

O INSTITUTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - ASPECTOS HISTÓRICOS, O DIREITO COMPARADO E SEUS REFLEXOS NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA.

Cláudio Luiz Gonçalves de Souza

Mestrando em Direito Empresarial
Faculdade de Direito Milton Campos

Sumário:

1.Introdução. 2.Considerações Gerais. 2.1Visão Global 2.2 A utilização do processo como meio de pacificação da lide.2.3 Processo de Execução - A garantia da eficácia da tutela jurisdicional. 2.4 Os instrumentos de oposição à execução.2.5 A denominação do Instituto:Exceção de Pré-executividade, Objeção de Pré-executividade ou Objeção de Não-Executividade. 2.6 Hipóteses de cabimento da Exceção de Pré-executividade como vem sendo difundida. 2.7 A Exceção de Pré-executividade como substituto dos Embargos do Devedor.3. Análise Histórica.4. O Direito Comparado.5. A Exceção de Pré-Executividade e a Carta Magna Brasileira.6. A Jurisprudência Brasileira. 7. O Excesso de execução.8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1 - INTRODUÇÃO

O objetivo precípuo deste artigo é discorrer por meio de uma pesquisa científica sobre o tema "exceção de pré-executividade", fazendo uma abordagem em seus aspectos históricos, de direito comparado e seus reflexos na jurisprudência brasileira.

Por meio da análise histórica e do direito aplicado, tornou-se necessário estudar fontes secundárias, para examinar a doutrina no sentido de demonstrar o contraditório e as diversas formas de defesa intra-execução, que ocorreram no passado e em alguns países que possuem sistemas jurídicos mais avançados atualmente.

Através do estudo da jurisprudência, encontramos o pensamento predominante no Superior Tribunal de Justiça, uma vez que o Supremo Tribunal Federal não tem competência para a apreciação dessa matéria.

Da mesma forma, apresentamos o pensamento de alguns Tribunais importantes no Brasil, sobre o tema, colacionando algumas decisões proferidas, por meio de publicações autorizadas e em cópias de acórdãos.

2 - CONSIDERAÇÕES GERAIS

2.1 - Visão Global

Durante algum tempo, prevaleceu no sistema jurídico brasileiro a idéia de que o contraditório, por meio do processo de execução, era diferido aos embargos, no sentido de ser transferido aos mesmos.

Muitos doutrinadores de respeito, assim como parte da jurisprudência defendiam o princípio da inexistência de contraditório nessa modalidade de tutela jurisdicional. Não obstante, esse princípio ou idéia formada vem perdendo terreno, tanto na doutrina como na própria jurisprudência, mormente após a difusão do instituto da exceção de pré-executividade.

Com efeito, durante o estudo realizado, pudemos constatar, em termos doutrinários, algumas divergências de ordem terminológica sobre o referido instituto.

De conformidade com Tarlei Lemos Pereira, que é favorável ao instituto, entende que sua natureza é de objeção.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, da mesma forma, utilizam-se da expressão objeção de pré-executividade em sua obra. A crítica que se apresenta à expressão exceção se prende ao fato do mesmo não definir de forma clara o objeto em estudo, porquanto estaria encerrando uma idéia de disponibilidade.

No entanto, Pontes de Miranda foi o primeiro autor a falar em exceção de pré-executividade, e Alberto Camiña Moreira defende o emprego dessa expressão, pois, no seu entendimento: "assume o caráter de dedução, pelo executado, de defesa interna ao processo de execução, sem subordinação ao gravame da penhora (...) exceção na prática é a alegação articulada pelo réu."

De acordo com essa Segunda corrente de entendimento doutrinário, a expressão exceção é utilizada no sentido de defesa, de um modo geral.

Para todos os efeitos, deve-se observar que a discussão é acadêmica, e a jurisprudência, vem de fato, consagrando a expressão exceção de pré-executividade para definição do instituto.

No que tange ao vocábulo pré-executividade, esse expressa a idéia de ato praticado antes da penhora, da constrição judicial, que é um ato indiscutivelmente executivo.

Vários autores admitem o instituto da exceção de pré-executividade, dentre os quais destacamos: Galeno Lacerda, Araken de Assis, Celso Neves, Humberto

Theodoro, Ovídio Baptista da Silva, Ernane Fidélis dos Santos, Donaldo Armelin, bem como Cândido Dinamarco, que apesar de não usar a expressão "exceção de pré-executividade" em sua obra, admite defesa na execução sem segurança do juízo.

Destarte, existe outra corrente de autores, que por sua vez, manifestam de forma contrária à defesa intra-execução, onde se destacam Liebman e Alcides Mendonça de Lima, sendo que este último afirma ser boa a idéia de um tipo de defesa como o instituto, mas de lege ferenda, porquanto inexistente no nosso sistema jurídico.

2.2 - A utilização do Processo como meio de pacificação da lide

Nos dizeres de José Frederico Marques o processo apresenta-se como "um meio de composição de litígios, ou conjunto de atos destinados à aplicação do direito objetivo a uma situação contenciosa."

Por outro lado, Francesco Carnelutti assevera que "a palavra processo serve, pois, para indicar um método para formação ou para aplicação do direito que visa a garantir o bom resultado, ou seja, uma tal regulação do conflito de interesses que consiga realmente a paz e, portanto, seja justa e certa: a justiça deve ser sua qualidade superior ou substancial; a certeza, sua qualidade exterior ou formal."

Carnelutti ao tratar do conflito de interesses, por meio do qual a pacificação se faz elemento fundamental do processo, afirmou que em uma situação de conflito "a satisfação da necessidade que corresponde a um dos interesses exclui ou pelo menos limita a satisfação do outro", definindo assim o litígio como sendo o conflito em um sentido intersubjetivo de interesses, qualificado por uma pretensão contestada por uma das partes. A pretensão enfocada simboliza, na verdade, o reflexo de natureza jurídica de um interesse próprio que subordina o interesse alheio.

Com efeito, por meio do processo, a pretensão que possui ressonância na lei como direito objetivo, recebe do Estado, através de seus agentes jurisdicionados, a tutela apropriada, resolvendo-se o conflito de interesses.

Sendo assim, o Juiz, no exercício da jurisdição, como figura neutra e imparcial, depois da necessária provocação por parte do titular do direito lesionado ou ameaçado de lesão, dará o devido encaminhamento aos atos processuais, de conformidade com o rito apropriado, para, ao final, proferir a sentença com o fito de solucionar o conflito.

Não obstante, surgem algumas indagações. Por exemplo: Como agirá aquele que recebeu da autoridade Estatal a confirmação de sua pretensão? Como poderá ser dada eficácia ao comando contido na sentença, para fazer valer seu direito?

Em momento pretérito, o particular exercia pessoalmente e pela força, a satisfação de sua pretensão, exercendo a denominada "autotutela". Na verdade, nada mais era do que o exercício da força para obter o benefício das próprias razões.

Historicamente, tem-se conhecimento que até o ano 326 a.C., o devedor respondia pelas dívidas pessoalmente, ou em outras palavras, com sua liberdade, com seu corpo por meio de castigos físicos, e até com sua própria vida.

Destarte, a denominada "Lex Poetelia Papiria", que foi editada no referido ano, teve o condão de afastar essa nefasta carga da pessoa do devedor e transferiu-a exclusivamente para seus bens.

O Estado, então, chamou para si o exercício da jurisdição, retirando do particular essa possibilidade. Dessa forma, procurou substituir o direito da força pela força do Direito.

No entanto ao tomar essa responsabilidade, obviamente assumiu o compromisso de tutelar os interesses legitimados pela lei objetiva e o mister de dar-lhes eficaz cumprimento.

Por esse aspecto, ao lado do processo de conhecimento e do processo cautelar, o legislador cuidou de traçar normas de procedimento capazes de assegurar a observância, pela força se preciso fosse, do comando contido nas decisões judiciais solucionadoras dos conflitos de interesse, ou ainda dos títulos extrajudiciais revestidos de força executiva, por meio de uma atuação prática. Assim o fez, por meio do processo de execução.

2.3- Processo de Execução - A Garantia da Eficácia da Tutela Jurisdicional.

De acordo com o que afirma Araken de Assis "nem toda regra jurídica concreta, obtida através de sentença, reclama a mencionada atuação prática, porque em si mesma já satisfaz o demandante."

Com base nesse princípio doutrinário, é o que vemos nas sentenças que possuem cunho declaratório ou constitutivo, onde nada há a executar quanto ao objeto específico da decisão e a parte encontra sua satisfação na exclusiva manifestação favorável do juiz.

Contudo, quando não se verifica na prestação jurisdicional o escopo de gerar ao demandante a satisfação de sua pretensão reconhecida e deferida, torna-se necessário, em possuindo a sentença eficácia condenatória, promover-se do comando contido na sentença.

Voltando a Araken de Assis, ao citar Pontes de Miranda, afirma que "a força executiva 'retira valor que está no patrimônio do demandado, ou dos demandados, e põe-no no patrimônio do demandante'".

O próprio Pontes de Miranda sobre o assunto, assim se manifesta: "Nas execuções forçadas, o Estado executa pelo que devia executar : o estado diz que alguém deve, decisão no plano processual, e entrega, dizendo que entregou pelo executado - o que talvez não coincida com a realidade no plano material, ou porque o réu não devesse, ou porque o objeto da entrega seja diferente, ou não exista, ou não tivesse sido realmente entregue."

A mencionada atuação de natureza estatal, para que possa ser efetivamente exercida, pressupõe a existência de um direito materializado em título, revestido de força executiva.

Com eficácia Carlos Alberto Carmona aborda sobre a questão, quando afirma: "Condição indispensável para a propositura de ação de execução é a existência de título executivo, que pode ser identificado como ato ou fato a que a lei atribui (às vezes até mesmo de forma arbitrária) tamanho grau de certeza que permite ao autor desde logo pleitear medidas satisfativas, dispensando - no caso dos títulos executivos extrajudiciais - o processo cognitivo condenatório prévio."

Dessa maneira, existem duas modalidades de títulos providos de força executiva: o título executivo judicial proveniente de processo de cognição, materializado na sentença (art. 584, I a V, do CPC), e o título executivo extrajudicial (art. 585, I a VII, do CPC), que se origina de ato da vontade das partes, representando uma obrigação.

No escol de José Frederico Marques aprendemos que "Título executivo é a denominação dada à prestação típica provida de força executiva, quando certa, líquida e exigível. Trata-se de prestação típica, porque não há título executivo sem disposição expressa de lei. Indica esta qual a prestação que integra o título executivo e, ao mesmo tempo, dá os contornos formais deste. Portanto, se a prestação e respectivo instrumento se subsumem na descrição legal, configurado se acha o título executivo."

Desse modo, seja pela imposição contida na decisão do estado, materializada em título judicial, seja pela força da obrigação assumida

voluntariamente pelo devedor, em documento revestido de força executiva, na esfera extrajudicial, a execução é ação destinada a tutelar a pretensão do credor.

2.4 - Os Instrumentos de Oposição à Execução

Normalmente, proposta a ação de execução, o devedor somente pode valer-se dos meios previstos na lei adjetiva para opor-se à pretensão do exeqüente, após ofertar ou ter constrictados seus bens, em montante suficiente para garantir o juízo da execução, por meio da penhora, ocasião em que, estando presente uma das hipóteses de contrariedade previstas no artigo 741 ou 745 do CPC, insurge-se contra a cobrança executiva por meio de embargos do devedor.

De acordo com a maioria dos doutrinadores, os embargos possuem natureza de ação de conhecimento incidental. Não obstante, há quem sustente a natureza dúplice dos embargos, entendendo-os, também, como forma de defesa. Com efeito, não iremos adentrar nesse mérito, porquanto não ser relevante para o estudo em apreço.

Na verdade, é certo que os embargos destinam-se a atacar a eficácia do título executivo ou a relação processual representada pelo mesmo. Nesse aspecto, os embargos são o instrumento processual adequado para opor-se o devedor à execução contra ele movimentada pelo credor.

Porém, é de se indagar: somente os embargos se prestam para esse efeito? Não haveria um outro caminho a ser trilhado pelo executado, em certas condições, quando presente vício ou irregularidade capaz de desconstituir de plano a obrigação representada no título, ou, ainda, atacar a existência do próprio título executivo?

Com certeza, teremos outro caminho. Refere-se, na realidade, de uma construção doutrinária que se vem enraizando em nossa jurisprudência, denominada por alguns autores de exceção de pré-executividade, e por outros de objeção de pré-executividade.

2.5 - A Denominação do Instituto: Exceção de Pré-Executividade, Objeção de Pré-Executividade ou Objeção de Não-Executividade.

De acordo com Nelson Nery Júnior "a expressão objeção de pré-executividade é a mais adequada, já que o termo 'exceção' sugere que se trate de matéria de defesa, e, portanto, não passível de ser conhecida de ofício e sujeita a preclusão."

Para os doutrinadores Cláudio Armando Couce de Menezes e Leonardo Dias Borges "a objeção de execução (ou a execução ?) tem dois momentos básicos: o que preexiste à penhora e o posterior a esta."

De uma forma geral, as alegações são trazidas ao Juiz assim que se inicia a execução até que expire o prazo para pagar ou garantir a execução. Contudo, nada impede trazer a parte suas questões após decorrido o prazo de aforamento dos embargos, em hipótese de pressupostos processuais e condições da ação, pois tais matérias não são preclusíveis (art. 267, § 3º do CPC).

Estas são as que podemos dar a denominação de objeções executivas em oposição às primeiras, objeções de pré-executividade. Mas, há quem prefira distinguir pelo fato gerador da objeção.

Se este for anterior à execução ou concomitante com o ajuizamento da ação de execução, tem-se a objeção de pré-executividade. Após este marco, configura-se já uma objeção executiva.

José Carlos Barbosa Moreira questionou severamente a imprecisão terminológica em que têm incorrido a doutrina e a jurisprudência. De acordo com sua visão, não haveria como falar em exceção, porquanto esta tem sido ao longo dos tempos empregada para designar gênero de "defesa", onde, a rigor, descabe a apreciação ex officio pelo juiz.

Não obstante, a expressão pré-executividade, na opinião do referido autor, seria igualmente incorreta, posto que o substantivo abstrato "executividade" indica a qualidade do que é executivo. Sendo essa uma característica própria do processo e do título (executivos), o prefixo "pré" os atingiria, levando a pensar em processo pré-executivo ou título pré-executivo, em evidente inadequação terminológica.

Helder Martinez Dal Col referenda as considerações de Barbosa Moreira, quando sustenta que "não se trata a objeção de instrumento para questionar o tempo da execução - se antes ou depois -, mostrando-se atécnico falar em 'pré-executividade', mais porque quando o devedor manifesta-se, a execução já existe e é contra ela que se dirige o ataque".

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

Considerando tal prerrogativa, o suposto devedor pode comprovar a inviabilidade do procedimento executório, diretamente nos autos de execução, sem necessitar para tanto garantir o juízo pela penhora, nem mesmo opor embargos.

Citamos novamente os autores Cláudio Armando Couce de Menezes e Leonardo Dias Borges, que lançam o seguinte questionamento: "Mas, afinal de contas, o que é a exceção ou objeção de pré-executividade? Independentemente do exato nome a ser dado à alegação, tem-se pela 'pré-executividade' a possibilidade de o executado alegar determinadas questões, em execução, sem a prévia garantia do juízo e o ajuizamento dos embargos do devedor."

Torna-se claro como sol de estio que tal possibilidade cinge-se aos casos em que se faz palpável a ausência dos requisitos do título executivo, em especial por lhe faltar liquidez, certeza ou exigibilidade, oportunidade em que o juiz, examinado a prova produzida pelo oponente, pode trancar a execução, por ausência dos pressupostos processuais de existência e validade da relação jurídica, qual seja, o próprio título que se desconstitui.

Sobre a questão em análise, esse é o entendimento de Humberto Theodor Júnior: "Mostrando-se visivelmente nulo o título executivo ou manifestamente ilegítima a parte contra quem se intenta a execução fiscal, ou ainda, estando a relação processual contaminada de nulidade plena e ostensiva, cabe o expediente que se vem denominando de 'exceção de pré-executividade', que nada mais é do que o simples pedido direto de extinção do processo, independentemente do uso dos embargos e da segurança do juízo."

Entretantes, para Tereza Arruda Alvim Wambier o entendimento sobre o tema assim se apresenta: "seria absurdo que o sistema não contivesse freios, consubstanciados nas decisões negativas de admissibilidade, cujo objetivo é o de evitar que prossiga uma etapa procedimental gerada por um pedido fadado ao insucesso. É justamente a isso que se visa com o possibilitar que o executado alegue certo tipo de 'defesa', mesmo antes da citação, principalmente quando se trata de alegações que, se conhecidas e acolhidas, devem gerar necessariamente a extinção daquilo que nem execução chegou a ser."

Nessa esteira, poderia não se tratar de defesa propriamente dita, mesmo porque o contraditório é sumário na execução e, apesar de ser permitido a manifestação do executado em variadas fases do processo, com o fito de assegurar que lhe seja menos gravoso, a lei adjetiva não contempla fase apropriada para o exercício defensivo e nem abre a possibilidade do executado discutir a matéria de mérito em seu bojo.

2.6 - Hipóteses de cabimento da Exceção de Pré-executividade como vem sendo difundida (ou Objeção de Não-executividade)

Para utilização de referido expediente, as matérias passíveis de serem alegadas não poderiam ser outras senão aquelas que incumbe ao juiz conhecer e declarar de ofício.

Percebe-se nesse diapasão, que a necessidade do processo de execução atender aos postulados de existência e validade, possuindo como pressuposto a existência de um título executivo líquido, certo e exigível, permite, sem o caráter de defesa propriamente dita, que o executado oponha-se diretamente à execução, prescindindo dos embargos, para atacar a deficiente formação da relação jurídica processual, que não se consolida por faltar-lhe um elemento essencial.

Muito embora iremos apresentar, mais adiante, a manifestação dos nossos Tribunais sobre o tema em apreço, com fulcro no supramencionado, torna-se necessário ilustrar com o julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, que assim se apresentou:

EXECUÇÃO - OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - HIPÓTESE DE CABIMENTO -1. O desfazimento do contrato por novo acordo de vontades impede que persista qualidade de título executivo extrajudicial (artigo 585, inciso II, CPC) do instrumento escrito que as partes haviam assinado, no que tange às prestações que venceriam posteriormente. 2. - A existência de título executivo é pressuposto processual necessário do processo de execução, dele podendo o Juiz conhecer de ofício ou por provocação incidental do devedor, independentemente de penhora e da propositura da ação autônoma de Embargos. Agravo de Instrumento provido. Execução extinta."

Destaca-se, ainda, o aresto da 4ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, que é esclarecedor:

"Execução. Título Imperfeito. Nulidade. Declaração independentemente da apresentação de embargos. A arguição de nulidade da execução com base no art. 618 do Estatuto Processual Civil não requer a propositura da ação de embargos à execução, sendo resolvida incidentalmente."

Na realidade, estar-se-ia perante um absurdo jurídico, privar o demandado de apontar a inexistência ou deficiência congênita da relação jurídica materializada em um título não revestido das formalidades legais.

Para Paulo Henrique dos Santos Lucon: "A doutrina e jurisprudência têm gradativamente e com maior freqüência afirmado ser possível, pelo executado, a

impugnação à executividade do título apresentado pelo exeqüente antes mesmo da realização da penhora. Como ato de afetação patrimonial que é, a penhora atinge de forma severa a esfera jurídica do executado, que muitas vezes está sendo injustamente demandado."

Dessa forma, indaga-se: Qual será, então, a natureza jurídica da exceção de pré-executividade, uma vez que o processo de execução não prevê apresentação de defesa, uma vez que não envolve análise cognitiva ?

Mais uma vez, antecipamo-nos na análise da jurisprudência, que vem buscando definir a natureza do instituto da exceção de pré-executividade, atribuindo-lhe a natureza de defesa específica no processo de execução. Exige, entretanto, como regra de admissão da postulação especial, nos próprios autos, a demonstração cabal do vício apontado, sem importar em aprofundamento na dilação probatória, conforme aresto do TRF 3ª Região, que apesar de extenso, transcrevemos integralmente, pela profundidade de análise que apresenta:

"EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - CONCEITO - REQUISITOS - GARANTIA DO JUÍZO - DEVIDO PROCESSO LEGAL.

1. A exceção de pré-executividade é uma espécie excepcional de defesa especificado processo de execução, ou seja, independentemente de embargos do devedor, que é ação de conhecimento incidental à execução; o executado pode promover a sua defesa pedindo a extinção do processo, por falta de preenchimento dos procedimentos legais. É uma mitigação ao princípio da concentração da defesa, que rege os embargos do devedor. 2 - Predomina na doutrina o entendimento no sentido da possibilidade da matéria de ordem pública (objeções processuais e substanciais), reconhecível, inclusive, de ofício pelo próprio magistrado, a qualquer tempo e grau de jurisdição, ser objeto de exceção de pré-executividade (na verdade objeção de pré-executividade, segundo alguns autores que apontam a impropriedade do termo), até porque há interesse público de que a atuação jurisdicional, com o dispêndio de recursos materiais e humanos que lhe são necessários, não seja exercida por inexistência da própria ação. Por ser legítima a parte, não haver interesse processual e possibilidade jurídica do pedido; por inexistentes os pressupostos processuais de existência e validade da relação jurídica-processual e, ainda, por se mostrar a autoridade judiciária absolutamente incompetente. 3 - Há possibilidade de serem argüidas também causas modificativas, extintivas ou impeditivas do direito de exeqüente (v.g.

pagamento, decadência, prescrição, remissão, anistia, etc.) desde que desnecessária qualquer dilação probatória, ou seja, desde que seja de plano, por prova documental inequívoca, comprovada a inviabilidade da execução. 4 - Isso não significa estar correta a alegação, de certa forma freqüente principalmente em execuções, de que, com a promulgação da atual Constituição Federal, a obrigatoriedade da garantia do juízo para oferecimento de embargos mostrar-se-ia inconstitucional, tendo em vista a impossibilidade de privação de bens sem o devido processo legal. É certo que o devido processo legal é a possibilidade efetiva da parte ter acesso ao poder judiciário, deduzindo a pretensão e podendo se defender com a maior amplitude possível, conforme processo descrito na lei. O que o princípio busca impedir é que de modo arbitrário, ou seja, sem qualquer respaldo legal, haja desapontamento de bens e da liberdade da pessoa. Havendo um processo descrito na lei, este deverá ser seguido de forma a resguardar tanto os interesses do autor, como os interesses do réu, de forma igualitária, sob pena de ferimento de outro princípio constitucional, qual seja, da isonomia, que também rege a relação processual. Agravo Improvido."

Sendo assim, a possibilidade de discutir a eficácia do título executivo em sede dos próprios autos de execução, justifica-se pela necessidade do Poder Judiciário dar proteção jurídica aos interesses individuais ilegitimamente ameaçados de lesão pela própria ação de execução.

Contudo, quando o assunto é daqueles que comportam uma investigação prévia e sumária, suprimindo o juízo inicial de admissibilidade deficitariamente realizado pelo Juiz, "cada vez mais os tribunais brasileiros têm aceito as denominadas objeções de pré-executividade, que versam sobre matéria de defesa e são cognoscíveis de ofício pelo julgador por se referirem a questões de ordem pública, passíveis de apreciação independentemente de qualquer iniciativa do demandado (CPC, art. 267, § 3º, e 301, § 4º). Permite-se com tais objeções o oferecimento de defesas antes da efetivação da penhora ou do depósito e ao longo de todo o arco procedimental, pois não estão sujeitas à preclusão; o demandado pode insurgir-se contra a execução, antes de seguro o juízo, que autoriza a oposição de embargos por petição dirigida aos próprios autos do processo executivo."

Na visão de Antônio Carlos Costa e Silva, se a hipótese for de ausência de pressupostos processuais, o Juiz não poderá abster-se de conhecer a exceção de pré-executividade, uma vez que tem por dever zelar pela regularidade do feito. Neste aspecto é que o autor assevera, ao falar dos deveres do Juiz perante as

partes, onde aquele "não poderá deixar de extinguir o processo quando lhe faltar qualquer dos pressupostos processuais (art. 267, IV combinado com o art. 598, do CPC)".

Sendo assim, é de se imaginar o quanto de ônus a decisão pode abreviar para o exequente indevidamente demandado, em hipóteses em que não existe a relação jurídica invocada pela parte autora ou há, no título, nulidade que o torna imprestável a exigir a obrigação que supostamente encerra.

Um caso típico é o de falsidade do documento ou da assinatura nele lançada, ou, ainda, de emissão maliciosa e fraudulenta, como ocorre no desconto de duplicatas que não correspondem a uma venda real.

Nesse plano, seria injustamente oneroso exigir que o devedor gravasse seu patrimônio para só então demonstrar a estapafúrdia inexigibilidade do título executivo, movimentando ação de embargos, que se rege pelo processo de conhecimento, que exige dispêndio de valores nada módicos e experimentando, às vezes por anos, o dissabor da morosidade do Judiciário para ver anulada a pretensão executória.

Para Paulo Henrique dos Santos Lucon "quando o título não existe ou quando a sua própria existência é posta em discussão, seria uma ilegalidade exercer constrição sobre o patrimônio obrigado, justamente porque para tanto falta o elemento legitimador possível - ou seja, o título executivo".

Da mesma sorte, é o entendimento de Araken de Assis, muito embora vislumbre a dificuldade para fazer valer a exceção sem garantia de juízo e oposição de embargos - mas entendendo-a plenamente admissível, sobretudo para evitar prejuízos imotivados à parte -, senão veja-se:

"O principal óbice à admissibilidade desta exceção reside como regime legal da oposição do devedor. Como é notório, o Código criou remédio universal e único contra a execução, a ação incidental de embargos, e condicionou-a, outrossim, à penhora (art. 737, I) ou ao depósito (art. 737, II). Em contrapartida, conferiu efeito suspensivo ao contra-ataque do executado. Inúmeras vezes, porém, a suspensividade dos embargos se revela inútil. O depósito da coisa ou a penhora expressiva no patrimônio pode acarretar paralisação das atividades econômicas do devedor e outras conseqüências imprevisíveis".

2.7 - A Exceção de Pré-Executividade como Substituto dos Embargos do Devedor.

Torna-se necessário evidenciar que a Exceção de Pré-Executividade não pode ser vulgarizada ao ponto de ser utilizada em substituição aos embargos. Importante frisar que seu cabimento é restrito às situações especiais em que, pela própria ausência de título, ou outro pressuposto processual subjetivo ou objetivo, o processo executivo tende à extinção futura.

Destarte, nada mais lógico do que antecipar seu aniquilamento indubitável. Há, porém, casos em que a emissão do título pelo devedor de próprio punho, como por exemplo o cheque ou a nota promissória, ou, ainda, por instrumento público, onde confessa a dívida, consolidam uma certeza inicial de validade da dívida que não pode ser afastada por mera alegação de invalidade em sede de exceção de pré-executividade.

Nas referidas situações, os embargos são a modalidade necessária para a investigação das provas e razões que levaram o executado ao inadimplemento da pretensão deduzida. Se admitirmos discutir o mérito em casos análogos, seria o mesmo que vulnerar os princípios que informam a execução, instaurando um inexistente contraditório em terreno impróprio que é o processo executivo.

Assim sendo, o Juiz, atento aos preceitos processuais, somente deferirá o pedido em exceção de pré-executividade quando, de plano ou pela prova sucinta produzida pelo demandado, vislumbrar a inexorável improcedência de execução encetada. Na hipótese de existir a menor dúvida, ou sendo a matéria afeta ao mérito da causa debendi, com possibilidade de manutenção do título executivo ou reconhecimento da relação jurídica que lhe deu origem, deverá, por prudência, reservar a discussão da matéria para os competentes embargos.

Percebe-se que esta atuação deve ser tratada com status de premissa ao bom desempenho da atividade judicante, pois a viciação do título executivo, que a rigor goza da presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, têm caráter excepcional.

Mais uma vez invocando Araken de Assis, que discorrendo sobre o controle dos pressupostos processuais e da pretensão de executa, assinala que, em geral, sua análise "envolve 'assunto que o Juiz deve examinar de ofício' ao lhe ser apresentada a inicial." (...) "Embora não haja previsão legal explícita, tolerando o órgão do 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 24 hs., assinado pelo art. 652. Tal provocação de matéria passível de conhecimento de ofício pelo Juiz independe de penhora e, a fortiori, do oferecimento de embargos (art. 737,I)."

Ao tratar desse aspecto, Humberto Theodoro Júnior é bastante criterioso, quando aduz, textualmente o seguinte: "É claro, porém, que tal incidente só pode ser eficazmente promovido quando a causa de nulidade ou de inviabilidade da execução for absoluta e notória, pelos próprios elementos dos autos. Se para alcançá-la for necessário revolver fatos e provas de maior complexidade, somente por via dos embargos a defesa será argüível. Não é admissível que, a pretexto de exceção de pré-executividade, pretenda o devedor a instauração de uma dilação probatória contenciosa, sem observar os pressupostos dos embargos da execução".

O que se observa, na maioria dos casos, é a movimentação da máquina judiciária, mesmo em sede de embargos, com fito meramente procrastinatório, o que deve ser evitado.

Como veremos mais adiante, a jurisprudência, atenta às mostras contumazes de esperteza por parte dos devedores, tem sido coerente nos seus julgados, não admitindo os expedientes tendentes a driblar o roteiro traçado pelo Código para a oposição ao débito constituído no título, conforme demonstrado a seguir:

EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL - SUSPENSÃO DO PROCESSO - SUSPENSÃO ANTES DA PENHORA - IMPOSSIBILIDADE -

Execução por título extrajudicial, suspensa antes da penhora, para aguardar-se pelo exequente oferecida em ação declaratória do valor do débito, em outra Vara ajuizada. Não se inscrevem o ajuizamento da declaratória e a exceção como causas de suspensão da execução. De previsão estrita (art.791, do CPC). Nem incide a hipótese do art. 265, IV, consoante prevalente orientação jurisprudencial. Não se configura exceção de pré-executividade. Em tema de execução , a defesa do devedor se exerce por meio de embargos (art. 741) ou de exceção de incompetência, se for o caso (art.742). Agravo provido para prosseguir-se a execução.

AGRAVO REGIMENTAL - EXECUÇÃO - COMPARECIMENTO ESPONTÂNEO DO RÉU - DESNECESSIDADE DE CITAÇÃO - ART. 214 § 1º DO CPC - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - MATÉRIAS IMPERTINENTE.

O comparecimento espontâneo do réu torna desnecessária sua citação - Excesso de execução oriundo de cobrança de juros acima do limite constitucional é matéria a ser suscitada em embargos e não em exceção de pré-executividade.

Dessa forma, apresenta-se como alcance do instituto da exceção de pré-executividade dar conhecimento ao juízo da execução, de circunstância que fulmina o processo executivo e pode ser conhecida de ofício por este.

3 - ANÁLISE HISTÓRICA

De acordo com os ensinamentos de Cândido Dinamarco, no direito romano, uma das formas do devedor defender-se na execução era conseguir alguém que se dispusesse a servir-lhe de fiador.

Esse fiador deveria fazer a *infitiatio*, ou seja, o instituto que permitia a negação fática da sentença - alegação de sua nulidade ou de já estar o crédito extinto por qualquer outra forma - situação que provocava o início de um processo de cognição normal. Pelos relatos históricos, a intervenção do fiador implicava na extinção de qualquer relação entre o credor e o originário devedor, tanto no plano do processo como no direito material.

As únicas exigências para servir de fiador eram que a pessoa tivesse certa fortuna e propriedades conhecidas.

Não obstante, ainda de acordo com os ensinamentos de Cândido Dinamarco, que invoca Lieberman, havia casos em que a defesa do executado não dependia do fiador.

Dessa forma, podemos dizer, de acordo com o estudo, que já entre os romanos, algumas modalidades de defesa do executado independiam de garantia prévia do juízo.

De acordo com o direito luso-brasileiro a regra geral era a prévia segurança, por meio da penhora, para que pudesse ser interposto os embargos, ressalvadas algumas hipóteses que foram identificadas por Leonardo Greco nas Ordenações Filipinas, *in verbis*:

"Os Embargos do Executado exigiam prévia segurança do juízo pela penhora, salvo os de restituição de menor, os de retenção de benfeitorias, sendo líquidas ou juradas, os de compensação, de líquido a líquido já julgado (os que hoje se chamam de créditos com execução aparelhada).Um Assento da Casa de Suplicação de 1690, também admitiu-se embargos nos próprios autos, sem prévia segurança do juízo, nos casos de nulidade patente ou de pagamento provado com quitações e documentos legais."

No Direito Brasileiro, o primeiro a mencionar a exceção de pré-executividade, conforme já abordado, na forma em que é vista atualmente, foi

Pontes de Miranda. Tal menção se deu por meio de um parecer que apresentou em 1966, em um processo que envolvia a Siderúrgica Mannesmann, que por sua vez, vinha sofrendo várias execuções no Rio de Janeiro, Belo Horizonte e São Paulo, com base em títulos que continham a assinatura falsa de um de seus diretores.

Por meio desse parecer, Pontes de Miranda, afirmava que o juiz podia conhecer tais vícios de ofício, evidenciado estava que o executado poderia alegá-los.

Na seara legislativa, Francisco Wildo Lacerda Dantas, apresenta a raiz histórica do instituto de exceção de pré-executividade no Decreto Imperial nº 9.885, de 1888, que por meio dos seus artigos 10 e 31, assim previa:

"ART. 10 - Comparecendo o réu para se defender, antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o juízo, salvo a hipótese do artigo 31."

"ART. 31 - Considerar-se-á extinta a execução, sem mais necessidade de quitação nos autos, ou de sentença ou termo de extinção, juntando-se em qualquer tempo no feito: 1º - Documento autêntico de haver sido paga a respectiva importância na Repartição Fiscal Arrecadadora; 2º - Certidão de anulação da dívida, passada pela Repartição Fiscal Arrecadadora, na forma do art. 12, parágrafo único; 3º - Requerimento do Procurador da Fazenda, pedindo arquivamento do processo, em virtude de ordem transmitida pelo Tesouro."

Da mesma sorte, no Decreto 848, de 11 de outubro de 1.890, que organizava a Justiça Federal, apresentava-se um embrião do instituto da exceção da pré-executividade. Referido Decreto previa, para o processo de execução fiscal, que:

"Comparecendo o réu para se defender antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o juízo, salvo se exhibir documento autêntico de pagamento da dívida, ou anulação desta (...)'.

Ainda no Artigo 201, do mesmo Decreto 848/1890, admitia que: "A matéria da defesa, estabelecida a identidade do réu, consistirá na prova de quitação, nulidade do feito e prescrição da dívida."

Mais tarde, por meio do Decreto nº 5.225, datado de 31 de Dezembro de 1932, do estado do Rio Grande do Sul, foi instituído, em seu artigo 1º a exceção de impropriedade do meio executivo, através da qual a parte citada para a execução, poderia, de imediato, opor exceções de suspeição, incompetência e de impropriedade do meio executivo.

4 - O DIREITO COMPARADO

Considerando a análise do Direito comparado, destacamos as observações de Leonardo Greco, que estudou a execução no direito italiano, norte-americano, francês, alemão, espanhol, português e uruguaio.

Leonardo Greco apresenta, em sua obra, uma visão dos diversos sistemas jurídicos: o europeu, o de um país da common law - Estados Unidos - e o de um país da América do Sul - o Uruguai - que possui uma respeitável escola de processualistas.

Sobre as diversas formas do devedor insurgir-se contra a execução, nos ensina:

"Na França, na Espanha e no Uruguai a oposição à execução, equivalente aos nossos embargos do devedor, pressupõe prévia garantia da execução através da penhora.

Nos demais sistemas há uma variedade de meios de ataque à execução ou aos atos executórios, que podem ser utilizados com ou sem a garantia da penhora.

É o que acontece na Itália, na Alemanha, nos Estados Unidos e em Portugal.

Neste último país, através de requerimento avulso, a qualquer tempo o juiz pode ser instado a pronunciar-se sobre nulidades absolutas da execução, como a incompetência absoluta e a litispendência."

Na Itália não existem meios de se elidir a eficácia do título executivo no próprio processo de execução, mas o devedor dispõe das oposições, ações incidentes ao processo de execução, que podem ser de três tipos: a) oposições à execução; b) oposições aos atos executivos; c) oposições a terceiros. Segundo Carnelutti, as primeiras podem ser preventivas ou sucessivas, conforme sejam propostas antes ou depois da prática de atos executivos sobre o patrimônio do devedor.

Já no direito alemão, os meios do devedor opor-se à execução são as seguintes:

- a) reclamação contra a cláusula executiva - as execuções nesse país não são processadas por órgãos do Poder Judiciário, daí a necessidade da expedição, por este, de fórmulas executórias, que se prestam a certificar oficialmente que os títulos que instruem as execuções foram reconhecidos como executivos;
- b) ação de defesa contra a execução;
- c) reclamação contra o modo ou forma dos atos executórios.

As modalidades apresentadas são todas de ações autônomas, mas, conforme na Itália, independem de prévia penhora.

Nos Estados Unidos, apesar do fato da legislação em matéria de execução ser de predomínio estadual, a oposição do devedor pode se dar, dentre outros meios, via motions for new trial, para correção de erros de julgamento; motions to alter of judgement, para correção de erros materiais e de forma; motions for relief from the judgement - ação direta para anular o julgamento por fraude.

Nenhuma delas assemelha-se ao nosso processo de embargos à execução, mas todas se prestam a evitar a execução e, também, independem de prévia penhora.

5 - A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E A CARTA MAGNA BRASILEIRA

Com efeito, para que possamos abordar o instituto da Exceção de Pré-executividade, tornar-se necessário, focar, em primeiro instante, a Carta Magna.

Na Constituição Federal do Brasil, dos diversos princípios nela insculpidos, dois deles merecem ser destacados, quais sejam: O Princípio da Ampla Defesa e o da Propriedade.

O Princípio da Ampla Defesa, previsto no art. 5º, Inciso LV deve tanto ser observado para a aplicação de matéria substantiva quanto processual, para a manutenção da moral e assim da justiça, bem como a apreciação da instrução processual para a devida aplicação do Direito.

O Princípio da Propriedade, por sua vez, é relativo ao patrimônio, em que pese as desigualdades dissaborosas e mitigações próprias, necessitam de proteção legal sob pena de afastarmos, de vez, da paz social.

O Processo de Execução, seja por título judicial, seja por título extrajudicial, pressupõe já se ter percorrido o árduo caminho da fase de cognição, ou seja, do conhecimento do direito.

Torna-se então necessário, para a concreta e efetiva aplicação do direito, o Processo de Execução, que possui sua autonomia e independência científica. Não obstante, não se nega a aplicação subsidiárias das disposições que regem o processo de Conhecimento (art. 598, CPC) uma vez que, consoante expõe Eduardo Couture "ambas actividades interfieren reciprocamente y se complementan em forma necesaria".

Neste compasso, pode-se afirmar que as condições da ação e pressupostos processuais genéricos e específicos devem estar presentes na ação de execução e

que somados aos requisitos dos títulos executivos e a inadimplência do devedor viabilizam a pretensão executiva.

Como foi afirmado, quando formado um título executivo, pressupõe-se o conhecimento do direito material nele inserido.

Nesse aspecto se faz desnecessária qualquer fase cognitiva para a aplicação do direito ali inserido, e por esta razão, o devedor de um título executivo é citado para pagamento, no sentido lato sensu, do que deve e não apenas para apresentação de defesa que, nestes casos, é laborada por meio de Embargos do Devedor que têm natureza jurídica de ação de conhecimento proposta incidentalmente à ação de execução.

Nenhuma importância teria tal procedimento, se não fosse a obrigatoriedade da segurança do Juízo para se propor referida ação. Entretanto, entende-se que esta posição privilegiada do credor face ao devedor deve ser encarada de forma relativa já que o não pagamento dentro do prazo legal, abre a possibilidade imediata da constrição dos bens do mesmo, para posterior praça ou leilão, aspecto este que influi diretamente no Princípio da Propriedade ao qual nos referimos.

Dessa forma, é que o magistrado investido e competente para a solução do conflito que se lhe entrega, deve, prima facie, averiguar a presença das condições da ação, dos pressupostos processuais e dos requisitos do título executivo, matéria que deve ser procedida de ofício e a qualquer tempo por se tratar de questão de ordem pública e que no processo de execução deve ser cercada de redobrada cautela, uma vez que prevista a possibilidade de agressão ao patrimônio do devedor.

É nesse instante que se faz necessário a existência de um instrumento processual capaz de, ausentes quaisquer dos elementos apontados, obstar o prosseguimento da execução, caso inobservado pelo exame do magistrado imbuído de tal função por motivos mais diversos, sobretudo, o acúmulo de trabalho ao qual está sujeito. Assim, fica evidenciada a verdadeira razão de ser do Instituto da Exceção de Pré-Executividade.

Pontes de Miranda, a quem foi dedicado o nascimento da Exceção de Pré-Executividade, conforme já mencionado alhures, ao ser questionado se havendo execução dos títulos, para que o devedor pague em 24 horas sob pena de penhora, pode o executado, contra o qual se move a ação, alegar a falsidade do título ou dos títulos, independentemente do oferecimento de bens à penhora, respondeu afirmativamente, fundamentando dessa forma seu entendimento: "a alegação de inexistência, da invalidade ou da ineficácia da sentença é alegável antes da expedição do mandado de penhora, pois tal ato, é de exigir-se para a

oposição de embargos do executado; não para oposição de exceções e de preliminares concernentes à falta de eficácia executiva do título judicial ou da sentença".

Nessa linha de raciocínio, Galeno de Lacerda, movido pelo espírito de entendimento de Pontes de Miranda, assim se pronunciou: "Na defesa do executado, há exceções prévias, lato sensu, que afastam a legitimidade da própria penhora, já que esta, como é notório, pressupõe a executoriedade do título..." e ainda complementa: "Se o direito resultante do título extrajudicial é atacado nos pressupostos da própria executividade, com argumentos sérios e idôneos, despe-se de qualquer sentido lógico ou jurídico, para o reconhecimento e decisão da matéria, a exigência de prévia segurança de um juízo que não houve".

6 - A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

Ao estudar a jurisprudência brasileira, fica demonstrado que a mesma é unânime na admissão da exceção de pré-executividade.

Abaixo iremos transcrever alguns exemplos extraídos de parte de julgados verificados, como a seguir:

PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CÍVEL DE SÃO PAULO

"Execução - Exceção de pré-executividade - Oferecimento pelo executado após a realização da penhora - Admissibilidade se o procedimento visa o reconhecimento da nulidade do título executivo extrajudicial que ampara o processo de execução." (AgIn 803.630.6 - 11ª Câ. J. 24.08.1998 - rel. Juiz Ary Bauer - RT 762/282)

"Admissível a oposição de exceção de pré-executividade se o executado, após o pagamento de débito, teve seu nome registrado como inadimplente, descabendo, contudo, a pena de pagamento em dobro, prevista no art. 1.531 do CC, porque ausente a prova de má-fé do credor." (Ap 722.625-5 - 4ª Câ. Extraordinária B - j. 04.09.1997 - rel. Juiz J. B. Franco Godoi - RT 750/286)

"A exceção de pré-executividade somente é de ser acolhida se se verificar nulidade que deve ser declarada até mesmo ex officio, porém não é o caso quando a matéria de defesa é típica de ser argüida em sede de embargos do devedor, meio processual que está à disposição daquele que não se conforma com a execução sofrida e somente após seguro o juízo pela penhora é que a matéria poderá ser colocada em discussão, pela ação desconstitutiva própria." (AgIn 696.815-4 - 7ª Câ. - j.20.08.1996 - rel. Juiz Roberto Midolla - RT 735/300).

"Tendo em vista que a execução inaugura-se com a agressão patrimonial do devedor, é admissível a interposição da exceção de pré-executividade, independentemente de seguro o juízo, quando a questão, alegação de erro na

memória do cálculo, dizer respeito a uma das condições da ação." (AgIn 726.098-4 - 8ª Câ. - j. 20.08.1997 - rel. Juiz Antônio Carlos Malheiros - RT 752/214)

SEGUNDO TRIBUNAL DE ALÇADA CÍVEL DE SÃO PAULO

"Execução - Exceção de Pré-Executividade - Dedução para declarar a inexistência de título líquido, certo e exigível, bem como a nulidade do processo executório - Admissibilidade, se a pretensão executória de obrigação de fazer foi transformada em obrigação de pagar quantia certa. É de ser acolhida exceção de pré-executividade, independentemente de penhora, para declarar a inexistência de título líquido, certo e exigível para fundamentar pretensão executória de pagar quantia certa, se esta foi transformada de obrigação de fazer, como também, reconhecer a nulidade do processo executório." (AgIn 536418-00/7 - 5ª Câ. - j. 02.09.1998 - rel. Juiz Pereira Calças - RT 760/305)

"Execução - Exceção de Pré-Executividade - Para ter direito aos honorários advocatícios resultantes da sucumbência, não é necessário que a defesa oposta pelo devedor em execução contra si proposta seja necessariamente articulada por via de embargos. São eles também devidos quando, em determinadas situações, como aquelas em que se discutem questões atinentes à admissibilidade do processo de execução e que se relacionam com os pressupostos processuais e as condições da ação, essa mesma defesa prévia é feita via exceção de pré-executividade nos próprios autos da ação." (Ap. s/Rev. 475.060-00/3 - 7ª Câ. - j. 04.03.1997 - rel. Juiz Oscar Feltrin - RT 740/351).

"Admite-se a exceção de pré-executividade como modalidade excepcional de oposição do executado, controvertendo pressupostos de validade do processo e da pretensão do executado e não para a impugnação de seu quantum, para o qual o remédio cabível são os embargos à execução." (AgIn 578.620-0/5 - 7ª Câ. - j. 25.05.1999- rel. Juiz Paulo Ayrosa - RT 767/296)

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO

"Exceção de pré-executividade. Acolhimento nos autos da execução. Excesso de execução. Impossibilidade (...) A exceção que se permite examinar e decidir na própria execução é somente aquela que diga respeito ao aspecto formal do título e que não é hábil para desencadear processo executivo. Somente matéria, efetivamente, relativa a nulidade do título é que, através da chamada exceção de pré executividade pode ser examinada." (Agravo de Instrumento 5654/1999 - Reg. 17/09/1999 - fls. 29851/29852 - Volta Redonda - Décima Câmara Cível - Unânime - Des. Jayro S. Ferreira - Julg. 18/08/1999 - Partes: Banco Banerj S/A X Antônio Carlos Brugni Veloso e outros).

"(...) não há como processar e decidir exceção de pré-executividade nos autos de embargos, quando deve ela ser argüida na entranha processual da ação principal, vale dizer, na execução." (Agravo de Instrumento 8606/1998 - reg. 30/08/1999 - fls 26367/26369 - Angra dos Reis - 4ª Câmara Cível - Unânime - Des. José Pimentel Marques - Julg. 15/06/1999 - Partes: Cláudio Pirani X João Pessoa de Mello.)

"(...) A execução de pré-executividade ou pré-processual conforme famoso Parecer 95, de Pontes de Miranda, no caso Mannesman, pode ser alegada em execução, independente de formulação de Embargos do Devedor, se referente a questões processuais, em regra (...)" (Apelação Cível 2917/1999 - Reg. 02/07/1999 - fls 53763/53764 - Capital - 9ª Câmara Cível - Unânime - Des. Jorge Magalhães - Julg. 20/04/1999 - Partes: Town Park Empreendimentos e Participações Ltda X Condomínio Victoria Park I.)

"(...) A exceção de pré-processual, ou de pré-executividade, reconhecida por doutrina e jurisprudência, é fundada no direito constitucional a ampla defesa e no direito processual (art. 620, do CPC), pelo qual a execução deve ser feita do modo menos gravoso possível ao executado, entre outros princípios (...)" (Agravo de Instrumento 928/1999 - Reg. 05/07/1999 - fls.20894/20899 - Teresópolis - 9ª Câmara Cível - Unânime - Des. Jorge Magalhães - Julg. 30/03/1999 - Partes: Carvão progresso de Teresópolis Ind. e Com. Ltda X Banco do Brasil S/A.)

"(...) Exceção de pré-executividade deduzida perante o Juízo deprecante. Necessidade do Juízo deprecado aguardar a decisão do Juízo Deprecante. (...)" (Agravo de Instrumento 427/1999 - Reg. 22/04/1999 - fls - 11252/11260 - 17ª Câmara Cível - Unânime - Des. Fabrício Bandeira Filho - Julg.: 24/03/1999 - Partes: Sabina Modas Comércio Ltda X Sebastião Farinha da Silva.)

"(...) Prescrição reconhecida. Correto o acolhimento da exceção de pré-executividade." (Apelação Cível 13336/1998 - reg. 19/05/1999 - Fls 38.255/38261 - Nilópolis - 11ª Câmara Cível - Unânime - JDS. Des. Célia Meliga Pessoa - Julg. 17/12/1998 - Partes: Estado do Rio de Janeiro X Distribuidora de Carnes Charrua Ltda.)

"(...) Tem o Egrégio Superior de Justiça, com base no artigo 618, do Código de Processo Civil, admitido o exame da nulidade do título, através da chamada "EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE", independentemente da propositura da Ação Incidental de Embargos do Devedor (...)" (Agravo de Instrumento 6870/1998 - Reg. 16/12/1998 - fls 30420/30424 - 11ª Câmara Cível Unânime - Des. Nilton Mondengo - Julg. 22/10/1998 - Partes: Assoc. Pessoal da Caixa Econômica Federal - APCE/RJ X Banco GNPP S/A (em liquidação extrajudicial).

"Pode o devedor, independentemente de embargos e penhora, discutir, em exceção de pré-executividade, a nulidade do processo de execução por ausência das condições para o válido exercício do direito de ação, dos pressupostos processuais ou dos requisitos específicos da execução, inscritos no artigo 618 do Código de Processo Civil. É-lhe defeso, entretanto, tentar argüir, sem estar o Juízo seguro, pela penhora, o suposto excesso de execução, matéria somente oponível pela via dos embargos." (Agravo de Instrumento 6002/1998 - Reg. 20/11/1998 - fls 27303/27308 - Capital - 5ª Câmara Cível - Unânime - JDS. Des. Carlos Raymundo - Julg. 20/10/1998 - Partes: Banco Itaú S/A X Cecília Moura Lamy e Outro.)

"(...) Não tendo sido comprovado, com clareza, a quitação do débito reclamado na execução, uma vez que o valor cobrado nesta é diverso dos recibos apresentados pelo executado, exigindo uma análise mais profunda da questão, inviável o acolhimento da exceção de pré-executividade. (...)" (Agravo de Instrumento 4337/1998 - Reg. 18/11/1998 - fls 27072/27074 - Capital - 13ª Câmara Cível - Unânime - Des. Gilberto Fernandes - Julg. 15/10/1998 - Partes: Mário Jorge Corrêa e s/m X Neusa Faustina Carreira de Melo.)

"(...) As matérias suscetíveis em exceção de pré-executividade não são as que compõem as 'causae petendi' dos embargos, para cuja interposição exige-se segurança do juízo." (Agravo de Instrumento 385/1998 - reg. 11/11/1998 - fls. 26006/26020 - 15ª Câmara Cível - Unânime - Des. Luiz Fux - Julg. 23/09/1998 - Partes: Aluizio Honorato de Oliveira e s/m X Elizabeth Costa de Andrade Silva e Outros.)

"(...) 1. A exceção pré-processual, ou de pré-executividade, reconhecida por doutrina e jurisprudência, é fundada no direito constitucional da ampla defesa e no direito processual (art. 620, do CPC), pelo qual a execução deve ser feita do modo menos gravoso possível ao executado, entre outros princípios (...)" (Agravo de Instrumento 3423/1998 - Reg. 14/09/1998 - fls 18886/18891 - Teresópolis - 9ª Câmara Cível - Unânime - Des. Jorge Magalhães - Julg. 11/08/1998 - Partes.: José Darcy Dias e Outros X Banco do Brasil S/A - Rev Direito do T.J.E.R.J., Volume 39, pág. 223.)

"(...) A argüição de nulidade da execução, através da denominada 'exceção de pré-executividade', não requer a propositura da ação de embargos à execução, sendo resolvida incidentalmente." (Apelação cível 2596/1998 - Reg. 09/09/1998 - Fls 47123/47124 - Capital - 16ª Câmara Cível - Unânime - JDS. Des. Nagib Slaibi Filho - Julg. 30/06/1998 - Partes: Jesus Gomes Corrêa X Odete Maria da Silva Corrêa.)

"(...) Pode a impenhorabilidade ser levantada nos próprios autos, independente de embargos, por se tratar de exceção pré-processual (Revista ATA 19) ou de pré-executividade, conforme o famoso Parecer 95, de Pontes de Miranda." (Agravo de

Instrumento 2298/1998 - Reg. 24/08/1998 - Fls 15987/15991 - 9ª Câmara Cível - Unânime - Des. Jorge Magalhães - Julg.: 17/06/1998 - Partes: Joel Tavares Passos X Cia Real de Arrendamento Mercantil - Ementário: 27/1998 - N24 - 24/09/1998.)

O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

I - "(...) A alegação de prescrição somente pode ser formulada em sede de embargos, após seguro o juízo por regular penhora.

VOTO-VISTA (VENCIDO) - MINISTRO JOSÉ DELGADO

"(...) Peço vênia ao eminente Ministro Garcia Vieira para me posicionar, com a minha compreensão sobre o tema, ao lado do acórdão questionado. Entendo que a regra do art. 162 do Código Civil, determinadora de que 'a prescrição pode ser alegada, em qualquer instância, pela parte a quem aproveita', não está subordinada a qualquer condicionamento imposto pelo direito formal. (...)"

VOTO-VISTA - MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO

"(...) O que tenho defendido é que, em hipóteses excepcionais, o juiz pode extinguir o processo de execução, em face da prescrição manifesta, mesmo antes de seguro o juízo, com penhora. (...)" (Resp. nº 178.353 - RS (Registro nº 98.0044232-4) - Rel. Min. Garcia Vieira - Partes: Estado do Rio Grande do Sul X Famox Indústria e Comércio de Móveis Ltda e outro - RSTJ 118/163.)

II - "(...) 1 - Admite-se a exceção, de maneira que é lícito argüir de nula a execução, por simples petição. A saber, pode a parte alegar a nulidade, independentemente de embargos, por exemplo, 'é admissível, como condição de pré-executividade, o exame da liquidez, certeza e exigibilidade do título a viabilizar o processo de execução'." (Resp nº 124.364, DJ de 26.10.98).

2- Mas não afeta a liquidez do título questões atinentes à capitalização, cumulação de comissão de permanência e correção monetária, utilização de determinado modelo de correção. Trata-se de matérias próprias dos arts. 741 e 745 do Código de Processo Civil.

3 - Podendo validamente opor-se à execução por meio de embargos, não é lícito se utilize da exceção (...)"

VOTO - MINISTRO NILSON NAVES (RELATOR)

"(...) No Resp. nº 124.364, o Ministro Zveiter votou pela admissão da pré-executividade, em que se alegava tratar-se 'de confissão de dívida firmado por

peças sem poderes para tal'. Disse S. Exa, em voto acolhido pela Turma: 'Ora, sendo assim, evidencia-se a ilegitimidade passiva do recorrente para responder por título executivo extrajudicial que embora emitido em seu nome por outrem é assinado, descaracterizando-o da certeza indispensável a forrar a execução' (DJ de 26/10/98). Naquela ocasião, foi pelo Ministro Zveiter citado o Resp nº 3264, de que se tornara relator designado o Ministro Eduardo Ribeiro.(...)"

VOTO - MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO

"Não se trata de contrato de abertura de crédito puro e simples. Entendo até que cabe exceção de pré-executividade de acordo com a jurisprudência hoje uniforme da Corte, quando se trata, efetivamente, de um contrato de abertura de crédito, acompanhando o pensamento que ficou assentado na Segunda Seção.(...)" (Resp nº 187.195 - RJ (Registro nº 98.0064189-0) - Rel. Min. Nilson Naves - Partes: Vigo Empreendimentos Imobiliários S/A X Banco do Brasil S/A - RSTJ, 123/264.)

III - RELATÓRIO - MINISTRO CÉSAR ASFOR ROCHA

"O Egrégio tribunal de Alçada do estado do Rio Grande do Sul, em sede de agravo de instrumento, extinguiu, de ofício, execução por falta de certeza e liquidez do título executando, eis que tais elementos não se revestiria o contrato de abertura de crédito acompanhado de extratos elaborados unilateralmente pelo credor, sendo a nota promissória a ele vinculada carente de autonomia.(...)"

VOTO - MINISTRO CÉSAR ASFOR ROCHA (RELATOR)

"(...) não conheço do recurso." (Resp. nº 188.861 - RS (Registro nº 98.0068789-0) Rel. Min. César Asfor Rocha - Partes: Banco do Brasil S/A X Wolmir Luiz Frizzo Nemitz e outro. (RSTJ 121/382.)

IV - "(...) 1. É admissível a denominada exceção de pré-executividade. Admite-se também que se dê efeito suspensivo a recurso especial. Uma e outra são excepcionais, dependendo do preenchimento de requisitos próprios e fundamentais.(...)"

VOTO - MINISTRO NILSON NAVES (RELATOR)

"(...) É de se registrar a excepcionalidade do cabimento, em relação à denominada exceção de pré-executividade, quanto em relação à medida ora postulada.(...)"

Na 3ª Turma, há precedente, também trazido ao debate pela requerente, na petição do especial, e de que aqui foi Relator o Ministro Waldemar Zveiter, com essa ementa: '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 arguí-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' (Resp nº 13.960, in RSTJ-40/447.(...)" (Medida Cautelar nº 1.315 - RJ (Registro nº 98.0031769-4) - Rel. Min, Nilson Naves - Partes Vigo Empreendimentos Imobiliários S/A X Banco do Brasil S/A - RSTJ 115/241.)

V - "(...) É lícito ao juiz declarar extinto o processo executivo por imprestabilidade do título - mesmo que não tenham opostos embargos (CPC, arts. 295 e 598). (...)" (Resp nº 95.354 - RS (Registro nº 96.0029915-3) - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - Partes: Instituto de Previdência do Rio Grande do Sul - IPERGS X Ruth Ceni Ramires Braga - RSTJ - 95/90).

VI - "Processual Civil. Execução. Possibilidade de alegação, antes da penhora de fatos extintivos do direito (prescrição). Embargos infringentes parciais. Limites de sua apreciação. (...)"

VOTO - MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (RELATOR)

"(...) A jurisprudência tem aceitado, interpretando o questionado preceito, a possibilidade de alegação, pelo executado, de extinção do processo, em face da prescrição, mesmo antes da penhora." (Resp nº 59.351-4 - PR (Registro nº 95.0002697-0) - Rel. Ministro Demócrito Reinaldo - Partes: Fazenda Pública do Estado do Paraná X J Martelli e Companhia Ltda - RSTJ - 87/67.)

VII - "(...) A nulidade absoluta da execução pode ser declarada a todo o tempo e em qualquer grau de jurisdição. Irrelevância do fato de não haver sido argüida desde logo pelo devedor nos embargos que opôs à execução por quantia certa. (...)"

VOTO - MINISTRO BARROS MONTEIRO (RELATOR)

"(...) Cuidando-se de nulidade absoluta, em que a violação do modelo legal atinge não apenas o interesse da parte, mas também o interesse público e a ordem jurídica, não depende ela de argüição da parte, podendo e devendo ser declarada mesmo de ofício pelo Juiz, conforme anota o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira em sede doutrinária (Prazos e Nulidades em Processo Civil, pág. 56, 2ª ed.) (...) Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, por seu turno, deixam salientando em seu 'Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor', que 'a nulidade do processo pode ser reconhecida ex officio, a qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de argüição da parte, ou do oferecimento de embargos. A regularidade processual, o due process of law, é matéria de ordem pública que não escapa ao crivo do Juiz'

(...)" (Resp nº 39.268-3 - SP (Registro nº 93.0027035-4) Rel. Min. Barros Monteiro - Partes: Garin e Companhia Ltda X Loctite Brasil Ltda - RSTJ 85/256.)

7 - O EXCESSO DE EXECUÇÃO

De acordo com alguns entendimentos doutrinários, não existe consenso em torno da possibilidade de execução pela via da exceção de pré-executividade, porém, tal questão ganhou relevância após a promulgação da Lei nº 8.898/94, que acabou com a liquidação por cálculo do contador.

Segundo Alberto Camiña Moreira, a matéria é de ordem pública, porquanto não existe título executivo em relação ao excesso. De acordo com o seu entendimento, o caso seria de carência de ação.

Por meio da jurisprudência, o que se percebe é a tendência dos tribunais é de não admitir a alegação do excesso de execução pela via da exceção de pré-executividade.

Os argumentos principais são os de que não se trata de matéria de ordem pública e que, havendo previsão legal para que esta alegação seja feita em embargos, somente através desta via a questão pode ser levada à apreciação judicial.

Não obstante, o professor Leonardo Greco ensina que o título executivo líquido, certo e exigível, é um pressuposto processual objetivo do processo de execução.

Nessa esteira de raciocínio é forçoso reconhecer que a falta de título executivo caracteriza, nos processos de execução, falta de pressuposto processual, o que é matéria de ordem pública.

Contudo, a verdade é que o princípio do garantismo assegura a todos, inclusive ao executado, o direito à ampla defesa.

Desse modo não pode o devedor ficar tolhido de defender-se, em sede de execução, com a alegação de que não deve tudo aquilo que estão cobrando.

Assim, exigir que esta defesa seja feita pela via dos embargos é injusto, porque obriga a prévia constrição de bens em valores correspondentes aos pedidos na inicial da execução, e ofende o princípio da ampla defesa, porque condiciona um direito que foi concedido de forma incondicional pelo constituinte.

8 - CONCLUSÃO

Por meio do presente estudo, podemos apresentar as seguintes conclusões:

a) No Direito Brasileiro é admissível o Instituto da Exceção de Pré-Executividade;

b) A expressão "Exceção de Pré-Executividade" está consagrada no Direito Brasileiro, apesar das divergências;

c) A Cognição e execução não são institutos incompatíveis;

d) O executado pode provocar a cognição do juiz por meio de embargos ou por meio da exceção de pré-executividade;

e) A exceção de pré-executividade tem natureza de incidente processual;

f) A exceção de pré-executividade e embargos têm convivência harmônica no nosso sistema jurídico;

g) A idéia que prevalece nos Tribunais é a de que tudo que o juiz pode conhecer de ofício, o executado também pode alegar por meio do instituto da exceção de pré-executividade;

h) A dificuldade da matéria está em estabelecer os limites da exceção de pré-executividade, separando o que pode ser alegado pelo instituto em estudo e o que, necessariamente, deve ser matéria de embargos;

i) De uma forma geral a jurisprudência tem admitido a exceção de pré-executividade, nas hipótese relacionadas às matérias que o juiz pode conhecer de ofício, em especial os pressupostos processuais e condições da ação de execução, nos termos do art, 267, § 3º do CPC, e nos casos em que é admitida a alegação da parte a qualquer tempo, como nulidade do título, da execução - Art. 618 do CPC e penhora de bem impenhorável;

j) Algumas decisões ampliam o espectro e a admitem também em matéria de mérito, como prescrição, decadência e pagamento;

k) A decisão relacionada à exceção, por ser esta um incidente, não impede a reapreciação da matéria em sede de embargos, mas, ao contrário, o julgamento dos embargos produz coisa julgada material, porque estes têm natureza de ação;

l) Nos casos excepcionais, em que a exceção se refere à matéria de mérito, a decisão proferida pelo juiz faz coisa julgada material, em virtude da própria natureza da matéria julgada;

m) A interposição da exceção de pré-executividade não provoca suspensão do feito.

Por fim, podemos concluir que, se ainda não é pacífico o entendimento quanto ao cabimento da exceção de pré-executividade, pode-se afirmar que, nessa época de avanço do entendimento de ser o processo civil instrumento do Estado, caminha-se para esse fim, devendo ser admitida a exceção mencionada e por outro lado conscientizando-se que tal medida, deve, após sua admissão, ser decidida o mais breve possível para que, voltem-se para as posições que merecem cada parte no corpo do processo de execução.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appeal. A exceção de pré-executividade. São Paulo: Revista de Processo, nº 55 p. 67.

CARNELUTTI, Francesco. Instituições do Processo Civil. Vol. I. Campinas: Servanda, 1999.

CARMONA, Carlos Alberto et al. Títulos Executivos Extrajudiciais no CPC. In Processo de Execução e Assuntos Afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998

CUSTÓDIO, Antônio Joaquim Ferreira. Constituição Federal Interpretada pelo STF. 4ª Edição. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 1999.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel e Outros. Teoria Geral do Processo, 10ª edição. São Paulo: Ed. Malheiros, 1998.

GRECO, Leonardo. O Processo de Execução. Volume 1. Rio de Janeiro: Thex, 1992.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. O Controle dos Atos Executivos e Efetividade da Execução. Artigo publicado na Revista Jurídica nº 253. Porto Alegre: Síntese, Novembro/ 1998.

MARQUES, José Frederico. Instituições de Direito Processual Civil. Revista atualizada e complementada por Ovídio Rocha Barros Sandoval. Vol. I. Campinas: Millennium, 1999.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de, e BORGES, Leonardo Dias. Objeção de Exceção de Pré-Executividade e de Executividade no Processo do Trabalho. Síntese Trabalhista nº 115 - Janeiro/1999.

MIRANDA, Pontes de. Tratado das Ações. Tomo 7. Campinas: Bookseller, 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. Informativo Semanal ADV/COAD, Maio/2000.

NERY JR., Nelson. Princípios do Processo Civil na Constituição Federal. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 1992.

PACHECO, José da Silva. Tratado das Execuções. São Paulo: Saraiva, 1997.

PEREIRA, Tarlei Lemos. Exceção de Pré-Executividade. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.88, nº 760, fev. 1999, pp. 767/786.

NERY JÚNIOR, Nelson, NERY, Rosa Maria Andrade. Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor. 3ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual Civil. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

WAMBIER. Tereza Arruda Alvim et al. Processo de Execução e Assuntos Afins. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.