

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE
ASPECTOS RELEVANTES DA DEFESA PONTIANA

Alex Pires de Camargo
RA00069447

São Paulo
2014

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE
ASPECTOS RELEVANTES DA DEFESA PONTIANA

Alex Pires de Camargo
RA00069447

Monografia apresentada ao curso de especialização em Direito Processual Civil, da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE – da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação do Professor Mestre Luís Eduardo Simardi Fernandes.

São Paulo
2014

AVALIAÇÃO

Professor orientador:

Prof. Ms. Luís Eduardo Simardi Fernandes

Professor arguidor:

Professor arguidor:

AVALIADA EM ____ / ____ / _____

CONCEITO FINAL: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à Deus, sempre tão fiel e presente em minha vida, bem como ao meu pai Evandro, minha mãe Suzana e minha irmã Cássia, que além de minha família são meus grandes amigos, companheiros e aliados nos estudos, no trabalho e na vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço ao professor e orientador Luís Eduardo Simardi Fernandes, por despertar em mim o interesse pelo aprofundamento do tema, bem como ao demais professores da Pontifícia Universidade Católica, particularmente da área Processual Civil, por torná-la tão atrativa e interessante aos meus olhos profissionais e acadêmicos.

RESUMO

Um aprofundamento do instrumento utilizado com o objetivo de atacar os vícios da execução, sem haver a necessidade de realizar-se penhora ou a oposição de impugnação ou embargos. No intuito de ampliar o conhecimento da defesa inicialmente abordada pelo doutrinador Pontes de Miranda, o presente estudo aborda desde o histórico do instituto, a controvérsia acerca de sua terminologia, o seu objeto, as alterações práticas em sua utilização após o advento da Lei nº 11.382/2006 – ante à dispensa de penhora para manejar os embargos na execução de títulos executivos extrajudiciais –, bem como o seu prazo e a legitimidade de sua apresentação por terceiros, além de seus efeitos e os recursos cabíveis, a necessidade do contraditório e a possível condenação pelas sanções decorrentes de sua apresentação com o intuito protelatório, além de eventuais verbas sucumbenciais oriundas do seu julgamento. Procurou-se vislumbrar as correntes doutrinárias acerca dos temas acima delineados, com a abordagem da jurisprudência existente sobre o assunto, não se tratando, porém, de uma palavra final, mas apenas de um necessário olhar com a maior acuidade possível sobre tão relevante mecanismo da prática forense, em que pese ser uma criação doutrinária, jurisprudencial respaldada, porém carecendo, até hoje, de previsão legal específica.

ABSTRACT

As means of deepening the instrument used for tackling the vices of execution, without the need of hold up attachment, opposition to contest or embargoes. In order to expand the instruction of defense, initially approached by Pontes de Miranda, the present study addresses a range of themes starting on the history of the institute, to the controversy about its terminology, its object, practical changes in its use after the enactment of Law No. 11.382/2006 – when the attachment to handle embargoes on extrajudicial execution of titles becomes unnecessary –, as well as its deadline and the legitimacy for it to be presented by others, and also its effects and the appropriate recourses, the need of contradictory and possible condemnation that may arise from its presentation with procrastinating objectives, plus any honorary fees owed by the losing party. This work sought to acknowledge the doctrinal trends on the topics outlined above, with the approach of the existing jurisprudence on the matter, though not intending to be the final word on the subject, but only a much needed look over the matter, with the greatest possible accuracy on such a relevant mechanism of forensic practice, despite being a doctrinal creation, supported by the jurisprudence, even though, up until today, it still lacks legal dispositions.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
1. DEFINIÇÃO	11
2. HISTÓRICO DO INSTITUTO	12
3. TERMINOLOGIA	14
3.1. Exceção ou Objeção	14
3.2. Pré-executividade ou Não-executividade	16
4. OBJETO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE	18
4.1. Questões que o magistrado deve conhecer de ofício	19
4.2. Alegação de vício executivo com prova pré-constituída	22
5. UTILIZAÇÃO DA EXCEÇÃO APÓS A LEI Nº 11.382/2006	27
6. LEGITIMIDADE DO EXECUTADO E DE TERCEIROS	30
7. PRAZO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE	33
8. EFEITOS DA APRESENTAÇÃO DA EXCEÇÃO	36
9. OBRIGATORIEDADE DO CONTRADITÓRIO	39
10. SUCUMBÊNCIA NA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE	41
10.1. No caso de acolhimento, com a extinção da execução	41
10.2. Quando a exceção é rejeitada, prosseguindo-se o feito	42
11. EXCEÇÃO COM INTUITO PROTTELATÓRIO	44
12. RECURSOS CABÍVEIS	45
12.1. Acolhimento da exceção de pré-executividade	46
12.2. Rejeição da exceção apresentada	48
CONCLUSÃO	52
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	54

INTRODUÇÃO

O presente estudo possui como objeto a exceção de pré-executividade, instituto comumente utilizado na prática forense, porém que não possui qualquer disciplina legal, o que dá ensejo à diversas controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, tornando-se imprescindível um conhecimento mais aprofundado sobre o assunto.

O Código de Processo Civil em vigor prevê ao executado, como defesa no feito executivo, apenas a apresentação de impugnação, prevista no §1º do artigo 475-J, e os embargos do devedor do artigo 736, todavia, até o advento da Lei nº 11.382/2006 ambos os institutos condicionavam a defesa à realização de penhora ou depósito, razão pela qual o instituto sob análise, ao abrir a possibilidade do executado se defender sem a necessidade de garantia prévia do Juízo, ganhou relevância e utilidade na prática forense.

A divergência decorre da omissão legislativa em regulamentar o instituto, o que ensejou a construção de diversas correntes a respeito de suas particularidades, razão pela qual procura-se com o presente trabalho aprofundar a temática.

Abordar-se-á desde o histórico do instituto, ainda que sucintamente, que remonta ao brilhantismo de Pontes de Miranda, bem como a controvérsia acerca de sua terminologia, pela equívoca utilização da palavra exceção, que depende de alegação pela parte interessada, ao invés de objeção, que pode ser conhecida de ofício pelo magistrado.

Outrossim, torna-se mister verificar o objeto abrangido pelo instituto, não restrito atualmente às questões de ordem pública, mas abarcando questões aduzidas e julgadas pela mera existência de prova pré-constituída.

Ademais, o estudo abrangerá a alteração prática em sua utilização após o advento da Lei nº 11.382/2006, ante à dispensa de penhora para manejar os embargos na execução de títulos extrajudiciais, bem como o seu prazo, inclusive a controvérsia acerca dos casos de preclusão, e a legitimidade de sua apresentação por terceiros.

Abordará também, além de seus efeitos, quais os recursos cabíveis quando o instituto for acolhido, com a extinção da execução, ou no caso de sua rejeição, bem como a necessidade do contraditório aventada pela doutrina e a possível condenação pelas sanções decorrentes de eventual intuito protelatório, além de verbas de sucumbência.

Não se almeja com o presente estudo o esgotamento da matéria, mesmo porque a ausência de previsão legal ensejou num alargamento de sua utilização, desvirtuando sua aplicação originária, e dando ensejo à diversas interpretações práticas decorrentes de seu uso reiterado, assemelhando-se à um instituto consuetudinário, sem qualquer par em nosso ordenamento, e por isso carente de segurança jurídica, mas apenas um aprofundamento sobre o tema.

1. DEFINIÇÃO

A exceção de pré-executividade é um instrumento utilizado com o objetivo de atacar os vícios da execução, sem haver a necessidade de efetivação da penhora ou realizar-se depósito nos autos para garantia do juízo, tampouco oferecimento de impugnação ou oposição de embargos do devedor.

Cumpre trazer à baila os ensinamentos de Fredie Didier Junior¹:

Não obstante essa disciplina contida no Código de Processo Civil, doutrina e jurisprudência passaram a admitir a possibilidade de o executado, nos próprios autos da execução, apresentar simples petição, com questionamentos à execução, desde que comprovados documentalmente. Trata-se de defesa atípica, não regulada expressamente pela legislação processual, mas que foi admitida pela jurisprudência, em homenagem ao devido processo legal: não seria correto permitir o prosseguimento da execução cuja prova de sua injustiça se pudesse fazer de plano, documentalmente.

O instituto sob comento possibilita, portanto, que a parte executada leve ao conhecimento do magistrado questões relevantes passíveis de ocasionar a extinção da execução, ou a sua adequação, sem a necessidade de garantia do juízo, o que impede prejuízos injustos e desnecessários ao executado.

Trata-se de criação doutrinária, respaldada pela jurisprudência, carecendo, entretanto, de previsão legal específica, restando aos jurisdicionados a sua utilização conforme os ditames consuetudinários, bem como aos Tribunais a sua aceitação, apenas com base nos princípios legais e processuais vigentes, carecendo de segurança jurídica pela ausência de parâmetros confiáveis.

¹ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. V. 5. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 402.

2. HISTÓRICO DO INSTITUTO

Prevalece na doutrina que o responsável pelo desenvolvimento do instituto nos foros brasileiros foi Pontes de Miranda, no ano de 1966, em parecer elaborado quando contratado pela Companhia Siderúrgica Mannesmann, alvo de vários pedidos de falência fundados em títulos executivos extrajudiciais eivados de nulidade decorrente da assinatura falsa de um de seus sócios.

Em que pese não obterem êxito no pedido de decretação de falência da Companhia Siderúrgica Mannesmann, em virtude da nulidade dos títulos reconhecida à época pelo Judiciário, os credores dos supostos títulos ajuizavam ação de execução tomando por base os mesmos títulos executivos.

Entretanto, ajuizadas as mencionadas ações de cobrança, a única forma de a referida companhia questionar a validade dos títulos seria por meio dos embargos do devedor, o que exigia a garantia do juízo, prejudicando assim o exercício regular das atividades da empresa, restando impedida de dispor de seu patrimônio, sensivelmente prejudicado dada a multiplicidade de títulos.

Pontes de Miranda ressaltou em seu parecer a desnecessidade da realização da penhora ou da garantia do juízo para que a Companhia Siderúrgica Mannesmann pudesse apresentar defesa, alegando que restava patente no caso a falta de condições da ação executiva, o que deveria por consequência ser conhecido de ofício pelo magistrado.

Nesse sentido, o estudo de Daniel Amorim Assumpção²:

É relativamente tranqüila a doutrina ao apontar um parecer elaborado por Pontes de Miranda em 1966, responsável, senão pelo surgimento, ao menos pela sistematização da chamada “exceção de pré-executividade”. No notório “caso Mannesmann”, o jurista defendeu a possibilidade de o executado alegar incidentalmente no processo de execução, por meio de mera petição, matérias de ordem pública que o juiz deveria conhecer de ofício.

² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: Método, 2012, p. 1136.

Acrescenta o ilustre doutrinador:

O fundamento do jurista era perfeito e até os dias atuais não pode ser seriamente contraditado. Apesar de o sistema jurídico da época prever como defesa típica do executado os embargos à execução, não teria sentido obrigar o executado a ingressar com uma ação incidental de embargos para alegar uma matéria que o juiz já deveria ter conhecido de ofício. Realmente não tem nenhum sentido lógico ou jurídico condicionar em termos extremamente formais a alegação de uma matéria que o juiz deve conhecer de ofício.

Segundo Fredie Didier Junior³, em que pese o desenvolvimento do instituto seja atribuído à Pontes de Miranda, a sua origem é controversa:

Há quem aponte, porém, outra fonte histórica do instituto: o Decreto Imperial n. 9.885/1888, que permitia a defesa sem prévia garantia do juízo, em execuções propostas pela Fazenda, nos casos em que se “provasse, com documento hábil, o pagamento ou anulação do débito na esfera administrativa”. Há, ainda, o Decreto n. 848/1890, que estatuiu a organização da Justiça Federal, que estabelecia: “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”. Há, ainda, referência ao Decreto n. 5.225/1932, do Estado do Rio Grande do Sul, que criou a exceção de impropriedade do meio executivo, “pela qual a parte citada para a execução de título executivo poderá, antes de qualquer procedimento, opor as exceções de suspeição e incompetência do Juízo ou de impropriedade do meio executivo”.

Os fundamentos contidos no parecer de Pontes de Miranda, ainda que se identifiquem situações análogas anteriores à sua apresentação, prevalecem como basilares e norteadores do instituto em sua forma original, em que se almejava atacar questões que deveriam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, não à toa se faz menção à “defesa pontiana”, subtítulo, aliás, do presente estudo.

³ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. V. 5. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 402-403.

3. TERMINOLOGIA

O instituto sob análise sofreu diversas transformações, tanto em seu conceito quanto em sua aplicação, com o alargamento das matérias que podem ser levantadas através de sua apresentação, desde o parecer elaborado pelo célebre Pontes de Miranda quando contratado pela Companhia Siderúrgica Mannesmann, o que tornou equívoca a nomenclatura comumente utilizada.

Dessa forma, a doutrina se divide quanto à nomenclatura correta, prevalecendo três correntes acerca da terminologia a ser efetivamente adotada: “exceção de pré-executividade”, “objeção de pré-executividade” e, por fim, “objeção de não-executividade”, razão pela qual, para melhor compreensão das formulações possíveis, estudaremos em separado os termos “exceção” e “objeção”, bem como os complementos “pré-executividade” e “não-executividade”.

3.1. Exceção ou Objeção

À época em que Pontes de Miranda criou o instituto estava vigente o Código de Processo Civil de 1939, que utilizava o termo “exceção” em seu sentido amplo, significando toda e qualquer defesa do réu, todavia, no Código de 1973 o seu significado é restrito, configurando apenas as de ordem processual e que dependem de provocação das partes.

A propósito, a distinção feita por Daniel Amorim Assumpção⁴:

Não parece haver divergência a respeito da divisão das matérias de defesa em duas espécies, tomando como critério a atividade do juíza em seu reconhecimento: (a) as exceções são defesas que só podem ser conhecidas se alegadas expressamente pela parte interessada; (b) as objeções são defesas que podem ser alegadas pelas partes, mas, caso isso não ocorra, devem ser conhecidas de ofício pelo juiz. Essa distinção entre objeção e exceção demonstra claramente a impropriedade de nomear defesa que tem como objeto matéria de ordem pública de “exceção de pré-executividade”.

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: Método, 2012, p. 1137.

No mesmo sentido, acerca das matérias passíveis de conhecimento de ofício pelo magistrado, os ensinamentos de Cândido Rangel Dinamarco⁵: *“É uma objeção, não uma exceção em sentido estrito, justamente porque esta depende sempre de alegação pela parte, e as objeções não.”*

Entretanto, com o tempo o campo de incidência do referido instituto se alargou, não se restringindo às matérias de ordem pública, conhecíveis de ofício pelo magistrado, passando a abranger também questões reconhecíveis mediante provocação da parte com a apresentação de prova pré-constituída, razão pela qual a utilização do termo objeção, nesses casos, que se denota equívoca.

Sobre essa particularidade, os apontamentos precisos de Fredie Didier Junior⁶:

A doutrina e a jurisprudência passaram, com o tempo, a aceitá-la, quando, mesmo a matéria não sendo de ordem pública nem devendo o juiz dela conhecer de ofício, houvesse prova pré-constituída da alegação feita pelo executado. Na verdade, o que passou a servir de critério para a admissibilidade da exceção de pré-executividade foi a verificação da necessidade ou não de prova pré-constituída.

Depreende-se que, com a aplicação do instituto tanto em questões de ordem pública, conhecíveis de ofício pelo magistrado, quanto em matérias que precisam ser arguidas pela parte executada, desde que acompanhadas de prova pré-constituída, tanto o termo “exceção” quanto “objeção” são passíveis de serem utilizados, bem como podem ser equívocos conforme a matéria a ser aduzida.

Dessa forma, o termo “objeção” denota-se correto quanto aplicável às questões de ordem pública, passíveis de serem conhecidas de ofício pelo magistrado, enquanto a utilização de “exceção” demonstra-se correta se a matéria, ainda que não reconhecível de ofício, possa ser aceita quando provocada pela parte, desde que acompanhada de prova pré-constituída.

⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual*. V. IV. 3 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 852.

⁶ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. V. 5. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 403.

3.2. Pré-executividade ou Não-executividade

O complemento “de pré-executividade” também é muito criticado por parte da doutrina, principalmente por José Carlos Barbosa Moreira⁷, *in verbis*:

Logicamente, ‘pré-executividade’ deveria designar algo anterior, precedente, anteposto à executividade. Como entender a noção, aplicada ao processo e ao título? Teremos de conceber, em vez de um processo executivo, um processo ‘pré-executivo’ e, em vez de um título executivo, um título ‘pré-executivo’? Mas que sentido poderão ter semelhantes locuções? (...) A verdade é que o adjetivo ‘pré-executivo’ não convive harmoniosamente nem como o substantivo ‘processo’, nem com o substantivo ‘título’. Não há cogitar, pois, de uma ‘pré-executividade’ referida a qualquer dos dois. (...) Em palavras diferentes: o que se pretende é negar a executividade, aí, direitos de cidadania. Não se está pensando em qualquer coisa que a preceda, que lhe seja anterior: o que se pretende dizer, em última análise, é que ela, apesar das aparências, não existe. Melhor seria, então, falar em não-executividade em que pré-executividade.

Referida distinção é também delineada no estudo de Daniel Amorim Assumpção⁸, em que pese o autor não se posicione em sua obra sobre o tema:

Por outro lado, autorizada doutrina não compreende a utilização do prefixo “pré”, considerando que a característica da anterioridade derivada do termo não se explica na defesa incidental elaborada pelo devedor. Nessa crítica não é possível existir algo precedente à executividade, como um processo “pré-executivo” ou um título “pré-executivo”, demonstrando-se claramente que o adjetivo “pré-executivo” não convive harmoniosamente nem como substantivo “processo”, bem com o substantivo “título”.

Entretanto, parte da doutrina interpreta o termo “pré-executividade” não como algo antes do processo ou do título executivo, mas sim como um instituto

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz*. Temas de direito processual - Sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 120.

⁸ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: Método, 2012, p. 1137.

anterior aos atos propriamente executivos – aqueles que promovem a retirada do patrimônio do devedor –, o que justificaria a terminologia.

Nesse sentido, o posicionamento de Alberto Camiña Moreira⁹, que assim especifica: *“Pré-executividade não significa, por evidente, pré-processo de execução, o que representaria atividade extrajudicial, mas sim possibilidade de defesa antes da penhora, antes do gravame, antes da constrição, antes, enfim, dos atos marcadamente executivos”*.

Para o doutrinador Cândido Rangel Dinamarco¹⁰, todavia, em que pese o termo “pré-executividade” possa ser aceito como atinente aos atos tidos como anteriores aos constitutivos, tal justificativa não justifica a terminologia:

Mas por que “pré-executividade”? O fato de se tratar de defesas suscetíveis de serem opostas antes de qualquer constrição judicial, consistentes em alegar a inexistência de requisitos para executar, não significa que se trate de uma executividade prévia, ou pré-executividade; melhor seria dizer objeção de não-executividade.

Ante o exposto, depreende-se que tanto os complementos “de pré-executividade” quanto “de não-executividade”, ressalvada a divergência doutrinária a respeito, podem ser considerados corretos conforme o prisma adotado, porquanto o primeiro significa aquilo que vem antes dos atos propriamente executivos, tidos como os constitutivos do patrimônio do excepto executado, enquanto o segundo refere-se à negação da qualidade de executivo do próprio título ou do processo.

⁹ MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 35.

¹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual*. V. IV. 3 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 852.

4. OBJETO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

O instituto da exceção de pré-executividade surgiu como medida cabível para veicular nos autos alegações relacionadas à admissibilidade do procedimento executivo, como a falta de pressupostos processuais e de condições da ação, questões que o juiz deveria conhecer de ofício.

Todavia, com o tempo a doutrina e a jurisprudência passaram a aceitar a apresentação da exceção de pré-executividade mesmo em face de matérias que não são de ordem pública, não devendo, a rigor, o juiz delas conhecer de ofício, exigindo-se para tanto a mera apresentação de prova pré-constituída.

Nesse sentido, Paulo Henrique dos Santos Lucon¹¹:

Gradativamente a jurisprudência vem admitindo a alegação de matérias relacionadas ao mérito do processo de execução in executivis; são casos excepcionais, mas que demonstram uma preocupação em nossos tribunais em simplificar o processo, sem prejudicar as formas tão necessárias à observância das garantias constitucionais do processo.

A admissibilidade da exceção passou a ser então a necessidade ou não de prova pré-constituída, entendimento este inserto na Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça, relativo à execução fiscal, mas extensivo aos demais casos: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.”

A propósito, os ensinamentos de Araken de Assis¹²:

A atual amplitude do objeto da exceção, restrito tão só no âmbito da cognição, abandonou sua função originária, relativa ao controle da pretensão a executar no plano dos pressupostos e das condições da ação. Por isso, eventuais vícios ocorridos no curso do procedimento

¹¹ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *O controle dos atos executivos e efetividade da execução*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998, p. 350.

¹² ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 15 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 1235.

executivo, a exemplo da nulidade da praça pela inadequação do preço (art. 692, caput), podem e devem ser alegados internamente ao processo executivo, apesar da existência de remédio próprio (na hipótese, embargos à arrematação: art. 746). O fundamento da iniciativa do executado abandona o altiplano constitucional, que, em princípio, a justifica, e se prende ao regime geral da alegação das invalidades.

A doutrina entende ser cabível também a exceção no procedimento monitório, tanto para a arguição de questões de ordem pública como de mérito.

Antonio Carlos Marcato¹³ entende que é necessário um maior apuro no exame das condições da ação monitória, dada a necessidade de impedir a expedição de um mandado contaminado pela ilegalidade:

Considerando as conseqüências que advém do mandado monitório, mormente quando se convola em título executivo judicial em razão da inércia do réu, exige-se para sua emissão uma pretensão particularmente qualificada, daí a necessidade de apresentação pelo autor de prova documental escrita que, embora não tipifique um título executivo extrajudicial, autorize, apenas com lastro nela, uma cognição mais rápida dos fatos pertinentes à causa e permita ao juiz, desde logo, a formação de um convencimento acerca da existência do crédito, muito embora pautado, convém dizer, em um grau de menor intensidade que aqueles ostentados pelos títulos executivos extrajudiciais.

Dessa forma, abrangeremos o objeto do instituto tanto no que atine às matérias que se deve conhecer de ofício, pois referente à questões de ordem pública, natureza original da exceção, quanto aos vícios executivos arguíveis desde que suscitados com a apresentação de prova pré-constituída.

4.1. Questões que o magistrado deve conhecer de ofício

Em que pese o Compêndio processual estabeleça que o executado poderá oferecer impugnação após a intimação da penhora, exigindo-se portanto a

¹³ MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1998, P. 230.

garantia do juízo, ainda que seja por iniciativa do próprio impugnante, nada impede que o executado alegue que a sentença é juridicamente inexistente, em razão da ausência de citação, conforme prescreve o artigo 475-L, inciso I, do CPC¹⁴.

Ademais, a título exemplificativo, no que atine ao espectro de matérias que eventualmente podem ser alegadas na exceção de pré-executividade, a doutrina sustenta que, dos fundamentos dos embargos a que faz referência o artigo 741 do CPC, poucos são os que o juiz não pode conhecer de ofício.

Outrossim, prevalece a imperiosidade do magistrado verificar a existência do título executivo antes de se proceder à penhora, sob pena de violação aos artigos 586¹⁵, 614, inciso I¹⁶, 616¹⁷ e 618, inciso I¹⁸, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, os ensinamentos de Vicente Greco Filho¹⁹:

Como os efeitos do art. 618 estão expressamente cominados com 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.

Curiosamente o Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou no sentido de que a exceção pode ser aplicada inclusive para revisar o valor fixado a título de multa diária, por tratar-se de matéria que pode ser conhecida de ofício, segundo o disposto no art. 461, § 6º²⁰, do Código de Processo Civil, *in verbis*:

¹⁴ Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre: I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia.

¹⁵ Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.

¹⁶ Art. 614. Cumprido ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial: I - com o título executivo extrajudicial;

¹⁷ Art. 616. Verificando o juiz que a petição inicial está incompleta, ou não se acha acompanhada dos documentos indispensáveis à propositura da execução, determinará que o credor a corrija, no prazo de 10 (dez) dias, sob pena de ser indeferida.

¹⁸ Art. 618. É nula a execução: I - se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível (art. 586);

¹⁹ GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 52.

²⁰ Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. REVISÃO DE MULTA COMINATÓRIA. QUESTÃO APRECIÁVEL DE OFÍCIO. 1. Esta Corte já se pronunciou no sentido do cabimento do incidente de pré-executividade na execução fiscal para se discutir matérias de ordem pública e que não demandem dilação probatória. 2. O art. 475-I do CPC é expresso ao afirmar que o cumprimento da sentença, nos casos de obrigação pecuniária, faz-se por execução, o que não impede a oposição da exceção de pré-executividade para se discutir matérias aferíveis de ofício pelo julgador. 3. Assim, em se tratando de revisão de valor fixado da título de multa diária ("astreintes"), matéria que pode ser conhecida de ofício pelo juiz, segundo disposto no art. 461, § 6º, do CPC, não há razão para repelir o cabimento da exceção de pré-executividade. 4. Recurso especial provido.²¹ (g.n.)

Sobre a nulidade absoluta do título executivo, cumpre transcrever a Ementa do seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça²²:

PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO ROTATIVO. AUSÊNCIA DE EXEQUIBILIDADE DO TÍTULO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO EM SEDE DE EMBARGOS À ARREMATACÃO. POSSIBILIDADE. NULIDADE ABSOLUTA DA EXECUÇÃO. 1. Quer se considere o título executivo uma condição da ação de execução, quer o considere um pressuposto processual, os vícios que o inquinam podem e devem ser apontados pelo juiz ou Tribunal em qualquer tempo ou grau de jurisdição, nos termos do § 3º do art. 267, § 4º do art. 301 e art. 618, todos do Diploma Processual. 2. Cuidando-se de nulidade absoluta, como, no caso, a falta de exequibilidade do título, matéria acerca da qual não houve pronunciamento judicial anterior, poderá o juiz ou Tribunal, de ofício, delas conhecer em sede de embargos à arrematação, nos termos da

asseguem o resultado prático equivalente ao do adimplemento. (...) § 6º O juiz poderá, de ofício, modificar o valor ou a periodicidade da multa, caso verifique que se tornou insuficiente ou excessiva.

²¹ REsp 1.187.637-MG – Segunda Turma, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 22.11.2011, DJe 01.12.2011.

²² REsp 776.272-SC – Quarta Turma, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 17.08.2010, DJe 24.08.2010.

exegese conjunta dos arts. 746, § 3º do art. 267, § 4º do art. 301 e art. 618, todos do CPC. 3. Recurso especial conhecido e improvido.

A jurisprudência²³ reconhece o direito ao oferecimento da exceção de pré-executividade, para a arguição de questões de ordem pública, inclusive após a realização da penhora, *in verbis*:

AGRAVO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA DESNECESSÁRIA. – Conforme jurisprudência assente nesta Corte, possível a arguição de imunidade tributária incidente em exceção de pré-executividade nas hipóteses em que ela é comprovada de plano, sem necessidade de dilação probatória. – Ainda que já realizada a penhora, pode o executado suscitar matérias passíveis de serem conhecidas de ofício pelo juiz por meio da exceção de pré-executividade (Precedentes do STJ). Agravo regimental improvido.

Ante o exposto, cumpre-nos trazer à baila as principais matérias ventiladas em sede do instituto conhecíveis de ofício pelo magistrado, mais frequentemente suscitadas pela doutrina e jurisprudência: a falta de algum dos requisitos de admissibilidade da execução, ou seja, a falta de pressupostos processuais ou condições da ação, a falta ou vício do título executivo, bem como a nulidade da execução, da penhora ou da arrematação.

4.2. Alegação de vício executivo com prova pré-constituída

Conforme já demonstrado, ainda que originalmente o instituto da exceção de pré-executividade estivesse restrito às matérias de ordem pública, com o tempo a doutrina e a jurisprudência passaram a aceitar a sua apresentação mesmo em face de matérias que não são de ordem pública, não conhecíveis de ofício pelo magistrado, exigindo-se a mera apresentação de prova pré-constituída.

Nesse sentido, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça²⁴:

²³ AgRg no AREsp 12.591-RJ – Segunda Turma, Relator Ministro CESAR ASFOR ROCHA, j. 06.03.2012, DJe 14.03.2012.

PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. (...) 1. A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, aos pressupostos processuais e às condições da ação executiva, desde que não demandem dilação probatória (exceção secundum eventus probationis) (REsp 1.110.925/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 22.04.2009, DJe 04.05.2009). 2. O espectro das matérias suscetíveis através da exceção tem sido ampliado por força da exegese jurisprudencial mais recente, admitindo-se a arguição de prescrição e de ilegitimidade passiva do executado, que prescindam de dilação probatória. (...) 4. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos à instância ordinária para que aprecie a exceção de pré-executividade oposta pelo ora recorrente. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (g.n.)

A propósito, entendemos que a ilegitimidade passiva, ainda que na esfera executiva, poderia ser conhecida de ofício em razão de sua natureza de condição da ação, devendo o juiz conhecê-la de ofício, conforme inteligência do artigo 267, inciso VI, cumulado com o §3º, do Código de Processo Civil²⁵.

Outrossim, a decadência legal deve ser conhecida de ofício pelo magistrado, conforme dispõe o artigo 210²⁶ do Código Civil, bem como a prescrição, nos termos do §5º do artigo 219²⁷ do Código de Processo Civil.

Sobre a decadência e a prescrição, assim se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.104.900-ES²⁸, submetido à sistemática dos recursos repetitivos prevista no artigo 543-C do Código de Processo Civil²⁹:

²⁴ REsp 1.136.144-RJ – Primeira Seção, Relator Ministro LUIZ FUX, j. 09.12.2009, DJe 01.02.2010.

²⁵ Extingue-se o processo, sem resolução do mérito: (...) VI – quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual; (...) §3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI;

²⁶ Deve o juiz, de ofício, conhecer da decadência, quando estabelecida por lei.

²⁷ Art. 219. (...) §5º O juiz pronunciará, de ofício, a prescrição.

²⁸ REsp 1.104.900-ES – Primeira Seção, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, j. 25.03.2009, DJe 01.04.2009.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA, CUJOS NOMES CONSTAM DA CDA, NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO. (...) 2. Por outro lado, é certo que, malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras. (...) 4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ. (g.n.)

Especificamente sobre a arguição da prescrição por intermédio da exceção, cumpre transcrever os apontamentos de Sérgio Shimura³⁰:

Se salta aos olhos, de forma imediata e óbvia, a ocorrência da prescrição, ao simples exame do título executivo, parece-nos que o sistema não proíbe o uso da exceção antes mesmo do ato propriamente executivo (penhora) (...) basta o juiz abrir vista ao exequente para se manifestar sobre a petição do devedor, para decidir a exceção oposta. Se o juiz suspeitar que o réu está pretendendo furtar-se à execução por meios escusos, simplesmente desconsiderará tal petição e a remeterá à via normal dos embargos, sem prejuízo da imposição de pena (arts. 600, II, e 601, CPC).

José Miguel Garcia Medina³¹, também com relação à prescrição, afirma que “não seria razoável exigir-se a penhora para se possibilitar a alegação de

²⁹ Art. 543-C. Quando houver multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, o recurso especial será processado nos termos deste artigo.

³⁰ SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997, P. 80.

³¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos no processo de execução - notas sobre alguns aspectos controvertidos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 387.

prescrição em embargos que, sendo acolhidos, levariam à extinção da execução e da própria penhora efetuada”.

Sobre a possibilidade de alegação de pagamento extracartular, cumpre trazer à baila o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça³²:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CAMBIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO DE NOTAS PROMISSÓRIAS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ALEGAÇÃO DE PAGAMENTO EXTRACARTULAR. PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. POSSIBILIDADE. SUFICIÊNCIA DA PROVA CARREADA AOS AUTOS PELOS EXECUTADOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. TÍTULO DE CRÉDITO. AUSÊNCIA DE CIRCULAÇÃO. OPOSIÇÃO DE EXCEÇÕES PESSOAIS. POSSIBILIDADE. 1. A alegação de pagamento dos títulos levados à execução é tese, em princípio, possível de ser arquivada por exceção de pré-executividade - sempre que a comprovação se evidenciar mediante prova pré-constituída -, porquanto se trata de causa que retira a exigibilidade do título e, por consequência, impede o prosseguimento da execução (art. 618, inciso I, do CPC). Precedentes. 2. No sistema de persuasão racional adotado pelo Código de Processo Civil nos arts. 130 e 131, em regra, não cabe compelir o magistrado a autorizar a produção desta ou daquela prova, se por outros meios estiver convencido da verdade dos fatos, tendo em vista que o juiz é o destinatário final da prova, a quem cabe a análise da conveniência e necessidade da sua produção (REsp 1.175.616/MT, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 01/03/2011, DJe 04/03/2011). Com efeito, entendendo o Tribunal recorrido que ao deslinde da controvérsia bastariam os documentos trazidos na exceção de pré-executividade, tal conclusão não se desfaz sem o revolvimento de provas, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 3. Os princípios da literalidade, autonomia e abstração aplicáveis aos títulos de crédito mostram plena operância quando há circulação da cártula e "quando põe-se em relação duas pessoas que não contrataram entre si, encontrando-se uma em frente a outra, em

³² REsp 1.078.399-MA – Quarta Turma, Relator Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, j. 02.04.2013, DJe 09.04.2013.

virtude apenas do título". Contudo, tais princípios perdem força quando estiverem em litígio o possuidor do título e seu devedor direto. Isso porque "em relação ao seu credor, o devedor do título se obriga por uma relação contratual, motivo por que contra ele mantém intactas as defesas pessoais que o direito comum lhe assegura" (REQUIÃO, Rubens. Op. cit. pp. 415-417). 5. Com efeito, a relação jurídica existente entre o devedor de nota promissória e seu credor contratual direto é regida pelo direito comum, não se lhes aplicando os princípios cambiários que impedem a oposição de exceções pessoais, mostrando-se, por isso mesmo, cabível a alegação de pagamento extracartular. 6. Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, não provido. (g.n.)

Dessa forma, depreende-se que dada a ampliação de cabimento do instituto, nos termos da jurisprudência acima colacionada, nada impede que atualmente a exceção de pré-executividade seja apresentada, acompanhada de prova pré-constituída, em face de matérias que não são de ordem pública, como o excesso de execução, bem como qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação ou transação.

5. UTILIZAÇÃO DA EXCEÇÃO APÓS A LEI Nº 11.382/2006

Na exposição de motivos da Lei nº 11.382/2006, em razão da nova redação do artigo 736 do Código de Processo Civil³³, o legislador ressaltou que uma das vantagens da nova sistemática era a dispensa da necessidade de oposição de exceção de pré-executividade nas execuções de título extrajudiciais, ante à dispensa de garantia do juízo para manejar os embargos à execução, *in verbis*:

d) nas execuções por título extrajudicial a defesa do executado - que não mais dependerá da 'segurança do juízo', far-se-á através de embargos, de regra sem efeito suspensivo (a serem opostos nos quinze dias subseqüentes à citação), seguindo-se instrução probatória e sentença; com tal sistema, desaparecerá qualquer motivo para a interposição da assim chamada (mui impropriamente) 'exceção de pré-executividade', de criação pretoriana e que tantos embaraços e demoras atualmente causa ao andamento das execuções;

Entretanto, tal posicionamento é bastante controverso na doutrina, principalmente porque, ainda que concedido o efeito suspensivo aos embargos, o que somente ocorre com a garantia do juízo, nos termos do §1º do artigo 739-A do Código de Processo Civil, em sua parte final, tal não impedirá a efetivação dos atos constitutivos, nos termos do §6º do mesmo artigo³⁴.

Nesse sentido, conforme bem salientado por Araken de Assis³⁵:

Nada mudou com a Lei 11.382/2006. É verdade que desapareceu a necessidade da "garantia do juízo". O art. 736, caput, reza que os embargos prescindem de "penhora, depósito ou caução". E o prazo para embargar, que é de quinze dias, flui da juntada aos autos do

³³ Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos.

³⁴ Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. § 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. (...) § 6º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens.

³⁵ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 15 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 1231.

mandado de citação (art. 738, caput). Sucede que a concessão de efeito suspensivo aos embargos, ope iudicis, implicitamente “não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação de bens” (art. 739-A, § 6.º). Ora, subsiste o interesse (e a necessidade) de o executado, se for o caso, impedir a realização da penhora, por força das relevantes circunstâncias anteriormente expostas.

Pela manutenção da aplicação do instituto às execuções de títulos extrajudiciais, defende também Cássio Scarpinella Bueno³⁶:

(...) trata-se de um mecanismo que decorre do sistema processual civil, forte na concepção de uma maior racionalização da atividade jurisdicional (art.5º, LXXVIII, da Constituição Federal) e que – mesmo para a doutrina amplamente majoritária de que os embargos são e continuam a ser ação – permite que, na execução, o magistrado desenvolva cognição suficiente para, se for o caso, obstar o prosseguimento das atividades jurisdicionais executivas, inclusive por inexistência de fundamento calcado no direito material. Por isto, é irrecusável compreender as tais exceções ou objeções de pré-executividade como verdadeiros mecanismos ínsitos ao sistema processual civil e que não subsistem a ele as Reformas até aqui feitas. Trata-se de instituto, vale insistir, que decorre do sistema processual civil como um todo e não de um específico dispositivo que possa ou tenha sido alterado por alguma lei reformadora.

Cumprido ressaltar também o ensinamento dos doutrinadores Luiz Rodrigues Wambier, Tereza Arruda Alvim e José Miguel Garcia Medina³⁷:

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

³⁶ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 569.

³⁷ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 194.

Em sentido oposto destacamos as palavras do ministro Luiz Fux³⁸:

É cediço que em processo, o que é desnecessário é proibido. Conseqüentemente extraindo-se a razão de ser do dispositivo, juntamente com a interpretação histórica a que conduz a exposição de motivos, veda-se ao executado a apresentação de peças informais nos autos da execução para provocação acerca desses temas, anteriormente enquadráveis na denominada exceção de pré-executividade. Interpretação diversa é notoriamente contra a mens legis.

Contudo, em que pese a existência de entendimentos em sentido contrário, prevalece a manutenção do cabimento do instituto nas execuções de título extrajudicial, em razão da possibilidade de veicular matérias não compatíveis com a estreiteza da defesa prevista para os embargos, bem como por possibilitar a atribuição de efeito suspensivo à execução sem necessidade de penhora, além de ser útil quando o executado perder o seu prazo de Embargos, como instrumento para alegações de questões que podem ser alegadas a qualquer tempo ou de questões supervenientes, desde que a prova seja pré-constituída.

Em suma, a razão mais importante é a obediência aos princípios constitucionais da efetividade do processo, da celeridade processual, da economia, bem como a princípios processuais, como o da instrumentalidade, e o disposto no artigo 620 do Código de Processo Civil³⁹, qual seja, que a execução deve se processar da forma menos gravosa possível ao devedor, razão pela qual o instituto prevalece válido mesmo após a alteração legislativa.

³⁸ FUX, Luiz. *O Novo Processo de Execução - Cumprimento da Sentença e a Execução Extrajudicial*. 1 ed. Rio De Janeiro: Forense, 2008, p. 409.

³⁹ Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

6. LEGITIMIDADE DO EXECUTADO E DE TERCEIROS

O primeiro legitimado a oferecer a exceção de pré-executividade, por óbvio, é o próprio executado, ou seja, toda pessoa que figurar no polo passivo da execução, e quanto a isso inexistente qualquer controvérsia.

A propósito, estão legitimados para oferecer a exceção de pré-executividade aqueles que podem figurar no polo passivo da execução, nos termos do artigo 568⁴⁰ do Código de Processo Civil.

Teori Albino Zavascki⁴¹, entretanto, faz a seguinte ressalva: “O art. 568 do CPC, ao indicar quem ‘são os sujeitos passivos na execução’, está na verdade, indicando quem deve ser, e não, necessariamente, que é a parte passiva”.

Legitimam-se também os terceiros, nada obstante sejam estranhos ao processo, podendo alegar a invalidade objetiva da penhora, quando esta recair sobre bens impenhoráveis, por exemplo, independente da oposição dos embargos de terceiro previstos no artigo 1.046⁴² do Código de Processo Civil.

Conforme se depreende dos ensinamentos de Araken de Assis⁴³:

Essa legitimidade não toca a qualquer pessoa, simplesmente porque não figura como parte no processo pendente, quiçá sob o vago pretexto de que todos hão de colaborar com a administração da justiça. Legitimam-se apenas os que ostentem interesse jurídico. São os titulares de relação jurídica derivada ou incompatível com o objeto da execução. (...) Exemplo de terceiro com legitimidade para oferecer exceção de pré-executividade, controvertendo a validade de

⁴⁰ Art. 568. São sujeitos passivos na execução: I – o devedor, reconhecido como tal no título executivo; II – o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor; III – o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo; IV – o fiador judicial; V – o responsável tributário, assim definido na legislação própria.

⁴¹ ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil: V. 8: Do processo de execução, arts. 566 a 645*. Coordenação: Ovídio Araújo Baptista da Silva. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 68-69.

⁴² Art. 1.046. Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em casos como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhe sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos.

⁴³ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 15 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 1236.

transação feita no processo alheio, avulta no titular de penhora sobre o mesmo bem, impugnando a transmissão do bem penhorado ao credor em detrimento da cota que lhe caberia receber ou em fraude contra a própria execução.

Quanto à legitimidade do fiador convencional, cumpre trazer os precisos apontamentos de Rita Dias Nolasco⁴⁴:

Com relação ao fiador convencional, cumpre esclarecer que este só pode ser executado com base em contrato de caução (art. 585, III) ou com base em contrato decorrente de aluguel ou renda de imóvel (art. 585, IV), onde a fiança foi prestada; ou com base em sentença condenatória, desde que tenha sido parte desta ação de conhecimento condenatória. Assim, conforme anotamos, o fiador convencional só poderá ser executado com base na sentença condenatória (título executivo judicial), se a ação de conhecimento condenatória tiver sido proposta contra ele.

A fiança prestada em contrato de aluguel também somente atinge o terceiro caso, na ação de despejo, tenha integrado a relação processual, conforme preceitua a súmula 268⁴⁵ do Superior Tribunal de Justiça, não respondendo também por aditamentos os quais não anuiu, conforme súmula 214⁴⁶ do Tribunal Superior, o que reflete diretamente na legitimidade para a apresentação do instituto.

Outrossim, podem ser considerados parte legítima o cônjuge e o sócio do executado, sujeitos à execução conforme dispõem os incisos II e III do artigo 592⁴⁷ do Código de Processo Civil, quando a inviabilidade da execução puder ser demonstrada de plano.

Por derradeiro, prevalece que não pode ser considerada parte legítima o próprio exequente, pois a exceção de pré-executividade constituiu um

⁴⁴ NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de pré-executividade*. 2 ed. São Paulo: Método, 2004, p. 202.

⁴⁵ Súmula 268 do STJ: O fiador que não integrou a relação processual na ação de despejo não responde pela execução do julgado.

⁴⁶ Súmula 214 do STJ: O fiador na locação não responde por obrigações resultantes de aditamento ao qual não anuiu.

⁴⁷ Art. 592. Ficam sujeitos à execução de bens: (...) II – do sócio, nos termos da lei; III – do cônjuge, nos casos em que os seus bens próprios, reservados ou de sua meação respondem pela dívida;

meio de reação contra a execução, e não um movimento a favor da sua regularidade, de forma que eventuais alegações e pleitos nesse sentido inserem-se no âmbito da iniciativa geral atribuída a quem almeja, em seu proveito próprio, a validade dos atos processuais.

Em sentido contrário, Marcos Valls Feu Rosa⁴⁸ afirma que a exceção não é instrumento privativo do devedor, podendo também o autor ser legitimado, pois “*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*”.

Rita Dias Nolasco⁴⁹ discorda de tal entendimento, por entender que cabe ao autor exequente outros caminhos mais adequados para a arguição da ausência de tais requisitos, podendo “*desistir da execução (art. 569, do CPC) ou, sendo o vício sanável, requerer a sua regularização*”, posicionamento este que se coaduna com a doutrina majoritária sobre o tema.

⁴⁸ ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução*. Por alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1996, P. 48-49.

⁴⁹ NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de pré-executividade*. 2 ed. São Paulo: Método, 2004, p. 201.

7. PRAZO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A rigor, prevalece na doutrina que não há prazo para a apresentação da exceção de pré-executividade, uma vez que o magistrado deve solucionar, de ofício ou a requerimento, a qualquer tempo e em qualquer fase do processo, todos os vícios executivos porventura identificados.

No que atine às questões de ordem pública, nada pode impedir que o executado o faça a qualquer tempo, antes ou depois da penhora, pois deve o juiz conhecer de ofício e extinguir o processo a que faltem as condições da ação ou os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Nesse sentido, os ensinamentos de Rita Dias Nolasco⁵⁰:

Portanto, através da exceção de pré-executividade, poderão ser deduzidas a qualquer tempo e grau de jurisdição as matérias de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, porque não estão sujeitas à preclusão. Então, há possibilidade de apresentar a exceção de pré-executividade a partir do ajuizamento da ação de execução e até mesmo após os embargos à execução e da arrematação.

Entretanto, cumpre ressaltar que não alegando o executado o vício na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento, nos termos do artigo 267, §3º, parte final⁵¹, cumulado com o artigo 22⁵², ambos do Código de Processo Civil.

Prevalece que também não existe termo final para deduzir a exceção de pré-executividade, permanecendo viva tal possibilidade enquanto o juiz não extinguir o processo, pois dispensada a exigência de constrição prévia, o

⁵⁰ NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de pré-executividade*. 2 ed. São Paulo: Método, 2004, p. 199.

⁵¹ Art. 267. (...) § 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

⁵² Art. 22. O réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios.

requerimento do devedor não se cinge ao prazo de três dias para pagamento do artigo 652, *caput*, do Código de Processo Civil⁵³, e aos prazos de cumprimento dos demais procedimentos, nem se vincula ao prazo de 15 dias para oferecer embargos (artigo 738⁵⁴) ou impugnação (§1º do 475-J⁵⁵).

Nas questões relativas à vícios executivos com prova pré-constituída que não se inserem nas matérias de ordem pública, dado o alargamento do objeto da exceção de pré-executividade, há controvérsia acerca dos casos de preclusão, ou seja, se ainda cabe ao executado alegar tais exceções expirado o prazo para embargos, ou impugnação, sem que sejam deduzidos tempestivamente.

Cumpra trazer novamente os ensinamentos de Araken de Assis⁵⁶:

Mas, para averbar de preclusa essa via, o problema há de ser enfrentado à luz das três modalidades de preclusão – temporal, lógica e consumativa – defendidas na doutrina brasileira. Pois bem. Em primeiro lugar, inexistente prazo fixado para oferecer a exceção de pré-executividade, e, portanto, perder o direito de praticar o ato em virtude de inércia, conforme estipula o art. 183 do CPC, cuidando da preclusão temporal. Ademais, de incompatibilidade com outros atos (v.g., o requerimento de substituição de bens, a teor do art. 668) e da exceção – preclusão lógica – também não parece razoável cogitar. Preclusão consumativa, sim, poderá existir, mas, aí, se pressupõe o emprego da própria exceção, com ou sem êxito, excluindo ao executado o direito de aditá-la, completá-la ou renová-la.

Entretanto, para Rita Dias Nolasco⁵⁷, com fulcro no artigo 22⁵⁸ do Código de Processo Civil, caso o executado excepto deixe de alegar fato impeditivo,

⁵³ Art. 652. O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida.

⁵⁴ Art. 738. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação.

⁵⁵ Art. 475-J. (...) § 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias.

⁵⁶ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 15 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 1238.

⁵⁷ NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de pré-executividade*. 2 ed. São Paulo: Método, 2004, p. 199.

⁵⁸ Art. 22. O réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas e partir do

modificativo ou extintivo na primeira oportunidade, poderá ser condenado ao pagamento das custas, bem como perder o direito aos honorários sucumbenciais:

Existe outra pena que pode ser aplicada, prevista no art. 22 do CPC, caso o executado deixe de oferecer a exceção de pré-executividade, na primeira oportunidade, para alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do exeqüente, mesmo que seja acolhida a alegação, poderá o juiz deixar de condenar o exeqüente em honorários advocatícios.

Prevalece, portanto, no que atine às questões de ordem pública, que inexistente prazo ou qualquer óbice para a sua apresentação, e nas demais matérias, ainda que expirado o prazo para o oferecimento de impugnação ou embargos, podendo esta ser apresentada mesmo após a constrição, que também não haveria qualquer impedimento, pois a exceção não se enquadra em nenhuma das modalidades de preclusão, salvo a consumativa, e nesse caso apenas se já tenha sido apresentada, excluindo-se o direito de aditá-la, completá-la ou renová-la.

8. EFEITOS DA APRESENTAÇÃO DA EXCEÇÃO

A exceção de pré-executividade não trava a marcha do processo executivo, haja vista os casos de suspensão dos processos em geral, previstos no artigo 265⁵⁹ do Código de Processo Civil, e da execução em particular, contidos no artigo 791⁶⁰ do mesmo Compêndio, encontram-se taxativamente previstos.

Nesse sentido, os ensinamentos de Fredie Didier Junior⁶¹:

O ajuizamento da exceção ou objeção de não-executividade acarreta uma paralisação de fato no curso da execução, não significando, segundo alguns, que isso gere, formalmente, uma suspensão, tanto que os prazos eventualmente iniciados não se suspendem. É que a execução somente se suspende em hipóteses previstas legalmente, o que não é o caso da exceção ou objeção de não executividade.

Acrescenta o renomado professor⁶²:

Parece que a lógica do sistema é a seguinte: a defesa do executado, em qualquer de suas modalidades, pode ser oferecida sem prévia garantia do juízo, mas não suspende o procedimento executivo, salvo se forem preenchidos quatro pressupostos: requerimento do executado, garantia do juízo, verossimilhança das alegações e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Não há razão para que o regramento da exceção de não-executividade fuja deste esquema.

⁵⁹ Art. 265. Suspende-se o processo: I - pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador; II - pela convenção das partes; III - quando for oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz; IV - quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente; b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo; c) tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente; V - por motivo de força maior; VI - nos demais casos, que este Código regula.

⁶⁰ Art. 791. Suspende-se a execução: I - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução (art. 739-A); II - nas hipóteses previstas no art. 265, I a III; III - quando o devedor não possuir bens penhoráveis.

⁶¹ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. V. 5. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 406.

⁶² Idem.

Em sentido contrário, ainda que parcialmente, o entendimento de Olavo de Oliveira Neto⁶³, no sentido de que é inevitável a suspensão do feito executivo se a exceção for oposta antes da penhora, pois seria um desperdício da atividade jurisdicional permitir o andamento da execução, *“porque a matéria a ser decidida seria, ao menos em parte, idêntica à matéria que poderia ser suscitada mediante embargos, o que infringe o princípio da economia processual.”*

Marcos Valls Feu Rosa⁶⁴ sustenta que, havendo fundados receios 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, pois acabaria por *“colocar em xeque a possibilidade de início ou prosseguimento da execução, ou, em outros termos, da expropriação”*.

No mesmo sentido, os ensinamentos de Eduardo Arruda Alvim⁶⁵, para quem a exceção não é um instrumento que atravanque ou emperre o processo de execução, pois *“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.”*

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça⁶⁶ admite, em caráter excepcional, a concessão do efeito suspensivo à exceção de pré-executividade:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EFEITO SUSPENSIVO. 1. A exceção de pré-executividade é admitida, em situação excepcional, pelo nosso ordenamento jurídico. É cabível, com o efeito de suspender a execução, somente quando comprovada, de modo indubitável, a existência de prescrição, decadência, pagamento do débito ou outro motivo de ordem pública. (...) 3. Recurso especial provido. (g.n.)

⁶³ OLIVEIRA NETO, Olavo. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 127.

⁶⁴ ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução*. Por alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1996, P. 77-78.

⁶⁵ ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Exceção de pré-executividade*. In: SHIMURA, Sergio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo de Execução*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, P. 228.

⁶⁶ REsp 1.002.031-PE – Primeira Turma, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, j. 20.05.2008, DJe 23.06.2008.

A propósito, acrescenta Araken de Assis⁶⁷ que, em homenagem ao princípio da eventualidade, resguardando-se na hipótese de rejeição da exceção, o executado deverá adotar todas as providências na defesa de seus interesses:

Por conseguinte, em homenagem ao princípio da eventualidade, o executado deverá tomar as providências que lhe competem na defesa de seus interesses subsidiários, forrando-se da perda de outros direitos, na hipótese de rejeição da exceção. Por exemplo, incumbe ao executado respeitar o prazo para embargos (art. 738, caput), o único remédio que, preenchidos os requisitos próprios, habilita-o a suspender o processo (art. 739-A, § 1.º).

Vallisney de Souza Oliveira⁶⁸ entende que constituiu um risco o executado apoiar sua defesa somente na exceção de pré-executividade:

Por exemplo, se pedir na exceção a nulidade da execução, arrimado na inexistência de título executivo extrajudicial, e o juiz verificar que a matéria depende de prova ou, desde logo, que existe título judicial, de fato, rejeitará a exceção. Por conseguinte, se essa decisão demorar a ser proferida, o que é muito comum, o executado sofrerá prejuízo pela não-propositura da ação que lhe estava legalmente à disposição e que era capaz de suspender a execução fiscal.

Dessa forma, prevalece na doutrina que inexistente a concessão de efeito suspensivo à exceção de pré-executividade, pela ausência de previsão legal, o que não impede a paralisação do processo enquanto pendente o seu julgamento, ressalvada a necessidade do executado se precaver quanto à hipótese de sua rejeição, respeitando os prazos eventualmente iniciados.

⁶⁷ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 15 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 1239.

⁶⁸ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Embargos à execução fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 101.

9. OBRIGATORIEDADE DO CONTRADITÓRIO

Prevalece na doutrina que, antes de examinar a alegação do executado, o magistrado deverá intimar o exequente a se manifestar, em aplicação analógica à legislação vigente e em atenção ao princípio do contraditório.

Sobre a necessidade do contraditório, cumpre transcrever as palavras do renomado doutrinador Araken de Assis⁶⁹:

A possibilidade de o executado oferecer exceção de pré-executividade, suscitando questões que o juiz deve conhecer de ofício e, de modo geral, as exceções substantivas dotadas de prova pré-constituída, representa uma expressiva manifestação do princípio da bilateralidade de audiência ou do contraditório. Em contrapartida, também o exeqüente deve ser ouvido. (...) A falta de observância do contraditório invalida a eventual sentença de extinção, prejudicial aos interesses do credor. Por isso, a exigência constitucional não pode ser ignorada.

Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça⁷⁰:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO DO INCIDENTE, SEM A OITIVA DO EXEQUENTE. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO. 1. É obrigatório o contraditório em sede de exceção de pré-executividade, razão pela qual não é possível que o juízo da execução acolha a exceção sem a prévia oitiva do exequente, ainda que suscitada matéria cognoscível de ofício. 2. Recurso especial não provido. (g.n.)

Existe controvérsia, entretanto, quanto ao prazo a ser concedido. No entendimento de Araken de Assis⁷¹, em analogia ao disposto no artigo 327⁷² do

⁶⁹ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 15 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 1239-1240.

⁷⁰ REsp 1.279.659-MG – Segunda Turma, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 20.10.2011, DJe 27.10.2011.

⁷¹ Idem.

⁷² Art. 327. Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 301, o juiz mandará ouvir o autor no prazo de 10 (dez) dias, permitindo-lhe a produção de prova documental. Verificando a

Código de Processo Civil, remissivo ao artigo 301⁷³, no que atine às matérias de ordem pública deverá ser concedido ao exequente o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar nos autos. Quanto às demais matérias, não conhecíveis de ofício, porém respaldadas na apresentação de prova pré-constituída, o prazo para a manifestação deve ser o de 5 (cinco) dias, conforme dispõe o artigo 398⁷⁴.

Fredie Didier Junior⁷⁵, entretanto, entende que o prazo deve ser único, de 5 (cinco) dias, desde que outro não tenha sido fixado pelo magistrado, porém por fundamento legal diverso, em analogia ao disposto no artigo 185 do Código de Processo Civil⁷⁶:

Apresentada a exceção de pré-executividade, deve ser aberto prazo para que o exeqüente se manifeste. Em razão da ausência de prazo legal para essa manifestação, cabe ao órgão jurisdicional fixá-lo. Diante do silêncio do órgão jurisdicional, prevalece o prazo supletivo de cinco dias (art. 185 do CPC).

Ante o exposto, em que pese a controvérsia acerca do prazo a ser concedido ao exequente, bem como ao fundamento legal que o embasa, é inconteste a necessidade de sua intimação para a regular manifestação nos autos, sob pena de afronta ao princípio do contraditório, que deve prevalecer em todas as demandas judiciais, e caso desrespeitado pode viciar todo o feito.

existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a 30 (trinta) dias.

⁷³ Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: I - inexistência ou nulidade da citação; II - incompetência absoluta; III - inépcia da petição inicial; IV - perempção; V - litispendência; VI - coisa julgada; VII - conexão; VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; IX - convenção de arbitragem; X - carência de ação; XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar.

⁷⁴ Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.

⁷⁵ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. V. 5. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 402.

⁷⁶ Art. 185. Não havendo preceito legal nem assinação pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte.

10. SUCUMBÊNCIA NA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Prevalece na doutrina que a exceção de pré-executividade trata-se de mero requerimento sujeito à apreciação pelo juiz, de forma que não se poderia cogitar, no caso de rejeição, a imposição de honorários advocatícios sucumbenciais, incidindo apenas quando extinta a execução, ainda que de modo parcial.

Nesse sentido, os ensinamentos de Humberto Theodoro Junior⁷⁷:

Não passando a exceção de pré-executividade de um simples requerimento de conteúdo sujeito à apreciação ex officio pelo juiz, não há, em princípio, que se cogitar de imposição de honorários advocatícios sucumbenciais. A jurisprudência, seguindo posição assentada também na doutrina, entende, majoritariamente, que somente quando configurada a sucumbência do exequente, com o acolhimento da exceção, “deve incidir a verba honorária”, seja total ou parcial seu efeito extintivo sobre a execução.

Dessa forma, far-se-á no presente estudo a devida diferenciação, principalmente jurisprudencial, acerca das duas hipóteses acima suscitadas.

10.1. No caso de acolhimento, com a extinção da execução

No caso de acolhimento, com a conseqüente extinção, ainda que parcial, da execução, restará configurada a sucumbência do exequente, de forma que o magistrado condenará o credor nas despesas do processo e em honorários advocatícios, observada, em relação à última verba, o critério de equidade previsto no artigo 20, § 4º⁷⁸, do Código de Processo Civil.

⁷⁷ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. V II. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 443.

⁷⁸ Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (...) § 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

Nesse sentido, o entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça⁷⁹:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO. HONORÁRIOS. CABIMENTO. É firme o entendimento no sentido de que a procedência do incidente de exceção de pré-executividade, ainda que resulte apenas na extinção parcial da execução fiscal, acarreta a condenação na verba honorária. Precedentes. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos. (g.n.)

Humberto Theodoro Junior⁸⁰ faz, entretanto, a seguinte ressalva:

A imposição da verba questionada, mesmo no caso de acolhida da exceção de pré-executividade, não está ligada diretamente ao julgamento do incidente. O que a justifica é a “extinção do processo executivo”, conforme se acentua em todos os precedentes do STJ, já invocados. Na verdade, ao ser acolhida a exceção, profere-se “sentença terminativa da execução, onde será o autor condenado nas despesas do processo e nos honorários”. É por isso que não se cogita de honorários se, rejeitada a arguição incidental, a execução prossegue normalmente.

Dessa forma, o acolhimento da exceção de pré-executividade, ainda que parcial, ensejará na extinção da execução intentada, e conseqüentemente no arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais ao caso concreto.

10.2. Quando a exceção é rejeitada, prosseguindo-se o feito

Quando a exceção de pré-executividade é rejeitada, e a execução prossegue em toda a sua dimensão, o entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça⁸¹ é de que descabe a condenação em honorários advocatícios:

⁷⁹ EDcl no AgRg no REsp 1.319.947-SC – Segunda Turma, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, j. 06.11.2012, DJe 14.11.2012.

⁸⁰ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. V II. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 443.

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NÃO DEVIDOS. 1. Esta Corte firmou o entendimento de não serem devidos honorários advocatícios na exceção de pré-executividade julgada improcedente. 2. Precedente antigo e isolado da Segunda Seção está em desacordo com a posição jurisprudencial da mesma seção, órgão que hoje consagra entendimento firmado em diversos arestos no mesmo sentido do acórdão impugnado. 3. Embargos de divergência conhecidos e não providos. (g.n.)

A propósito, Araken de Assis⁸² entende que, mesmo na hipótese de rejeição da exceção, os honorários seriam devidos:

No caso de rejeição, a exceção de pré-executividade representou um incidente, cabendo ao órgão judiciário condenar o vencido – no caso, o executado – ao pagamento das despesas processuais, a teor do art. 20, § 1.º.

Em que pese o posicionamento doutrinário majoritário, respaldado jurisprudencialmente, acima suscitado, compartilho do entendimento de Araken de Assis, pois o Código de Processo Civil⁸³ dispõe que cabe ao juiz, ao decidir qualquer incidente, condenar nas despesas o vencido, o que é comumente extensivo às custas, não presentes no caso, bem como aos honorários advocatícios, desde que exercido na hipótese o contraditório, com a regular manifestação do exequente.

⁸¹ EREsp 1.185.024-MG – Corte Especial, Relatora Ministra ELIANA CALMON, j. 19.06.2013, DJe 01.07.2013.

⁸² ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 15 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 1241.

⁸³ Art. 20. (...) § 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

11. EXCEÇÃO COM INTUITO PROTTELATÓRIO

Verificada a apresentação de exceção de pré-executividade com intuito protelatório ou infundado, poderá o ato do executado restar caracterizado como atentatório à dignidade da Justiça, por se opor maliciosamente à execução, conforme previsto no artigo 600, inciso II, do Código de Processo Civil⁸⁴.

A propósito, o artigo 601, *caput*, do Compêndio processual, prevê ao devedor a incidência de multa não superior a 20% do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução.

Ademais, o artigo 17, inciso VI⁸⁵, do Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de ser considerado litigante de má-fé aquele que provocar incidentes manifestamente infundados, situação em que, conforme dispõe o artigo 18 da legislação processual, poderá o executado vir a ser condenado a pagar multa não excedente a 1% sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

Nos termos do artigo art. 739-B⁸⁶ do Código de Processo Civil a cobrança será promovida no próprio processo de execução, em autos apensos, operando-se por compensação ou por execução, conforme entendimento de Araken de Assis⁸⁷: *“Verificada a apresentação de incidente protelatório ou manifestação infundado (art. 600, II, c.c. art. 17, VI, ambos do CPC), o juiz aplicará as sanções cabíveis ao executado, passíveis de execução conjunta (art. 739-B).”*

Dessa forma, depreende-se que, ainda que o instituto se denote hábil à defesa dos interesses do executado, sua má utilização pode se demonstrar danosa e implicar em majoração do próprio débito do excipiente.

⁸⁴ Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que: (...) II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

⁸⁵ Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que: (...) VI - provocar incidentes manifestamente infundados.

⁸⁶ Art. 739-B. A cobrança de multa ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé (arts. 17 e 18) será promovida no próprio processo de execução, em autos apensos, operando-se por compensação ou por execução.

⁸⁷ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 15 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 1241.

12. RECURSOS CABÍVEIS

A doutrina e jurisprudência são uníssonas no sentido de que a exceção de pré-executividade gera um incidente, cuja rejeição se dá por intermédio de decisão interlocutória, passível do recurso de agravo de instrumento, enquanto o seu acolhimento enseja a extinção, ainda que parcial, da execução, mediante sentença extintiva, o que é passível de recurso de apelação.

Nesse sentido, a síntese contida na obra de Araken de Assis⁸⁸:

Deduzindo a exceção de pré-executividade, o devedor cria incidente, cuja rejeição enseja agravo; do acolhimento, porque ato extintivo da execução, cabe apelação. Além disso, cuidando-se de execução fiscal, a sentença sujeitar-se-á a reexame necessário, pois não há dúvida que julgou improcedente, na hipótese de acolhimento de alguma exceção substantiva, a pretensão executória da Fazenda Pública, embora sem o oferecimento dos embargos (art. 475, II).

Na mesma linha, o estudo de Daniel Amorim Assumpção⁸⁹:

Acolhido o pedido, a execução será extinta por sentença terminativa, recorrível por apelação, sendo o exequente condenado ao pagamento das verbas de sucumbência, ainda que o acolhimento seja parcial; rejeitado, por decisão interlocutória recorrível por agravo de instrumento, prossegue regularmente o procedimento executivo.

Conforme bem definiu Cândido Rangel Dinamarco⁹⁰:

Como os atos de controle da execução realizados no próprio processo ou fase executiva são atos deste processo, definindo ou não o litígio nele pendente, é pelos efeitos produzidos sobre esse processo que um desses atos se qualifica como sentença ou como decisão interlocutória.

⁸⁸ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 15 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 1240.

⁸⁹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: Método, 2012, p. 1139-1140.

⁹⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual*. V. IV. 3 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009, p. 855.

A propósito, para José Miguel Garcia Medina⁹¹, havendo recurso de agravo ou de apelação, conforme o caso concreto, do v. acórdão poderá caber ainda recurso especial ou extraordinário, de modo que *“as regras gerais relativas aos recursos, seus princípios, juízo de admissibilidade e de mérito, são totalmente aplicáveis ao processo de execução”*.

Em suma, conforme bem sintetizado por Rita Dias Nolasco⁹²:

Não conhecida ou não acolhida a exceção de pré-executividade, prosseguir-se-á normalmente a execução, tendo o ato judicial natureza de decisão interlocutória; assim, o recurso cabível será o de agravo de instrumento. A decisão que acolhe a exceção de pré-executividade e extingue a execução é sentença, impugnável por recurso de apelação. Mas, se acolhê-la, mas não extinguir a execução, é decisão interlocutória, impugnável pelo recurso de agravo de instrumento.

Faremos então a distinção, principalmente jurisprudencial, acerca das hipóteses acima suscitadas.

12.1. Acolhimento da exceção de pré-executividade

O acolhimento da exceção de pré-executividade, porque ato extintivo da obrigação, deve ser declarado por sentença, conforme preceitua o artigo 795⁹³ do Código de Processo Civil, razão pela qual o recurso cabível será a apelação, nos termos do artigo 513⁹⁴ do Compêndio processual em vigor.

Entendimento este sedimentado pelo Superior Tribunal de Justiça⁹⁵:

PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO. RECURSO CABÍVEL. 1. A decisão que acolhe exceção de pré-executividade põe fim ao processo executório e,

⁹¹ MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos no processo de execução - notas sobre alguns aspectos controvertidos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 389.

⁹² NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de pré-executividade*. 2 ed. São Paulo: Método, 2004, p. 273-274.

⁹³ Art. 795. A extinção só produz efeito quando declarada por sentença.

⁹⁴ Art. 513. Da sentença caberá apelação (arts. 267 e 269).

⁹⁵ REsp 613.702-PA – Quarta Turma, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, j. 08.06.2004, DJe 28.06.2004.

como ato extintivo, desafia recurso de apelação. 2. Recurso especial conhecido e provido.

A propósito, o Colendo Tribunal Superior⁹⁶ já se manifestou inclusive pela inaplicabilidade do princípio da fungibilidade quando interposto recurso diverso:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO QUE ACOLHEU EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. RECURSO CABÍVEL: APELAÇÃO. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO. ERRO GROSSEIRO. NÃO-INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. 1. Agravo de instrumento interposto pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS contra decisão que acolhe de exceção de pré-executividade. O Tribunal de origem lança entendimento no sentido de que a decisão que acolhe exceção de pré-executividade deve ser atacada via apelação por ser terminativa e não mediante agravo de instrumento. Em suas razões recursais, o recorrente alega, em síntese, que o acórdão impugnado violou o disposto no art. 557 do CPC, na medida em que o referido dispositivo revela-se inaplicável quando existe a possibilidade de ser utilizado o princípio da fungibilidade recursal. Destaca-se, ainda, que a exceção de pré-executividade não é um recurso regulamentado em lei, constituindo providência acolhida pela jurisprudência; dessa forma, não seria plausível a negativa de seguimento ao agravo. 2. É cabível exceção de pré-executividade quando se trata de matéria de ordem pública ou envolve fatos modificativos ou extintivos do direito do exeqüente, desde comprovados de plano, sem necessidade de dilação probatória. 3. A decisão que acolhe exceção de pré-executividade põe fim ao processo de execução, devendo ser atacada, portanto, mediante recurso de apelação. A interposição de agravo de instrumento caracteriza erro grosseiro, não sendo possível aplicar-se o princípio da fungibilidade recursal, cabível apenas na hipótese de dúvida objetiva. 4. Recurso especial conhecido e não-provido. (g.n.)

⁹⁶ REsp 741.639-PR – Primeira Turma, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, j. 14.03.2006, DJe 03.04.2006.

Ante o exposto, verifica-se pacificado o cabimento do recurso de Apelação à hipótese sob comento, caracterizando-se erro grosseiro a interposição de agravo de instrumento à sentença que extinguiu, mediante a apresentação de exceção de pré-executividade, a execução intentada.

Por derradeiro, cumpre salientar que, cuidando-se de execução fiscal, a sentença sujeitar-se-á à reexame necessário, pois julgou improcedente a pretensão executória da Fazenda Pública, embora sem oferecimento de Embargos, conforme preceitua o artigo 475, inciso II, o Código de Processo Civil⁹⁷, com as restrições contidas nos §§ 1º a 3º do mesmo artigo.

12.2. Rejeição da exceção apresentada

Tratando-se o instituto da exceção de pré-executividade de um incidente processual, sua rejeição se dará mediante decisão interlocutória, conforme preceitua o artigo 162 do Código de Processo Civil⁹⁸, enseja a interposição de agravo, em regra de instrumento, por se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação.

O artigo 522, *caput*, do Compêndio processual⁹⁹ em vigor, dispõe que das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave ou de difícil reparação, como se vislumbra nas hipóteses dos atos executórios.

⁹⁷ Art. 475. Está sujeita ao duplo grau de jurisdição, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal, a sentença: (...) II – que julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI). § 1º Nos casos previstos neste artigo, o juiz ordenará a remessa dos autos ao tribunal, haja ou não apelação; não o fazendo, deverá o presidente do tribunal avocá-los. § 2º Não se aplica o disposto neste artigo sempre que a condenação, ou o direito controvertido, for de valor certo não excedente a 60 (sessenta) salários mínimos, bem como no caso de procedência dos embargos do devedor na execução de dívida ativa do mesmo valor. § 3º Também não se aplica o disposto neste artigo quando a sentença estiver fundada em jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal ou em súmula deste Tribunal ou do tribunal superior competente.

⁹⁸ Art. 162. (...) § 2º Decisão interlocutória é o ato pela qual o juiz, resolve questão incidente.

⁹⁹ Art. 511. Das decisões interlocutórias caberá agravo, no prazo de 10 (dez) dias, na forma retida, salvo quando se tratar de decisão suscetível de causar à parte lesão grave e de difícil reparação, bem como nos casos de inadmissão da apelação e nos relativos aos efeitos em que a apelação é recebida, quando será admitida a sua interposição por instrumento.

Este é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça¹⁰⁰:

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NÃO ACOLHIDA - NATUREZA DE INCIDENTE PROCESSUAL - RECURSO CABÍVEL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO - DANO DE DIFÍCIL REPARAÇÃO. 1. Na hipótese dos autos, decisão que rejeita exceção de pré-executividade desafia recurso de agravo de instrumento e não agravo retido, uma vez que a execução fiscal terá normal prosseguimento, possibilitando, ocasionar dano de difícil reparação. (REsp 882811/MG, Relator(a) Ministra ELIANA CALMON, DJe 30/06/2008). 2. Ocorre preclusão temporal a interposição, primeiramente, de agravo retido contra decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade, e posterior agravo de instrumento contra o simples despacho de manutenção daquela rejeição, efetuado na oportunidade de juízo de retratação previsto no artigo 523§ 2º do CPC. 3. Recurso especial não provido. (g.n.)

Em sentido inverso à jurisprudência colacionada no item anterior, o Superior Tribunal de Justiça¹⁰¹ já se manifestou pela inaplicabilidade da fungibilidade recursal quando interposta apelação em face da decisão que rejeitou o instituto:

PROCESSO CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - ACÓRDÃO RECORRIDO QUE EXPRESSAMENTE DESTACOU QUE O ACOLHIMENTO DA REFERIDA EXCEÇÃO NÃO PÔS FIM AO PROCESSO - APELAÇÃO - NÃO CABIMENTO - INCIDENTE PROCESSUAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO. 1. A exceção de pré-executividade é defesa interinial do executado no bojo de execução e que tem por finalidade obstar os atos executivos, por isso que quando indeferida, o ato que a rejeita tem natureza interlocutória. 2. Deveras, a rejeição da exceção de pré-executividade com o prosseguimento do processo de execução desafia agravo de instrumento, ou retido, que, a fortiori, são os meios processuais adequados para evitar a preclusão.

¹⁰⁰ REsp 668.775-RJ – Segunda Turma, , Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 06.10.2009, DJe 15.10.2009.

¹⁰¹ REsp 749.184-MG – Primeira Turma, Relator Ministro LUIZ FUX, j. 13.03.2007, DJe 02.04.2007.

(Precedentes: RESP n.º 457181/PE, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 06.03.2006; RESP n.º 792.767/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 19.12.2005; RESP n.º 493.818/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 26.05.2003; RESP n.º 435.372/SP, deste relator, DJ de 09.12.2002) 3. O princípio da fungibilidade recursal reclama, para sua aplicação, a inexistência de erro grosseiro, dúvida objetiva do recurso cabível, observando-se, ademais, a tempestividade da inconformismo restando inaplicável, in casu, tendo em vista que, acaso acolhida a apelação como recurso de agravo restaria o mesmo intempestivo. (Precedentes: RCDESP na RCDESP no Ag 750223 / MG, deste relator, DJ de 18.12.2006; AgRg na MC 10533 / MS ; Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 17.10.2005; RESP 173975/PR, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 05/10/1998; RESP 86129/MG, Rel. Min. Barros Monteiro, DJ 24/09/2001) 4. Recurso especial conhecido e provido. (g.n.)

A propósito, para Rita Dias Nolasco¹⁰², rejeitada a exceção de pré-executividade que versava sobre matérias de ordem pública, e portanto não sujeitas à preclusão, mesmo sem recurso a matéria poderá ser arguida no feito executivo:

Rejeitada a exceção de pré-executividade que versava sobre matérias de ordem pública, não sujeitas a preclusão, mesmo havendo decisão proferida em segunda instância sobre a questão, não existe qualquer obstáculo a nova arguição da matéria em sede de embargos à execução. Pois da decisão versando sobre a matéria de ordem pública ou de direito indisponível não há preclusão pro judicato, segundo os artigos 267, parágrafo 3.º, e 471, II, in fine, ambos do CPC.

Nelson Nery Junior¹⁰³ sustenta que, se a exceção versava sobre questões de ordem pública, basta mero pedido de reconsideração:

No caso de não haver preclusão pelo fato de a matéria objeto da decisão ser de ordem pública ou de direito indisponível, a decisão poderá ser revista pelo mesmo Juiz ou Tribunal superior, ex officio ou

¹⁰² NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de pré-executividade*. 2 ed. São Paulo: Método, 2004, p. 277.

¹⁰³ NERY JUNIOR. *Princípios fundamentais - Teoria geral dos recursos*. 5 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 74.

a requerimento da parte. Esse requerimento poderá ser feito por petitio simplex ou por intermédio do recurso de agravo, se apresentado no primeiro grau de jurisdição. A petitio simplex poderá receber o nome de 'pedido de reconsideração'. Somente nesta hipótese, entendemos aceitável a utilização desse meio não recursal para provocar o reexame da questão já decidida pelo Juiz, sem que seja preciso interpor o recurso de agravo.

Por derradeiro, Rita Dias Nolasco¹⁰⁴ traz observação interessante acerca do agravo de instrumento recebido em segunda instância sem a concessão do efeito suspensivo, o que enseja o oferecimento no juízo originário, por garantia, de impugnação ou embargos à execução, conforme o caso, este último resolvido por sentença, cujo recurso cabível é a apelação:

Conforme dissemos acima, contra a decisão que rejeita a exceção cabe agravo de instrumento e contra a decisão que acolhe a exceção, com a conseqüente extinção do processo de execução, é cabível a apelação, enquanto que, contra a decisão dos embargos o recurso cabível será sempre o de apelação. O julgamento do agravo pelo Tribunal poderá ocorrer antes do julgamento da apelação, que vier a ser interposta da sentença que os julgar. Nesse caso, pode a exceção de pré-executividade assumir um papel prejudicial relativamente aos embargos, ao julgamento destes e à decisão do recurso da sentença que os decidir.

Ante o exposto, denota-se patente que a rejeição da exceção de pré-executividade não enseja a extinção do processo, razão pela qual prevalece que a decisão é atacável mediante agravo, em regra de instrumento, pela lesividade iminente, nada impedindo que a matéria seja novamente arguida no feito executivo se o recurso for improvido, ou mesmo não ocorra a sua interposição.

¹⁰⁴ NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de pré-executividade*. 2 ed. São Paulo: Método, 2004, p. 277.

CONCLUSÃO

O trabalho presente almejou o estudo aprofundado do instituto aceito pela doutrina e jurisprudência como remédio capaz de sanar vícios no processo, ou na fase de execução, ainda que não possua respaldo legal, carecendo de amparo legislativo que permitisse uma maior segurança jurídica em sua aplicabilidade.

A propósito, o inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal define que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal. Tal preceito, ou princípio, constitucional, acaba por nortear as execuções propostas, pois em que pese o ordenamento vise a satisfação do credor, nada justifica que a constrição indistinta seja amparada e disseminada irregularmente em nosso sistema.

Como visto, prevalece que a criação e estrutura do instituto sob análise, conforme conhecemos, foram desenvolvidas pelo lendário Pontes de Miranda, para muitos o maior jurista de nossa história, em seu famoso parecer elaborado quando contratado pela Companhia Siderúrgica Mannesmann, e visava a possibilidade de discutir a fraude de diversos títulos sem que fosse necessária a garantia do juízo, o que inevitavelmente ocasionaria a insolvência de seu cliente.

A nomenclatura utilizada, e aceita até hoje, é tida pela maioria como equívoca, pois as exceções são oferecidas pela parte, cabendo a terminologia objeções às questões que podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado, havendo também polêmica quanto ao complemento pré-executividade, em razão principalmente de conduzir à idéia de que o instituto resultaria na oposição de algo anterior à execução, entretanto, não há opção pacificada, e a rigor o instituto alargou a sua utilização de tal forma que dificilmente haveria a possibilidade de abarcar, com rigor técnico, uma definição incólume às críticas.

Concluimos que a aplicação da exceção de pré-executividade, a priori utilizável apenas para atacar vícios insanáveis que devem ser conhecidos de ofício pelo magistrado, posto que advindos de questões de ordem pública, foi ampliado e atualmente o instituto pode ser utilizado para arguir questões que necessitam de provocação da parte, mas podem ser reconhecidas pelo Juízo, desde que a alegação do vício executivo venha acompanhada com prova pré-constituída.

Ademais, tratamos a polêmica acerca da sua utilização após o advento da Lei nº 11.382/2006, que retirou da legislação a obrigação de garantia do Juízo para o oferecimento dos Embargos à execução, todavia, identificamos que toda a casuística aplicável não foi afastada pela alteração legislativa.

Outrossim, verificamos que, além do executado, são legítimos para a apresentação da exceção de pré-executividade o terceiro, nada obstante sejam estranhos ao processo, independente da oposição de embargos de terceiros, bem como o fiador convencional e o cônjuge, não podendo ser considerado parte legítima o próprio exequente, pois a exceção é um meio de reação contra a execução, e não um movimento a favor da sua regularidade.

Verificou-se também que não há prazo para a apresentação da exceção de pré-executividade, uma vez que o magistrado deve solucionar, de ofício ou a requerimento, a qualquer tempo e em qualquer fase do processo, todos os vícios executivos porventura identificados, permanecendo viva tal possibilidade enquanto o juiz não extinguir o processo, atentando-se, quanto aos vícios executivos com prova pré-constituída que não se inserem nas matérias de ordem pública, em que pese prevalecer que apenas caberia a preclusão consumativa, para o prazo para embargos ou impugnação para que sejam deduzidos tempestivamente.

O estudo abrangeu também os efeitos da apresentação da exceção, que em regra não suspende o processo executivo, bem como a obrigatoriedade do contraditório e a sucumbência no julgamento do instituto, tanto no caso de acolhimento quanto no caso de sua rejeição, abarcando também a existência de eventuais penalidades pelo retardamento ou quando possui intuito protelatório, verificando também quais os recursos cabíveis.

Ante o exposto, a conclusão precípua é que, com a aceitação e regular utilização do instituto, a exceção de pré-executividade, além de remédio aceito pela doutrina e jurisprudência, é uma resposta do executado que já possui todo um regramento estipulado, ainda que não escrito, estando portanto sujeito à subjetivações, pois decorrentes de posicionamentos consuetudinários, sem qualquer segurança jurídica, restando inaceitável que ainda não tenha sido abarcada pela legislação em vigor, tampouco esteja presente nos festejados projetos legislativos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Exceção de pré-executividade*. In: SHIMURA, Sergio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo de Execução*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 15 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. V. 5. Salvador: JusPodivm, 2013.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual*. V. IV. 3 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

FUX, Luiz. *O Novo Processo de Execução - Cumprimento da Sentença e a Execução Extrajudicial*. 1 ed. Rio De Janeiro: Forense, 2008.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *O controle dos atos executivos e efetividade da execução*. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1998.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos no processo de execução - notas sobre alguns aspectos controvertidos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz. Temas de direito processual - Sétima série.* São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JUNIOR. *Princípios fundamentais - Teoria geral dos recursos.* 5 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil.* 4 ed. São Paulo: Método, 2012.

NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de pré-executividade.* 2 ed. São Paulo: Método, 2004.

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

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Embargos à execução fiscal.* São Paulo: Saraiva, 2000.

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

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

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência.* V. II. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual civil.* São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Comentários ao Código de Processo Civil: V. 8: Do processo de execução, arts. 566 a 645.* Coordenação: Ovídio Araújo Baptista da Silva. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.