS NÃO ABORDADOS PELO ACÓRDÃO RECORRIDO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. RECURSO DESACOLHIDO.

(...)

III - A nulidade da arrematação pode ser declarada de ofício pelo Juízo ou a requerimento do interessado, por simples petição, nos próprios autos da execução, dispensada a oposição dos embargos à arrematação.

IV - Conquanto não seja caso de ajuizamento dos embargos de segunda fase, não deixará o Juízo de conhecer da nulidade decorrente da arrematação por preço vil e declará-la porque suscitada por esse meio.

(...) (REsp 100706/RO, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 29/10/1998, DJ 01/03/1999 p. 319)

4. Posicionamento de Alguns Autores

Araken de Assis

Para Araken de Assis, a falta de previsão legal da exceção de pré-executividade não impede a sua utilização. O fim da aludida execução é o controle da atividade desenvolvida pelo juiz no momento do recebimento da petição inicial.

A natureza de execução de pré-executividade é de defesa, a ser oposta exclusivamente pelo executado. Chega-se a esta conclusão em virtude do fato de que não é encontrada nenhuma referencia, nos estudos do Mestre gaúcho, a respeito da oposição da execução de pré-executividade por qualquer outro senão o devedor. Assim, mesmo os terceiros interessados não teriam legitimidade para a utilização do artifício.

Embora não haja previsão legal, e tendo a juiz tolerado, par lapso, a falta de algum dos pressupostos, é possível o devedor requerer o seu exame desobrigado do aforamento de embargos, ou antes, mesmo de sofrer penhora.(4)

Cândido Rangel Dinamarco

Candido Rangel Dinamarco diverge da maioria ao sustentar que a exceção de pré-executividade na verdade é uma objeção. Isto porque a matéria de que trata e de ordem pública. Neste sentido veja-se a seguinte assertiva:

A inépcia da petição inicial executiva ou a presença de qualquer óbice ao regular exercício da jurisdição in executivis constituem matéria a ser apreciada pelo juiz da execução, de ofício ou mediante simples objeção do executado, a qualquer momento e em qualquer fase do processamento. Da circunstância de ser a execução coordenada a um resultado prático e não a um julgamento, não se deve inferir que o juiz não profira, no processo executivo, verdadeiros julgamentos, necessários a escoimá-lo de irregularidades formais e a evitar execuções não desejadas pela ordem publica. A recusa em julgar questões dessa ordem no processo executivo constituiria negativa do postulado da plena aplicação da garantia constitucional do contraditório a esse processo. É preciso debelar o mito dos embargos, que leva os juízes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento a oposição destes. Dos fundamentos dos embargos, muito poucos os que o Juiz não pode conhecer de ofício, na própria execução. (5)

Carlos Renato de Azevedo Ferreira

Carlos Renato de Azevedo Ferreira também manifesta-se favoravelmente à viabilidade da exceção de pré-executividade, no entanto, sustenta que seu objetivo é atacar o despacho inaugural do processo, especificamente a penhora, que deste decorre. Por este motivo, a oponibilidade da exceção de pré-executividade teria seu cabimento delimitado até a efetivação da penhora.

...o despacho inaugural ordinatório de citação execução contra devedor solvente pode ser atacado pelo devedor antes e para evitar a penhora, desde que ausente quaisquer dos requisitos enunciados no art. 586 do CPC que são as condições da execução forçada. (6)

Humberto Theodoro Júnior

Para Humberto Theodoro Júnior, dos vícios causados pela falta dos pressupostos e condições da ação decorre a nulidade absoluta no processo. Com efeito, a argüição de nulidade proveniente destes vícios fundamentais, na linguagem utilizada pelo mestre mineiro, e apreciável a todo o momento no processo independentemente de forma e procedimento específicos.

“A nulidade é vício fundamental e, assim, priva o processo de toda e qualquer eficácia. Sua declaração, no curso da execução, não exige forma ou procedimento especial. A todo o momento o juiz poderá declarar a nulidade do feito tanto a requerimento quanta ex officio. Não é preciso, portanto, que o devedor utilize dos embargos à execução. Poderá argüir a nulidade em simples petição, nos próprios autos da execução. (7)

O autor filia-se à corrente que reconhece como único legitimado para a oposição da exceção de pré-executividade o devedor.

Vicente Greco Filho

Vicente Greco Filho é de parecer que a qualquer tempo será possível a argüição de nulidades no processo de execução.

Como os defeitos do art. 618 estão expressamente cominados como nulidades, o juiz pode reconhecê-los de ofício, independentemente 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 alegação de nulidade (art. 745), mas nas matérias do art. 618 qualquer oportunidade é válida. (8)

José Alonso Beltrame

Embora as nulidades possam ser vistas nos embargos, nada obsta que sejam objeto de exame nos próprios autos da execução, desde que não envolvam aspectos de alta indagação. Se ao juiz é possível a apreciação, de ofício, das nulidades e ao credor é dado apontá-las, é de se delegar ao devedor, também, a faculdade de provocar o exame delas no bojo da execução, embora disponha dos embargos. Não é preciso, portanto, que o devedor utilize dos embargos à execução. Poderá argüir a nulidade em simples petição, nos próprios autos da execução. (9)

5 - Confronto entre os Diversos Posicionamentos

Após o conhecimento dos diferentes posicionamentos acerca da execução de pré-executividade, torna-se possível esquematizar os pontos consensuais e os divergentes existentes.

Existe acordo entre todos os autores quanto (2):

1. À previsão legal - inexistente no ordenamento processual brasileiro previsão legal da exceção de pré-executividade;
2. A exceção de pré-executividade ter a natureza de defesa do executado;
3. Ser a matéria argüida por meio da exceção de pré-executividade, de ordem pública;
4. A existência de contraditório no Processo de execução.

As divergências ocorrem nos seguintes pontos: (2)

1. Objetivo. A exceção de pré-executividade destina-se a impedir

- a) A penhora
- b) processo de execução.

2. Oportunidade. A exceção de pré-executividade poderá ser oposta:

- a) a qualquer momento;
- b) antes de que se proceda à penhora.

3. A matéria de que trata. Poderá ser argüida através da exceção de pré-executividade:

- a) toda matéria que gere nulidade do processo de execução;
- b) toda matéria que gere nulidade desde que não importe em questões de alta indagação e prova.

4. Natureza Jurídica. A exceção de pré-executividade tem natureza jurídica de:

- a) objeção;
- b) exceção.

6 - Inovações na lei de execuções e suas implicações no instituto em estudo.

No até agora visto, demonstra-se que a exceção de pré-executividade firmou-se tanto na jurisprudência como na doutrina e na prática jurídica pátria como excelente e imprescindível meio de defesa, apto de forma célere, econômica, simples e rápida a rebater ou anular execuções fundadas em nulidades e erros.

A pergunta que se faz, entretanto, a partir dos últimos anos, é se com as últimas mudanças na lei de execução o presente instituto estaria enfraquecido ou mesmo fadado ao desuso ou desnecessidade, frente principalmente à inobrigação de garantia do juízo para as defesas do executado, inovações trazidas pelas mudanças legislativas dos últimos anos.

Sempre existiu o entendimento doutrinário e jurisprudencial de que é facultado ao executado, nas questões que podem ser analisadas de ofício pelo juiz,

utilizar-se da exceção de pré-executividade para defender-se, principalmente de atos expropriatórios como a penhora, que poderiam causar forte embaraço a atividades econômicas exercidas pelo executado ou mesmo para a pessoa física, ao ver seus bens bloqueados por muito tempo impedindo a liberdade de comercializá-los ou dá-los em garantia.

Considerando que as mudanças legislativas vieram no sentido de desobrigar o executado à garantia do juízo previamente à sua defesa e como condição mesmo para o seu exercício, vislumbra-se a possibilidade de tornar a exceção de pré-executividade não mais necessária, o que inclusive foi aventado na própria exposição de motivos da lei 11.382/2006. Mas isso não ocorreu, conforme veremos.

Os novos parâmetros para a execução vieram trazidos principalmente pelas leis 11.232/2005 e 11.282/2006.

6.1- Execução de títulos judiciais.

A lei 11.232/2005 trouxe uma espécie de sincronia, junção entre a atividade cognitiva e executiva dentro da execução, deixando de existir a diferença entre processo de conhecimento e processo de execução para cumprimento de sentenças. Segundo o ensinamento de José Carlos Barbosa Moreira:

(...) elimina-se a diferenciação formal entre o processo de conhecimento e o de execução, ressalvadas as hipóteses do art. 475-N, parágrafo único, do Código de Processo Civil, e a de ser devedora a Fazenda Pública. Em vez de dois processos sucessivos, teremos um só, no qual se sucederão, ao longo de duas fases, mas praticamente sem solução de continuidade, os atos de uma e de outra espécie (11).

Assim, o cumprimento de obrigação de fazer, não fazer, entrega de coisa ou de execução por quantia certa seguem os ritos agora ditados pelo artigo 475-I, 461 e 461-A, 475-J a 475-R todos do Código de processo Civil. O anterior processo de liquidação de sentença também passou a ser uma fase de um único processo.

Então a doutrina passou a chamar esse processo “unificado” de “processo sincrético” entendendo não haver mais um processo de conhecimento, um processo de liquidação de sentença e um processo de execução, mas apenas uma fase

cognitiva, uma fase de liquidação e uma fase executiva. Nas palavras de Luiz Rodrigues Wambier “hoje, o princípio do sincretismo entre cognição e execução predomina sobre o princípio da autonomia”

Assim, o artigo 475-J determina que o réu pague em 15 dias o montante da condenação, sob pena de multa. Não havendo o devido pagamento, a requerimento do autor expedem-se mandado de penhora e avaliação, seguindo-se a execução. O réu não é citado novamente, não é citado para pagar ou nomear bens à penhora. Após a intimação da penhora feita, inicia-se o prazo de 15 dias para o agora devedor, impugnar os termos do cumprimento da sentença.

Foram extintos os embargos à execução de títulos judiciais, substituídos pela impugnação, esta com caráter de mero incidente realizado no curso de cumprimento de sentença, e não mais como um processo autônomo. A impugnação segundo o artigo 475-L do CTC pode versar sobre diversas nulidades, sobre a citação, penhora, avaliação, etc, não tendo em regra efeito suspensivo, embora este podendo ocorrer em casos de possibilidade da ocorrência de grave dano de difícil reparação a pedido do devedor, sendo também possível ao exequente, após oferecimento de caução, requerer o seu prosseguimento.

Assim, pelo visto, continua a exceção de pré-executividade plenamente justificável, visto que o devedor ainda terá seus bens penhorados para, só após, poder impugnar. Além disso, a pré-executividade ainda se presta à defesa do devedor ao contestar atos posteriores à apresentação da impugnação, desde que sejam matéria de ordem pública que possa ser conhecida de ofício pelo juiz.

6.2 - Execução de títulos extrajudiciais.

Os títulos executivos extrajudiciais ainda contam com processo autônomo de execução segundo o artigo 585 do CPC e a lei 11.382/2006, sendo que expressiva mudança se deu no que tange à defesa do executado, visto que os embargos do executado podem ser opostos sem a necessidade da garantia do juízo mediante penhora, em 15 dias a contar da juntada do mandado de citação, artigos 736 e 738 do CPC.

A lei 11.382/2006 também inovou ao determinar que os embargos à execução, a partir de sua vigência, não mais teriam efeito suspensivo em seu artigo 739-A, podendo, entretanto, o juiz dar esse efeito à execução, desde que com fundamentos e a requerimento do executado embargante, se houver possibilidade de causar dano de difícil reparação, desde que esteja garantida a execução por penhora, depósito ou caução, sendo que a concessão do efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens, segundo o artigo 739-A, 1º do CPC.

Segundo ensinamento de Luiz R. Wambier, Tereza A. Alvim Wambier e José M. G. Medina a respeito da exceção:

Continua possível o manejo de exceção de pré-executividade no processo de execução de título extrajudicial, com o intuito de se alegarem materiais a respeito das quais não tenha ocorrido preclusão, ainda que já se tenha exaurido o prazo para a apresentação dos embargos (12)

Ou seja, para a defesa mediante embargos, não se faz mais necessária a nomeação de bens à penhora, mas para a concessão de efeito suspensivo dos atos executivos, sim, e dessa maneira continua a exceção de pré-executividade necessária para evitar maiores transtornos ao executado, além disso também serve a exceção de pré-executividade para atacar nulidades da penhora, leilão, ou qualquer ocorrência após a apresentação de embargos, desde que passíveis de análise de ofício pelo juiz.

Dentro desta mesma análise, qual seja a da execução a partir de títulos executivos extrajudiciais, temos um importante capítulo: o das referentes a execuções fiscais, onde vê-se a necessidade de aplicação da Exceção de Pré-Executividade para a salvação dos devedores reféns de um setor que nem sempre se preocupa com o prejuízo que eventualmente suas ações podem causar, ajuizando processos muitas vezes já pagos, prescritos, com erros visíveis e que facilmente poderiam ser evitados com um pouco mais de diligência dos órgãos proponentes.

Jurisprudência apontando o instituto dentro da Execução Fiscal:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO.

1. Em princípio, a defesa do executado deve realizar-se através dos embargos, nos termos do art. 16 da Lei de Execução Fiscal. Todavia, é assente na doutrina e na jurisprudência o cabimento de exceção de pré-executividade quando a parte argüi matérias de ordem pública ou nulidades absolutas que dispensam, para seu exame, dilação probatória. Esse entendimento objetiva atender ao interesse público quanto à economia e celeridade processual.

2. Não cabimento de exceção de pré-executividade apenas por tratar-se de matéria pacificada no âmbito dos tribunais.

3. Recurso especial provido.

(REsp 685.733/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2005, DJ 16/05/2005 p. 320)

O entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca do tema quanto a ser pacífica a sua aplicação, e em execuções fiscais, temos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. MATÉRIA A SER ARGÜIDA EM EMBARGOS À EXECUÇÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.

1. Não viola o art. 535, II, do CPC o decisório que está claro e contém suficiente fundamentação para solver integralmente a controvérsia, nos limites postos.

2. Incide a Súmula 211/STJ quando a matéria federal tida por violada não foi enfrentada no aresto a quo recorrido, malgrado a oposição dos aclaratórios.

3. É firme a jurisprudência formada no âmbito desta Corte no sentido de ser cabível o incidente de exceção de pré-executividade para discutir matérias de ordem pública na execução fiscal, não sendo permitida, entretanto, a sua interposição quando a apreciação da matéria articulada na defesa necessite de dilação probatória.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1105644 / PR, Min. Rel. Mauro Campbell Marques, 2ª turma, J.19.5.09, DJe 01.6.09)

7 - Conclusão

Pode-se concluir o presente trabalho com diversas afirmações, entre elas de que se tem à disposição um instrumento eficaz, rápido, simples e, portanto, imprescindível ao se buscar uma prestação jurisdicional ágil.

E respondendo-se à indagação inicial de se saber se a Exceção de Pré-executividade teve seu cabimento reduzido ou anulado frente às últimas mudanças na lei de execução, mormente a lei 11.382/2006, a resposta é simplesmente não, visto que o atingimento de bens do executado e a possibilidade de lhe causar danos injustos, só passíveis de se desfazerem ao final de um longo processo ainda persiste, de modo que o instituto continua imprescindível.

A Exceção de Pré-Executividade, vindo em certo sentido como antecipatória da providencia de embargos - custosos, demorados e complexos embargos - presta relevante serviço à justiça, qual seja, além de um encerramento quase sumário do processo de execução, a possibilidade de uma defesa rápida a evitar ou abreviar ao máximo constrangimentos completamente desnecessários ao pólo passivo de uma ação que, com vícios insanáveis, nunca poderia prosperar.

Nesse sentido, pela experiência profissional deste autor, visto que sou oficial de justiça da Justiça Federal, ao conviver diariamente com execuções fiscais de diversos órgãos exeqüentes, percebe-se o número inaceitável de erros, deslizos, e descasos dos órgãos credores que movem muitas ações obviamente nulas, prescritas, já pagas, duplicadas, enfim, eivadas de problemas da administração dos negócios públicos e seu típico desinteresse - ou interesse insuficiente - de buscar melhorias em suas atividades, fazendo com que os executados, mormente os mais pobres, desprovidos de condições de exercer seu direito à Justiça por não poderem constituir advogados e arcar com sua própria defesa, se vejam despossuídos de poucos bens que ainda lhes restam.

Tal instituto deveria ser delimitado pela lei e ter nascimento expresso e completo no direito positivo, o que incorre, para que se disponha de mais um remédio de efeitos rápidos e precisos. Essa regulamentação faria com que seu estudo fosse incrementado e difundido entre estudantes de Direito, e Advogados, para que seu uso se tornasse constante.

8 - Bibliografia e Notas

- 1- FEU ROSA, Marcos Valls. *Exceção de Pré Executividade*. Porto Alegre, Sergio Fabris, Editor, 1996.
- 2 – SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. *Exceção de Pré – Executividade*. Lumen-Juris, 1998.
- 3 – MOREIRA, Alberto Camina. *Defesa Sem Embargos do Executado*. Saraiva, 2000.
- 4 – ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*, p. 344.
- 5 - DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. Malheiros, pag. 447-8.
- 6 – FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. *Exceção de Pré - Executividade* in *Revista dos Tribunais*, 657, p.243
- 7 – THEODORO JUNIOR, Humberto. *Curso de Direito Proc. Civil*. 1991, p 864.
- 8 – GRECO FILHO, Vicente. *Direito Proc. Civil Brasileiro*. Saraiva, 1992, p.52.
- 9 – BELTRAME, José Alonso. *Dos Embargos do Devedor*, *Revista dos Tribunais*, 1983, p. 145-6. 9.
- 10 – GONÇALVES, Marcus. *Proc. de Execução e Cautelar*, Saraiva, p. 64-66.

11 - MOREIRA, José Carlos Barbosa. "*Cumprimento*" e "*execução*" de sentença: *necessidade de esclarecimentos conceituais*. Revista Jurídica, Porto Alegre: Consulex, v. 54, n. 346, agosto 2006. p. 11.

12 - WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Sentença Civil: liquidação e cumprimento*. 3 ed. São Paulo: RT, 2006. p. 419.

13- WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, Jose Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil: Leis 11.187/2005, 11.232/2005, 11276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006*. São Paulo: RT, 2006. p. 151.

2010

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito e que se fizerem necessários, que isento completamente a Universidade Anhanguera-Uniderp, a Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes e os professores indicados para compor o ato de defesa presencial de toda e qualquer responsabilidade pelo conteúdo e idéias expressas no artigo científico.

Estou ciente de que poderei responder administrativa, civil e criminalmente em caso de plágio comprovado.

Piracicaba, 01 de julho de 2010