



**UNIVERSIDADE FEDERAL DE CAMPINA GRANDE
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS
UNIDADE ACADÊMICA DE DIREITO
CURSO DE DIREITO**

JAQUES RAMOS WANDERLEY

DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

SOUSA - PB

2003

JAQUES RAMOS WANDERLEY

DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Monografia apresentada ao Curso de Direito do Centro de Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal de Campina Grande, como requisito parcial para obtenção do título de Bacharel em Ciências Jurídicas e Sociais - Direito.

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

SOUSA - PB

2003



W245e Wanderley, Jaques Ramos.
Da excessão de pré-executividade. / Jaques Ramos Wanderley. -
Sousa - PB: [s.n], 2003.

38 f.

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

Monografia - Universidade Federal de Campina Grande; Centro
de Formação de Professores; Curso de Bacharelado em Ciências
Jurídicas e Sociais - Direito.

1. Penhora. 2. Pré-executividade. 3. Confisco de bens. I.
Oliveira, Eduardo Jorge Pereira de. II Título.

CDU: 347.952.4 (043.1)

Elaboração da Ficha Catalográfica:

Johnny Rodrigues Barbosa
Bibliotecário-Documentalista
CRB-15/626

JAQUES RAMOS WANDERLEY

DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

BANCA EXAMINADORA

**MARIA MARQUES MOUREIRA VIEIRA
ORIENTADORA**

MEMBRO

MEMBRO

**SOUSA
SETEMBRO DE 2003**

SÚMARIO

INTRODUÇÃO	05
CAPÍTULO I – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE	07
1.1 Conceito	07
1.2 Raízes Históricas do Instituto	11
1.3 Natureza do Instituto	13
1.4 Seus Fundamentos	14
CAPÍTULO II – O EXAME DE ADMISSIBILIDADE NA EXECUÇÃO E A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE	19
CAPÍTULO III – A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EM FACE A LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS	30
CONCLUSÃO	34
BIBLIOGRAFIA	38

INTRODUÇÃO

A execução sempre se mostrou como algoz do devedor inadimplente. Tal processo tem o condão de levar o executado a sofrer constrição patrimonial através do ônus da penhora, mesmo se entender indevida a pretensão executiva. Ainda que irregular, abusiva, eivada de vícios formais, tais como a ausência das condições da ação ou pressupostos de existência e validade do processo, para que o executado possa oferecer os embargos - momento esse onde se aduz matéria de defesa - há que, antes, garantir a segurança do juízo através de depósito, em dinheiro ou coisa, espontânea ou coercitivamente.

Sob a designação de "exceção", ou "objeção", seguida do complemento "de pré-executividade" ou "de não-executividade", nossos tribunais, por construção jurisprudencial e com arcabouço doutrinário, vêm solucionando a questão, por meio de interessante figura processual, sem previsão expressa no Código de Processo Civil, mas com efeitos substanciais sobre o processo de execução.

Abre-se, assim, a possibilidade, em casos específicos, do insurgimento contra o despacho inicial proferido no processo executivo, sem que esteja seguro o juízo. Argumenta-se não ser cabível a aplicação literal do art. 737 do Código de Processo Civil, que exige a penhora ou o depósito em fase preliminar, quando o réu está exatamente questionando a eficácia executiva do título levado à baila.

Em suma, quando o processo executivo carecer de pressupostos processuais, condições da ação e, até, havendo vícios formais do título em que se funda a execução,

há a possibilidade de se atacar o referido processo executivo, até fulminando-o de nulidade, sem garantir o juízo através do depósito espontâneo de dinheiro ou coisa, assim como, através da penhora. Esta, pois, a conclusão a que chegaremos no final deste estudo.

CAPÍTULO I

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

1.1. Conceito

A exceção de pré-executividade se consubstancia num mecanismo de defesa do executado que prescinde de segurança prévia, revelando-se como instrumento de justiça desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência e que hoje é de aceitação praticamente pacífica entre os operadores do direito. Trata-se de saudável construção que os processualistas pátrios engendraram para propiciar ao coagido pela execução irregular resistir aos atos executórios, trazendo à apreciação do juízo as nulidades que maculam o procedimento executivo. De modo simplista, trata-se de um pedido direto de extinção do processo, independentemente do manejo dos embargos e da segurança do juízo.

Na precisa lição de FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS¹,

"A exceção de pré-executividade constitui a defesa - e, por isso, exceção - que se exerce no processo da execução, independentemente da oposição de embargos e da prévia segurança de juízo, quando se alega que essa foi desfechada sem atender aos pressupostos específicos para a cobrança de crédito que, na redação do art. 586 do CPC, se resume à exigência de título líquido, certo e exigível."

Mais pragmático, HÉLIO APOLIANO CARDOSO², entende que o instituto da exceção de pré-executividade consiste na possibilidade de apresentação de defesa em processo de execução – onde se ataca o direito de ação de execução, ou mesmo embargos do devedor – onde se resiste ao direito carregado na ação, sem que

¹ Francisco Wildo Lacerda Dantas, exceção de pré-executividade, 2001.

² Hélio Apoliano Cardoso, exceção de pré-executividade e suas peculiaridades, 1999.

tenha havido constrição judicial.

Para HELDER MARTINEZ DAL COL³, especialista em administração universitária pela UEM e professor de direito administrativo na FECILCAM, trata-se de figura que, em sendo admitida, permite ao executado insurgir-se diretamente contra o sustentáculo da execução, sem que se cogite de garantia do juízo ou oposição de embargos do devedor, tidos, até então, como processo incidental característico e exclusivo para tal mister.

Diferentemente de Francisco Dantas e Hélio Apoliano, entende DAL COL que a exceção de pré-executividade não se trata de defesa propriamente dita. Vejamos por que motivo:

"Pensamos não se tratar de defesa propriamente dita, mais porque o contraditório é sumário na execução e, embora se permita a manifestação do executado em variadas fases do processo, para assegurar o modo que lhe seja menos gravoso, a lei adjetiva não contempla fase apropriada para o exercício defensivo e nem abre a possibilidade de o executado discutir matéria de mérito em seu bojo."

Por outro lado, identificamos, entre os estudiosos do tema, divergências de ordem terminológica. Enquanto muitos se referem ao instituto como "exceção de pré-executividade", outros preferem a expressão "objeção de pré-executividade", "oposição de pré-executividade", "objeção de não-executividade" ou, ainda, "objeção à executividade". Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery também se utilizam da expressão "objeção de pré-executividade", por entenderem que tal expressão é a mais adequada, uma vez que o termo 'exceção' sugere que se trate de matéria de defesa, e, como tal, não passível de ser conhecida de ofício pelo órgão julgador e, além do mais, sujeita a preclusão.

³ Helder Martinez Dal Col, *Objecção de Não-Executividade*, 2000.

Explica JOÃO CELSO NETO⁴ que "a expressão exceção de pré-executividade parece ter sido empregada primeiramente pelo Prof. Araken de Assis, em 1987. Essa forma de contestação e de inconformismo foi, por Galeno Lacerda e José Frederico Marques, dita oposição pré-processual e o consagrado processualista Pontes de Miranda empregara a expressão exceção pré-processual (...)."

Segundo GERALDO DA SILVA BATISTA JÚNIOR⁵, juiz de direito no Estado do Rio de Janeiro e professor da Faculdade de Direito de Campos, "a crítica ao termo exceção se resume ao fato de ele não definir bem o objeto em estudo, porque encerra uma idéia de disponibilidade."

Ao que parece, Pontes de Miranda foi o primeiro a falar em exceção de pré-executividade. Neste sentido, a lição de ALEXANDRE SCHERMAN ROCHA⁶:

"A escassa doutrina sobre o tema, dedica a Pontes de Miranda o nascimento desta exceção, que no código de 39 era a nomenclatura utilizada para as defesas do réu".

Conta-se que Pontes fora chamado à consulta na falência da Companhia Siderúrgica Mannesmann que não logrou deferimento pelo Juízo posto que verificou-se a falsidade dos títulos objeto do requerimento de falência.

Perguntado se havendo execução daqueles títulos para que o devedor pague em vinte e quatro horas sob pena de penhora, pode o executado, contra a qual se move a ação, alegar a falsidade do título ou dos títulos, independentemente do oferecimento de bens à penhora, respondeu o parecerista que sim, pois, no seu entender, a alegação de inexistência, da invalidade ou da ineficácia da sentença é

⁴ João Celso Neto, exceção de pré-executividade, 2001.

⁵ Geraldo Batista da Silva Junior, exceção de pré-executividade, 2001.

⁶ Alexandre Scherman Rocha, exceção de pré-executividade, 2001.

alegável antes da expedição do mandado de penhora, pois tal ato é de exigir-se para a oposição de embargos do executado; não para oposição de exceções e de preliminares concernentes à falta de eficácia executiva do título judicial ou da sentença.

O vocábulo "pré-executividade", por sua vez, expressa a idéia de ato praticado antes da penhora, anterior à constrição judicial, que é ato inequivocamente executivo.

Acerca do tema, não se pode olvidar a oportuna lição de HELDER MARTINEZ DAL COL⁷ que, ao tratar dos termos "objeção" e "pré-executividade", faz o seguinte alerta:

"(...) não se trata a objeção de instrumento para questionar o tempo da execução – se antes ou depois –, mostrando-se atécnico falar em 'pré-executividade', mais porque quando o devedor manifesta-se, a execução já existe e é contra ela que se dirige o ataque".

Assim, a oposição à execução por vício que impossibilitaria sua existência, poderia ser tratada com expressões mais oportunas e técnicas, como: "objeção de não-executividade" ou "objeção à executividade", que parecem melhor exprimir a negativa da executividade, que deveria ter sido reconhecida de plano pelo juiz, mas que por não ter sido, pode ser-lhe apontada pelo executado, quando tomar conhecimento da execução indevida.

De qualquer modo, devemos observar que, apesar das valiosas ponderações, a questão terminológica é acadêmica e que a jurisprudência vem consagrando o uso da expressão "exceção de pré-executividade" para definir o instituto ora em estudo.

⁷ *Op. cit.*

1.2. Raízes históricas do instituto

GERALDO DA SILVA BATISTA JÚNIOR⁸, citando seu mentor Leonardo Greco, esclarece que no direito luso-brasileiro a regra era a prévia segurança, através da penhora, para interposição dos embargos, salvo algumas hipóteses encontradas nas Ordenações Filipinas, quais sejam os de restituição de menor, os de retenção de benfeitorias, sendo líquidas ou jugadas, os de compensação, de líquido a líquido já julgado (os que hoje se chamam de créditos com execução aparelhada).

Registra também o caso de um Assento da Casa de Suplicação de 1690, que também admitiu embargos nos próprios autos, sem prévia segurança do juízo, em face de nulidades patentes ou de pagamento provado com quitações e documentos legais.

No que tange ao campo legislativo, FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS⁹ dá como raiz histórica desta exceção o Decreto Imperial n.º 9.885, de 1888, que em seus artigos 10 e 31, previa, *in verbis*:

Art. 10 – "Comparecendo o reo para se defender, antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o Juizo, salva a hypotese do art. 31".

(...)

Art. 31- "Considerar-se-há extinta a execução, semmais necessidade de quitação nos autos, ou de sentença ou termo de extinção, juntando-se em qualquer tempo no feito: 1.º Documento authenticico de haver sido paga a respectiva importancia na Repartição fiscal arrecadadora; 2.º Certidão de annullação da divida, passada pela Repartição fiscal arrecadadora, na forma do art. 12, parágrafo único; 3.º Requerimento do Procurador da Fazenda, pedindo archivamento do processo, em virtude de ordem transmittida pelo Thesouro."

Por outro lado, o Decreto 848, de 11.10.1890, que dispunha sobre a organização da Justiça Federal, também apresentava um embrião do instituto. Como

⁸ *Op. cit.*

⁹ *Op. cit.*

nos ensina GERALDO DA SILVA BATISTA JÚNIOR¹⁰,

"ele previa, 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 no art. 201 admitia que: 'A matéria da defesa, estabelecida a identidade do réu, consistirá na prova de quitação, nulidade do feito e prescrição da dívida'."

Anos depois, o Decreto n.º 5.225, de 31.12.1932, do Rio Grande do Sul, instituiu, em seu art. 1º, a exceção de impropriedade do meio executivo, por meio da qual a parte, citada para a execução, poderia, de imediato, opor exceções de suspeição, incompetência e de impropriedade do meio executivo.

De qualquer modo, como vimos no tópico anterior, o primeiro a mencionar no direito pátrio a expressão "exceção de pré-executividade", nos termos em que é vista atualmente, foi Pontes de Miranda. Tal se deu através de um parecer que elaborou em 1966, em virtude de num processo envolvendo a siderúrgica Mannesmann, que vinha sofrendo várias execuções no Rio de Janeiro, São Paulo e Belo Horizonte, baseadas em títulos que continham a assinatura falsa de um de seus diretores. Naquele feito, formularam-se pedidos de decretação da abertura de falência da empresa e o juiz os havia indeferido ao fundamento de que se lastreavam em títulos falsos, sem, entretanto, que houvesse exigido penhora ou depósito. Ao ser inquirido, aquele brilhante jurista afirmou que, se o juiz podia conhecer tais vícios de ofício, estava evidenciado que o executado também poderia alegá-los.

Apesar da ausência de previsão legal "explícita", a doutrina moderna reconhece expressamente a utilização da exceção de pré-executividade, tendo a jurisprudência não só apreciado e acolhido a medida em alguns casos, principalmente

¹⁰ Idem.

em primeiro grau de jurisdição, mas, também, reconhecendo casos escandalosos em que se afigura injusto ou abusivo submeter o patrimônio do devedor aparente à penhora por tempo indeterminado, cujos efeitos são, sabidamente, graves.

1.3. Natureza do instituto

Quanto à exceção de pré-executividade, JOÃO CELSO NETO¹¹ afirma categoricamente: "Não resta qualquer dúvida tratar-se de uma exceção (no sentido de *defesa*) e de pré-executividade (no sentido de negar a executividade ao título que se pretende ver cobrado forçadamente)."

Entretanto, cumpre observar que a palavra *exceção* se apresenta sob vários sentidos.

Numa acepção ampla, explica FRANCISCO WILDO LACERDA DANTAS, é o próprio direito de defesa; num sentido mais estrito, significa toda defesa indireta contra o processo (também chamada defesa de rito) ou contra o mérito, havendo ainda quem a utilize para denominar tão somente a defesa indireta contra o processo, ou de defesa de rito.

Por outro lado, a sistemática adotada por nosso CPC revela a existência de exceções processuais ou de rito, também chamadas de exceções dilatórias, a elas se referindo o Diploma de ritos nos artigos 304 e seguintes, e ainda, as chamadas exceções processuais peremptórias, como a coisa julgada, a litispendência e a preempção, cuja arguição é feita nas preliminares de mérito.

Elucidativo, FRANCISCO DANTAS¹², mais uma vez, nos retira da ignorância:

¹¹ *Op. cit.*

¹² *idem.*

"No sentido que usualmente se adota entende-se que serve para identificar a defesa que se exerce, independentemente da oposição de embargos e, pois, da prévia segurança de juízo, no corpo mesmo do processo de execução. Creio que se refere mais à defesa direta contra o processo, por envolver a indispensável alegação do desatendimento de matéria de ordem pública, conhecível de ofício pelo juiz. Entendo, também, que diz respeito à alegação das denominadas objeções, que tem a mesma natureza de matéria de ordem pública e, por isso, devem também ser apreciadas de ofício pelo juiz, mas que constituem espécie de defesa indireta - e, portanto, exceção - contra o mérito."

JOÃO CELSO NETO, encerrando o presente tópico, sinteticamente, explica que a exceção de pré-executividade "é uma defesa contra o processo (em outras palavras, a alegação do contradireito ao direito de ação) sempre que o executado atacar a executoriedade de um pretense título executivo trazido à colação."

Temos, pois, à luz do exposto, que a exceção de pré-executividade é um incidente processual ou pré-processual, como querem alguns estudiosos. Esta, pois, a natureza da chamada exceção de pré-executividade.

1.4. Seus fundamentos

Dentre outros, o principal fundamento que ampara a "oposição pré-processual" é a nulidade do processo executivo. É o que se quer obter com a objeção à executividade. A propósito, buscando um fundamento legal para a referida exceção, ensina-nos HÉLIO APOLIANO CARDOSO que configuradas quaisquer das hipóteses previstas no art. 618, combinados com os artigos 586, 652, 736 e 737 da legislação ordinária brasileira que autorizam a via estreita da exceção de pré-executividade, possível é a suscitação de qualquer matéria em oposição à execução interposta, sem que para tanto seja ofertada a necessária ação de embargos do devedor.

Na verdade, não é toda matéria de defesa que pode ser alegada através da exceção de pré-executividade, pois os embargos do devedor continuam a ser a forma

principal de defesa no processo de execução. De qualquer modo, a combinação dos mencionados dispositivos legais, possibilita, em casos específicos, ao executado, insurgir-se contra o despacho inaugural proferido na execução através de arguição de nulidade da execução, agravo de instrumento e mandado de segurança, mesmo sem estar seguro o juízo.

Por outro lado, ao fazer uso da exceção de pré-executividade, não se está, evidentemente, olvidando as normas processuais que determinam que a oposição à execução seja feita através dos embargos do devedor, mas sim, de buscar um expediente possível e oportuno, capaz, em tese, de fulminar a execução em seu nascedouro.

Ora, o Direito é instrumento para a realização da justiça, sendo esta a sua finalidade. Formalismos exagerados devem ser rechaçados, posto que podem retardar a prestação jurisdicional, o que pode trazer prejuízo a ambas as partes, além do que o formalismo deve ser observado apenas na medida em que for razoável. Assim, a interpretação literal e limitativa, que implica em concentrar tão somente nos embargos do devedor toda a defesa do executado, não condiz com a finalidade social da norma. Constitui, pois, verdadeiro retrocesso.

Na lição de HÉLIO APOLIANO CARDOSO, a interpretação literal é a pior forma de interpretação, não podendo ser tolerada em um regime democrático que assegura as mais amplas garantias aos cidadãos. Incabível, em nossos tempos, o ultrapassado fetichismo legal. A lei deve ser imposta quando e como o interesse da sociedade exige, e nunca ao arrepio do bem-estar geral.

O direito precisa ser analisado sob o prisma social, como impõe o artigo 5º da Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro. Do contrário, estaria fadado à

obsolecência, fragilizando o próprio Estado de Direito, incapaz de atender aos reclames sociais uma vez que seu instrumento primordial se mostra afastado da realidade. A interpretação de um diploma legal, como se intui, não pode conduzir a situações absurdas.

Por isso, uma vez editada a norma pelo Poder Legislativo, sua interpretação deve ser feita em consonância com o ordenamento jurídico, e não de acordo com a vontade política daquele Poder. Esta deve ser fundamentada, ter sua essência voltada para o social, respeitando a realidade que vivemos. Leis de ontem podem ter certa interpretação à época de sua edição; porém as mesmas leis merecem entendimento diferente, mediante fatores históricos, políticos e sociais. Há que se fazer uma "interpretação contemporânea" da norma; cabe ao intérprete atualizar, rejuvenescer o seu entendimento, sob pena de enrijecer o Direito, cristalizando-o em prejuízo de toda a sociedade.

Ademais, segundo o mesmo HÉLIO APOLIANO CARDOSO,

“O importante mesmo é que o ato alcance a sua finalidade, conforme o princípio da instrumentalidade das formas adotado pela legislação processual civil brasileira (CPC, 154)”.

E conclui:

“Outrossim, seguir ao pé da letra não leva necessariamente à justiça; os juizes deveriam sempre ir além dos requisitos da norma, buscando seu julgamento no espírito da lei. Portanto, se o executado quiser evitar a penhora, com base na ausência e na nulidade de título, poderá ofertar essas alegações independentemente de oposição de embargos, mediante simples defesa na própria execução, ou até mesmo via embargos, sem obrigatoriedade de constrição, pois se trata de matérias de ordem pública, isto é, de uma das condições da ação.”

Neste sentido, afirma LUCIANO P. SEPÚLVEDA¹³, que a interpretação literal ou gramatical é a mais singela das exegeses, assim cumpre mitigar a hermenêutica do art. 737, I do CPC, fazendo emergir o primado do bom senso, da moral e do bem comum muito bem insculpido da Lei de Introdução ao Código Civil.

Temos, assim, que a interposição da "exceção de pré-executividade" dispensa a segurança do juízo, podendo ser dirigida em simples petição, e decidida de plano pelo julgador ao reconhecer nulidade absoluta e insanável no bojo do processo executivo, declarando a inexistência da prova pré-constituída do título executivo, que, como se sabe, é condição da execução. Não há incompatibilidade entre os embargos do devedor e a exceção de pré-executividade na medida em que as matérias argüíveis nesta são de natureza pública e cognoscíveis *ex officio* pelo julgador. Limitar a defesa do executado aos embargos, exigindo-se a garantia do juízo, será, em determinados casos, desastroso.

Ora, os pressupostos estritamente formais do título executivo podem ser examinados no início da ação, sem necessidade de se aguardar a penhora e, depois, os embargos do executado. Na verdade, em se verificando a nulidade do título extrajudicial, v.g., por ausência de liquidez, certeza e exigibilidade, tal fato pode e deve ser argüido tanto pela parte executada como *ex officio* pelo magistrado.

É válido ressaltar, ainda, que a argüição da ausência dos requisitos da execução, suspende o seu curso, vez que põe em risco a possibilidade de início ou prosseguimento da execução, ou, em maior alcance, da expropriação. Caso contrário, subverter-se-ia o comando normativo determinante da impossibilidade de privação de bens sem observância ao princípio do devido processo legal.

¹³ Luciano P. Sepúlveda, exceção de pré-executividade, 2001.

Portanto, a exceção de pré-executividade tem cabimento em hipóteses onde se verifica a ausência de condições da ação como, por exemplo, a possibilidade jurídica subtraída em virtude de um título flagrantemente nulo ou inexistente, hipótese onde sequer se justificaria a realização da penhora, que pressupõe a executoriedade do título. Do mesmo modo, quando evidenciada a ilegitimidade do exeqüente, por ser outro que não o titular do crédito executado, também se impõe a procedência da exceção de pré-executividade.

CAPÍTULO II

2. O EXAME DE ADMISSIBILIDADE NA EXECUÇÃO E A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Toca ao órgão judicial examinar a petição inicial de execução, em atividade de controle análogo à exercida no processo de conhecimento. Verificando que ela está incompleta, ou não se acha acompanhada dos documentos indispensáveis, determinará que o credor a corrija, no prazo de dez dias, sob pena de ser indeferida (art. 616). Também a indeferirá em qualquer das hipóteses do art. 295 aplicáveis ao processo executivo.

Pois bem. A ação executiva, enquanto ação que é, há de atender não só aos requisitos genéricos que condicionam a legitimidade da relação processual, mas também aos específicos que lhe são próprios. A inobservância de qualquer destes requisitos, quer gerais, quer específicos, torna o credor parte ilegítima para mover a ação porque ele não será titular da pretensão executiva, devendo o juiz proferir sentença terminativa da execução.

Assim, quando do recebimento da petição inicial da execução, é da atividade saneadora do magistrado examinar se estão presentes seus requisitos, ou seja, verifica-se a existência de título executivo hábil, a legitimidade ativa e passiva das partes exequente e executada, a presença dos requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade do título bem como se estão presentes os pressupostos processuais, com redobrada atenção no que tange à coerência lógica entre o pedido formulado na petição inicial e o direito representado no título executivo.

No dizer de RENATO VASCONCELOS MAGALHÃES¹⁴, juiz de Direito no Rio Grande do Norte, tais requisitos

"São necessários para que se instaure validamente o processo, bem como para que se dê o seu regular desenvolvimento. Esta é uma exigência que tem o fito de evitar demandas temerárias, que trariam transtornos tanto ao réu quanto ao próprio Estado, que movimentaria toda a sua máquina judiciária para uma pretensão desprovida de respaldo legal."

Alerta, ainda, o mesmo autor:

"Quando se trata de processo de execução, o zelo do juiz deverá ser ainda maior, pois, enquanto no processo de conhecimento o juízo de admissibilidade pode ser realizado em outras fases, como a saneadora, permitindo-se a correção de eventuais erros, no processo executivo, o único momento de que dispõe o julgador para verificar a presença dos requisitos essenciais é o do despacho liminar. Por isso, diz-se que o controle de admissibilidade na execução é concentrado."

Ora, tendo em vista que a execução já se inaugura com a agressão ao patrimônio do executado, tanto o exequente, ao distribuir a sua inicial, quanto o Poder Judiciário, ao admiti-la e ordenar a citação e penhora, devem cercar-se de cautelas.

Assim, se de um exame superficial do título executivo, pelo juiz, resultar, de forma clara, que lhe falta um requisito exigido por lei como pressuposto de sua validade ou existência, ou de sua executoriedade, o magistrado, ao despachar a inicial, deve indeferir-la, liminarmente face à carência da execução, pois lhe incumbe o dever deste exame. Não se pode olvidar que, mesmo na ação de execução, existirá sempre uma "dose de cognição".

Deve-se reconhecer essa atividade de conhecimento, não apenas para corrigir eventuais imperfeições da relação processual, mas também de modo tendente à total e definitiva eliminação do processo executivo quando for o caso. Desse modo,

¹⁴ Renato Vasconcelos Magalhães, Juízo de Admissibilidade na Execução Forçada e Exceção de Pré-executividade, 2001.

nem sempre será necessário a oposição de embargos para que o devedor impeça o desenvolvimento do processo executivo, sobretudo quando se alega matéria de ordem pública, que o juiz é obrigado a conhecer de ofício.

Entendido isto, temos que, entre os casos nos quais o juiz pode e deve indeferir *in limine* a petição inicial do exequente, figura o da inexecutibilidade do título. É o que ocorre, *v.g.*, quando se promove a execução com base num documento que não tenha eficácia executiva, isto é, não reúna os requisitos formais e substanciais exigidos pela lei para ser considerado título executivo.

Ora, se o título não for exequível, não tem sentido a penhora que garante o juízo, pois desaparece o seu fundamento lógico e jurídico. Com mais razão ainda, se o título for falso. O direito e o bom senso repudiam a medida, se, em tal hipótese, se impusesse à defesa o grave ônus da penhora.

Dispõe o art. 618, I, do CPC, que é nula a execução se o título executivo não for líquido, certo e exigível. Desse modo, na falta de qualquer destes requisitos, não estaremos diante de "título executivo", pois, como se sabe, a nulidade prepondera sobre qualquer instituto jurídico. É vício fundamental que priva o processo de toda e qualquer eficácia. No entanto, freqüentemente, sentenças ilíquidas ou liquidadas pelo credor ansioso de forma "teratológica", iniciam uma execução viciada.

As decisões negativas de admissibilidade, neste contexto, têm como objetivo primordial o de evitar que prossiga uma etapa procedimental dentro do processo executivo gerada por um pedido fadado ao insucesso, movimentando inutilmente a máquina do Estado. Do mesmo modo, é a isso que se visa quando se permite ao executado alegar matéria de defesa, antes mesmo da citação, principalmente quando se trata de alegações que, se conhecidas e acolhidas, devem gerar

necessariamente a extinção daquele feito que nem mesmo deveria chegar a ser uma execução.

Por outro lado, ignorando ou menosprezando a relevância do conteúdo decisório do despacho liminar na execução, muitos magistrados, pressionados pelo acúmulo de serviço, bem como pela imperfeição do próprio sistema, realizam uma leitura meramente superficial das peças que lhes são apresentadas, despachando afoita ou desatentamente e deixando qualquer irregularidade porventura existente para ser examinada por ocasião da interposição de embargos. Dessa forma, matérias que deveriam ser apreciadas *ex officio*, aguardarão uma eventual insurgência da parte prejudicada.

Entretanto, no caso de escapar ao exame do órgão julgador a presença de algum vício que macule a execução e impeça a formação de uma relação processual válida, e mais, considerando a violência a que é submetido o executado pela realização dos atos executórios, no caso injustos e ilegais, porquanto sem título hábil que justifique sua prática, tem admitido a doutrina e a jurisprudência a interposição da "exceção de pré-executividade" a fim de que o devedor possa obstaculizar essa execução ilegal, sem submeter-se à violência da constrição.

Revelou-se indispensável a adoção de mecanismos aptos a sanar vícios decorrentes da falha no controle de admissibilidade da execução. Se o pseudo credor pode, a seu crivo, ajuizar uma execução desfalcada de título líquido e certo, ao suposto devedor deve ser concedido ou reconhecido um instrumento jurídico adequado que impeça, a tempo e a hora, a continuidade de tal processo, inclusive, através da nulificação mesmo do despacho inicial positivo. Consistindo o processo executivo, nestas situações, em algo fadado ao insucesso, deve-se possibilitar o seu trancamento,

desde logo, por meio da exceção de pré-executividade.

Como se intui, o despacho liminar na execução não consiste em despacho de mero expediente, mas, sim, ordinatório, que possui conteúdo decisório, cabendo ao juiz nele pronunciar-se, fundamentadamente, acerca de determinadas matérias, ali expostas, relativas àqueles pressupostos do processo de conhecimento, também comuns ao processo executivo. Temos que tais matérias deverão ser conhecidas de ofício pelo juiz e sobre elas não ocorrerá preclusão. Entretanto, nada impede que as referidas matérias, examináveis *ex officio*, no processo de execução, sejam avaliadas pelo magistrado através de informação do executado.

Acerca do tema, ensina-nos HÉLIO APOLIANO CARDOSO:

"O despacho inaugural ordinatório de citação numa execução contra devedor solvente pode ser atacado pelo devedor antes e para evitar a penhora, desde que ausentes quaisquer dos requisitos enunciados no art. 586 do CPC, que são as condições da execução forçada, podendo, inclusive, ensejar pedido de arguição de nulidade, seguido de agravo de instrumento e mandado de segurança, visando a trancar, de pronto, o feito civil."

Neste mesmo sentido, MOACIR LEOPOLDO HAESER¹⁵, Desembargador do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, nos esclarece que, em face da ausência de previsão legal para a exceção de pré-executividade a fim de derrocar execução viciada, é também possível o manejo do remédio constitucional do Mandado de Segurança, para fazer as vezes daquela. Senão vejamos:

"Algumas vezes, na inexistência da previsão legal da exceção de pré-executividade, alguns devedores, premidos por execução viciada, lançaram mão do mandado de segurança como no Mandado de Segurança n. 41.151 julgado pela 4ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, tendo sido Relator o Des. Oscar Gomes Nunes, cuja ementa restou assim redigida: 'De decisão judicial insuscetível de ser atacada por recurso previsto nas leis processuais, ou modificada por via de correção, cabe mandado de segurança. Não tendo o devedor sido ouvido sobre o cálculo de liquidação, nem este sido homologado por sentença, a instauração da execução com citação para pagar em 24 horas sob pena de constricção

¹⁵ Moacir Leopoldo Haeser, Do Cabimento da Exceção de Pré-executividade, 2001.

judicial de bens, caracteriza ofensa a direito líquido e certo. Segurança concedida' (RJTJRS, 94/271-72)."

Ensina-nos HELDER MARTINEZ DAL COL que, a objeção de não-executividade (ou à executividade) tem lugar nas hipóteses em que caberia ao juiz, de ofício, conhecer da matéria, mesmo sem provocação da parte interessada, mais especificamente aquelas que importem em ausência de pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular do processo de execução. Assim, é possível, por exemplo, apresentar defesa na própria execução, sem segurança do juízo, no caso de falta de condição da ação, dos pressupostos processuais, título sem assinatura do devedor, vencimento antecipado de dívida e mesmo em caso de incompetência absoluta.

Sua finalidade, na lição de JOSÉ FERNANDO SILVEIRA CRUZ¹⁶, advogado e professor da UNISINOS – RS, é evitar a efetivação da penhora de bens do executado, levando-o a uma situação constrangedora de indisponibilidade de parte de seu patrimônio em decorrência de uma ação executória que não poderia ter sido iniciada.

Por outro lado, a objeção à executividade tem dois momentos básicos: o anterior à penhora e o posterior a esta. Em geral, as alegações são trazidas ao juiz tão logo se inicie a execução até que expire o prazo para pagar ou garantir a execução. Todavia, nada impede que a parte aduza suas questões após decorrido o prazo de interposição dos embargos, em se tratando da alegação de ausência de pressupostos processuais e condições da ação, pois tais matérias não são preclusíveis (art. 267, § 3º, do CPC). Assim, alguns estudiosos se referem a estas como "objeções executivas" em

¹⁶ José Fernando Silveira Cruz, *Pré-executividade do Título*, 2001.

oposição às primeiras, tidas por "objeções de pré-executividade". Há quem, entretanto, prefira fazer a distinção com base no fato gerador da objeção. Se este for anterior à execução ou concomitante com o ajuizamento da ação de execução, tem-se a objeção de pré-executividade. Após este marco, configura-se já uma objeção executiva.

Do exposto até agora, se infere que pode a parte alegar a nulidade da execução, independentemente de embargos do devedor, como pode, e na verdade deve, o juízo, conhecer da inexistência dessas condições a gerar nulidade, de ofício. Quando o executado impugnar certas matérias - pressupostos e condições - com argumentos fundados e idôneos, deverá o juiz admitir-lhe a defesa porque logicamente anterior à penhora, sem a segurança desta. Caso contrário, estaríamos diante da denegação de justiça e num possível triunfo do dolo, da fraude e da má-fé. Não se admite que o juiz assista a tudo, passivo e impotente, pois o código lhe impõe, no art. 125, III, que previna ou reprima qualquer ato contrário à dignidade da Justiça, e, no art. 129, que obste a fraude, como imperativo elementar da própria autoridade.

Por outro lado, aspecto que merece ser observado é o relativo aos tipos de vícios dos requisitos de admissibilidade da execução. De fato, há vícios que, para serem constatados, necessitam de produção de provas, ao passo que outros dispensam dilação probatória, sendo verificáveis *prima facie*. Podemos exemplificar o primeiro tipo de vício através das hipóteses de falsidade do documento ou da assinatura a ele aposta. É este o caso mais patente de irregularidade que não pode ser verificada de plano, fazendo-se imprescindível a realização, *v.g.*, de uma perícia. Já o outro tipo de vício pode ser vislumbrado, por exemplo, na apresentação pelo credor de um documento que não se enquadra em qualquer das espécies de títulos executivos admitidos em lei; ou quando se constatar, pela mera observação do título, que não há liquidez; ou quando

não se implementou o termo ou condição a que se subordinar o título; ou quando se verificar a ausência de assinatura, hipótese diversa da falsidade.

A distinção feita é relevante, pois, evidentemente, não será passível de acolhimento uma exceção de pré-executividade arguindo vício que demande realização de atividade probatória, já que isto vai de encontro à estrutura do processo executivo, ao passo que, em se tratando da arguição de vícios verificáveis *prima facie*, sem a necessidade de uma dilação probatória, é perfeitamente cabível a exceção de pré-executividade. Caso fosse acolhida uma exceção daquela natureza, deveria o magistrado "abrir vista" ao exequente, para que este se manifestasse, bem como para que apresentasse outras provas, em atendimento ao contraditório que, como sabemos, não se opera dessa forma na execução. Estar-se-ia, assim, fazendo a conversão do processo executivo em novo processo ordinário, desvirtuando toda a sistemática processual vigente, bem como a própria finalidade do processo de execução.

O instrumento adequado para alegar tal sorte de irregularidades, como sabemos, são os embargos executivos, pois nestes é que se admite atividade cognoscitiva de tal ordem. A exceção de pré-executividade possui um âmbito restrito de utilização se comparada aos embargos do devedor, e pode gerar uma situação vantajosa para o credor, já que o direito de nomear bens a penhora ou mesmo de embargar pode sofrer a preclusão.

Entretanto, pelo simples fato de inexistir previsão legal expressa acerca do instituto da exceção de pré-executividade, não se pode obstaculizar a sua utilização, já que este se mostra perfeitamente compatível com o nosso ordenamento jurídico, desde que observados os limites aqui expostos. Por outro lado, seu uso também não afronta o princípio do devido processo legal. Ao contrário, a referida exceção atende ao princípio

da economia processual, uma vez que, por meio dela, não se aguarda "a propositura dos embargos para o reconhecimento de fatos ensejadores da extinção da ação executiva, os quais poderiam, desde logo, ser verificados nos próprios autos desta." Pode, então, o suposto devedor, comprovar a inviabilidade do procedimento executório, diretamente nos autos de execução, sem necessitar para tanto garantir o juízo pela penhora nem opor embargos.

É possível, da mesma forma, a apresentação de simples petição ao juiz, para que este se manifeste, de ofício, sobre um *error in procedendo*, pois, nesta hipótese, havendo uma evidente falha do magistrado no controle de admissibilidade da execução, cabe a ele próprio, oficiosamente, reconhecer o vício e decretar a imediata extinção do processo.

Acerca do tema, explica JOÃO CELSO NETO¹⁷:

"Quando, na execução, estiver ausente um, ou mais, dos pressupostos processuais, mesmo que passando despercebido ao exame do magistrado da causa (que teria incorrido em vício in procedendo) por exemplo, por ter toda uma aparência de executoriedade perfeita e acabada, em qualquer fase do processo, deve ser assegurada a oportunidade de oferecer exceção de pré-executividade, pelo executado. Presta-se a medida, desse modo, para a alegação de nulidades, vícios pré-processuais e processuais que tornam ineficaz o título apresentado como se fora executivo (ainda que judicial), desde o ajuizamento da ação de execução e antes mesmo da sua citação, até."

Por outro lado, em virtude de não se confundirem, é descabido o uso da analogia entre a exceção de pré-executividade e a arguição de preliminares na contestação do processo de conhecimento. Tal paralelo não pode ser feito, pois cada um destes institutos possui suas particularidades, não sendo de todo compatíveis. A exceção de pré-executividade só deve ser admitida quando se tratar de matéria de ordem pública, e, por isso, dispensa a manifestação da parte adversa. Isto seria

¹⁷ *Op. cit.*

incompatível com a natureza da ação. No caso das preliminares de contestação, obrigatória é a ouvida do autor para se manifestar sobre a alegação da parte contrária.

Como dissemos, as matérias argüíveis através da exceção de pré-executividade são de ordem pública, cabendo ao próprio magistrado, de ofício, sobre elas se manifestar, pouco importando o modo pelo qual tomou ciência do vício. Tais matérias, por serem "de ordem pública", não sofrem os efeitos da preclusão e, embora devessem ter sido desde logo detectadas, caso o juiz não se manifeste, qualquer que seja a razão, pode ele ser instado a se pronunciar de qualquer forma, nada impedindo que o seja mediante informação do próprio executado.

Este argumento também encontra fundamento no poder de direção de que é dotado o magistrado em relação ao processo. Ele deve zelar por sua regularidade, cabendo-lhe promover, o quanto antes, a extinção de uma execução eivada de vícios. Evita-se, assim, a movimentação desnecessária, quando não temerária do aparelho judiciário do Estado.

Concluindo o presente tópico, temos que a alegação de nulidade, vícios pré-processuais e processuais que tornam ineficaz o título executivo, judicial ou extrajudicial, podem e devem ser suscitados através da exceção de pré-executividade, antes mesmo ou após a citação do executado. A penhora e o depósito, como já se afirmou, são medidas executivas e, nesta qualidade, não podem ser efetivadas quando não existir ou não for eficaz o título que embasa o processo executório.

Assim, a exceção de pré-executividade pode e deve ser argüida em qualquer tempo e grau de jurisdição, pois somente execuções regulares podem subsistir no mundo jurídico, não se admitindo sejam praticados atos que não obedeçam ao devido processo legal. A nulidade é vício fundamental, como já se afirmou, que priva o

processo de toda e qualquer eficácia. Sua declaração no curso da execução não exige forma ou procedimento especial e a todo momento o juiz pode declarar a nulidade do feito, tanto a requerimento da parte como de ofício. A manifestação concernente a eventuais nulidades pode, muito bem, constar em simples petição, nos próprios autos.

CAPÍTULO III

3. A Exceção de pré-executividade em face da Lei de Execuções Fiscais

A cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias, é regulada pela Lei nº 6.830 de 22.09.1980 – Lei de Execuções Fiscais - aplicando-se a ela, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

O artigo 16 da referida lei concede ao executado o prazo de 30 dias para o oferecimento de embargos, perante o próprio juízo da execução, constituindo verdadeira ação incidente, na qual o devedor-executado é o autor. A sentença, com razão, será proferida naqueles e não na ação de execução. Eis por que a autuação em separado se faz necessária, ocasião em que o executado deverá alegar toda a matéria útil à defesa, requerer provas e juntar documentos e o rol de testemunhas, segundo o princípio da eventualidade, concentrando-se então toda a defesa do devedor.

Entretanto, não admite a LEF os embargos, antes de garantido o juízo.

Este é, também, o conteúdo do artigo 737 do CPC, com o amparo da jurisprudência. O direito exige esteja o juízo seguro pela penhora, depósito da coisa ou seu equivalente. Apesar disso, existem acórdãos que admitem a apresentação de embargos, mesmo antes de seguro o Juízo, nos casos em que o título executivo não se reveste das formalidades legais, denotando abuso de direito ou se o executado é pobre e não dispõe de bens para submeter à penhora. Desta forma, em casos excepcionais, admite-se a dispensa do pressuposto básico da garantia do juízo, com amparo na Lei Maior.

É possível, pois, mostrar-se sensível a esse posicionamento e, mesmo assim, estar em harmonia com o princípio constitucional do contraditório.

À luz do entendimento acima exposto, LEON FREJDA SZKLAROWSKY¹⁸, incisivo, esclarece:

"O executado pode efetuar o pagamento no juízo da execução e não obrigatoriamente na repartição fiscal e alegar o pagamento nos próprios autos da execução fiscal, antes de efetivada a penhora, quando então o juiz deverá abrir vista dos autos ao exequente, atento ao magistério ditado pela jurisprudência, sinalizada pelo acórdão relatado, pelo Min. Pádua Ribeiro."

E continua o mestre, passando ao tema central deste estudo:

"O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão relatado pelo ínclito juiz, Teori Albino Zavascki, com o beneplácito dos seus pares, decidiu que 'a chamada exceção de pré-executividade do título consiste na faculdade, atribuída ao executado, de submeter ao conhecimento do juiz da execução, independentemente de penhora ou embargos, determinadas matérias próprias da ação de embargos do devedor. Admite-se tal exceção, limitada, porém, sua abrangência temática, que somente poderá dizer respeito a matéria suscetível de conhecimento de ofício ou à nulidade do título, que seja evidente e flagrante, isto é, nulidade cujo reconhecimento independa de contraditório ou dilação probatória.' Cita, em abono a essa tese, Pontes de Miranda, Galeno de Lacerda e Araken de Assis."

Por outro lado, podemos invocar o princípio norteador da execução que impõe seja a mesma realizada pelo meio menos gravoso ao executado. Sob a luz de tal princípio, verificamos ser lógica, bastante e oportuna a impugnação de certas matérias, capazes de fulminar a execução, por outra via processual que não a dos embargos do devedor, que, por exigir a garantia do juízo, se mostra a mais onerosa ao executado.

A este respeito, a preleciona OSWALDO MOREIRA ANTUNES¹⁹:

"O artigo 620 do Código de Processo Civil, embora, numa primeira vista, pareça apenas direcionado às constrições de bens do executado, nos quais o magistrado deva inclinar-se pela forma menos onerosa ao devedor, trata, na verdade, de princípio norteador das normas processuais; isto é, o juiz terá em conta, sempre, a forma menos danosa ao executado, deverá o magistrado escolher a maneira menos gravosa ao devedor. Ora, se o devedor pode impugnar determinada matéria nos próprios autos da execução fiscal, sem a necessária constrição sobre seus bens, qual o motivo de aguardar-se a efetivação da garantia e a propositura dos embargos?"

¹⁸ Leon Frejda Szklarowsky, Exceção de Pré-executividade em Face da LEF, 2001.

¹⁹ Oswaldo Moreira Antunes, Da Exceção de Pré-executividade, 2001.

Do exposto até agora, vê-se que tanto a doutrina como a jurisprudência contemplam a tese já vitoriosa de que a nulidade da execução pode ser argüida a qualquer momento, não se exigindo esteja o juízo seguro, nem sejam apresentados embargos à execução. Basta, para tanto, uma simples petição, devendo aquela nulidade ser decretada *ex officio*, ou, quando muito, resolvida incidentalmente. É a chamada exceção de pré-executividade, tema de nosso estudo. Ainda, "oposição pré-processual ou processual", na linguagem do festejado Pontes de Miranda.

Ora! Se um credor cria um falso título executivo ou falta a este algum requisito essencial, deverá o executado dispor de seu patrimônio, com o objetivo de garantir o juízo para opor embargos do devedor? Seguramente que não!

Na mesma linha de raciocínio, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery indicam, dentre outros doutrinadores, o magistério de Pedro Barcelos, que admite os embargos, independentemente de estar garantido o juízo.

LEON FREJDA SZKLAROWSKY²⁰ nos conta ainda, que "o STJ, pela palavra do Relator Min. Eduardo Ribeiro, da 3.^a Turma, sentenciou que a nulidade do título, em que se alicerça a execução, pode ser oposta por simples petição, por ser suscetível de exame, de ofício, pelo magistrado, homenageando as Súmulas 346 e 473 do Pretório Excelso. Iterativa e torrencial é a orientação pretoriana."

Realmente, se as decisões sumuladas ordenam que a Administração pode (e deve) anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos, respeitados sempre aqueles já adquiridos, com mais razão, podemos entender e pregar que o Judiciário deve fazê-lo, de imediato, ao se deparar com ato ou título maculado com a chaga da nulidade ou de vício insanável. Isto porque, na

²⁰ *Op. cit.*

hipótese de ilegalidade ou ilegitimidade do ato, o julgado pode e deve, evidentemente, ser invocado para amparar a anulação do ato, tanto pela Administração como pelo Judiciário.

Experiente, LEON FREJDA SZKLAROWSKY, mais uma vez, alerta:

"A LEF ampara, ex abundantia, essa exegese, ao ditar que, até a decisão de primeira instância, a certidão de dívida ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo, com o apoio inequívoco do artigo 26 que autoriza a extinção da execução fiscal, até a decisão de primeira instância, se, a qualquer título, for cancelada a inscrição da dívida ativa, sem qualquer ônus para as partes. Entretanto, a doutrina e a jurisprudência, por unanimidade, têm instruído que a desistência da execução fiscal, após os embargos, não afasta a responsabilidade da exeqüente pelo ônus da sucumbência."

Para o § 3º do artigo 2º da LEF, a inscrição é o ato de controle administrativo da legalidade, para apurar a liquidez e certeza do crédito, tributário ou não, da Fazenda Pública, realizado por autoridade competente, que é o órgão jurídico, ou seja, é o derradeiro ato do procedimento administrativo que permitirá a cobrança daquele crédito, gozando da presunção *juris tantum* de certeza e liquidez. A própria jurisprudência considera a inscrição da dívida como uma fase integrativa da eficácia do procedimento administrativo do lançamento.

Observemos, por fim, que este ato vinculado – a inscrição - não se confunde com o lançamento, apresentando natureza distinta deste. Diz respeito à certeza e liquidez do débito já constituído, devendo-se apurar se este é legalmente líquido, ou seja, se se cobra o que a lei permite e se é legalmente exato, ou seja, se a obrigação foi constituída legalmente.

CONCLUSÃO

Temos, pois, que é admissível, no direito brasileiro, o instituto da exceção de pré-executividade. Tal instrumento nos revela que cognição e execução não são institutos incompatíveis, de modo que o executado pode provocar a cognição do juiz por meio de embargos ou através da referida exceção. Entretanto, como é cediço, os embargos do devedor, enquanto ação autônoma, embora conexa com a execução, continuam a ser a forma principal de defesa no processo de execução.

A exceção de pré-executividade tem natureza de incidente processual e, ao contrário dos embargos – que têm natureza jurídica de ação - não provoca suspensão do feito, podendo ser oposta por simples petição nos autos da execução.

A este respeito, vale a pena o magistério de FRANCISCO DANTAS²¹, no sentido de que,

"Somente quando se investe diretamente contra o próprio título por não apresentar as garantias mínimas de certeza, liquidez e exigibilidade ou se invoca matéria de ordem pública, como inexistência das condições de ação ou a não satisfação dos pressupostos processuais ou, ainda, objeções, como o próprio pagamento, e, por isso, conhecível de ofício pelo juiz, se pode excepcionalmente admitir que essa defesa se faça, excepcionalmente, por simples petição, nos autos mesmo do processo, algumas vezes pelo próprio devedor e sem estar firmada por advogado."

Por outro lado, é de se notar que a utilização da exceção de pré-executividade - este incidente processual ou pré-processual, como querem alguns autores - é de grande valia para os casos de falha no controle de admissibilidade da execução, quer seja em virtude de um lapso do magistrado ou por qualquer outro motivo, verificar-se o desenrolar de um processo executivo que não se reveste de todos os pressupostos aos

²¹ *Op. cit.*

quais deveria atender.

Neste sentido, Araken de Assis reconhece que, embora não tenha previsão legal e o juiz tenha cometido algum lapso, é possível ao devedor requerer, independente de penhora e de oposição de embargos, que o juiz aprecie a alegação da inexistência dos pressupostos processuais.

Nas palavras do mestre ARAKEN DE ASSIS²²:

"Embora não haja previsão legal explícita, tolerando o órgão judiciário, por lapso, a falta de algum pressuposto, é possível o executado requerer seu exame, quiçá promovendo a extinção da demanda executória, a partir do lapso de vinte e quatro horas, assinado pelo art. 652. Tal provocação de matéria passível de conhecimento de ofício pelo juiz prescinde de penhora, e, a fortiori, do oferecimento de embargos (art. 737, I)."

Nelson Néry Júnior, por sua vez, contribui para nossa conclusão ensinando que há de se reconhecer ao devedor o direito de apontar irregularidade formal do título que aparelha a execução, bem como a falta de citação, a incompetência absoluta do juízo, o impedimento do juiz e outras questões de ordem pública, sem a necessidade de prévia garantia do juízo e da oposição de embargos, como manifestação do princípio do contraditório.

O certo é que, de um modo geral, a jurisprudência tem admitido a exceção de pré-executividade nas hipóteses relacionadas às matérias que o juiz pode conhecer de ofício - matérias de ordem pública - notadamente pressupostos processuais e condições da ação de execução, nos termos do art. 267, § 3º, do CPC - e nos casos em que é admitida a alegação da parte a qualquer tempo, como nulidade do título, da execução - art. 618 do CPC - e penhora de bem impenhorável. Entretanto, algumas decisões, ampliaram seu espectro e também admitiram a exceção de pré-executividade em matéria

²² Arakem de Assis, Manual do processo de execução, 1997.

de mérito, tais como prescrição, decadência e pagamento.

Nos casos de ausência de pressupostos essenciais à constituição válida ou ao desenvolvimento regular da execução, seria arbitrário exigir do executado a segurança do juízo, pois este, freqüentemente, sequer possui patrimônio disponível sobre o qual recaia a penhora. Nas palavras de FRANCISCO DANTAS, diante destas situações, "a própria execução estaria sendo ajuizada com abuso de direito por parte do credor, utilizando uma via processual que a lei, em tese, não lhe concede." O certo é que, o juiz pode conhecer das referidas matérias *ex officio* e o executado também pode alegá-las por meio de exceção de pré-executividade.

Assim, a dificuldade do tema está em estabelecer os limites da exceção de pré-executividade, distinguindo-se o que pode ser alegado por meio dela e o que, necessariamente, deve ser matéria de embargos. De qualquer modo, como nos ensina HELDER MARTINEZ DAL COL, a objeção de não-executividade não tem o escopo de substituir os embargos do devedor, nem fornecer expediente temerário que permita frustrar a execução pela não constituição de garantia do juízo, uma vez que não se pode conceber a discussão de matérias de mérito ou que demandem produção de provas em sede de outra ação que não os embargos à execução.

A este respeito, preleciona HORÁCIO COUTINHO²³, que a exceção de pré-executividade apenas pode ser utilizada quando não for necessária a dilação probatória para a verificação de vícios no processo executivo, pois, caso contrário, subverter-se-ia toda a estrutura do processo de execução, que restaria inócuo para o atendimento de suas finalidades.

Cumprido observar, por fim, que a decisão relacionada à exceção, por ser esta

²³ Horácio Coutinho, Exceção de Pré-executividade, 2001.

um incidente, não impede a reapreciação da matéria em sede de embargos, mas, ao contrário, o julgamento dos embargos produz coisa julgada material, porque estes têm natureza de ação. Nos casos excepcionais, porém, em que a exceção se refere à matéria de mérito, a decisão proferida pelo juiz faz coisa julgada material, em virtude da própria natureza da matéria julgada.

BIBLIOGRAFIA

ANTUNES, Oswaldo Moreira. *Da Exceção de Pré-executividade*. Online. Capturado em 20 mai. 2001. Disponível na Internet: http://www.jurid.com.br/doutrina/civel/art_civel_20.htm.

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. *Exceção de Pré-executividade*. Online. Capturado em 20 mai. 2001. Disponível na Internet: http://www.fdc.br/artigos/excecao_executividade.htm

CARDOSO, Hélio Apoliano. *Exceção de pré-executividade e suas particularidades*. Repertório IOB de Jurisprudência. 2ª Quinzena de fevereiro de 1999. Nº4/99. Caderno 3. Civil, Processual, Penal e Comercial.

CELSO NETO, João. *Exceção de Pré-executividade*. Online. Capturado em 20 mai. 2001. Disponível na Internet: <http://www.jus.com.br/doutrina/preexe.html>

COUTINHO, Horácio Luís Bezerra. *Exceção de Pré-executividade*. Online. Capturado em 20 mai. 2001. Disponível na Internet: http://www.tj.ce.gov.br/esmec/excecao_pre_executividade.htm

CRUZ, José Fernando Silveira. *Pré-executividade do Título*. Online. Capturado em 20 mai. 2001. Disponível na Internet: http://www.direitobancario.com.br/doutrina_acesolivre/nov4.htm

DAL COL, Helder Martinez. *A Objeção de Não-executividade*. Repertório IOB de Jurisprudência. 1ª Quinzena de maio de 2000. Nº 9/2000. Caderno 3. Civil, Processual, Penal e Comercial.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *Exceção de pré-executividade: aspectos teóricos e práticos*. Online. Capturado em 23 mai. 2001. Disponível na Internet: <http://buscalegis.ccj.ufsc.br/arquivos/artigos/a1-excecaoPE.htm>

HAESER, Moacir Leopoldo. *Do Cabimento da Exceção de Pré-executividade*. Online. Capturado em 23 mai. 2001. Disponível na Internet: <http://www.emap.com.br/emp5136.htm>

MAGALHÃES, Renato Vasconcelos. *Juízo de Admissibilidade na Execução Forçada e Exceção de Pré-executividade*, Online. Capturado em 20 mai. 2001. Disponível na Internet: <http://meusite.osite.com.br/advorg/ProcessoCivil5.htm>

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. 7.ed. São Paulo: Editora Atlas, 1999.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 18. ed., Rio de Janeiro. Forense, 1996.

NERY JUNIOR, Nelson et NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de processo civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

ROCHA, Alexandre Scherman. *Exceção de Pré-executividade*. Online. Capturado em 23 mai. 2001. Disponível na Internet: <http://www.direito.adv.br/artigos/exc.htm>

SEPÚLVEDA, Luciano P. Da Exceção de Pré Executividade. Online. Capturado em 23 mai. 2001. Disponível na Internet: <http://www.infojur.ccj.ufsc.br/arquivos/artigos/a29-excecaoDPE.html>

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Exceção de Pré-executividade em Face da LEF*. Online. Capturado em 25 mai. 2001. Disponível na Internet: http://www.mp.pe.gov.br/caops/caop_consumidor/doutrina/exec_fiscal_adm_publ.htm.