

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE: UM INSTRUMENTO NECESSÁRIO PARA A DEFESA PLENA DO EXECUTADO

Clara de Souza Martins

Mestranda em Direito Empresarial da
Faculdade de Direito Milton Campos

Sumário

1- Introdução. 2- A Dicotomia Execução e Cognição. 3- Os Embargos como Defesa do Executado. 4- Surgimento da Exceção de Pre-Executividade. 5- A Doutrina e a Exceção de Pré-Executividade. 6- A Jurisprudência e a Exceção de Pré-Executividade. 7- O Debate acerca da Denominação do Instituto. 8- Matéria Alegável, Prazo, Forma e Procedimento. 9- Conclusão. Referências Bibliográficas

1- INTRODUÇÃO

Quando se fala em processo de conhecimento logo se pensa em um instrumento necessário para a prestação da tutela jurisdicional, para a aplicação do direito, seja este favorável ao autor ou ao réu. Em outras palavras, o processo de conhecimento não é tido como um meio do autor fazer prevalecer seus interesses sobre os do réu e sim como um meio de se promover o direito, sempre de forma imparcial, assegurando-se o contraditório e o devido processo legal.

Infelizmente, o mesmo não pode ser dito do processo de execução, que está sempre associado à concretização dos direitos do exeqüente. O que se pretende ressaltar é a visão parcial que os juristas, em geral, guardam da execução, como se esta fosse um mero instrumento do credor de ver o seu crédito satisfeito diante de insistente e injusta inadimplência do devedor.

É claro que em muitas das vezes é exatamente isto que acontece, o devedor, conhecendo a tão falada morosidade do judiciário e com a intenção de protelar o máximo possível o cumprimento da prestação, aguarda o ajuizamento da execução e utiliza todos os recursos necessários para retardar o seu andamento.

Porém, a generalização não é sábia nem prudente, pois não são raras as situações em que o processo de execução é utilizado indevidamente, seja em face da pessoa errada, fundada em dívida prescrita, em título viciado por alguma nulidade ou por qualquer outra razão.

Os indevidamente executados, por representarem uma minoria na prática jurídica, são prejudicados por uma legislação processual completamente voltada para a proteção do credor e que, desde logo, trata o devedor como um infrator do direito, não lhe oferecendo oportunidade de defesa sem que sofra a constrição de seus bens.

Ainda que estas situações sejam raríssimas, não se pode esquecer que o processo de execução também é um meio de prestação da tutela jurisdicional e como tal deve promover o direito, ao lado de quem estiver, exeqüente ou executado. As generalizações, apesar de serem pragmáticas, são extremamente injustas com aqueles que se encontram indevidamente por ela contemplados, devendo, portanto, ser evitadas.

Ademais, o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, ao assegurar o contraditório e a ampla defesa a todos os litigantes em processo judicial ou administrativo não fez nenhuma distinção entre os processos judiciais, ou seja, o processo de execução também deve observar estes princípios constitucionais.

O direito do executado à ampla defesa e ao contraditório é ainda reforçado pelo inciso LIV do mesmo dispositivo que determina que ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal.

Por esta razão entende-se que a defesa, por meio de um contraditório, também deve ser possível no processo de execução e não diferida aos embargos, condicionada a penhora prévia.

É preciso desmitificar a idéia de que o processo de execução é incompatível com o contraditório, de que a defesa do executado somente pode ser apresentada por meio de embargos.

Porém, nenhum mito pode ser destruído sem que antes seja conhecida a sua origem. Mostra-se, assim, oportuna uma breve análise sobre a dicotomia execução e cognição.

2- A DICOTOMIA EXECUÇÃO E COGNIÇÃO

Carnelutti ensina que o processo de conhecimento transforma o fato em direito, enquanto o processo de execução transforma o direito em fato (CARNELUTTI, 1971, p. 327).

Em sentido semelhante, José Frederico Marques diz que no processo de conhecimento, o procedimento centraliza-se em torno do juiz com a finalidade de se obter a sentença, ocorrendo o inverso no processo de execução, em que a atividade é direcionada para fora, com o intuito de serem expropriados os bens do devedor e alcançado o seu patrimônio (MARQUES, 1976, p. 9).

Com efeito, não se pode contestar que a cognição é a principal atividade desenvolvida no processo de conhecimento e que a transformação da realidade é a principal característica do processo de execução, entretanto isto não significa que

a cognição somente é realizada no processo de execução ou que a transformação da realidade é atividade exclusiva do processo de execução. A execução e a cognição são atividades jurisdicionais distintas, mas não incompatíveis.

A autonomia destas duas figuras de proteção jurídica, segundo Ovídio Baptista, não é absoluta, nem radical, lembrando que em inúmeras ações as operações de transformação de realidade ocorrem dentro do processo de conhecimento, demonstrando que a execução e a cognição podem e de fato se misturam em uma mesma demanda (SILVA, 1995, p. 87).

Esta combinação em nada atrapalha a prestação da tutela jurisdicional, ao contrário, normalmente confere maior efetividade ao processo, como nas ações executivas *latu sensu* e nas ações mandamentais.

Alberto Camiña Moreira lembra que a união entre a execução e a cognição não é estranha ao nosso direito, pois o Código de Processo Civil, em seu livro II, ao tratar da execução da pensão alimentícia, prevê a defesa do executado dentro da própria execução (MOREIRA, 2000, p. 6), pois o artigo 733, caput, dispõe que o devedor será citado para "em 3 (três) dias, efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo." A opção do devedor pelas duas últimas alternativas implicam em realização de atividade cognitiva, pois não há outra forma do juiz dar continuidade ao processo.

Sendo incontestável a existência em nosso ordenamento jurídico da convivência da cognição com a execução, por que ainda nos deparamos com a idéia de que não existe cognição no processo de execução, como se estes fossem incompatíveis?

Acreditamos serem duas as razões deste entendimento, antes tão comum e cada vez mais raro na atualidade. A primeira seria a já mencionada cultura jurídica de que o credor é sempre um prejudicado, um "pobre coitado" que sofre com a injustificada inadimplência do devedor, que insiste em não cumprir suas obrigações e que, portanto, deve ter a sua defesa desestimulada. O diferimento da defesa aos embargos, condicionada à prévia penhora, seria um grande instrumento para inibir supostas defesas protelatórias. Esta, porém, é uma visão tendenciosa e generalista, que ignora por completo a possibilidade do devedor estar sendo indevidamente executado ou demandado de forma inadequada e se ver obrigado a garantir o juízo para poder se manifestar.

A segunda, apenas uma suposição, seria a influência da doutrina alienígena, sobretudo a alemã e a italiana. Neste dois países a execução não é realizada perante o juiz de direito e sim perante um executor judicial e um oficial de justiça, respectivamente, pessoas não peritas em direito e desprovidas de poderes para conhecer eventuais questões levantadas. Assim, desejando o executado apresentar

provas em sua defesa, deve fazê-lo por meio de embargos, perante o juiz de direito competente.

Considerando a enorme influência da doutrina alemã e sobretudo da italiana no nosso direito processual civil, é compreensível que em outros tempos reinasse o entendimento de que a cognição, ou seja, a defesa do executado somente fosse possível nos embargos. Contudo, com o aprofundamento dos estudos nesta matéria, este entendimento perdeu o seu fundamento, pois no Brasil o processo de execução não é promovido perante um oficial de justiça ou um executor judicial, e sim perante o juiz de direito.

Não é possível precisar, pelo menos não neste estudo, qual destas razões mais influenciou o ordenamento jurídico vigente, mas é fato que o Código Processual Civil não prevê o contraditório dentro do processo de execução, restringindo a defesa do executado aos embargos, desde que seguro o juízo, pela penhora ou pelo depósito da coisa certa (arts. 736 e 737 do CPC).

O que se deve ter em mente é que o fato de inexistir no Código Processual Civil a previsão de defesa no bojo da execução não significa que esta seja proibida. O direito processual vai além das normas codificadas. É muito mais amplo, devendo ser analisado como um todo, como um sistema jurídico que engloba os princípios e as normas constitucionais, inclusive aquelas que garantem a todos o direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.

3- OS EMBARGOS COMO DEFESA DO EXECUTADO

Os embargos de devedor são prontamente lembrados quando se questiona a ausência de contraditório no processo de execução, realmente, este, por estar previsto no Código de Processo Civil, é o meio de oposição mais utilizado pelo executados. Porém, há de se levar em conta que os embargos não podem ser imediatamente utilizados pelo devedor, estando sempre condicionados à prévia garantia do juízo, uma agressão ao patrimônio do devedor.

É preciso esclarecer que o presente trabalho não visa retirar a importância dos embargos, mas apenas lembrar que este meio de defesa do executado não é suficiente para garantir o tão clamado devido processo legal. O inciso LIV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 é claro ao dispor que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal". De acordo com este dispositivo constitucional, o executado somente poderia sofrer a constrição de seus bens após o devido processo legal, o que pressupõe a presença do contraditório e ampla defesa, direitos consagrados a todos os litigantes pelo inciso LV do mesmo artigo. Com efeito, os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório jamais serão respeitados se a defesa do executado estiver restrita aos embargos, posteriormente à penhora.

A exigência de penhora prévia para que o devedor se oponha à execução, por si só, é uma afronta aos mencionados princípios constitucionais. Não há como se ter um devido processo legal se não houver a real possibilidade de defesa, sobretudo por meio do contraditório. A defesa de um demandado judicialmente deve ser ampla e incondicional. Todos têm o direito de se defenderem antes de se sofrerem qualquer constrição judicial. Este condicionamento imposto pelo Código Processual Civil é ainda mais aflitivo quando a execução não observa os requisitos legais e que, portanto, sequer deveria ter sido iniciada.

Marcos Valls Feu Rosa, ao tratar da falta de previsão normativa para uma defesa constitucional do executado, afirma que aos poucos a doutrina e a jurisprudência vêm preenchendo este vácuo legal e "afastando o entendimento de que é indispensável a efetivação da penhora para que o devedor possa, só então, através de embargos, opor-se à execução, mesmo quando argüir matérias anteriores e prejudiciais da penhora" (MARCOS VALL, 1996, p. 21).

Apesar de ainda existirem alguns juristas que só reconheçam os embargos como meio de defesa para o executado, a exemplo de Alcides de Mendonça Lima, lembrado por Feu Rosa, a doutrina e a jurisprudência têm evoluído em sentido contrário, adotando uma posição mais flexível e constitucional, acatando a solução fornecida pelo saudoso Pontes de Miranda, ou seja, reconhecendo a defesa do executado por exceção de pré-executividade.

4- SURGIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A doutrina é unânime quanto ao surgimento da exceção de pré-executividade. Todos os livros e artigos que tratam do assunto atribuem o seu surgimento a Pontes de Miranda.

Em 1966 a Companhia Siderúrgica Mannesmann teve a sua falência pedida por duas vezes. Ambas as tentativas foram fracassadas, pois os pedidos haviam sido baseados em títulos falsos. Posteriormente, com base nos mesmos títulos, foram ajuizadas novas ações, desta vez executivas, em São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte. Apesar dos títulos possuírem assinaturas falsas de um dos diretores da Companhia Mannesmann, já constatadas anteriormente e de fácil comprovação, a empresa encontrou-se numa situação delicadíssima, pois de acordo com a legislação vigente somente poderia apresentar defesa se antes garantisse o juízo, o que diante do volume de execuções era inviável. Sem alternativa, a executada requereu a nulidade da citação, fundamentando seu pedido justamente na falsidade dos títulos.

Diante deste quadro foi feita a consulta a Pontes de Miranda, quando lhe foi perguntado se no prazo para o pagamento, sob pena de penhora, pode a executada alegar a falsidade do título, independentemente de garantir o juízo. No célebre parecer elaborado para responder a questão, Pontes de Miranda disse que sim, pois "a alegação de inexistência, da invalidade ou da ineficácia da sentença é alegável antes da expedição do mandado de penhora" (PONTES DE MIRANDA, 1975, 4º v., p. 137), para ele a penhora era exigida para a oposição de embargos do executado, mas "não para a oposição das exceções e de preliminares concernentes à falta de eficácia executiva do título extrajudicial ou da sentença" (PONTES DE MIRANDA, 1975, 4º v., p. 132).

O raciocínio de exposto por Pontes de Miranda em seu parecer é brilhante e aos poucos foi sendo acolhido pela doutrina, ganhando cada vez mais respaldo no mundo jurídico, inclusive nos tribunais, que hoje aceitam tranqüilamente defesas por meio de exceção de pré-executividade.

5- A DOCTRINA E A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Atualmente, sem sombra de dúvida, a exceção de pré-executividade encontra mais defensores do que opositores na doutrina. Dentre os últimos, Luiz Peixoto de Siqueira Filho (SIQUEIRA FILHO, 2001, p. 34) reconhece em Alcides Mendonça Lima a principal oposição ao instituto, sobretudo por ter tentado destruir a argumentação que sustenta a exceção de pré-executividade em parecer elaborado por solicitação da empresa COPERSUCAR. A tentativa, ressalta Siqueira Filho, acabou "por apontar os caminhos a serem seguidos para a formulação de um conceito preciso da exceção" e não foi capaz de diminuir a aceitabilidade do instituto pelos demais doutrinadores.

É espantosa a difusão que a exceção de pré-executividade alcançou no mundo jurídico. A maioria dos doutrinadores modernos vê o instituto com muito respeito, atribuindo-lhe grande importância e eficácia, como Ovídio A. Baptista da Silva, Ernane Fidélis dos Santos, Humberto Theodoro Júnior, Araken de Assis, Luiz Edmundo Appel Bojunga e muitos outros.

Apesar de defendido por todos estes e ainda outros doutrinadores, o instituto nem sempre vem associado ao nome que lhe foi conferido por seu criador, mas pode ser facilmente reconhecido em textos doutrinários como nos ensinamentos de Ernane Fidélis dos Santos (FIDÉLIS DOS SANTOS, 1989, v. 3, p. 23):

Para que se defira a execução, basta que o título, em aparência, revele liquidez, certeza e exigibilidade. Se tal não acontecer e, mesmo assim, a execução for deferida, é lógico que o executado poderá alegar o vício, em grau

de embargos, mas não necessariamente, pois, se o Juiz, em qualquer fase do processo, deve, de ofício, reconhecer a nulidade, pode também fazê-lo provocado (ASSIS, 1998, p. 43).

A provocação mencionada pelo doutrinador mineiro é nada menos que exceção de pré-executividade, apenas colocada de maneira simples, como realmente é o instituto: uma provocação do magistrado para que se atente a um vício do título executivo. Simplificar é a melhor forma de incentivar o uso do instituto, cujo nome é mais complexo e polêmico do que ele em si, como se verá posteriormente.

Araken de Assis, de maneira extremamente semelhante entende que:

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

O também mineiro Humberto Theodoro Júnior, ao tratar da nulidade do título executivo, ensina que a sua declaração, no curso da execução, não precisa ser realizada de forma ou procedimento especial. Lembrando que o juiz poderá declarar a nulidade do feito tanto de ofício como a requerimento da parte, Theodoro Júnior conclui que, "Não é preciso, portanto, que o devedor utilize dos embargos à execução. Poderá argüir a nulidade em simples petição, nos próprios autos da execução" (THEODORO JR, 1991, II v., p. 864).

Como se percebe, a exceção de pré-executividade é vista como muita naturalidade pela doutrina moderna, apenas o termo escolhido por Pontes de Miranda para designá-la por vezes desagradou os juristas, que preferem chamá-la de "requerimento", "defesa", "petição" ou expressão semelhante.

6- A JURISPRUDÊNCIA E A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A exceção de pré-executividade não consiste em mera questão acadêmica, distante da realidade jurídica, como pensam alguns. São freqüentes as defesas realizadas por meio deste instituto, assim como as decisões de nossos tribunais que as acolhem.

O Superior Tribunal de Justiça solidificou sua posição no sentido de que as matérias que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz podem ser argüidas pelo executado por meio de exceção de pré-executividade, dentro da própria execução, independentemente de embargos. A posição do STJ sobre a questão pode ser ilustrada pelas seguintes ementas:

Execução. A nulidade do título em que se embasa a execução pode ser argüida por simples petição, uma vez que suscetível de exame ex officio, pelo juiz. O inadimplemento do contrato, a que se vincula o título, entretanto, constitui matéria que, para ser conhecida requer seja alegada pela via dos embargos.

Execução. A nulidade do título em que se embasa a execução pode ser argüida por simples petição, uma vez que suscetível de exame ex officio, pelo juiz. O inadimplemento do contrato, a que se vincula o título, entretanto, constitui matéria que, para ser conhecida requer seja alegada pela via dos embargos. (STJ, cf. RT, 671:187)

Processual Civil - Agravo de Instrumento - Processo de Execução - Embargos do Devedor - Nulidade - Vício Fundamental - Arguição nos Próprios Autos da Execução - Cabimento - Artigos 267, par3º.; 585, II, 586; 618, I, do CPC. I- Não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares exigidas no processo de execução, constitui-se em nulidade, como vício fundamental; podendo a parte argüi-la, independentemente de embargos do devedor, assim como, pode e cumpre ao Juiz declarar, de ofício, a inexistência desses pressupostos formais contemplados na lei processual civil. II- Recurso conhecido e provido. (STJ, cf. RT 40:447)

Estas não são decisões isoladas do STJ, pelo contrário, o repertório de jurisprudência deste tribunal traz inúmeras decisões neste sentido, jogando uma pá de cal sobre a questão da viabilidade ou não do executado apresentar defesa independentemente da penhora e dos embargos. A discussão acerca da viabilidade da exceção de pré-executividade encontra-se inteiramente ultrapassada, tanto a doutrina como a jurisprudência já assimilaram o instituto como mais um meio de defesa do executado. O mesmo não pode ser dito, entretanto, acerca do seu alcance, isto é, sobre as matérias passíveis de arguição por meio deste instituto.

A maior parte dos julgados encontrados que acolheram esta forma de defesa foram fundamentados no fato da matéria levantada se encontrar no rol daquelas que deveriam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, assim, passíveis

de serem conhecidas a requerimento do executado. Entretanto, já podem ser encontrados julgados que acolhem exceção de pré-executividade que versam sobre matéria que não é de ordem pública, nem deve ser reconhecida ex officio pelo magistrado.

O próprio STJ, em decisão de sua 1ª Turma, admitiu a alegação de prescrição no bojo da execução, ou seja, admitiu a utilização da exceção de pré-executividade para levantar questões que não são de ordem pública. A decisão inovadora fundamentou-se no fato do executado não possuir bens penhoráveis, estando impossibilitado de oferecer embargos, sendo assim, desnecessária e prejudicial à economia processual a indefinida espera para que o juiz se manifeste sobre a extinção do crédito, em face da prescrição argüida pelo executado.

Como bem ressaltou Araken de Assis, a partir deste julgado, o campo de incidência da objeção de pré-executividade se alarga, abrangendo exceções substanciais, não possíveis de conhecimento de ofício, caso o executado não possa oferecer embargos por falta de bens penhoráveis (ASSIS, 1998, p. 446).

É preciso ressaltar que o STJ, apesar de estar aceitando a exceção de pré-executividade de uma forma consideravelmente flexível, aparentemente não a tem admitido quando se trata de execução fiscal.

Diz-se "aparentemente" porque ao mesmo tempo que o STJ se manifesta no sentido de que "o sistema consagrado no art. 16 da Lei n. 6.830/80 não admite as denominadas 'exceções de pré-executividade', declara que "nada impede que o executado - antes da penhora - advirta o Juiz, para circunstâncias prejudiciais (pressupostos processuais ou condições da ação) suscetíveis de conhecimento ex officio" (Resp. 143.571-RS, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, j. 22/10/1998. DJU 01/03/99, p. 227)

Como se observa, o STJ apenas aparentemente não admite a exceção de pré-executividade na execução fiscal, ou então não a aceita com este nome, pois a aceitável "advertência", mencionada no julgado, é nada menos que a exceção, porém com outras palavras.

Esta, porém, tem sido uma das poucas ressalvas em relação ao instrumento processual estudado feitas pelo Superior Tribunal de Justiça, que tem se mostrado um importante adepto da utilização da exceção de pré-executividade, influenciando, sem sombra de dúvida, os tribunais inferiores e os juízos singulares a adotarem idêntica posição.

7- O DEBATE ACERCA DA DENOMINAÇÃO DO INSTITUTO.

Conforme exposto anteriormente, na doutrina e jurisprudência moderna se encontra consolidado o reconhecimento da exceção de pré-executividade como instrumento processual de defesa do executado. A denominação dada ao instituto por Pontes de Miranda, por outro lado, não está tão solidificada assim.

Nelson Nery Júnior destaca-se na oposição ao termo "exceção de pré-executividade", segundo o renomado processualista, a palavra "exceção" transmite a idéia de disponibilidade do direito, sendo mais apropriado a denominação do instituto de "objeção", pois trata-se de matéria de ordem pública decretável de ofício pelo juiz e por isto, não passível de preclusão (NERY JR, 1995, p. 131).

Camiña Moreira discorda, para ele "o pedido de reconhecimento de prescrição pode ser formulado por simples requerimento e não é matéria decretável de ofício, não se coadunando com a noção de objeção quando se tratar de direito patrimonial..." (MOREIRA, 2000, p. 36). Moreira não só entende descabida a crítica feita por Nery, como refuta a denominação proposta. No tocante ao termo "exceção", acrescenta Moreira que este, historicamente "sempre teve o sentido de defesa, e, qualquer que seja o conceito que se adote desse vocábulo, estará no seu núcleo a idéia de que serve como meio defensivo" (MOREIRA, 2000, p. 37)

Concordamos com Moreira, o termo "exceção de pré-executividade" é apropriado, pois refere-se simplesmente à defesa e é exatamente para isto que foi criado o instituto, para permitir a defesa do executado independentemente de penhora. Ademais, esta expressão encontra-se em perfeita consonância com tendência evolutiva do instituto, que, como já foi dito, vem sendo admitida para levantar questões que não são de ordem pública, tal como a prescrição.

O próprio Nelson Nery Júnior, que tanto criticou a utilização do termo "exceção" em uma de suas obras, diante desta evolução do instituto, acabou por aceitá-la quando a defesa versar sobre matéria que o juiz não pode conhecer de ofício.

Ao comentar o artigo 736 do Código Processual, o autor, juntamente com Rosa Maria de Andrade Nery, declara existirem três formas de defesa do executado: por embargos; por exceção de executividade e por objeção de executividade. Sendo que nos dois últimos casos a defesa pode ser realizada sem a garantia do juízo, tratando-se de defesas em sentido estrito (NERY JR, 1995, p. 1.187).

Segundo comentário realizado conjuntamente pelos referidos autores a "exceção de executividade" é admitida quando não for necessária dilação probatória para a demonstração de que a execução não é possível, por isto ser

exceção de "executividade" e não de "pré-executividade", pois o credor não possui execução contra o devedor.

Quanto ao termo "exceção", acrescentam os doutrinadores, ser assim empregado por versar a defesa sobre matéria somente conhecida pelo juiz a requerimento da parte. No tocante às matérias passíveis de arguição pela exceção de executividade, destacaram a prescrição, o pagamento e qualquer outra forma de extinção da obrigação, contanto que sejam demonstráveis *prima facie*.

O termo objeção de executividade continuou a ser utilizado pelo doutrinador, contudo, somente quando a matéria alegada pelo devedor como causadora da nulidade, ilegalidade, ou descabimento da execução for de ordem pública (NERY JR, *ibidem*, p/ 1.189).

A divisão da defesa do executado sem garantia do juízo em dois tipos é coerente com o posicionamento anterior de Nery Júnior e com a evolução do direito. Porém, para aqueles que entendem que o termo "exceção" não traz nenhuma idéia de disponibilidade e sim de defesa, a divisão mostra-se desnecessária.

Apesar dos discussões acerca da nomenclatura correta do instituto, entendemos ser esta a menor das questões, pouco influenciando na prática, sobretudo diante de outros aspectos deste meio de defesa, como a matéria passível de arguição, o prazo e a forma.

8- MATÉRIA ALEGÁVEL, PRAZO, FORMA E PROCEDIMENTO

A exceção de pré-executividade, conforme exposto inúmeras vezes ao longo deste trabalho, é um meio de defesa do executado, que apesar de não prevista no Código de Processo Civil mostra-se necessária para a garantia do contraditório e do devido processo legal, princípios inseridos no artigo 5º da Constituição Federal. Pode-se dizer que é um instrumento de criação doutrinária-jurisprudencial decorrente da teoria geral do processo.

8.1- Forma

Por meio deste instrumento processual, inicialmente elaborado por Pontes de Miranda, o executado pode apresentar defesa no bojo da própria execução, independentemente da garantia do juízo, por meio de simples petição. A doutrina e a jurisprudência é unânime quanto a este ponto, não há maiores formalidades para este meio de defesa processual, basta um requerimento, uma petição.

Marcos Valls Feu Rosa é um dos poucos doutrinadores que defendem que a exceção de pré-executividade, por não ter forma ou procedimento especial, pode

ser feita verbalmente em audiência. O autor capixaba reconhece que a realização de audiência no processo de execução é algo raro, mas não ignora a possibilidade de sua realização com fulcro no artigo 599, inciso I, do Código de Processo Civil (FEU ROSA, 1996, p. 40-50).

Argüida por petição ou verbalmente, o importante é que a manifestação do executado esteja documentada nos autos, assim alerta Siqueira Filho, "pois de outra forma seria impossível ter certeza da obrigatoriedade da apreciação da questão pelo juiz" (SIQUEIRA FILHO, 2001, p. 68)

8.2- Matéria alegável e prazo

Embora já tenha sido defendido na doutrina que a exceção de pré-executividade somente poderia ser utilizada antes da penhora, hoje reina o entendimento de que este instrumento processual tem por objetivo atacar o processo de execução em si e não a penhora. "Assim, se a exceção de pré-executividade atinge a penhora, é só pelo fato de que esta não é possível de se efetivar num processo constituído de forma irregular." (SIQUEIRA FILHO, 2001, p. 64).

Partindo desta premissa e considerando que as matérias de ordem pública jamais precluem, grande parte da doutrina entende que a exceção de pré-executividade pode ser argüida a qualquer tempo e grau de jurisdição. Posição também adotada pelo Superior Tribunal de Justiça. Ressalta-se, entretanto, que o executado que não alegar em sua defesa a matéria cabível na primeira oportunidade que lhe couber, responderá, nos termos do art. 267,§3º, pelas custas de retardamento.

A questão não é tão simples quando adentramos no campo da prescrição, compensação, pagamento e demais casos de extinção da obrigação. Pouco se encontra na doutrina a respeito, pois esta não é uníssona quanto à possibilidade deste tipo de matéria ser argüível por meio de exceção de pré-executividade, pelo contrário a maior parte dos trabalhos sobre o assunto limitam a matéria desta tipo de defesa àquelas apontadas como sendo de ordem pública.

Dentre as obras estudadas apenas duas continham a idéia de ser admissível a exceção para alegar matérias que não são de ordem pública: o Código Comentado de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery e a obra de Alberto Camiña Moreira sobre o assunto.

A primeira obra, conforme mencionado anteriormente, divide a defesa do executado independentemente de garantia do juízo em dois tipos: exceção de executividade e objeção de executividade (NERY JR, 1995, p. 1.187). Esta última abrangeria as matérias de ordem pública, assim, não sujeitas à preclusão,

podendo ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição (NERY JR, 1995, p. 1.189).

O mesmo, porém, não aconteceria na exceção de executividade, que por versarem sobre as mesmas matérias que podem fundamentar os embargos, isto é, de direito disponível, que dependem de provocação para o conhecimento pelo juiz, deveria obedecer ao mesmo prazo dos embargos, que é o do art. 738 do CPC, salvo se o objeto da exceção for a prescrição, cuja alegação é permitida a qualquer tempo pelo art. 162 do Código Civil (NERY JR, 1995, p. 1.188).

Em suma, para Nelson Nery Júnior e Rosa Nery a prescrição pode ser alegada a qualquer tempo, assim como as matérias de ordem pública. Já a compensação, pagamento, confusão, novação, consignação em pagamento, remissão, sub-rogação e dação em pagamento poderão ser alegadas até o término do prazo dos embargos.

Camiña Moreira, por sua vez, não faz esta distinção, para ele "Questões processuais, de ordem pública, podem ser alegadas a qualquer tempo; da mesma forma a prescrição, a decadência, o pagamento e a compensação" (MOREIRA, 2000, p. 62).

As duas posições são interessantes e de certa forma se completam. Estamos de acordo quanto à possibilidade da argüição de prescrição, compensação e demais formas de extinção da obrigação independentemente da garantia do juízo, porém todas estas alegações podem também ser alegadas por meio da exceção de pré-executividade, assim como as de ordem pública.

A divisão do instituto de acordo com a matéria argüida é desnecessária. Logo, é possível a construção de uma regra genérica, no sentido de que a exceção de pré-executividade pode ser apresentada a qualquer tempo e grau de jurisdição e versar sobre matérias de ordem pública ou não, desde que sejam prejudiciais à execução, porém as questões que não forem de ordem pública, nem de prescrição, estarão preclusas findo o prazo dos embargos.

Não há que se confundir a matéria preclusa com o prazo para a utilização do instituto processual. Uma apelação, por exemplo, pode ser apresentada dentro do prazo e conter alegações diversas, algumas versando sobre matérias preclusas, por não terem sido levantadas na contestação e outras sobre matérias ainda passíveis de conhecimento.

8.3- Procedimento

A argüição da exceção de pré-executividade deve ser feita nos próprios autos da execução, normalmente por simples petição que contenha os

fundamentos pelos quais entende-se prejudicada a execução, juntamente com os documentos que comprovam as alegações do devedor.

O tipo de prova necessário para fundamentar a alegação é que determina a possibilidade da utilização do instituto, que não comporta provas de complexa produção. Nery Júnior e Rosa Nery são enfáticos neste ponto, afirmando que " Não se admite dilação probatória na exceção, razão pela qual a prova é documental e pré-constituída", acrescentando que "havendo necessidade de dilação probatória (prova testemunhal, pericial etc.), o devedor não poderá opor exceção, pois o caso é de oposição de embargos de devedor" (NERT JR, 1995, p. 1.188).

Posição idêntica adota Camiña Moreira, para quem o instituto em estudo..." limita-se à prova documental, conforme tranqüilo entendimento doutrinário. Não há mal nisso" (MOREIRA, 2000, p. 49). Apontando o mandado de segurança e a ação monitória como exemplos de instrumentos processuais que também só admitem provas pré-constituídas.

Recebida a exceção, deve o juiz promover o contraditório, dando oportunidade para que o exeqüente se manifeste sobre o alegado, fixando-lhe prazo razoável. Findo o prazo deve o juiz se manifestar sobre a questão, ou seja, decidindo a exceção. A decisão que rejeita a exceção é interlocutória, portanto agravável pelo executado. A decisão que, em sentido oposto, acolhe a exceção e extingue o processo de execução, é sentença, logo, impugnável por apelação.

Como se percebe, o procedimento da exceção de pré-executividade é extremamente fácil e simples, assim como o instituto propriamente dito. O fato de existirem alguns debates acadêmicos que o cercam, como os abordados ao longo deste trabalho, não significa que a exceção de pré-executividade seja complexa, apenas confirma o seu estado de evolução e difusão no mundo jurídico, que um dia, quem sabe, possa vir a inseri-lo no ordenamento positivo.

9- CONCLUSÃO

A exceção de pré-executividade é uma criação doutrinária-jurisprudencial decorrente da necessidade de se permitir que o executado apresente defesa independentemente da garantia do juízo, ou seja, uma defesa diferente da dos embargos, que por muito tempo foi visto como um único meio de defesa do executado.

O entendimento de que a cognição é incompatível com o processo de execução é completamente ultrapassado, sobretudo diante da garantia constitucional de que todo litigante judicial terá direito ao contraditório e ampla defesa.

A exceção de pré-executividade, por não estar prevista no Código de Processo Civil, não é tão conhecida pelos operadores do direito quanto os embargos de devedor. Poucos são os juristas que se dedicaram devidamente ao estudo da matéria, sendo que a maior parte de abordagens a respeito da questão foram feitas de forma rápida e superficial, sem dissecar todos os aspectos necessários.

Apesar do mistério que a cerca, a exceção de pré-executividade é um meio muito simples e eficaz de defesa do executado, que através de simples petição pode argüir matéria que entende prejudicial à execução e cujo conhecimento pelo juiz enseja a sua extinção.

Esta defesa não admite, entretanto, dilações probatórias, assim, somente pode se fundamentar em provas pré-constituídas, documentais. Desta forma, as defesas, ainda que apontem pela falta dos requisitos da execução, se complexas, ensejando provas periciais ou testemunhais, somente poderão ser feitas por meio dos embargos de devedor.

As questões de ordem pública são vistas por toda a doutrina e a jurisprudência como perfeitamente argüíveis por exceção de pré-executividade, não havendo discordância a respeito. O mesmo não pode ser dito a respeito das matérias de direitos disponíveis, que não são de ordem pública. Sua argüição por meio do instituto somente é admitida por pequena parte da doutrina, que entende que a prescrição, pagamento, compensação e outras formas de extinção da obrigação são perfeitamente alegáveis por meio da exceção.

A exceção de pré-executividade vem se consolidando cada vez mais na doutrina e na jurisprudência, sendo freqüentemente admitida em nossos tribunais, sobretudo pelo Superior Tribunal de Justiça, que não só admite o instrumento processual como em decisão recente manifestou-se no sentido de ser possível também a sua utilização para argüição de matérias que não são de ordem pública, desde que os bens do executado não sejam penhoráveis.

A doutrina ainda trava debates acerca da denominação correta a ser atribuída ao instituto, porém, isto pouco influi na prática forense, o importante é que o executado pode utilizá-lo, independentemente de sofrer a constrição de seus bens, para levar ao conhecimento do magistrado que a execução é indevida e injusta. Isto é o que realmente importa, o nome - "exceção de pré-executividade", "petição", "alerta", "requerimento", "objeção de executividade" e etc. - o tempo e a prática hão de consagrar.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

CARNELUTTI, Francesco. Derecho y proceso. Trad. Cast. Santiago Sentís Melendo. Buenos Aires: EJEA, 1971.

FEU ROSA, Marcos Valls. Exceção de Pré-Executividade: Matérias de ordem pública no processo de execução. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1996.

FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. Manual de direito processual civil. São Paulo: Saraiva, 1989. v.3.

MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1976. v.4.

MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de processo civil comentado e legislação extravagante em vigor: atualizado até 22.02.2001. 5ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PONTES DE MIRANDA. Dez Anos de Pareceres. Rio de Janeiro: Francisco Alves S/A, 1975. v.4.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. Limites objetivos da coisa julgada no direito brasileiro atual. Sentença e coisa julgada. 2ª ed. Porto Alegre: Sergio A. Fabris Editor, 1995.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. Exceção de Pré-executividade. 4ª. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. v.2.