

CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Robson da Silva Desiderio

Professora Íris Vânia Santos Rosa

SUMÁRIO

Capítulo I

Introdução e Importância do Tema.....	02
1. Generalidade da Exceção de Pré-executividade.....	03
1.1. Evolução Histórica.....	03
1.2. Denominação.....	05
1.3. Natureza Jurídica.....	07
1.4. Oportunidade da Arguição e Preclusão.....	09
1.5. Legitimidade.....	11
1.6. Forma.....	13
1.7. A exceção de Pré-executividade e os Embargos.....	14

Capítulo II

2. Cabimento da Medida.....	15
2.1. Notas Introdutórias.....	15
2.2. A Exceção de Pré-executividade na Execução Fiscal.....	20

Capítulo III

3. Processamento.....	24
3.1 Procedimento	24
3.2 Provas Admitidas.....	25
3.3 Efeitos da Exceção de Pré-executividade.....	28

Capítulo IV

4. Conclusão.....	32
Bibliografia.....	36

INTRODUÇÃO E IMPORTÂNCIA DO TEMA

O presente trabalho traz um enfoque direto a respeito de um instrumento processual bastante utilizado nos dias de hoje, que foi tema de estudo neste curso de especialização em direito tributário, qual seja, a exceção de pré-executividade.

O que se afirma é que no processo de execução, o devedor não pode defender-se diretamente *antes* da ocasião própria de oferecer embargos.

Com isso, atenta-se para o fato de que a regra comporta exceções, como, aliás, vem sendo admitido na jurisprudência. O pagamento da dívida ou a prescrição, por exemplo, retiram do título à certeza e a exigibilidade, pressupostos indispensáveis para propositura do procedimento de execução.

Assim sendo, entende-se ser possível a arguição de tais matérias em sede de "exceção de pré-executividade" ou "oposição pré-processual", requerendo a nulidade da execução por falta de um de seus pressupostos processuais de constituição e desenvolvimento válido.

No desenvolvimento do presente trabalho, restará demonstrado que a maioria dos doutrinadores e a jurisprudência, admite que o devedor possa se defender no próprio processo de execução, através da exceção de pré-executividade, admitida, principalmente, quando forem alegados vícios ou falhas relacionadas aos requisitos de admissibilidade da execução, bem como a matérias de mérito que possam ser demonstradas sem a necessidade de dilação probatória.

CAPÍTULO I

1. GENERALIDADES DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

1.1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

No Brasil, começou a se dar ênfase à exceção de pré-executividade com o parecer número 95 de Pontes de Miranda, que foi elaborado em 1966 para a Companhia Siderúrgica Mannesmann.

Coube a Pontes de Miranda o mérito de ressuscitar a discussão doutrinária em torno do tema da exceção de pré-executividade, o que ocorreu em 1966¹. A doutrina que trata do tema é unânime em identificar, como ponto de partida dos estudos, o parecer de sua autoria, que foi apresentado no processo de falência da “Cia. Siderúrgica Mannesmann” de Belo Horizonte. Defendeu o doutrinador a possibilidade de discussão da falsidade de título executivo, no qual se embasava pedido de falência da empresa consulente, antes mesmo da garantia patrimonial do juízo.

Entretanto, destaca-se que não foi Pontes de Miranda o idealizador desta medida processual. Tampouco foi o parecer acima mencionado a primeira sede de discussão do tema. Marcos Valls Feu Rosa informa que, desde o Império, e com raízes no Decreto Imperial nº. 9.985/1888, a medida já era objeto de estudos doutrinários². Mas sua inspiração legislativa veio do Direito Comparado, sendo certo que o primeiro diploma legal brasileiro a permitir discussão pelo executado sem a prévia garantia do juízo é anterior à fonte mencionada por Feu Rosa. Trata-se do regulamento nº. 737, de 25 de novembro de 1850, que foi inspirado, no particular, pelas Ordenações Filipinas de Portugal.

¹ *Dez Anos de Pareceres*, p. 125-139.

² *Exceção de Pré-executividade*, p. 23.

Todavia, importante frisar que como foi mencionado por Feu Rosa o próprio Pontes de Miranda já havia analisado o tema antes da emissão de seu parecer para a “Cia. Siderúrgica Mannesmann”. Diante destes dados históricos, conclui o autor em referência que, embora o estudo original da medida para a finalidade que tem atualmente deva ser creditado a Pontes de Miranda, não pode ser esquecido que a exceção de pré-executividade foi objeto de pesquisas doutrinárias anteriores. Os estudos que antecederam ao trabalho de Pontes de Miranda, no entanto, não tiveram o conteúdo e o direcionamento que foram por ele atribuídos ao assunto, muito próximos de seus contornos atuais.

A antítese ao trabalho de Pontes de Miranda ficou a cargo de Alcides Mendonça Lima. Trata-se de parecer elaborado pelo doutrinador em 24 de junho de 1983, a pedido da empresa Copersúcar, autora em processo de execução de título extrajudicial movido em face da “Central Paulista de Açúcar e Alcool” e de seus sócios. Esse título consistia em três notas promissórias que serviam como garantia do cumprimento de obrigação contratual.³

Ocorre que, com base nas considerações de Pontes de Miranda, muitos outros autores e os Tribunais começaram a admitir o questionamento pelo executado, principalmente de vícios ou de falhas relacionados aos requisitos de admissibilidade da execução, no próprio processo executivo, independentemente da garantia do juízo, através da exceção de pré-executividade.

Conclui-se que a evolução legislativa processual brasileira, com a alteração do Código de Processo Civil, pela Lei nº 11.382/2006, segue a mesma linha dos países europeus que inspiraram sua criação, em especial do ordenamento português, que suprimiu, há mais de um século, a exigência de segurança do juízo pelo devedor, até mesmo para as execuções embasadas em títulos judiciais.

1.2. DENOMINAÇÃO

Mais uma vez, credita-se a Pontes de Miranda a autoria do título dado à medida. Porém, o que deve ser considerado é a circunstância de que a escolha desta denominação foi feita sob a égide do antigo Código de Processo Civil.

Importante gizar, que em sentido amplo o termo “exceção” significa “defesa”. Esse era o significado que lhe atribuía o Código de Processo Civil de 1939. Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, o significado do termo “exceção” passou a ser mais restrito. Refere-se especificamente às defesas processuais de impedimento, suspeição e incompetência.

Os estudiosos que se debruçaram sobre o tema consideram inadequada a terminologia usada para designar a medida. Entendem alguns doutrinadores que o termo mais adequado, do ponto de vista técnico, seria “objeção executiva”.

Segundo a opinião de Feu Rosa⁴ a substituição do termo “exceção” por “objeção” seria mesmo aconselhável, porque a defesa que se refere à questão de ordem pública é definida exatamente por esta segunda terminologia. Já a sugestão do nome “executiva” foi feita porque traria a idéia de cumprimento da lei e a lembrança do processo de execução como um todo. No entanto, apesar de criticar a denominação do instituto, conclui ser aconselhável sua manutenção, por já estar arraigada no meio jurídico. Entende que esse fator tem contribuído, de maneira positiva, para a propagação de seu uso na prática forense.

Já Alberto Camiña Moreira, prefere discordar dessa opinião ao referir que o nome “exceção de pré-executividade” está em conformidade com o significado da medida. Após mencionar a crítica que é feita por Néilson Nery Júnior, que também sugeriu a substituição pelo termo “objeção”, defende que a palavra “exceção” significa dedução pelo executado de

³ *Processo de Conhecimento e Processo de Execução*, p. 275-294.

⁴ *Exceção de pré-executividade*, p. 103-104.

defesa interna ao processo de execução, enquanto pré-executividade não quer dizer, na sua opinião, pré-processo, mas sim referir-se ao momento que antecede ao gravame sobre o patrimônio do devedor. Alerta, ainda, para o fato de que os críticos da expressão preocupam-se em demasia com o significado outrora empregado pelo Código de 1939, sem atentar para a situação de sua atualidade. Na sua opinião, historicamente o termo “exceção” nunca perdeu o significado amplo de “defesa”.⁵

Sérgio Shimura propõe uma variação das denominações, tendo em vista as matérias argüíveis, e assim, conforme a matéria alegada, será classificada em objeção de pré-executividade, exceção de pré-executividade ou embargos do devedor.⁶

Examinando melhor a casuística do assunto, porém, descobrir-se-á um traço constante: o caráter restrito da prova admissível na exceção; melhor dizendo, o juiz admitirá a exceção *secundum eventus probationis*.

Concordamos com a opinião de Alberto Camiña Moreira, autor da obra mais completa sobre o tema, que insiste seja utilizado o termo exceção de pré-executividade. Explica que:

“Constitui equívoco apanhar o termo exceção, como utilizado pelo Código de Processo Civil, para não admiti-lo na expressão ‘exceção de pré-executividade’, pois, obviamente, os significados são distintos. Exceção de pré-executividade não significa defesa indireta contra o órgão julgador”.⁷

Com relação à palavra pré-executividade, explica que esta pretende significar a possibilidade da exceção antes do início da atividade executória, mas não se limita a esse momento, podendo ser alegada posteriormente, até mesmo após os embargos do devedor e da arrematação.

⁵ Processo de execução e assuntos afins, p. 32-35

Não obstante serem conflitantes as opiniões doutrinárias a respeito da correta denominação que deve ser dada a esse instituto, hoje, a expressão exceção de pré-executividade já se consolidou no sistema processual, sendo, inclusive, de uso comum pela jurisprudência⁸.

Sendo assim, discordamos das críticas com relação ao seu rigor técnico, sendo que a palavra exceção deve ser entendida no sentido amplo de defesa e pré-executividade no sentido de contrariar a executividade do que se pretende ver cobrado forçadamente, alegando matérias de mérito que sejam comprovadas de plano.

Portanto, entendemos inócua a discussão doutrinária a respeito da opção terminológica. Como bem disse Luiz Peixoto de Siqueira Filho:

“(...) o que importa realmente é depreender-se o conceito e a natureza jurídica da exceção de pré-executividade. Isso ocorrendo, pouco importará que o rigor técnico desaconselhe esta ou aquela denominação (...) não importará mesmo como se chame a exceção de pré-executividade, se for bem conhecida a sua essência.”⁹

1.3. NATUREZA JURÍDICA

Existem fortes divergências no que toca à identificação da natureza jurídica da exceção de pré-executividade, bem como quanto às hipóteses de cabimento e aos momentos de sua arguição, a serem estudados posteriormente.

Marcos Valls Feu Rosa entende que a exceção de pré-executividade, sobre o prisma do devedor, “pode ser considerada uma defesa, através da qual se pede a extinção do processo, por ausência dos requisitos legais”¹⁰. Todavia, para esse autor a exceção de pré-

⁶ Defesa sem embargos do executado, p. 70-71

⁷ Defesa sem embargos do executado, p. 34.

¹⁶ Exceção de pré-executividade, p. 86.

¹⁷ Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública, p. 97.

executividade não é um instrumento de defesa, “pois com o seu oferecimento não há defesa, mas sim, pedido para que o juiz cumpra seu ofício”. Considera a exceção de pré-executividade como um “instrumento de provocação do órgão jurisdicional, através do qual se requer manifestação acerca dos requisitos da execução”.

Não é simples estabelecer qual é a natureza jurídica da exceção de pré-executividade. Pois, realmente, sob o prisma do devedor ou daquele que figurar no pólo passivo, não deixa de ser uma forma de defesa, utilizada para resistir à execução que, se acolhida, terá atingido seu intento, qual seja, extinguir a pretensão executiva viciada.

Para a ilustre Professora Íris Vânia Santos Rosa “Exceção de pré-executividade é um meio de defesa incidental onde o executado, *acautelado pela prova documental irrefutável*, através de simples petição nos próprios autos e a qualquer tempo, alegando matéria cognicíveis de ofício pelo magistrado ou aquelas matérias provadas de plano, pois se trata de matérias de ordem pública (art. 267 do CPC) ou nulidades que maculam o processo executório, independente da interposição de embargos e da segurança prévia do juízo, provoca o julgador para que cumpra seu ofício de reconhecer as nulidades que eivam o processo, regularizando-o ou extinguindo-o, assegurando, assim, ao executado de boa-fé o direito de não ter seu patrimônio afetado por um processo eminentemente nulo”

Ja para Alberto Camiña Moreira, a exceção de pré-executividade é “incidente defensivo”. Apóia-se na lição de Antônio Scarance Fernandes, de que o incidente constitui momento novo no processo, formado por atos não previstos em lei. Assim, afirma que a exceção de pré-executividade é incidente que recai sobre o processo de execução.

Não está prevista na lei processual e sua arguição pelo devedor constitui momento novo no processo, fora do caminho então previsto, que caracteriza, assim, o incidente, subentendido no arcabouço processual civil brasileiro.

Diante dessas considerações, entendemos que a natureza jurídica da exceção de pré-executividade é de incidente processual.

1.4. OPORTUNIDADE DA ARGUIÇÃO E PRECLUSÃO

Há opiniões doutrinárias no sentido de que as matérias de ordem pública podem ser suscitadas em qualquer tempo e grau de jurisdição, não estando sujeitas à preclusão.

A premissa tem amparo no artigo 267, parágrafo 3º, do Código de Processo Civil. Todavia, não pode ser transportada de maneira fria e direta à exceção de pré-executividade.

Não tem sentido falar-se na utilização da medida em estudo após a garantia do juízo. A exceção de pré-executividade tem o significado de evitar a constrição patrimonial indevida. Se tal ato já se materializou no processo de execução, ao nosso ver, o instrumento perde a sua finalidade.

Deve então ser argüida antes que ocorra a penhora ou a garantia do juízo. Após a concretização deste ato, abre-se o prazo para a oposição de embargos à execução, medida incidental que conta com expressa previsão legal e permite maior dilação probatória.

Por outro lado, há quem entenda que tolerar-se a utilização da exceção após o decurso em branco do prazo para os embargos à execução, sob o fundamento de que as matérias de ordem pública não se sujeitam à preclusão, é subverter o trâmite legal do processo de execução.

O permissivo da exceção como meio de evitar a constrição patrimonial é louvável e defensável, pois foi com este propósito que foi idealizada por Pontes de Miranda.

Entretanto Alberto Camiña Moreira entende que não existe prazo previsto para oferecimento da exceção de pré-executividade, e mesmo que houvesse, não seria preclusivo, afirmando que as:

resolvida com vistas às três formas de preclusão – temporal, lógica e consumativa – defendidas na doutrina brasileira. Em primeiro lugar, inexistente prazo fixado para oferecer a exceção de pré-executividade e, portanto, perder o direito de praticar ato em virtude da sua inércia, como reza o artigo 183 do Código de Processo Civil, cuidando da preclusão temporal. Ademais, de incompatibilidade dentre outros atos e a exceção – preclusão lógica – também não parece razoável cogitar. Preclusão consumativa, sim, ou sem êxito, apenas se excluindo ao executado aditá-la, completá-la ou removê-la.

1.5. LEGITIMIDADE

Tocante a legitimidade, ressalte-se que a maioria dos autores classifica como legitimados apenas os que podem responder pela execução promovida, entendidos como tais os que estão relacionados no artigo 568 do Código de Processo Civil: a) devedor; b) espólio, herdeiros ou sucessores; c) novo devedor; d) fiador judicial e e) responsável tributário.

Por outro lado, existem aqueles que defendem a extensão do rol de legitimados para o próprio credor, o terceiro, o órgão do Ministério Público e os demais serventuários da justiça.

A expressão “suposto devedor”, é a que melhor delimita a legitimidade em estudo. As pessoas relacionadas pelo artigo 568 do Código de Processo Civil são, em resumo, os possíveis figurantes do pólo passivo da execução. Mas não abrange a situação daquele que é parte ilegítima, único que escapa da relação apresentada no parágrafo anterior.

Isto porque, este seria o terceiro que está na iminência de sofrer turbação patrimonial. Somente nessa hipótese poderia se valer da exceção em estudo, ou seja, antes da constrição patrimonial, pois após a penhora sobre bens de sua propriedade, a medida prevista pela legislação em vigor é os embargos de terceiros.

Não se justifica a inclusão do credor no rol de legitimados, haja vista que não é necessário que se valha de uma medida de exceção para o termo a uma execução, que nada mais é que uma ação. Sendo ação, havendo desinteresse em seu prosseguimento pelo credor, basta que manifeste a desistência, expressamente ou de modo fático, quando deixa de requerer as diligências necessárias para tanto. Sua atitude resultará no arquivamento do processo de execução, pelo que não se justifica o uso da exceção de pré-executividade pelo credor.

A parte passiva é aquela indicada na petição inicial pelo exequente e citada para figurar no pólo passivo como executada, podendo ser legítima ou não. O citado para a execução poderá oferecer a exceção de pré-executividade nas hipóteses cabíveis.

Marcos Valls Feu Rosa afirma que a exceção de pré-executividade não é instrumento privativo do devedor, também o autor, os terceiros atingidos pela execução ou qualquer pessoa estaria legitimada a interpor exceção de pré-executividade, sob a justificativa que, por se tratar de matéria atinente aos requisitos da execução, todos – partes ou terceiros – podem alegar. Segundo ele:

*“O que interessa é o fato de o juiz ser alertado, e o exame, ou reexame, das questões pendentes, o que vale ressaltar, deveria ter sido feito de ofício”.*¹³

Discordamos do posicionamento acima exposto, no que tange ‘a possibilidade de o autor (exequente) ser legitimado a interpor a exceção de pré-executividade, por entendermos que a ele existem caminhos mais adequados para a argüição da ausência de tais requisitos; o exequente pode desistir da execução (art. 596, do CPC) ou, sendo o vício sanável, requerer sua regularização. Também não admitimos que qualquer pessoa ofereça exceção de pré-executividade, baseando-se apenas no argumento de que todos devem colaborar para o bom andamento da justiça, pois estaríamos ampliando a legitimidade de tal forma que, a qualquer

momento, o juiz poderia ser surpreendido com a interposição do incidente por absolutamente qualquer pessoa.

1.6. FORMA

Humberto Theodoro Júnior, ao expor sobre a nulidade como vício fundamental que priva o processo de toda e qualquer eficácia, afirma que:

*“Sua declaração, no curso da execução, não exige forma ou procedimento especial (...). Para o autor, a declaração da ausência dos requisitos que geram a nulidade da execução pode ser argüida em ‘simples petição’, nos próprios autos da execução”.*¹⁴

Marcos Valls Feu Rosa entende que é pouco relevante a forma para argüir a ausência dos requisitos da execução; uma das formas possíveis é através de simples petição, podendo-se argüir, verbalmente, no caso de haver audiência (art. 599, inc. I, do CPC), e até extrajudicialmente.¹⁵

Luiz Peixoto de Siqueira Filho, ao sustentar que a exceção de pré-executividade independe de forma específica, alerta que a forma mais recomendável é a que fique documentada nos autos, com garantia de que haverá decisão do juiz sobre a questão suscitada, seja argüida verbalmente, na audiência, seja através de simples petição.¹⁶

E, como bem explana Olavo de Oliveira Neto, por se tratar de incidente processual, não há necessidade de atenção aos requisitos exigidos nos artigos 282 e outros do CPC, para a petição inicial. É necessário apenas juntar todos os documentos que comprovem de plano a matéria alegada.¹⁷

¹³ Exceção de pré-executividade, p. 48-49.

¹⁴ A coisa julgada e a rescindibilidade no processo do trabalho, v. 2, p. 146.

¹⁵ Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução, p. 49-51.

¹⁶ Exceção de pré-executividade, p. 68-69.

¹⁷ A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada, p. 121-122.

Entendemos que não existe uma forma burocrática para a apresentação da exceção de pré-executividade, podendo ser alegada por simples petição, ou, até mesmo oralmente em audiência.

1.7. A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E OS EMBARGOS

A exceção de pré-executividade é uma espécie excepcional de defesa no processo de execução, com natureza jurídica de incidente processual, a qual pode ser apresentada por simples petição, em via de regra a qualquer momento, sem a necessidade da garantia do juízo e limitando-se a prova documental.

Já os embargos à execução não são meros incidentes, mas ação autônoma de conhecimento incidental ao processo de execução que deve respeitar as exigências do artigo 282 do Código de Processo Civil, e deve ser opostos no prazo preclusivo de 15(quinze) dias, independentemente de suro o juízo (artigo 736, CPC) e tratando-se de execução fiscal, o prazo para oposição do embargos à execução será de 30 (trinta) dias, em ambos os casos, não estarão limitados a qualquer espécie de prova.

Os dois institutos possuem algumas semelhanças: ambos podem levar à extinção da execução; em nenhum deles está o executado obrigado a efetuar o pagamento da custas processuais; ambos podem ensejar a condenação do exeqüente em honorários sendo que, em quaisquer das hipóteses, o executado deve estar representado por advogado.

Há possibilidade de oferecimento de exceção concomitante com os embargos, mas pressupondo matéria diversa, senão haverá duplicidade de instrumentos para um mesmo fim, o que é contrário a sistemática processual vigente. Mas, conforme sustenta Marcos Valls Feu Rosa, a exceção de pré-executividade não deve ser rejeitada pelo simples fato de ter sido

oferecida simultaneamente aos embargos; nesse caso, entende que somente um instrumento deve ser aproveitado pelo juiz, e assim ele deve dar prosseguimento apenas aos embargos.¹⁸

Todavia, além de ser contrário à sistemática processual, não há interesse no oferecimento simultâneo das duas vias, pois, oferecidos os embargos, estes absorvem toda a discussão, possibilitando uma cognição bem mais ampla do que na exceção de pré-executividade.

Importante salientar que não deve ser admitido o recebimento da exceção de pré-executividade como embargos à execução, o que tem acontecido na prática, por resultar flagrante cerceamento de defesa, já que o âmbito da ação incidente de embargos é bem mais amplo¹⁹.

CAPÍTULO II

2. CABIMENTO DA MEDIDA

2.1. NOTAS INTRODUTÓRIAS:

Vimos que há divergências doutrinárias sobre as hipóteses de cabimento da exceção de pré-executividade.

Alguns autores restringem o cabimento da exceção de pré-executividade apenas aos casos em que se tratar de matéria de ordem pública que o juiz deve apreciar de ofício. Outros autores ampliam o cabimento desse instrumento, para abranger algumas hipóteses de matérias relativas ao mérito. Essas divergências doutrinárias refletem-se na jurisprudência existente. Assim, há acórdãos restringindo o cabimento da exceção de pré-executividade, por

¹⁸ Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução, p. 101-102.

¹⁹ Mariana Tavares Antunes, A exceção de pré-executividade e os recursos cabíveis de seu indeferimento e de seu acolhimento, p. 471.

exemplo, quando há prescrição ou decadência, ou quando o executado pagou a dívida, possuindo recibo de tal ato jurídico.

Acolhemos o entendimento segundo o qual deverá ser admissível o cabimento da exceção de pré-executividade, nos casos em que a execução não prosperará, por ser nula ou mesmo inexistente; assim, a matéria veiculada pode dizer respeito tanto ao juízo de admissibilidade quanto ao juízo de mérito da execução, desde que não haja necessidade de dilação probatória.

Portanto, a exceção de pré-executividade, somente é admissível nos casos em que o juiz, de ofício, poderia estancar a execução dada a evidência *ictus oculi* da nulidade do título em execução ou, quando o suposto devedor demonstre de forma cabal e imediata, vício que afasta a liquidez, certeza e exigibilidade preexistente, como no caso de roubo e falsificação.

Com o costumeiro brilhantismo, o ilustre mestre Vicente Greco Filho nos ensina que:

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 a alegação de nulidades (art. 741), mas nas matérias do art. 618 qualquer oportunidade é válida.

A possibilidade de serem alegadas as matérias do art. 618 independentemente de embargos tem sido denominada “exceção de pré-executividade” (Direito Processual Civil Brasileiro, 3º vol., 16ª edição, Saraiva, pág. 52, São Paulo, 2.000).

Assim, a denominada exceção de pré-executividade tem cabimento quando se percebe a ocorrência de falta de pressuposto para a regular existência e validade da relação processual satisfativa. Em situações tais, desnecessário se faz oposição de embargos.

Como se sabe, dois são os pressuposto da ação de execução: o inadimplemento do devedor caracterizado pelo descumprimento do antecedente da norma (CPC, artigo 580) e a

existência de título executivo judicial ou extrajudicial, caracterizado pelo conseqüente descumprimento da norma(CPC, artigo 583).

Rosa Maria Andrade Nery entende que:

“Quando a matéria que o devedor pretende alegar como causa para a ilegalidade, nulidade ou descabimento da execução for de ordem pública, é admissível a objeção de executividade. Essas matérias, por serem de ordem pública, devem ser conhecidas de ofício pelo juiz. Assim, ao opor a objeção, o excipiente apenas alerta o juiz para o fato de que deve pronunciar-se ex officio sobre aquela matéria. Por esta razão pode o devedor opor a objeção a qualquer tempo e grau ordinário de jurisdição, independentemente da segurança do juízo pela penhora ou depósito.”²⁰

Como é óbvio, não se podem confundir embargos à execução com exceção de pré-executividade, constituindo-se os primeiros em ação onde o executado pretende anular o processo de execução ou desfazer a eficácia do título executivo, e a última na faculdade outorgada ao executado de levar ao conhecimento do juiz, independente de penhora ou de embargos, algumas matérias próprias destes, limitada, porém sua abrangência, à matéria que possa ser conhecida de ofício ou referente à nulidade do título, que seja evidente e flagrante, ou seja, nulidade cujo conhecimento independa do contraditório ou dilação probatória²¹.

Embora não haja privilégio legal, e tendo o juiz tolerado, por 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 (Araken de Assis, Manual do Processo de execução, vol. 1, Letras Jurídicas Editora Ltda., Porto Alegre, 1.987).

A forma excepcional de oposição do devedor ao processo de execução fundada nos pressupostos processuais merece o rótulo genérico de “exceção de pré-executividade”,

²⁰Código de Processo Civil Comentado, p. 542.

²¹ Carlos Renato De Azevedo Ferreira, Rt 657/243, Ed. Revista Dos Tribunais, Ano 79, Volume 657.

porque fulmina no nascedouro o *preeceptum* e o ato executivo de constrição (depósito ou penhora). O vício é decretável de ofício ou através de requerimento do devedor. O fato constitutivo reclama prova pré-ordenada. A exceção dispensa prévia penhora ou depósito, e, portanto, não se vincula ao prazo de vinte e quatro horas do artigo 652 do CPC. Abre-se o incidente antes ou depois da penhora, independentemente da existência dos próprios embargos, no curso do processo. A matéria pode ser incluída, outrossim, no âmbito da ação de embargos. É vedado ao devedor, porém, abordar a exceção controvertida concomitantemente pelos dois meios de oposição tal como no direito português.

A admissão desse meio não quebra ou fere a ideologia expressa na lei. Tem na verdade, uma aplicação muito restrita e ligada casos teratológicos. Ademais, está afinada com a sistematização dos pressupostos processuais.²²

“Isto significa que, na defesa do executado, há exceções prévias, lato sensu, que afastam a legitimidade da própria penhora, já que esta, como é notório, pressupõe a executoriedade do título. Se o título não for exequível, não tem sentido a penhora, desaparece seu fundamento lógico e jurídico.” (Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 1.982, fls. 11).

“Tendo em vista que a execução inaugura-se com a agressão patrimonial do devedor, é admissível a interposição da exceção de pré-executividade, independentemente de seguro o juízo, quando a questão, alegação de erro na memória do cálculo, disser respeito a uma das condições da ação”.²³

Para a admissibilidade da Exceção de Pré-Executividade, ensina a professora Lenice Silveira Moreira que deverá ser identificado: existência de título (I) inábil, (II) irregular, (III) viciado de nulidade absoluta ou (IV) que não preencha os requisitos formais

²² Araken de Assis, *Manual do Processo de Execução*, vol. 1, Letras Jurídicas Editora Ltda., Porto Alegre, 1.987.

²³ Agravo de Instrumento, n.º 726.098-4, Rel. Antonio Carlos Malheiros (RT 752, FLS. 215/220).

exigidos pelo diploma processual ou, ainda, (V) ausência de alguma das condições da ação executiva.

Por igual, quando evidenciada a ilegitimidade do Exeçuinte, por ser outro que não o titular do crédito executado, impõe-se a procedência da mencionada exceção.

Sendo assim, a execução onde afigura-se evidente a impossibilidade jurídica e a ilegitimidade *ad causam*, não pode ser limitada unicamente à discussão em sede de ação incidental de embargos do devedor, como, equivocadamente muitos entendem.

Aliás há de se ter em mente o denominado *Princípio da Efetividade*, o qual informa da necessidade da participação do demandado no feito executivo.

O ilustre professor Cândido Rangel Dinamarco adverte que:

*“(...) não se concebe mais, como em tempos passados, uma execução cruel desumana e inflexível, impregnada de sentimentos de vingança que ao poder público não compete apoiar e estimular: se se pretende evitar que a execução propicie ao credor mais do que aquilo a que ele tem direito, ou prive o devedor de mais do que aquilo a que é necessário para satisfazer o direito do credor, ou o prive do mínimo indispensável a uma existência decente, o meio politicamente bastante e juridicamente eficaz a evitá-lo é **permitir que ele participe do processo executivo. Do contrário, o executado não seria mais do que mero sujeito 'passivo' da execução**”.*²⁴

Para evitar a ocorrência de prejuízos maiores, é preciso dar a oportunidade ao executado, antes que ocorra a constrição de seus bens, de comprovar que o processo é manifestamente irregular.

²⁴ O conceito de mérito em processo civil, p.103.

2.2. A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL

Em nome da supremacia do interesse público sobre o individual, a Fazenda Pública goza de privilégios e prerrogativas. Na esfera executiva, se figurar no pólo passivo, o procedimento é distinto daquele movido contra o particular, pois a execução movida contra a Fazenda Pública segue o rito previsto nos artigos 730 e 731 do CPC, considerando que os bens públicos são impenhoráveis. Se for credora, segue-se o procedimento especial previsto pela Lei 6.830/90, que desvinculou do sistema executivo unificado do Código de Processo Civil de 1973,²⁵ cujos preceitos só lhe são aplicáveis em caráter subsidiário. A Fazenda Pública, portanto, possui um instrumento próprio para a cobrança da dívida ativa.²⁶

Portanto, a Lei 6.830/80 tem por objetivo a execução judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, abrangendo na locução tanto os créditos tributários como os não-tributários. “A dívida ativa tributária é aquela proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas. São os impostos, taxas, contribuições de melhoria, contribuições sociais e empréstimos compulsórios. A dívida ativa não-tributária alcança os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de multas de qualquer origem e natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, etc”.

Pressuposto exigido pela Lei de Execução Fiscal é o de que a dívida seja regularmente inscrita. A certidão da dívida ativa é extraída dos dados contidos no termo de inscrição e se inclui entre os títulos executivos extrajudiciais. Se não houver a inscrição, deverá ser adotado o procedimento executivo comum do estatuto processual civil.

²⁵ Olavo Oliveira Neto, A defesa sem construção patrimonial, p. 25-27.

²⁶ Sérgio Shimura, Atualidades na Execução Fiscal, p. 362.

A dívida ativa regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez, segundo dispõem os artigos 3º da Lei 6.830/80 e 204 do CTN. Esta presunção é relativa, pois poderá ser afastada por prova inequívoca. Da leitura dos referidos dispositivos, a Professora Íris Vânia Santos Rosa, contrariamente do que pensam muitos doutrinadores, entende que a exceção de pré executividade utilizada em matéria tributária não é um mera criação doutrinária, pois encontra fundamento nos mencionados dispositivos²⁷.

Vale esclarecer, ainda, que embora a execução fiscal seja um processo especial, pouco difere da execução comum. Na execução fiscal, o executado é citado para pagar a dívida, com os juros, multa de mora e encargos, ou garantir o juízo, mediante a constrição de depósito em dinheiro, de fiança bancária ou por nomeação de bens à penhora, no prazo de 5 dias.

Efetivada a garantia da execução, o executado, nos termos do art. 16, incisos I, II e III, da LEF, poderá opor embargos no prazo de 30 dias. Assim, nem o Código de Processo Civil nem a Lei de Execução Fiscal, para a maioria dos doutrinadores, criaram um sistema de defesa direta do executado no bojo do processo executivo.

No entanto, aos poucos a doutrina e os tribunais foram sugerindo e acolhendo, dentro do processo executivo, uma forma de defesa excepcional, que passou a ser denominada exceção de pré-executividade.²⁸

Essa forma de defesa do executado tem por objetivo obstar a execução injusta, abusiva ou flagrantemente ilegal, e é cabível em qualquer espécie de execução, ainda mais na execução fiscal, que, como espécie de execução por quantia certa contra devedor solvente, prevê garantia do juízo pela penhora, o depósito em dinheiro ou a fiança bancária (arts. 7º, inciso II, e 9º, incisos I, II e III da LEF). A exceção de pré-executividade é argüida por meio de um simples requerimento do devedor, que se rebele contra a pretensão executiva da

²⁷ Íris Vânia Santos Rosa, Considerações Sobre a Exceção de Pré-Executividades no âmbito da Lei nº 6.830/80, p. 210

²⁸ Olavo de Oliveira Neto, A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada, p. 40.

Fazenda Pública e pode ser utilizado antes ou após a penhora, após a arrematação ou após a adjudicação, desde que configurados os pressupostos de uma execução fiscal flagrantemente ilegal ou infundada, reconhecível de plano pelo juiz.

“A constituição de depósito em dinheiro, de fiança bancária em garantia e a penhora sobre bens do executado significam pesados ônus que somente devem ser arcados pelo devedor, qualificativa na qual não pode estar inserida a parte passiva de uma execução fundada em título desprovido de causa, passível de ser aferido de plano”.

Isso pode ocorrer muitas vezes na execução fiscal, onde o título executivo é formado unilateralmente pelo poder público. Ademais, o acatamento da matéria em exceção de pré-executividade abrevia, em muito, o curso do procedimento da execução, evitando a prática de atos que se revelarão inúteis ao final, com dispêndio para o Poder Judiciário e desgaste para as partes do processo.²⁹

Assim, caso o título ou a ação executiva sejam nulos, melhor que sejam corrigidos seus vícios e, eventualmente, que se intente nova ação de maneira correta, se for possível, ou que sejam remanejados os esforços do Estado para outra direção, mais eficaz e benéfica ao ente público, o qual não pode se configurar como inimigo do contribuinte, mas antes um cumpridor de seus deveres e perseguidor dos seus direitos, na medida em que estes representem os interesses da coletividade.

A jurisprudência não é uníssona em relação à exceção de pré-executividade oposta em face da Fazenda Pública. Rodrigo de Sá esclarece que:

“(...) a jurisprudência tem vacilado ao tomar posição sobre o tema, sobretudo pela carga psicológica que traz ao julgador dos feitos da Fazenda Pública, que não deve ter a

²⁹ Rodrigo Cezar Caldas de Sá, Revista Dialética n. 53/95 p. 102.

*responsabilidade por guardar os cofres públicos, e sim a Justiça, a ser concretizada por meio de processo legal com todas as garantias e prerrogativas asseguradas às partes”.*³⁰

A exceção de pré-executividade, com efeito, consiste na faculdade atribuída ao executado de submeter ao conhecimento ao juiz da execução, independentemente da penhora ou embargos, determinadas matérias próprias da ação de embargos à execução. Admite-se tal exceção, inclusive na execução fiscal, limitada, porém, sua abrangência temática, que somente poderá dizer respeito à matéria suscetível de conhecimento de ofício ou à nulidade do título, que seja evidente e flagrante, isto é nulidade cujo conhecimento independa de contraditório ou dilação probatória. Não tem cabimento a executada sobre constrição de seu patrimônio, para só depois alegar, nos embargos, falta de condição da ação, de exigibilidade do título, quando tal matéria pode ser conhecida de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição (CPC, art. 267, parágrafo 3º). Como assentado nos trabalhos publicados nas RT 760/767 e 657/243, a exceção deve ser acolhida desde que ausente qualquer dos requisitos enunciados no art. 586 do CPC, ou seja, as condições da execução. Para dar início ao processo de execução o juiz deve verificar se há título executivo judicial ou extrajudicial, base de toda execução (CPC, art. 583), sem o que não poderá ser deferida a inicial. Logo, vícios pré-processuais e processuais que fulminam de nulidade o título executivo devem ser suscitadas através da ação de pré-executividade, antes ou após a citação do devedor. Há, de outra parte precedentes desta Corte admitindo dita exceção na execução fiscal (JTA 178/24 e o AI 0851390-4-SP, da 9ª Câmara, rel. José Luiz Gavião de Almeida). Na mesma linha tem decidido o Tribunal de Justiça de São Paulo (Agr. Regimental 116.791-5-SP, 1ª Câmara de Direito Público, rel. Des. Scarance Fernandes). No mesmo sentido é o acórdão 17.417, do Tribunal de Justiça do Paraná, rel. Des. Nério Spessato Ferreira (Jurisprudência Informatizada Saraiva 22).

³⁰ Rodrigo Cezar Caldas de Sá, Revista Dialética n. 53/95, p. 95.

CAPÍTULO III

3. DO PROCESSAMENTO

3.1. PROCEDIMENTO

Apresentada a exceção de pré-executividade, por simples petição, tramitará nos mesmos autos da execução, abrindo-se em seguida vista à parte contrária para que se manifeste sobre o incidente, oportunizando, assim, o contraditório.

Consoante se denota da norma preconizada no artigo 616 do CPC, havendo vícios ou irregularidades sanáveis na petição inicial da execução, há possibilidade do juiz determinar a sua correção ou emenda, sob pena de indeferimento no caso de não cumprimento da diligência ordenada no prazo de dez dias. Frise-se que, indeferida a exordial, o juiz determinará a extinção da execução.³¹

Ainda, Marcos Valls Feu Rosa diz que:

“Ao ser argüida a ausência dos requisitos da execução, em função da falha do juiz, que não conheceu o que deveria ter conhecido de ofício, deve o juiz aplicar o art. 616 do Código de Processo Civil. Posiciona-se no sentido de que deve ser concedida a oportunidade ao autor da execução de emendar a inicial, inclusive com juntada de documentos, sem que seja preciso anular o processo a partir do despacho de deferimento da inicial. Tal anulação, não é exigível, porque a emenda da inicial não permite alteração do pedido ou da causa de pedir, hipóteses em que, aí sim, haveria necessidade de nova citação, ou, em outras palavras, de nova decisão de deferimento.”³²

Salienta-se que, recebida a exceção de pré-executividade, o juiz deve determinar que o exequente se manifeste nos autos, em até 10 dias:

³¹ Alberto Camina Moreira, Ação executiva, p. 272.

*“Mesmo no caso da ausência de um pressuposto processual ou de uma condição da ação, tem o exequente direito de contraditar o pedido formulado pelo executado na exceção, por aplicação subsidiária dos artigos 326 e 327 do CPC”.*³³

Findo o prazo fixado para a manifestação, deverá o juiz acolher ou rejeitar o incidente, no prazo de dez dias. Assim, o juiz, ao decidir, ou acolhe o incidente e, conseqüentemente extingue a execução, ou rejeita o incidente e determina o normal prosseguimento da execução.

3.2. PROVAS ADMITIDAS

Para definir o procedimento aplicado, Marcos Valls Feu Rosa aborda, primeiramente, o problema da produção de provas no processo de execução. Isso com a razão, porque, o que vai definir, em última análise, o procedimento adotado no caso de oposição de exceção de pré-executividade, será justamente a necessidade, ou não, de se abrir a oportunidade para a produção de provas.³⁴

Para Marcelo Lima Guerra, admitir a produção de qualquer tipo de prova no processo de execução *“significaria o esvaziamento de todo o livro II do CPC”*, pois estaria *“em completa contradição com o próprio sistema processual, um processo de execução em processo de conhecimento”*. Para o autor, somente seria possível reconhecer através da exceção de pré-executividade vícios que não carecem de produção de prova.³⁵

Esse entendimento implica numa restrição demasiada do campo de abrangência da exceção de pré-executividade, pois no caso sua oposição dependa de produção de prova, esta não teria cabimento, e toda a discussão seria remetida para a via dos embargos.

³² Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução, p. 63 e 68-69.

³³ Olavo de Oliveira Neto, A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada, p. 123.

³⁴ Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução, p. 54.

³⁵ p. 150.

Entendemos que deve ser admissível apenas da prova pré-constituída, documental, qual seja:

“A prova fornecida por instrumentos públicos, bem como particulares constitutivos de quaisquer relações jurídicas que, segundo a lei, possam por eles, serem criadas.”³⁶

Assim, caso a prova pré-constituída seja suficiente para embasar a questão suscitada através da exceção de pré-executividade, não há razão para o juiz postergar a decisão, pois estar-se-ia correndo o risco de privar o devedor de seus bens, sem a observância do devido processo legal.

Todavia, quando a prova pré-constituída ou apresentada por documento não for suficiente para o exame em matéria, o juiz deve rejeitar a argüição e aguardar a oposição de embargos, onde será possível a produção de toda a prova que julgar necessária.

Araken de Assis afirma que:

“Embora a natureza do processo executivo não seja tão intensa à dilação probatória, pois até audiência o órgão judiciário poderá designar, a produção de provas mais complexas, a exemplo da perícia, dependerá do ajuizamento de embargos ou de ação autônoma”³⁷

Tereza Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier salientam que:

“A necessidade de uma instrução trabalhosa e demorada, como regra, inviabiliza a discussão do efeito apontado no bojo do processo de execução, sob pena de que esse se desnature (...) Essa perceptibilidade prima facie é verificável toda vez que for possível ao juiz detectar a existência de vício que inviabilize a execução a partir do próprio material constante do processo, com o qual o credor, aliás, instrui a execução. Nesses casos, teria sido possível e correto o indeferimento da inicial e seria absurdo não permitir que o

³⁶ Moacyr Amaral dos Santos, Primeiras Linhas de direito processual civil, p. 70.

executado simplesmente apontasse o vício para que o juiz se apercebesse de sua existência e o decretasse, encampando, por exemplo, um raciocínio sugerido pelo executado, com que o juiz, a princípio, não tivesse atinado.”³⁸

Se as matérias alegadas através da exceção de pré-executividade sejam – processuais ou de mérito – dependerem de um exame mais aprofundado pelo juiz, ensejando a produção de provas, a análise deverá ser feita através da via normal dos embargos. A fórmula de admissibilidade pode, portanto ser assim colocada: exigindo a exceção de pré-executividade dilação probatória, torna-se imperiosa a oposição de embargos.

Assim, o critério a ser levado em conta é a intensidade da cognição, em sua perspectiva horizontal. A cognição horizontal na exceção de pré-executividade é limitada, pois o juiz somente conhecerá as matérias alegadas que forem comprovadas de plano, ou seja, que não ensejem dilação probatória. Já na ação dos embargos do devedor, permite-se a ampliação da cognição, no plano vertical e horizontal.³⁹

Portanto, no procedimento da exceção de pré-executividade não há dilação probatória por exigir celeridade e, a cognição exaure-se com a prova pré-constituída da alegação do executado. Kazuo Watanabe define tal técnica de cognição como exauriente *secundum eventum probationis*.⁴⁰ A cognição exauriente é dependente da existência de elementos probatórios suficientes para formar o convencimento do magistrado, que decidirá de plano o incidente. Se houver insuficiência de provar para formar o convencimento do juiz, a questão não será decidida, sendo inadmissível a exceção de pré-executividade.

³⁷ 1º Simpósio Nacional de Direito Bancário, 2000.

³⁸ Sobre a objeção de pré-executividade, p. 410-411.

³⁹ Sérgio Shimura, p. 81-82.

⁴⁰ 1987, p. 89.

3.3. EFEITOS DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Ao tratar dos efeitos causados pela oposição de exceção de pré-executividade, Marcos Valls Feu Rosa sustenta que:

*“A argüição da ausência dos requisitos da execução suspende o seu curso por colocar em cheque a possibilidade de início ou prosseguimento da execução, ou, em outros termos, da expropriação”. Assim, havendo fundadas razões para se discutir a regularidade processual, deve a execução ser suspensa, sob pena de se privar bens de cidadãos sem observância do devido processo legal”.*⁴¹

E, uma vez que a argüição suspende o próprio processo de execução, parece óbvio que o prazo para embargos também é suspenso. Decidida que seja argüição, recomeçará a correr o prazo para os embargos a partir da intimação da decisão. Isto ocorrerá, vale dizer, todas as vezes que estiver em curso qualquer prazo na execução, não só para os embargos.⁴²

Eduardo Arruda Alvim defende que o recebimento da exceção deva conduzir à suspensão da execução, considerando que não vê a exceção de pré-executividade como um instrumento que atravanque ou emperre o processo de execução:

*“Ao contrário, em grande parte das vezes que é utilizado, evita o prosseguimento de um processo de execução fadado ao insucesso, bem como a restrição patrimonial de quem está sendo executado indevidamente. Ademais, como na exceção de pré-executividade não há dilação probatória, mas somente a intimação para que o exeqüente a seu respeito se manifeste, em atendimento ao princípio do contraditório, a decisão do juiz deverá de plano aferir as razões que lhe foram apresentadas são ou não procedentes.”*⁴³

⁴¹ Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução, p. 77-78.

⁴² Marcos Valls Feu, Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução, p. 226-227.

⁴³ Curso de Direito Processual Civil, p. 228.

Com relação à suspensão do prazo para os embargos, escreve Araken de Assis que:

“O prazo dos embargos se suspenderá nas hipóteses do artigo 265, incisos I a III, por força do artigo 791, II, ambos do Código de Processo Civil. Vale, para o oferecimento de exceção autônoma (...), o princípio de que os embargos podem ser apresentados após a solução do incidente.”⁴⁴

Refere-se às exceções de incompetência relativa do juízo da execução, suspeição ou impedimento, que causam a suspensão do processo. Refere-se também o art. 13, do CPC, segundo o qual, verificando a incapacidade processual da parte ou irregularidade de representação, o juiz deve suspender o processo e intimar a parte para sanar o defeito, sob pena de aplicar as sanções previstas nos incisos do mesmo artigo.

Segundo Olavo Oliveira Neto, a suspensão do feito pode ocorrer conforme a espécie de questão ventilada. Afirma que:

“No caso do incidente de pré-executividade, a relação de prejudicialidade existente entre o incidente e o processo de execução tem a natureza de preliminar. Se o incidente é acolhido, o juiz fica impedido de conhecer e de decidir a parte abrangida ou todo o processo de execução.”⁴⁵

Dessa forma, sustenta que o incidente de pré-executividade proposto antes da penhora, suspende o curso do processo de execução, mas o incidente interposto após a penhora, que veicula matéria processual, não a suspende.

Alberto Camiña Moreira sustenta que “a exceção de pré-executividade, que não goza de contemplação legislativa, não suspende o procedimento, por falta de amparo legal”.

⁴⁴ Comentários ao Código de Processo Civil, p. 959.

⁴⁵ A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada, p. 127.

Destacamos seu entendimento de que, ao invés de suspensão do processo, melhor dizer “suspensão do procedimento”⁴⁶, baseado na advertência de que o processo não pode ficar suspenso; o procedimento, como sucessão de atos, é que pode ficar suspenso.

Cândido Rangel Dinamarco, por sua vez, esclarece que os casos de suspensão do processo executivo, própria ou imprópria, são apenas aqueles indicados no CPC, artigo 791: embargos do executado, morte ou perda da capacidade processual, convenção das partes, exceções, falta de bens penhoráveis. O rol do artigo 791 não é exaustivo, existem vários outros casos de suspensão ditados diretamente para o processo de execução ou a ele aplicáveis.

De acordo com Cândido Rangel Dinamarco, no artigo 791, inciso II, c/c 265, inciso II, tem-se um caso de suspensão convencional entre as partes e os demais casos não derivam da vontade das partes, derivam da lei. Baseado na doutrina italiana, faz a distinção da suspensão legal em necessária e facultativa. A suspensão será necessária quando a eficácia suspensiva é atribuída pela lei a determinadas situações ou atos do processo, como consequência automática de sua ocorrência, ou deve ser ditada pelo juiz de ofício mediante ato vinculado. E será facultativa a suspensão, quando emitida pelo juiz no exercício de seu poder discricionário, a requerimento de parte e por motivos graves, com ou sem caução. Ressalta o entendimento da doutrina peninsular, de que a suspensão facultativa é a regra geral no processo executivo.⁴⁷

No direito brasileiro, realmente quase todos os textos legais pertinentes à suspensão do processo revelam a suspensão necessária, ou seja, decorre automaticamente das causas indicadas na lei ou mediante ato vinculado do juiz, que de ofício determina a suspensão. Mas, obviamente não existe previsão legal de suspensão da execução diante da exceção de pré-executividade, tendo em vista que tal instituto também não está ainda previsto

⁴⁶ Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade, p. 250.

⁴⁷ O conceito de mérito em processo civil, p. 146.

na lei. Assim, a justificativa de que a exceção de pré-executividade não suspende o procedimento, por falta de amparo legal, é muito frágil e inconsistente.

Por não haver previsão legal, a suspensão deve ser facultativa. O juiz deverá conceder a suspensão do procedimento, ao examinar o caso concreto, quando verificar que o andamento do processo possa resultar lesão grave ou de difícil reparação e sendo relevante o fundamento da exceção de pré-executividade, aplicando o artigo 558, do Código de Processo Civil, por analogia. Assim, a suspensão deriva diretamente de decisão do juiz, quando do recebimento da exceção.

Proposta uma execução infundada, não há que se olvidar os danos sofridos pelo executado, inclusive o moral, pois, além de suportar a injusta invasão de seu patrimônio, pode ter seu nome lançado em órgãos de proteção ao crédito, o que compromete operações de giro de suas atividades cotidianas, causando-lhe constrangimento e dissabores.

Portanto, quando houver probabilidade de certeza do direito alegado pelo executado, o julgamento da exceção deve preceder a qualquer ato de constrição, como medida de justiça. Calha aqui destacar o seguinte ensinamento *“Há casos em que a incerteza é evidente e há casos em que o direito é evidente. Para esses, a tutela há de ser imediata como consectário do devido e adequado processo legal”*.

A probabilidade de certeza da alegação feita através da exceção de pré-executividade, será indicada pelos fatos e pelas provas fornecidas com a postulação da exceção de pré-executividade, admitindo uma cognição rápida e sumária pelo juiz.

A prova pré-constituída deverá demonstrar o fundamento relevante e o receio de lesão grave ou de difícil reparação. Assim, o fundamento relevante da exceção de pré-executividade será mostrado *prima facie* quando houver prova documental que a consubstancie, como também quando assentada em fatos que deveriam ser reconhecidos de ofício pelo juiz, ou decorrente de fatos extintivos do direito do exequente.

CAPÍTULO IV

1. CONCLUSÃO

Conclui-se que, a exceção de pré-executividade, construção doutrinário-pretoriana, é instrumento plenamente admissível na sistemática processual pátria e representa meio autônomo de defesa, à disposição do executado.

O seu oferecimento, para argüir a nulidade da execução, independe da oposição de embargos do devedor, bem como do ato de constrição, sendo que, não constitui ofensa ao Código de Processo Civil.

A boa doutrina vem construindo uma figura, que está sendo aceita pelos tribunais brasileiros, cujo objetivo é possibilitar que o executado, antes e até mesmo independentemente do oferecimento dos embargos do devedor, crie incidente destinado a levantar questões relacionadas ao juízo de admissibilidade da execução.

Isto porque, deve-se afastar todo processo hermenêutico que conduza ao absurdo, e o absurdo seria obrigar, no sentido de impor ônus, o executado a garantir a execução quando de execução não se tratar, porque inadmissível.

Destarte, como já anteriormente suscitado, o entendimento dos tribunais e da farta jurisprudência é que o devedor poderá alegar no bojo da própria execução, independentemente de embargos à execução.

O raciocínio que se faz é decorrente do próprio sistema processual brasileiro, em que, como regra geral, toda a matéria que deve ser conhecida pelo juiz, de ofício, pode e deve ser alegada a qualquer tempo pelas partes.

Trata-se de um enunciado elaborado em função do processo de conhecimento, mas perfeitamente compatível e harmônico com o sistema do processo de execução. É, na verdade, a aplicação ao processo de execução de regime jurídico aproximado àqueles das matérias do art. 301 do CPC.

Quanto à opção terminológica, apesar das críticas feitas por vários autores mencionados nesse trabalho, adotamos um termo exceção de pré-executividade, que é a denominação que se consolidou na jurisprudência. Salientamos que a palavra exceção deve ser entendida no sentido amplo de defesa e pré-executividade no sentido de contrariar a executividade, ou seja, impugnar a execução antes dos atos executórios, mas a impugnação não fica limitada a esse momento.

A natureza jurídica da exceção de pré-executividade é de incidente processual, pois seu conteúdo deve ser considerado como uma questão prejudicial que precisa ser decidida de plano pelo juiz. Essa decisão à respeito da exceção de pré-executividade interferirá no mérito da execução, que é a realização de atos de constrição para a satisfação do crédito do exeqüente.

Entendemos, que não existe prazo previsto para o oferecimento da exceção de pré-executividade, havendo entendimentos dissonantes a respeito do momento em que pode ser interposta. Salienta-se que existe posicionamento segundo o qual o objetivo da exceção de pré-executividade é evitar a penhora, assim seus defensores entendem que é cabível só até a efetivação da penhora.

Impende dizer que a penhora é apenas uma consequência da exceção de pré-executividade; não é especificamente sua finalidade. A exceção de pré-executividade visa evitar a efetivação de um processo executivo constituído de forma irregular ou infundada, assim nada impede que seja argüida após a realização da penhora.

Importante frisar, que têm legitimidade para oferecer a exceção de pré-executividade àqueles que podem figurar no pólo passivo da execução: o devedor, reconhecido como tal no título executivo; o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor; o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo; o fiador judicial; e o responsável tributário, assim definido na legislação própria. E, também tem legitimidade para oferecer a exceção de pré-executividade o terceiro, demonstrando seu interesse jurídico, para alegar questões relativas à admissibilidade da execução.

Com relação às questões de mérito, em determinados casos, deve ser admitida a utilização da exceção de pré-executividade pelo terceiro com interesse jurídico, como por exemplo para argüir o pagamento, a compensação, a prescrição.

Tocante à forma, a exceção de pré-executividade pode ser interposta por meio de simples petição, nos próprios autos do processo de execução, sendo necessário juntar uma prova pré-constituída, ao escopo de demonstrar a veracidade das alegações e propiciar ao magistrado um julgamento célere.

Com relação ao cabimento, entendemos que através da exceção de pré-executividade pode-se veicular tanto matéria a respeito do juízo de admissibilidade, quanto ao juízo de mérito da execução, desde que não haja necessidade de dilação probatória. Assim sendo as hipóteses de cabimento da exceção de pré-executividade não devem ser delimitadas pela matéria, mas pela cognição que o juiz pode efetuar. Na exceção de pré-executividade, o juiz só poderá exercer cognição *segundum eventum probationis*, ou seja, só serão admitidas as matérias que o juiz possa conhecer, de imediato, no momento em que foi alegada, sem a necessidade de dilação probatória.

Recebida a exceção de pré-executividade, o juiz deve fixar prazo exíguo para que o exequente se manifeste à respeito da exceção, por aplicação subsidiária dos artigos 326 e 327 do CPC.

O juiz ao decidir: ou recebe e acolhe o incidente, proferindo sentença que extingue a execução, da qual cabe apelação; ou não recebe ou recebe, mas rejeita o incidente e determina o normal prosseguimento da execução, proferindo decisão interlocutória, da qual cabe agravo de instrumento. Havendo recurso de agravo ou havendo recurso de apelação, do acórdão que julgar esses recursos poderá caber recurso extraordinário e especial.

Acolhida a exceção de pré-executividade o exequente deve ser responsabilizado pelo pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios. Rejeitada a exceção, se houve acréscimo nas custas processuais, estas caberão ao argüente.

As matérias de ordem pública, deduzidas através da exceção de pré-executividade podem ser argüidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, ou até mesmo, serem conhecidas de ofício pelo juiz, porque não estão sujeitas à preclusão. Nesse contexto, as matérias de ordem pública, argüidas através da exceção de pré-executividade, poderão ser discutidas novamente em sede de embargos, poderão ser argüidas novamente, através da exceção de pré-executividade, sendo que não se admite o uso concomitante das duas vias para a argüição da mesma matéria.

Já as matérias relacionadas ao direito material, argüidas através da exceção de pré-executividade, se sujeitam à preclusão consumativa. Quando decididas há verdadeiramente um julgamento de mérito que atinge a própria relação substancial, fazendo coisa julgada. Portanto, a decisão a respeito de matéria de mérito não poderá ser rediscutida.

Por fim, entendemos que a exceção de pré-executividade deve ser utilizada pelos profissionais do Direito, sendo que tem um escopo de evitar execuções injustas ou infundadas,

contribuindo, em muitas das vezes, inclusive, com a redução da pauta dos Tribunais, quando se congestionam de ações indevidas.

BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Carlos Henrique. Exceção de pré-executividade na Lei 6.830/80. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 22, jul. 1997.

ANTUNES, Mariana Tavares. A exceção de pré-executividade e os recursos cabíveis de seu indeferimento e de seu acolhimento. In: ARRUDA ALVIM, Eduardo Pellegrini de; NERY JUNIOR, Nelson e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98*. São Paulo: RT, 2000.

ASSIS, Araken de. *Comentários ao Código de Processo Civil: do processo de execução*, arts. 646 a 735. Coord. de Ovídio A. Baptista da Silva. São Paulo: RT, 2000. v. 9.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A exceção de pré-executividade. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 14, n. 55, jul./set. 1989 e *Ajuris*, Porto Alegre, v. 16, n. 45, p. 155, mar. 1989.

CASTRO, Arthur Anselmo de. *A ação executiva, singular, comum e especial*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1973.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. GRINOVER, Ada Pellegrini, DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

DINAMARCO, Cândido Rangel. O conceito de mérito em processo civil. *Revista de Processo*, São Paulo, v. 9, n. 34, abr. jun. 1984

GAMA, Ricardo Rodrigues. *Código de Processo Civil Italiano – traduzido e adaptado para a língua portuguesa*. Campinas, São Paulo: Agá Júris, 2000.

LACERDA, Galeno. *Despacho saneador*. 2 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1985.

LIMA, Alcides Mendonça. Ação executiva. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 72, n. 575, set. 1983.

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

NERY JÚNIOR, Nelson e NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor*. 4. ed. Ver. E ampl. São Paulo: RT, 1999.

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

PONTES de MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao Código de Processo Civil (de 1973)*. Rio de Janeiro: Forense, 1974-1976. v. 9 e 10.

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

ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1996.

SÁ, Rodrigo Cezar Caldas de. Exceção de pré-executividade e Fazenda Pública: pode alguém ser submetido a processo executivo sem pressupostos ou condições de constituição ou desenvolvimento regular? *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 53/95, fev. 2000.

SANTOS, Íris Vânia Rosa. Considerações sobre a exceção de pré-executividade no âmbito da Lei nº 6.830/80, *Revista dos Tribunais* nº 105, ed Malheiros.

SANTOS, Moacyr Amaral dos. *Primeiras Linhas de direito processual civil*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. v. 3.

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

SILVA, Luiz Augusto Beck da. *Alienação Fiduciária em Garantia*, 2ª edição, São Paulo: Editora Forense, 1990, p. 17.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. *Exceção de pré-executividade*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1998.

THEODORO Junior, Humberto. A coisa julgada e a rescindibilidade da sentença. *Revista Jurídica*, Porto Alegre, n. 219/5, jan. 1996.

WAMBIER, Tereza Arruda Alvim, WAMBIER, Luiz Rodrigues. Sobre a objeção de pré-executividade. In: WAMBIER, Tereza Arruda Alvim. (coord.). *processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 1998.