

A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Matheus de Oliveira Resende¹

RESUMO

O objetivo deste trabalho é abordar o instituto da Exceção de Pré-Executividade, percorrendo todo o processo de execução (cumprimento de sentença e ação de execução), os meios convencionais de defesa do devedor (impugnação ao cumprimento de sentença e embargos à execução) com suas peculiaridades, e, por fim, as vantagens, desafios e requisitos para admissibilidade da Exceção de Pré-Executividade.

PALAVRAS-CHAVE: EXECUÇÃO; EXCEÇÃO; OBJEÇÃO; PRÉ-EXECUTIVIDADE; GARANTIA, PENHORA.

¹Advogado pelas Faculdades Integradas Vianna Jr. Email: matheus.resende@live.com

INTRODUÇÃO

Podemos observar no atual sistema processual civil brasileiro duas formas de execução forçada: o cumprimento de sentença, através do sincretismo processual e a ação de execução, ambas consubstanciadas em satisfazer o crédito exequendo através de procedimentos próprios.

No presente trabalho, observaremos os procedimentos a serem adotados para dar eficácia ao cumprimento de sentença, regulamentado pelos artigos 475-I e seguintes do Código de Processo Civil, e para se executar os títulos executivos judiciais (artigo 475-N do CPC) e extrajudiciais (artigo 585 do CPC).

Atualmente, pode o executado opor-se ao cumprimento de sentença utilizando-se do expediente da chamada impugnação ao cumprimento de sentença, regida pelos artigos 475-I e seguintes do Diploma Processual Civil, sendo no presente trabalho estudado seu cabimento, matérias a serem alegadas, prazos e requisitos.

Já no caso de ação de execução, o meio convencional cabível para o executado opor-se ao direito do exequente são os embargos do devedor, regido pelos artigos 736 e seguintes do Código de Processo Civil, oportunidade em que será estudado, assim como na impugnação ao cumprimento de sentença, seu cabimento, matérias a serem alegadas, prazos e requisitos.

Por fim, será esmiuçado o instituto da Exceção de Pré-Executividade, uma criação doutrinária que ganhou notoriedade após o emblemático parecer n° 95 de Pontes de Miranda, elaborado em 30 de julho de 1966, sendo espécie de defesa em execução acolhida pela jurisprudência, porém sem possibilidade de dilação probatória e sem necessidade de garantir-se o Juízo, trazendo no corpo do presente trabalho diversas opiniões doutrinárias, além de jurisprudências acerca do tema.

1 A EXECUÇÃO NO DIREITO BRASILEIRO

1.1 Meios de execução no processo civil

Em nosso ordenamento jurídico pátrio encontramos, atualmente, duas formas de execução: o cumprimento de sentença e a ação de execução.

Muito embora para alguns autores, como Cássio Escarpinella Bueno (2009, p. 164), as expressões “execução” e “cumprimento de sentença” sejam sinônimas e ambas descrevam o desencadeamento da atividade jurisdicional objetivando à satisfação do credor naqueles casos em que, a despeito do título executivo, o devedor não cumpre a obrigação nele retratada, é plausível fazermos uma breve explanação acerca desses institutos.

1.1.1 Cumprimento de Sentença

Cumprimento de sentença, regido pelos artigos 475-I e seguintes do Código de Processo Civil ocorre quando, após toda a fase de conhecimento do processo, é prolatada a sentença e após seu trânsito em julgado a parte sucumbente não cumpre espontaneamente com o estipulado, sendo necessário assim que a parte vencedora requeira seja dado início a nova fase executiva ou satisfativa da sentença.

Esse fenômeno é conhecido como sincretismo processual, uma vez que a fase de cognição e a fase de execução se realizam nos mesmos autos, observando assim os princípios constitucionais da celeridade processual e eficiência.

Sobre este tema, Carreira Alvim explica que o sincretismo processual se mostra uma tendência do direito processual, possibilitando a obtenção de mais uma tutela jurisdicional, de forma facilitada, sem a necessidade de

um processo autônomo, com o que, além de evitar o abarrotamento do Judiciário, melhora a prestação jurisdicional.

Sendo assim, após o requerimento da parte, o magistrado dará início à fase de cumprimento de sentença, intimando o devedor/réu, na pessoa de seu advogado, ou se necessário pessoalmente, para efetuar o pagamento da quantia devida no prazo legal de 15 (quinze) dias, advertindo-o acerca das penalidades constantes no art. 475-J do CPC, sob pena de execução forçada, aonde, por meio de requerimento do credor, buscará satisfazer-se o crédito exequendo por meio de penhora e avaliação, observando os trâmites legais.

Ressalta-se que caso a dívida não seja líquida, deverá o exequente requerer a liquidação da sentença, dando início a uma nova fase do processo: a fase de liquidação.

1.1.2 A Ação de Execução de Título Extrajudicial

Diferentemente da fase de cumprimento de sentença estudada anteriormente, a ação de execução não se trata, como o próprio nome sugere, de uma ação de conhecimento, uma vez que o autor/exequente ajuíza a ação de execução de título judicial/extrajudicial buscando de imediato o pagamento.

Humberto Theodoro Júnior (2007) ao discorrer acerca da ação de execução diz que:

O credor, a cujo título a lei confere força executiva, mesmo sem ter passado pelo crivo do acerto judicial, nada mais tem a discutir com o devedor, trata apenas de executar seu direito, tornando-o efetivo.

Assim, facilmente constatamos que a índole da Ação de Execução não é voltada para o contraditório.

Sendo assim, compete ao exequente, ao ajuizar a ação de execução, apresentar o título exequendo, requerer a citação do devedor/executado e, ainda, cumprir os diversos requisitos constantes dos artigos 614 e 615 do Código de Processo Civil.

O Código de Processo Civil arrola de forma taxativa através de seu art. 475-N os títulos executivos judiciais. Já no artigo 585 do mesmo Diploma Processual estão descritos os títulos executivos extrajudiciais.

O Magistrado, ao despachar a inicial, observará o disposto no artigo 652 do Código de Processo Civil, ordenando a citação do executado para efetuar o pagamento da dívida no prazo de 03 (três) dias, sob pena de penhora e, ainda, fixará de plano os honorários do advogado do exequente a serem pagos pelo executado, os quais serão devidos pela metade caso o pagamento seja realizado no prazo legal, *ex vi* artigos 652 e 652-A do Diploma Processual Civil.

A penhora deverá ser realizada pelo oficial de justiça caso o pagamento não se efetive no prazo anterior, observando a ordem descrita no artigo 655 e as restrições constantes do art. 649, ambos do Código de Processo Civil e, ainda, as restrições trazidas pela Lei 8009/90, lavrando-se o respectivo auto de penhora e intimando o executado acerca da constrição realizada, descrevendo tantos bens quanto bastem para garantir a execução.

Ressalta-se que é facultado ao devedor na Ação de Execução defender-se por meio dos Embargos do Devedor (artigos 736 a 747), os quais serão analisados no momento oportuno.

2 OS MEIOS CONVENCIONAIS DE DEFESA DO EXECUTADO

Seguindo a linha de raciocínio deste trabalho, passaremos à análise, embora não tão aprofundada, por não se tratar de objetivo central do presente estudo, dos meios de defesa convencionais do executado, quais sejam: a impugnação ao cumprimento de sentença, em se tratando de fase de execução (sincretismo

processual); e embargos do devedor, quando se tratar de execução de título judicial/extrajudicial, por meio de ação própria.

2.1 Impugnação ao Cumprimento de Sentença

A fase de cumprimento de sentença é regida a partir do artigo 475-I do Código de Processo Civil (Lei 5.869 de 1973).

Na hipótese do devedor não pagar espontaneamente a quantia definida em sentença, no prazo de 15 dias contados do trânsito em julgado, a mesma sofrerá um acréscimo referente à multa de 10% prevista no art. 475-J do CPC.

Ainda, poderá o credor dar início à nova fase do processo: a de cumprimento de sentença, apresentado o requerimento executivo, e, por conseguinte, o juiz expedirá mandado de penhora e avaliação de bens do devedor.

Depois de realizada a penhora e avaliação (eminência da expropriação), o devedor/executado é intimado (e não citado, pois não se trata de um processo autônomo, mas sim de sincretismo processual) para, querendo, impugnar o cumprimento da sentença no prazo de 15 dias.

É importante ressaltar que a impugnação ao cumprimento de sentença constitui um mero incidente processual, e não uma ação autônoma, configurando assim uma diferença importante entre os embargos do devedor e a impugnação.

Portanto, para impugnar o cumprimento de sentença, deve o executado: respeitar o prazo de 15 dias descrito no artigo 475-J, §1º do Código de Processo Civil, sob pena de preclusão e, tenha por base de argumentação as matérias descritas no artigo 475-L do mesmo diploma processual. Importante ressaltar que as nulidades da execução não estão inseridas no rol do supracitado artigo, uma vez que podem ser alegadas por simples petição.

Assevera Araken de Assis (2008, p..1178) que:

Na hipótese de alegar matéria estranha ao catálogo legal, a exemplo da prescrição anterior a sentença, o juiz rejeitará a impugnação,

socorrendo-se do art. 739, III, aplicável subsidiariamente, nos termos do art. 475-R.

O §1 do art. 475-J do Código de Processo Civil, estabelece que:

Do auto de penhora e de avaliação, o executado será intimado, na pessoa do seu advogado, ou pessoalmente, caso não tenha advogado, para oferecer impugnação no prazo de 15 (quinze) dias.

Diante da imposição legal, surgiram divergências no campo doutrinário e jurisprudencial, sobre a obrigatoriedade de garantia de execução para oferecimento da impugnação.

Uma primeira corrente argumenta no sentido de que a impugnação pressupõe a existência de prévia garantia da execução (art. 475-J, §1 do Código de Processo Civil). Portanto, a fluência do prazo quinzenal depende da penhora e avaliação dos bens constritos.

Nesta linha, Cássio Scarpinella Bueno (2009, p. 539) diz:

A impugnação pressupõe prévia garantia de juízo, é ler o §1 do art. 475-J. A fluência dos quinze dias para sua apresentação depende da prévia penhora e avaliação dos bens penhorados, da qual seja devidamente intimado o advogado do executado ou, nos casos em que não houver advogado seu constituído nos autos, de sua intimação pessoal. Por ser regra específica, não há como aplicar a regra dos embargos à execução, que se lê no caput do art. 736.

Araken de Assis (2008, p. 1194) argumenta:

Implicitamente que seja, a prévia realização da penhora, ou a segurança do juízo, constitui pressuposto processual objetivo da impugnação. O art. 475-J, §1, somente cogita a intimação do executado após a penhora. É flagrante a subsistência da *ratio* dessa peculiar exigência imposta à impugnação.

E ainda, Nelson Nery Junior e Rosa Maria Nery (2007, p. 734):

Impugnação e segurança do juízo. Na execução de sentença, que se faz pelo instituto do cumprimento de sentença, a segurança do juízo se dá pela penhora, de modo que o devedor só poderá valer-se da impugnação depois de realizada a penhora, pois o prazo para impugnação só começa a correr, depois de o devedor haver sido intimado da penhora. Como diz a norma comentada, o executado será intimado para oferecer impugnação, depois de haver sido realizada a penhora e a avaliação.

Vale lembrar que alguns dos autores que defendem a prévia garantia do Juízo como condição *sine qua non* à impugnação ao cumprimento de sentença, mitigam tal requisito, como o Professor Cássio Scarpinella Bueno (2009, pág. 540):

À luz do “modelo constitucional do direito processual civil”, contudo, é possível (e desejável) mitigar a regra: sempre que não houver bens penhoráveis do executado, ele, demonstrando esta circunstância, na medida do possível (nem poderia ser diferente), poderá exercer o seu direito de defesa independentemente de qualquer constrição ao seu patrimônio que, de resto, é medida inócua, dada as peculiaridades concretas.

No mesmo sentido, Luís Rodrigues Wambier (2007, p. 406):

Em único caso pode-se ocasionalmente admitir a oposição de impugnação sem a prévia garantia do juízo: quando o devedor não dispõe de bens para penhora, sob pena de desrespeito a constituição federal, no que tange à indevida limitação do direito de defesa.

Há, ainda, o entendimento de que embora a garantia da execução se mostre imprescindível, a impugnação anterior à penhora não causa, por si só, o seu indeferimento, mas tão somente posterga o seu recebimento para após a penhora.

Entretanto, existe corrente contrária, sustentando a desnecessidade de prévia penhora e garantia da execução para a apresentação da impugnação ao cumprimento de sentença.

Com este posicionamento, Luiz Guilherme Marinoni (2007, p. 290/291):

Para a apresentação de impugnação não se requer a prévia segurança do juízo. Não há regra específica sobre a questão e o art. 475-J, §1º, poderia insinuar outra resposta, já que diz que a intimação para o executado impugnar se dá depois de realizada a penhora. O art. 736 expressamente permite o oferecimento de embargos à execução de título extrajudicial, independentemente da prévia garantia de juízo. Observando-se o sistema executivo, nota-se que, diante da regra de não-suspensividade (art. 475-M) e dos embargos de execução de título extrajudicial (art. 739-A), a prévia realização de penhora não é imprescindível para tornar o juízo seguro enquanto são processados a impugnação e os embargos. Antigamente, como os embargos tinham efeito suspensivo – podendo paralisar por anos a execução –, era preciso deixar o exequente seguro de que seu direito seria satisfeito no caso de improcedência dos embargos. Hoje, como a penhora pode ser feita no curso da impugnação e seu eventual efeito suspensivo, obviamente, não pode impedir a sua realização, já que a penhora, além de necessária para segurar o juízo, não pode causar grave dano de difícil reparação, a prévia segurança de juízo não constitui requisito de admissibilidade de impugnação.

Neste sentido, Daniel Amorim Assumpção Neves (2007, p. 406), afirma que “a penhora não constitui requisito necessário e suficiente ao ajuizamento da impugnação; esta pode, então, ser oferecida antes mesmo da penhora”.

Ressalta-se que temos em nossos Tribunais julgados adotando ambas as teorias. Por fim, é importante transcrever o que diz o Código de Processo Civil em relação à possibilidade de efeito suspensivo ou não para a Impugnação ao Cumprimento de Sentença, *in verbis*:

Art. 475-M. A impugnação não terá efeito suspensivo, podendo o juiz atribuir-lhe tal efeito desde que relevantes seus fundamentos e o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

§ 1º Ainda que atribuído efeito suspensivo à impugnação, é lícito ao exequente requerer o prosseguimento da execução, oferecen

do e prestando caução suficiente e idônea, arbitrada pelo juiz e prestada nos próprios autos

2.2 Embargos do Devedor

Passada a análise do instituto da impugnação ao cumprimento de sentença, chegamos ao segundo meio de defesa (convencional) do executado: os Embargos do Devedor, mais especificamente para o nosso estudo, os Embargos à Execução.

Diz o artigo 736 do Código de Processo Civil:

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

Parágrafo único. Os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado e instruídos com cópias das peças processuais relevantes, que poderão ser declaradas autênticas pelo advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

De plano já identificamos duas grandes diferenças entre os Embargos à Execução e a Impugnação ao Cumprimento de Sentença, quais sejam: o processamento e o pressuposto para defender-se.

Na impugnação, a resistência do executado se dá por petição nos próprios autos em que se está executando a sentença, ao passo que nos embargos é necessário distribuir, por dependência, a peça de defesa, e, ainda, conforme já estudado, existe corrente no sentido de admitir-se a impugnação ao cumprimento de sentença apenas se já efetivada a garantia do Juízo, enquanto nos embargos o executado pode defender-se independentemente de penhora, depósito ou caução (garantia do Juízo).

Conforme artigo 738 do Código de Processo Civil, o prazo dos embargos é de 15 dias, contados da juntada aos autos do mandado de citação cumprido. No caso de mais de um executado, conta-se o prazo individualmente, a partir da

juntada do respectivo mandado citatório cumprido, salvo em se tratando de cônjuges.

Via de regra, os Embargos não possuem o condão de suspender a execução, *ex vi* artigo 739-A do Diploma Processual Civil. Entretanto, em alguns casos, é possível que a execução seja suspensa até o julgamento dos Embargos, uma vez que o parágrafo primeiro do supracitado artigo autoriza, *in verbis*:

O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Determina o mesmo artigo que:- o efeito suspensivo não obstará o prosseguimento do feito em relação ao restante da execução (parte não embargada) (§3°); a suspensão concedida não se operará em relação os demais executados, exceto quando o fundamento dos embargos os aproveitarem (§4°); caso o fundamento dos embargos seja um excesso na execução, deverá o embargante apresentar o valor que entende devido, acompanhado de planilha de cálculo, sob pena de ter os embargos rejeitados liminarmente (§5°); o efeito suspensivo não impedirá a penhora e a avaliação dos bens, ficando impedida apenas a adjudicação ou expedição de alvará (§6°).

Humberto Theodoro Júnior (2007, p. 427) diz que:

Confia-se apenas no título portado pelo exequente. Em razão disso, a instauração de um juízo incidental cognitivo é amplo e pode atingir tanto os fatos anteriores à formação do título (*a causa debendi*) como os posteriores, que possam provocar a modificação ou extinção do crédito ou o impedimento à sua exigibilidade. Fala-se, nesse sentido, que na execução do título extrajudicial, ocorreria “execução adiantada”, com “inversão da ordem das atividades jurisdicionais”. Executa-se primeiro para depois, e apenas eventualmente, realizar a cognição, se provocada pelo devedor por meio de seus embargos.

Assim, temos que os embargos à execução constituem uma ação de conhecimento, tendo o seu rol de matérias arguíveis mais extenso do que procedimento de impugnação ao cumprimento de sentença, estando as matérias alegáveis inseridas no artigo 745 do Código de Processo Civil.

Por fim, cumpre ressaltar que o artigo 745-A do Diploma Processual Civil permite ao executado, caso efetue o pagamento de 30% do valor exequendo, parcelar o débito em até 6 parcelas mensais, incluído custas e honorários advocatícios, além de juros e correção monetária.

3 A Exceção de Pré-Executividade

O instituto da Exceção (ou Objeção) de Pré-Executividade não possui previsão legal, sendo uma espécie de defesa em execução, sem garantia do juízo, que foi criada pela doutrina e acolhida pela jurisprudência, possuindo caráter eminentemente acidental defensiva.

Pontes de Miranda, renomado jurista brasileiro, confeccionou parecer em 1966, por solicitação da Companhia Siderúrgica Mannesmann, a qual estava sofrendo vários processos de execução, em vários estados da federação, além de pedidos de falência, todos baseados em títulos com falsa assinatura de um de seus diretores. Como, na época, era necessário garantir o Juízo para opor-se à execução, a Companhia estaria fadada à falência, uma vez que com várias execuções em curso e ainda, processos de falência, seria impossível garantir a execução de todas para poder alegar a nulidade de título (assinatura falsa).

Por causa desse parecer o instituto da Exceção de Pré-Executividade ganhou notoriedade (apesar de já existente) e Pontes de Miranda é tido como o pai desta espécie de defesa.

3.1 A aceitação do instituto e sua evolução ao longo do tempo

Após o parecer supramencionado de Pontes de Miranda, o instituto da Exceção de Pré-Executividade foi ganhando cada vez mais adeptos e sendo aceita na jurisprudência, passando a ser discutida com mais enfoque nas doutrinas e sendo delimitada sua aplicação e cabimento.

Discorrendo acerca da possibilidade do executado se manifestar não apenas por meio dos já conhecidos embargos, Moreira, 2000 (apud SANTOS, 1989, p. 23) assevera que:

Para que se defira a execução, basta que o título, em aparência, revele a 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.

Assim, nada impede que o executado alegue a nulidade por meio da Exceção de Pré-Executividade.

A legitimidade da Exceção de Pré-Executividade encontra amparo no fato de que as nulidades e vícios processuais que tornem ineficaz o título a ser executado devem ser suscitadas através desta modalidade de objeção, antes ou após a citação do executado, não podendo a mesma ser ignorada, sob pena de afronta ao disposto no art. 5º, XXXV da vigente Constituição Federal (princípio da inafastabilidade da jurisdição).

Alberto Camiña Moreira (2000) (apud LACERDA 1985, p.12) ressalta que:

é violência inominável impor-se ao injustamente executado dano, às vezes irreparável, da penhora prévia, ou o que é pior, denegar-lhe qualquer possibilidade de defesa se, acaso, não possuir ele bens penhoráveis suficientes.

Assim, a iniciativa de conhecimento da matéria, originariamente, toca ao juiz, cabendo ao devedor levantá-la caso o julgador se omita.

Moreira (2000, p. 31-32) ilustra a utilidade e o cabimento da exceção de pré-executividade com um antigo caso, já sendo admitida a defesa sem embargos, ocorrendo no caso concreto referente ao acórdão proferido no julgamento do Recurso Extraordinário 100.39739, originário de São Paulo, publicado no DJU em 7 de março de 1986. A execução era fundada em três notas promissórias ainda não vencidas por ocasião da propositura da ação; baseava-se a exequente no argumento de que havia vencimento antecipado em razão de cláusula contratual.

Após ser citada, a executada atravessou uma petição pugnando pela extinção da execução, pedido este indeferido. Inconformada, interpôs recurso de agravo de instrumento, o qual teve parcial provimento, obstando a execução com relação a dois dos títulos executados, pois “não se pode, em resumo, confundir documento de crédito, com título de dívida líquida, certa e exigível. Este, não aquele documento, assegura o direito à ação de execução. Promissórias não vencidas comprovam o crédito, não exigível, sem direito à execução” .

O referido acórdão determinou o prosseguimento da execução em relação a uma das notas promissórias, que por ocasião do julgamento do agravo já estava vencida. Decidiu-se que o “princípio da economia processual permite que a condição da ação seja considerada no momento da decisão. Isto é, ainda que faltasse uma condição da ação no momento liminar, a superveniência sana a falta.”

Ainda inconformada a executada, recorre extraordinariamente para o Supremo Tribunal Federal e obtém êxito. O relator do acórdão, Ministro Oscar Corrêa, estudando profundamente o assunto, concluiu pela inaplicabilidade do art. 462 à ação de execução, pois, se assim for, “não haverá mais título inexigível: basta que se inicie a ação de execução, se cite o devedor ainda não obrigado e se aguarde ou retarde o procedimento até a sentença de acolhimento da execução.”

Entretanto, há pensamento contrário à aplicação do referido instituto, sob diversos argumentos, como o fato de que na execução, os litigantes não estão em posição de igualdade, não podendo assim o Juízo interromper uma execução, ainda não garantida, para apreciar os argumentos do executado.

Outro argumento é no sentido de que se admitindo o uso da Exceção de Pré-Executividade, desapareceriam os embargos, pois o executado sempre arranjará argumentos para obstar a penhora, impossibilitando assim o processo de execução. Ressalta-se que este argumento foi utilizado, inclusive, em tese perante o Supremo Tribunal Federal, sendo, entretanto, sucumbente.

Assevera Alberto Camiña Moreira (2000, p. 33), sobre as críticas à aplicação do referido instituto, que:

O medo de atitudes protelatórias do devedor não pode afastar o reconhecimento da presença, no arcabouço processual, de defesa fora dos embargos.

Não se pode acusar o instituto da exceção de pré-executividade de ser instrumento de chicana; o homem é que pode ser acusado de desvirtuá-lo. Todo instrumento é passível de ser empregado de maneira velhaca. Até mesmo uma ação pode ser promovida com fins fraudulentos, mas não se vai cogitar de tolher o direito de ação.

E conclui:

Muitas vezes o instituto em questão é criticado sem que se saiba o seu real significado. Já ouvimos dizer que a exceção de pré-executividade viola o devido processo legal, quando a sua inadmissibilidade é que pode representar violação a essa cláusula.

Podemos notar que a grande dificuldade e o grande desafio do instituto em estudo é delimitar as matérias possíveis de alegação por simples petição e as que necessariamente devem ser alegadas por meio de embargos ou impugnação. O que a doutrina tem admitido é a alegação, por simples petição, de matéria de ordem pública/privada, basicamente os pressupostos processuais e as condições da

ação, que, nos termos do art. 267, §3º do Código de Processo civil, podem ser levantadas em qualquer tempo e grau de jurisdição. Lembrando ainda que é possível

alegar-se matéria de mérito através da exceção, como por exemplo: prescrição, decadência e quitação (MOREIRA, 2000).

Assim, temos que é cabível alegar-se por meio de Exceção de Pré- Executividade: i: matérias de ordem pública (as quais podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado); ii: matérias de ordem privada, porém que podem ser provadas de plano, ou seja, não necessitam de dilação probatória, permitindo o julgamento de imediato.

Portanto, a Exceção de Pré-Executividade deve ser oferecida por meio de simples petição, e, por não ser estabelecida em lei, não possui prazo, tendo, apenas, como *dias a quo*, o início de uma execução.

Oferecida a Exceção, deve o juiz dar vista desta à parte contrária (princípio do contraditório), por prazo razoável, sendo praticado comumente em nossos Tribunais, o prazo de 15 dias. Concluídos os autos para julgamento, decidirá o magistrado, fixando honorários advocatícios sucumbenciais em caso de extinção da execução, cabendo, contra a extinção, recurso de apelação. Não sendo acolhida a exceção, incabível será a condenação em honorários de sucumbência, uma vez que terá sido apenas um incidente processual, não ensejando a condenação, sendo, neste caso, a decisão recorrível via agravo de instrumento.

3.2 A aplicação da exceção de pré-executividade nos dias atuais

Em nossos tribunais, é pacífico o entendimento acerca do cabimento da Exceção de Pré-Executividade para obstar a execução, já que é uma defesa emergencial do executado, não sendo, entretanto, possível a dilação probatória em se tratando deste meio de defesa.

Neste sentido é o nosso Egrégio Tribunal de Justiça Mineiro:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - CABIMENTO - IPTU - AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DO NÚMERO DO IMÓVEL E DA BASE DE CÁLCULO NA CDA - LOTEAMENTO SEM EDIFICAÇÃO - PREVISÃO LEGAL - AUSÊNCIA.

- A exceção de pré-executividade não possui regulamentação legal. Entretanto, é admitida pela doutrina e pela jurisprudência como

sendo o instrumento processual adequado para que o devedor possa

se defender no processo de execução, independentemente de prévia garantia do juízo, caso as matérias alegadas versem sobre questões de ordem pública ou de ordem privada, desde que exista prova pré-constituída.____(Agravo de Instrumento Cv 1.0433.10.013763-0/001

0671130-13.2013.8.13.0000 (1)) Data de Julgamento: 16/01/2014.

E ainda:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. ITDC. HOMOLOGAÇÃO DOS CÁLCULOS DO INVENTÁRIO. PENDÊNCIA. JUROS E MULTA. CRÉDITO TRIBUTÁRIO NÃO EXIGÍVEL. SÚMULA N. 114, DO STF. EXTINÇÃO DO FEITO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONFIRMAÇÃO DA SENTENÇA.

A exceção de pré-executividade, incidente processual de caráter excepcional, é adequada à arguição de questões prejudiciais e nulidades suscetíveis de conhecimento de ofício pelo Magistrado, desde que haja prova pré-constituída do direito alegado. [omissis]

Acolhida a exceção de pré-executividade cumpre a condenação da Fazenda Pública em honorários advocatícios diante do princípio da causalidade, não se aplicando o disposto no artigo 1.º-D da Lei

9.494/97.> (TJMG - Apelação Cível 1.0024.12.259647-1/001, Relator(a): Des.(a) Armando Freire , 1ª CÂMARA CÍVEL, julgamento em 05/08/2014, publicação da súmula em 13/08/2014)

Também é pacífico seu cabimento nos diversos Tribunais de Justiça pelos demais estados brasileiros, senão vejamos:

TJSP: Agravo de Instrumento 20745443720148260000 Garça - 12ª Câmara de Direito Público - Relator Venício Antonio de Paula Salles

- 07/07/2014 - Votação: Unânime - Voto nº: 18384 - Ementa: EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - Rejeição - Cabimento - Questão que deveria ser alegada em sede de embargos à execução

- Inadequação da via processual eleita - Exceção, ademais, que representa importante instrumento jurídico disponibilizado para

conhecimento de matérias de ordem pública, ou seja, aquelas

passíveis de apreciação de ofício pelo Juiz - Decisão mantida - Recurso não provido.

TJRJ: 0001525-27.2014.8.19.0000 - AGRAVO DE INSTRUMENTO

1ª Ementa DES. LUCIA HELENA DO PASSO - Julgamento:

24/09/2014 - VIGESIMA PRIMEIRA CAMARA CIVEL - AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. DECISÃO

INTERLOCUTÓRIA QUE REJEITOU A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. O instituto da exceção de pré-executividade objetiva o reconhecimento de nulidades e vícios apreciáveis de ofício pelo magistrado. a tese suscitada pelo agravante exigiria o

revolvimento fático-probatório. não cabimento da via eleita.

manutenção da decisão agravada. recurso a que se nega seguimento na forma do artigo 557, caput, do código de processo civil.

TJRS: Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCESSO DE EXECUÇÃO. MATÉRIA A SER DEDUZIDA EM IMPUGNAÇÃO/EMBARGOS DO DEVEDOR. DECISÃO AGRAVADA MANTIDA. A exceção de pré-executividade destina-se a hipóteses excepcionais de inexistência ou flagrante nulidade do título executivo ou falta de pressupostos processuais ou condições da ação. In casu, a alegação de excesso de execução não se insere dentre as matérias que podem ser arguidas em objeção de pré-

executividade. AGRAVO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO, COM BASE NO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC. (Agravo de Instrumento Nº 70061862827, Décima Sétima Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Liege Puricelli Pires, Julgado em 30/09/2014)

Plausível ainda ressaltar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, corroborando a aplicabilidade de cabimento da Exceção de Pré-Executividade:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE EXECUÇÃO DECORRENTE DE EXISTÊNCIA DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS ABUSIVAS. DILAÇÃO PROBATÓRIA.

1. A jurisprudência desta Corte entende que a utilização de exceção de pré-executividade somente é possível para analisar questões que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, sem a necessidade de dilação probatória.

2. Por esse motivo, as alegações de existência de excesso de execução em razão da cobrança de encargos indevidos (taxa de juros, comissão de permanência e capitalização) devem ser objeto de embargos do devedor.

3. A alteração no contrato celebrado entre as partes, com o reconhecimento de abusividade e/ou ilegalidade de cláusulas, somente é possível com a observância do contraditório e da ampla defesa e, ademais, nos termos da Súmula 381/STJ, é vedado ao julgador conhecer de tais questões de ofício.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(Ag Rg no AREsp 516.209/CE, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 30/09/2014)

CONCLUSÃO

Conforme mencionado, o parecer de nº 95 de Pontes de Miranda foi de suma importância para o crescimento, aceitação e evolução do instituto da Exceção de Pré-Executividade, sendo hoje perfeitamente cabível sua utilização, vide transcrições doutrinárias e jurisprudenciais encontradas ao longo do presente trabalho.

Não obstante o fato de não ser regulamentada por lei alguma, não há dúvidas quanto à possibilidade de defesa em execução por meio do instituto da Exceção de Pré-Executividade, sob pena de violação do direito constitucional de inafastabilidade da jurisdição (artigo 5º, XXXV da Constituição Federal/88), sendo um direito fundamental do executado defender-se, inclusive sem garantir o Juízo, de sofrer constrição patrimonial quando não for realmente devedor.

É inaceitável proibir tal modalidade de defesa sob alegação de possível protelamento processual e complicação da execução, uma vez que por muitas vezes este instituto é a única forma do executado manifestar-se nos autos, como por exemplo no caso de cumprimento de sentença, aonde só é possível impugná-lo após garantido o Juízo (penhora ou caução), ou ainda, se precluso o direito de embargar a execução ou mesmo impugnar o cumprimento da sentença, o que, acaso fosse vedada à defesa por meio da Exceção de Pré-Executividade, resultaria, muitas vezes, em enriquecimento ilícito do exequente, quando houvesse flagrante nulidade da execução e a mesma não tivesse sido reconhecida de ofício pelo Juiz.

Entretanto, deverá o executado comprovar de plano suas alegações, não sendo admitida a dilação probatória em sede de Exceção de Pré-Executividade.

Assim, é possível estabelecer grandes vantagens ao utilizar-se deste expediente, em relação às defesas ordinárias (impugnação ao cumprimento de sentença e embargos à execução), sendo uma a inexistência de prazo para apresentação da Exceção, possuindo apenas *dias a quo*, qual seja, o início de uma

execução, e a outra que, tal como ocorre nos embargos à execução, não é exigida a garantia do Juízo para opor-se ao direito exequendo.

Destarte, a Exceção de Pré-Executividade foi criada pela doutrina e acolhida pela jurisprudência justamente por ser uma medida de direito, a qual permite que o executado que não possua bens ou que já tenha ocorrido a preclusão de seu direito de defender-se ordinariamente obste uma execução ilegal, evitando assim o tão famigerado locupletamento ilícito.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. **Manual da Execução**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acessado em 20/09/2014.

BRASIL, **Código de Processo Civil do**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm. Acessado em 20/09/2014.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva**. 3.ed. São Paulo. Editora Saraiva, 2009.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Código de Processo Civil Interpretado**. São Paulo. Atlas, 2004,

LACERDA, Galeno. **Despacho saneador**. 2.ed Editora Porto Alegre; Sérgio A. Fabris, Editor, 1985.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de Processo Civil**. Vol. 3: execução. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2007.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem Embargos do Executado**. 2. ed. Editora Saraiva, 2000.

NERY Junior; Nelson Nery ; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante**. 10.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **A Desnecessidade de Penhora Para o oferecimento de Impugnação**. São Paulo. Editora Método, 2007.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. Estudos de Direito Processual Civil, 1975. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em:
<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&processo=688202&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>. Acessado em: 25/09/2014.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=exce%E7%E3o+de+pr%E9+executividade&b=ACOR&p=true&t=JURIDICO&l=10&i=1#DOC1>>. Acessado em: 25/09/2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de Execução e Cumprimento de Sentença**. 24.ed. Editora Leud, São Paulo, 2007.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Disponível em:
<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?palavras=1.0024.07.660911-4%2F005&numeroRegistro=1&totalLinhas=1&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&pesquisaPalavras=Pesquisar>>. Acessado em 25/09/2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Disponível em:
<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0433.10.013763-0%2F001&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acessado em 25/09/2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE MINAS GERAIS. Disponível em:
<<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaPalavrasEspelhoAcordao.do?&numeroRegistro=2&totalLinhas=154&paginaNumero=2&linhasPorPagina=1&palavras=cabimento%20exce%E7%E3o%20pre%20executividade&pesquisarPor=ementa&pesquisaTesouro=true&orderByData=1&listaOrgaoJulgador=1->

1&referenciaLegislativa=Clique%20na%20lupa%20para%20pesquisar%20as%20refer%EAncias%20cadastradas...&pesquisaPalavras=Pesquisar&>. Acessado em 25/09/2014.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO DE JANEIRO. Disponível em:
<<http://www4.tjrj.jus.br/ejud/ConsultaProcesso.aspx?N=201400201076&CNJ=0001525-27.2014.8.19.0000%27>>. Acessado em 25/09/2014.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. **Curso Avançado de Processo Civil**. São Paulo. Editora Revistas dos Tribunais, 2007.