

**ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO PARANÁ**  
**XXVI CURSO DE PREPARAÇÃO À MAGISTRATURA**  
**NÚCLEO CURITIBA**

**LOURILDO FRANKLIN AUST NETO**

**HIPÓTESES E CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO**  
**ATUAL SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO**

**CURITIBA**

**2008**

**LOURILDO FRANKLIN AUST NETO**

**HIPÓTESES E CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO  
ATUAL SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO**

Pré-projeto apresentado à Disciplina de Metodologia da Pesquisa Científica da Monografia a ser apresentada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização. Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba.

Orientador: Professor Desembargador  
Valter Ressel

**CURITIBA**

**2008**

## **TERMO DE APROVAÇÃO**

LOURILDO FRANKLIN AUST NETO

### **HIPÓTESES E CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO ATUAL SISTEMA PROCESSUAL BRASILEIRO**

Monografia aprovada como requisito parcial para conclusão do Curso de Preparação à Magistratura em nível de Especialização, Escola da Magistratura do Paraná, Núcleo de Curitiba, pela seguinte banca examinadora.

Orientador: \_\_\_\_\_

Avaliador: \_\_\_\_\_

Curitiba, de de 2008.

*Dedico este estudo à minha  
amada esposa Carla,  
companheira de todas as horas,  
e a nossa filha Laura por ela  
existir e ter-me feito sorrir nos  
momentos mais difíceis.*

## SUMÁRIO

<b>1. Introdução</b>	.....	<b>9</b>
<b>2. Teoria Geral do Processo Civil - Noções Gerais</b>	.....	<b>10</b>
<b>3. Princípios</b>	.....	<b>14</b>
<b>3.1 O princípio do acesso à justiça</b>	.....	<b>16</b>
<b>3.1.2 O acesso à justiça x morosidade na prestação jurisdicional</b>	.....	<b>17</b>
<b>3.2 O princípio do devido processo legal</b>	.....	<b>19</b>
<b>3.3 O princípio do contraditório</b>	.....	<b>21</b>
<b>3.4 O princípio da proporcionalidade</b>	.....	<b>23</b>
<b>3.5 O princípio da razoabilidade</b>	.....	<b>24</b>
<b>3.6 O princípio da efetividade</b>	.....	<b>25</b>
<b>4. Exceção de pré-executividade</b>	.....	<b>27</b>
<b>4.1 Conceito</b>	.....	<b>27</b>
<b>4.2 Histórico</b>	.....	<b>27</b>
<b>4.3 Nome</b>	.....	<b>28</b>
<b>4.4 Fundamento de sua utilização</b>	.....	<b>32</b>
<b>4.4.1 Fundamento legal</b>	.....	<b>33</b>
<b>4.5 Legitimidade</b>	.....	<b>34</b>
<b>4.6 Forma</b>	.....	<b>34</b>
<b>4.7 Natureza Jurídica</b>	.....	<b>35</b>
<b>4.8 Motivos de sua criação</b>	.....	<b>36</b>
<b>4.9 Características e requisitos</b>	.....	<b>37</b>
<b>4.10 Recebimento como embargos à execução</b>	.....	<b>38</b>

<b>4.11 Prazo</b>	.....	<b>38</b>
<b>4.11.1 Preclusão</b>	.....	<b>41</b>
<b>4.12 Procedimento</b>	.....	<b>42</b>
<b>4.13 Coisa julgada</b>	.....	<b>43</b>
<b>4.14 Possibilidade de suspensão do processo executivo</b>	.....	<b>44</b>
<b>4.15 Decisão e recursos</b>	.....	<b>49</b>
<b>4.16 Questão controversa: matérias de ordem pública x coisa julgada</b>	.....	<b>51</b>
<b>4.17 Cabimento da condenação em honorários advocatícios</b>	.....	<b>53</b>
<b>5. Alterações na Lei de Execuções</b>	.....	<b>54</b>
<b>5.1 Ampliação e diminuição da admissibilidade da Exceção de Pré-executividade frente às Leis 11.232/2005 e 11.382/2006</b>	.....	<b>55</b>
<b>5.2 Dever de ofício</b>	.....	<b>56</b>
<b>5.3 Perda de uma oportunidade</b>	.....	<b>57</b>
<b>6. Hipóteses práticas de aplicação</b>	.....	<b>57</b>
<b>6.1 Falta de requisitos de admissibilidade da execução</b>	.....	<b>59</b>
<b>6.2 Falta ou vício do título executivo</b>	.....	<b>59</b>
<b>6.3 Nulidades</b>	.....	<b>60</b>
<b>6.4 Outras matérias suscetíveis</b>	.....	<b>60</b>
<b>6.5 Aplicação na execução fiscal</b>	.....	<b>61</b>
<b>6.5.1 Prazo para aplicação do incidente na execução fiscal</b>	.....	<b>62</b>

<b>6.5.2 Hipóteses mais destacadas de cabimento do</b>	<b>63</b>
<b>incidente na execução fiscal</b>	
<b>6.5.2.1 Ilegitimidade <i>ad causam</i></b>	<b>64</b>
<b>6.5.2.2 Inexigibilidade do Título Executivo Fiscal</b>	<b>65</b>
<b>6.5.2.3 Prescrição e Decadência</b>	<b>66</b>
<b>6.5.2.4 Pagamento, compensação e novação</b>	<b>67</b>
<b>6.5.2.5 Outras matérias</b>	<b>68</b>
<b>7. Conclusão</b>	<b>70</b>
<b>8. Bibliografia</b>	<b>75</b>

## RESUMO

O presente trabalho monográfico visa demonstrar a utilidade, a relevância e a necessidade da exceção de pré-executividade no Sistema Processual Brasileiro. Como se verá adiante, a utilização de tal incidente processual se coaduna com o que há de mais moderno em nosso direito (instrumentalidade das formas e efetividade do processo) e, principalmente, atende um dos maiores anseios, quer seja para aqueles que atuam como partes no processo, quer seja para legisladores e operadores do direito: a entrega de uma prestação jurisdicional célere consoante o que dispõe e determina nossa Constituição Federal. Pacificação social rápida e justa são características de tal instituto, bem como o acesso à justiça sem maiores formalismos, tendo como decorrência de sua aplicação o direito, a ampla defesa e o contraditório, vetores dessa nova ordem que estrutura o processo como instrumento público de um Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: **exceção; objeção; exceção de pré-executividade.**



## 1. INTRODUÇÃO

O incidente processual denominado exceção de pré-executividade, apesar de largamente utilizado em nosso ordenamento jurídico, não possui unanimidade quanto à sua aplicação, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial.

Tal resistência para sua aceitação decorre em suma por dois motivos: (i) falta de previsão legal para sua aplicação; e (ii) a satisfação do direito do credor de forma rápida.

Tais críticas tornaram-se mais veementes diante das recentes modificações no processo de execução. Para muitos, em razão de tais alterações possibilitarem a apresentação de defesa pelo executado/devedor (embargos e impugnação) sem a necessidade de se garantir previamente o juízo, a exceção de pré-executividade seria um instituto em extinção.

Entretanto, como será demonstrado neste estudo, tal pensamento não merece prosperar, pois, à luz dos princípios constitucionais e dos princípios que norteiam o processo de execução, a exceção de pré-executividade encontra forte respaldo legal para sua utilização e aplicação, não só no Processo Civil como nos demais processos existentes (trabalhista, fiscal, etc).

Dessa forma, a crescente utilização prática da exceção de pré-executividade justifica ainda mais a importância do seu estudo, principalmente diante das transformações trazidas pelas Leis 11.232/2005 e Lei 11.382/2006.

## 2. TEORIA GERAL DO PROCESSO CIVIL – NOÇÕES GERAIS

Durante a evolução do Processo Civil como ciência existiram três fases bem distintas. A primeira delas, denominada sincretista, ocorreu em meados do século XIX, nela o direito processual civil confundia-se com o direito material, ou seja, ele não possuía autonomia.

Nessa fase, portanto, o direito processual civil não era reconhecido como ciência. A ação, que se concebia nesse período, era o próprio direito material, que uma vez violado adquiria força para buscar uma reparação.

O Processo Civil era visto como um simples apêndice do direito material, um “direito adjetivo”, pois era vinculado somente sob a ótica do procedimento (simplesmente uma sucessão de atos); era um exercício de um direito que buscava uma reparação.

A segunda fase, designada como autonomista ou conceitual, teve início com a publicação de um livro, em 1868, intitulado *Teoria dos Pressupostos Processuais e das Exceções Dilatórias* de Oskar Von Bülow. A citada obra não trouxe nenhuma inovação ao Processo Civil, mas teve como grande mérito a sistematização da doutrina existente à época. O grande feito dessa obra foi separar a relação jurídica processual da relação jurídica de direito material. Cada uma delas possuía pressupostos, objetos e sujeitos próprios.

O direito processual civil não era mais um mero apêndice do direito material, passou a ser visto como uma ciência. Surgi daí a autonomia do direito processual civil, por isso fase “Autonomista”.

Nessa fase o procedimento passou para segundo plano, foi dada ênfase à relação jurídica processual, ou seja, às partes do processo (sujeitos parciais: autor e

réu; e sujeito imparcial: juiz). Esse liame que envolve juiz, autor e réu, essa ligação de poderes, deveres ônus e sujeições é a relação jurídica processual que interliga os sujeitos processuais.

Houve também, nessa fase, um grande incremento teórico do direito processual civil e de seus conceitos, por isso fase “Conceitual”. Essa fase ocasionou o desenvolvimento dos quatro institutos fundamentais da Teoria Geral do Processo: jurisdição, ação, defesa e processo. Nela também surgiram os grandes nomes do direito processual civil: Chiovenda, Carnelutti, Calamandrei (todos de origem italiana) e Libman (de origem alemã).

Uma crítica que se faz a essa fase do direito processual civil deve-se ao fato de que ela era extremamente teórica, pois se preocupava demais com conceitos e se esquecia da parte prática do processo, ou seja, o seu fim.

Nessa época, o processo foi estudado sob um viés estritamente técnico, deixando de lado os seus resultados práticos. Em razão dessa crítica iniciou-se a terceira fase da Teoria Geral do Processo, chamada “Instrumentalista”. Essa fase ainda encontra-se em curso, nela o processo não deve ser visto somente sob uma ótica estritamente técnica, mas também quanto aos seus resultados práticos.

Ocorre, portanto, uma grande mudança, de modo que o direito processual civil passa a ser visto não só sob o prisma de seus operadores, mas principalmente sob a ótica dos seus consumidores. Nessa etapa, ganha grande valor a utilidade do processo, o seu fim. Desse modo, o processo tem de ser efetivo, tem de chegar a algum lugar, buscar resultados, etc.

Pela perspectiva instrumental do processo, busca-se além do escopo da aplicação da vontade concreta da lei, o seu escopo social, a pacificação – efetiva –

dos conflitos de interesse com justiça. Percebe-se que a fase Instrumentalista dá ênfase a dois aspectos que se complementam.

Primeiro aspecto – O processo não é um fim em si mesmo, ele tem de chegar a algum lugar. Buscando tal intento deve ser afastado o formalismo exacerbado e desnecessário. O Processo Civil deve ser visto como um instrumento para a realização do direito material. Tal aspecto deve ser visto quanto à operacionalização do processo, sem antepô-lo à justiça. As regras formais têm de ser afastadas. É preciso mitigá-las. Deve ser menosprezado o formalismo exacerbado, o qual deverá ser exigido somente quando indispensável e necessário. Assim, por maior que seja o vício ou por mais grave que seja a omissão, se as partes (autor e réu) não forem prejudicadas, o formalismo deve ser deixado de lado.

O direito justo não é o que se aplica friamente à letra da lei, mas é o que está no espírito dela; os operadores do direito devem buscar a adaptação da lei à realidade. Destarte, devem buscar e obter, sempre que possível, a solução mais adequada aos problemas jurídicos, sociais e políticos do seu tempo.

Segundo aspecto – É a preocupação de extrair do processo o máximo de proveito em sua utilização e resultados. Surge a busca pela efetividade do processo, que deve ser apto a cumprir integralmente toda a sua função (pacificação social com justiça), atingindo, via de consequência, todos os seus escopos institucionais em sua plenitude.

O problema que surge com tal ideal é, justamente, balancear a celeridade na busca da prestação jurisdicional e a segurança jurídica diante de tal intenção. Esse é grande drama que vivemos na atualidade do direito processual civil.

A própria Constituição Federal diz que o direito à tutela jurisdicional efetiva, pressupõe o direito das partes de obter uma rápida e justa resolução dos litígios, ou

seja, a tutela efetiva implica uma decisão em um lapso de tempo razoável. Entretanto, isso não quer dizer que a celeridade deve prevalecer em detrimento da segurança jurídica, e o mesmo se aplica de modo inverso.

Diante desse dilema, o melhor é analisar cada caso separadamente. Sendo possível e viável, o processo deve ser célere. Contudo, caso tal celeridade fira o direito à ampla defesa (em sentido *lato*) e ao contraditório, aquela deve ser deixada de lado e a cognição judicial deve ser feita com mais vagar.

Essa fase, portanto, prega um direito processual civil de resultado. O processualista deve abandonar a visão exclusivamente interna do processo (como instrumento que disciplina a aplicação das normas materiais aos casos concretos) e passar a vê-lo a partir de ângulos externos (visando cumprir seus escopos sociais, políticos e jurídicos), isto é, deve levar em conta o modo como os resultados chegam à população destinatária, os reais consumidores do serviço processual.

O processo, nessa fase, deve ser tratado como meio para uma ordem jurídica justa. Assim entende o doutrinador Cândido Rangel Dinamarco, *in A Instrumentalidade do Processo*, p. 45, “é indispensável a consciência de que o processo não é mero instrumento técnico a serviço da ordem jurídica, mas, acima disso, um poderoso instrumento ético destinado a servir à sociedade e o Estado”.

Assim, o ordenamento processual deve atender de modo mais completo e eficiente possível, ao pleito daquele que exerceu seu direito, bem como daquele que resistiu, apresentando defesa, mas sempre sob a luz da Constituição Federal e de seus princípios.

O emprego do processo como instrumento, apto a proporcionar a pacificação social, segundo os critérios de justiça, consiste em tornar o processo acessível ao maior número de pessoas, para poderem demandar e se defender

adequadamente. Entretanto, para o efetivo acesso à justiça, é preciso muito mais que isso, como se verá.

*[...] Assim, (a) oferece-se a mais ampla admissão de pessoas e causas ao processo (universalização da jurisdição), depois (b) garante-se a todas elas a observância das regras que consubstanciam o devido processo legal, para que (c) possam participar intensamente da formação do convencimento do juiz que irá julgar a causa (princípio do contraditório), podendo exigir dele a (c) efetividade de uma participação em diálogo -, tudo isso com vistas a preparar uma solução que seja justa, seja capaz de eliminar todo o resíduo de insatisfação. (CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria geral do processo. p. 33-34)*

Nessa linha de raciocínio, como ressaltado, é imprescindível a aplicação dos princípios constitucionais inerentes ao processo, os quais, dentre outros, têm como função essencial orientar e influenciar a interpretação e aplicação das demais normas jurídicas nos casos em concreto.

Alexy Robert, na obra *Theorie der Grundrechte*, destaca que nenhum desses princípios constitucionais poderá prevalecer, sendo que todos devem coexistir harmoniosamente, ou seja, no caso concreto será ponderado, a qual princípio deve ser atribuído maior peso.

### **3. PRINCÍPIOS**

Rui Portanova diz que "os princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização, e, por isso, estejam ou não previstos em lei, aplicam-se cogentemente a todos os

casos concretos." (PORTANOVA, Rui. Princípios do Processo Civil. 2. ed. São Paulo: Livraria do Advogado, 1997, p. 14)

Para Miguel Reale, os princípios constitucionais "*são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico*" (Lições preliminares de direito, p. 300).

José Joaquim Gomes Canotilho, em sua obra Direito constitucional e teoria da Constituição, p. 1.034/1.036, ensina que os princípios têm como função essencial orientar e influenciar a interpretação e a aplicação das demais normas jurídicas.

Portanto, da leitura da doutrina acima citada, verifica-se que quando se identifica os princípios constitucionais de um Estado, estará se identificando os fundamentos de seu sistema positivo naquele momento histórico.

*Assim, os princípios traduzem preceito de caráter genérico, mas dotados de certa carga de normatividade, cuja finalidade é múltipla; tornar compreensível o ordenamento jurídico; justificar sob o aspecto ideológico, a razão de ser desse ordenamento; servir como supedâneo para a interpretação de normas legais ou para a criação delas, bem como de fundamento da sentença; neste último caso, atuam no vazio legislativo, como escopo de regular as situações que, acaso, tenham ficado fora da previsão do legislador.* (NOLASCO, Rita Dias. **Exceção de Pré-executividade: doutrina, jurisprudência e prática**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004. p. 32-33)

Desse modo, os princípios determinam a regra que deverá ser aplicada pelo intérprete, pelo operador do direito e, principalmente, pelo magistrado no caso em concreto. Logo, nenhuma interpretação poderá ser considerada adequada (e, portanto, por jurídica e justa) se, direta ou indiretamente, afrontar um princípio constitucional.

Verifica-se, assim, que os princípios constitucionais servem de alicerce de todo o ordenamento jurídico infraconstitucional.

Hoje, com a evolução do direito processual, vem se consolidando o chamado direito constitucional processual, formado pela aproximação e inter-relacionamento da Constituição e do Processo Civil.

Dentre esses princípios podemos destacar: (i) o princípio do acesso à justiça; (ii) o princípio do devido processo legal; (iii) o princípio do contraditório; (iv) o princípio da proporcionalidade; (v) o princípio da razoabilidade; e (vi) o princípio da efetividade, entre outros.

Vejamos cada um desses princípios com mais vagar.

### **3.1 O princípio do acesso à justiça**

Se o processo constitui, ele mesmo, uma garantia fundamental (garantia do devido processo legal), não há dúvida de que a facilidade de acesso a ele constitui postulado essencial para desempenho dos direitos que deve tutelar.

Não pode existir dignidade para uma pessoa sem que haja o acesso a uma justiça célere, digna e justa, na qual as partes (autor e réu), em pé de igualdade, possam dialogar com o juiz (Poder Judiciário) expondo sua pretensão.

Percebe-se que o princípio do acesso à justiça é de suma importância e deve ser cada vez mais ressaltado, posto que o acesso à justiça importa em acesso ao processo, enquanto este se constitui no meio para se obter a tutela jurisdicional postulada.

Compreende-se, portanto, que o acesso a justiça é um dos valores fundamentais do próprio estado democrático de direito que atualmente vivemos.



### 3.1.2 O acesso à justiça x morosidade na prestação jurisdicional

O acesso à justiça, não é apenas tornar possível à sociedade o ingresso no Judiciário, mas, também, como já salientado, possibilitar às partes a igualdade, nos aspectos jurídico, econômico e técnico, disponibilizando a estas todos os instrumentos e meios necessários que lhes possibilitem sustentarem concretamente suas razões para a formação do convencimento do juiz.

Um dos maiores obstáculos ao acesso à justiça é a morosidade da prestação jurisdicional. Fato notório e sem solução até o momento.

A justiça realizada morosamente é um grave mal social. Constitui uma verdadeira denegação de justiça, e, por consequência, uma violação às garantias fundamentais de todo o cidadão, em especial a um dos princípios basilares de nossa Constituição, a dignidade da pessoa humana.

A Constituição Federal, no art. 5º, XXXV, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação ao Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, está assegurando a todas as pessoas o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado. A identificação do conteúdo dessa norma constitucional é fundamental, pois o sistema processual deve estar de acordo com as regras constitucionais.

Assim, uma leitura mais moderna e instrumental de seu conteúdo, faz surgir a idéia de que essa norma garante não só o direito a todos de provocar a tutela jurisdicional do Estado, sem qualquer restrição, mas garante o acesso efetivo à ordem jurídica justa, ou seja, garante o direito à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

Nesse sentido advertiu Kazuo Watanabe que o “*princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à*

*Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também o acesso à ordem jurídica justa”.*

E tal direito – à tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva – refere-se tanto para o autor como para o réu, posto que o direito do réu deve sempre estar em pé de igualdade com quem deduziu a pretensão em juízo em face deste.

Assim, tanto o direito de ação como o de defesa, constituem aspectos inerentes à garantia de acesso à justiça. Essa garantia representa o direito de ação, que compreende o direito de pleitear a tutela jurisdicional do Estado para fazer valer determinado direito e, se tiver sucesso, o direito de obter provimento apto a proporcionar a satisfação efetiva desse direito.

Por outro lado, compreende também o direito de defender-se, que deve ser conferido à parte contrária, ou seja, é a possibilidade do réu de demonstrar suas razões e tentar impedir a injusta invasão da sua esfera jurídica por não se achar obrigado a suportá-la.

Assim sendo, essa garantia deve ser coordenada com outras garantias existentes no texto constitucional, para se estabelecer um modelo processual justo.

Destarte, é preciso conciliar os interesses opostos das partes (direito de ação e de defesa), assim como os respectivos mecanismos processuais destinados a protegê-los, para que o processo seja realmente um instrumento de acesso efetivo à ordem jurídica justa.

A partir dessa visão, pode-se concluir que é perfeitamente possível e adequado admitir-se o exercício do direito de defesa – mais precisamente da exceção de pré-executividade – no bojo da execução, sobretudo quando se alega a inexistência dos pressupostos processuais ou das condições da ação, exigíveis na constituição de toda relação processual.

Verifica-se, assim, que o princípio do acesso a justiça é um “superprincípio”, pois, ao examiná-lo, constatamos que dele irradiam os princípios de garantia do direito de ação, do direito de ampla defesa, de igualdade de tratamento, do contraditório, etc.

Esses princípios do processo civil, previstos na Constituição Federal, não podem ser eliminados ou modificados pelo legislador ordinário. Portanto, são princípios que representam uma garantia constitucional de que o Estado deve propiciar a todos (autor e réu) igual acesso à justiça, por meio do processo, com o fim de fazer a pacificação dos conflitos com justiça.

### **3.2 O princípio do devido processo legal**

A Constituição Federal de 1988 garantiu o princípio do devido processo legal, no art. 5º, inciso LIV, que dispõe *in verbis*: “Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (...)”. De sua leitura, compreende-se, que por força dele, ninguém pode ser privado de sua liberdade ou de seus bens sem que tenha sido submetido a um processo justo e sem vícios.

Segundo Humberto Theodoro Junior, há três categorias do devido processo legal: o juiz natural, o direito de defesa e a adequação das formalidades essenciais do procedimento.

Assim, no entender do eminente jurista, o devido processo legal exige um julgamento por tribunal previamente criado por lei, por um juiz imparcial e independente. Exige, ainda, a proteção do contraditório, que se traduz na igualdade das partes no processo e na flexibilidade dos procedimentos, diante do injustificado e excessivo formalismo enraizado no sistema processual, para atender o anseio de

uma justiça mais rápida e eficaz possível. (A execução de sentença e a garantia do devido processo legal, p. 60/64. Humberto Theodoro Junior)

O devido processo legal, portanto, constitui garantia às partes de um processo justo e igualitário, onde ambas as partes terão os mesmos meios e mecanismos para fazer prevalecer o seu ponto de vista, sem que uma parte prepondere sobre a outra, ao mesmo tempo em que concede ao Poder Judiciário os instrumentos necessários para a busca da verdade.

Os litigantes têm o direito de se fazer ouvir, de deduzir suas pretensões em igualdade de condições e de participar amplamente na formação do convencimento do juiz. Dessa forma, o princípio do devido processo legal exige que seja proporcionado às partes, a tutela jurisdicional adequada, conferindo aos sujeitos do processo (autor e réu) amplas e iguais oportunidades para alegar e provar fatos inerentes à consecução daquela tutela. Percebe-se que, concretamente, não se atinge o devido processo legal sem que o julgador dê às partes um tratamento paritário no processo.

Como bem destacou Ada Pellegrini Grinover, *vãs seriam as liberdades do indivíduo se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em Juízo. Mas é necessário que o processo possibilite efetivamente à parte a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de provas. A oportunidade de defesa deve ser realmente plena, e o processo deve desenvolver-se com aquelas garantias, em cuja ausência não pode existir o “devido processo legal”, inserido em toda Constituição moderna. E em relação a essa garantia constitucional, afirma que o seu objeto “deve ser a possibilidade concreta e efetiva de obter a tutela, e não a simples reafirmação do direito à sentença”.* (As garantias constitucionais do direito de ação, p.15/16)

### 3.3 O princípio do contraditório

Dentre os princípios inseparáveis do devido processo legal, destacam-se o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal).

O contraditório e a ampla defesa são institutos quase idênticos, o que torna difícil a tarefa de individualizá-los.

Pode-se considerar que o contraditório tem um menor aspecto de atuação, enquanto a ampla defesa, de maior amplitude, compreende quaisquer formas defensivas, como os meios recursais, diretos ou indiretos.

Desses princípios decorre o direito de defesa no sentido que sejam dadas às partes (autor e réu) as necessárias oportunidades de defesa.

*“Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”.* (Nelson Nery Junior, Princípios do processo civil na Constituição Federal, p. 127/130)

Como bem esclarece Ada Pellegrini Grinover: *“A possibilidade de agir e de se defender, o desenvolvimento do processo e a observância do contraditório, mediante uma distribuição eqüitativa de meios e possibilidades processuais, colocam ambas as partes em oposição de igualdade formal, com oportunidades uniformes quanto ao resultado prático do processo”.* (As garantias constitucionais do direito de ação, p. 40)

O contraditório representa, portanto, a garantia de participação igualitária das partes no processo (o que se denomina de “igualdade de armas”).

O autor tem o direito de pedir determinada tutela jurisdicional, fundada em direito material, e, o réu tem o direito de pedir que a tutela jurisdicional pedida pelo o autor seja denegada, por não se conformar com o direito objetivo, ou seja, o direito de ação é igual ao direito da defesa, diferindo apenas na faculdade de o demandante ter iniciado o processo.

*A plenitude do contraditório revela a necessidade de utilização de todos os meios necessários para impedir que a diferença de posições no processo possa influenciar no seu êxito, condicionando-o a uma distribuição desigual de forças, isto é, a possibilidade de obter a tutela de suas razões deve ser assegurada de forma equânime a quem age e a quem se defende em juízo.* (Ada Pellegrini Grinover, *Novas tendências do direito processual*, p. 18)

No processo, deve ser sempre observada a real igualdade das partes, ainda que para isso o juiz, diga-se o Poder Judiciário, tenha que “equilibrar” tal situação no caso concreto.

Vale destacar as sábias palavras de José Roberto dos Santos Badaque que “*o processo não é um jogo em que o mais capaz sai vencedor, mas instrumento de justiça, com o qual se pretende encontrar o verdadeiro titular do direito*”. (Garantia da amplitude de produção probatória, p. 175)

Na mesma senda diz Cândido Rangel Dinamarco que “*o princípio do contraditório assegura a ampla participação dos sujeitos da relação processual nos atos preparatórios do direito final, todavia a moderna visão desse princípio considera essencial a participação ativa também do juiz, como sujeito interessado em que a atividade jurisdicional por ele exercida atinja os escopos da jurisdição*”. (A instrumentalidade do processo, p. 132)

Assim, para que esse princípio processual atinja a sua finalidade é necessária intensa participação daquele a quem foi conferida a função de conduzir o processo, assegurando a ambos os litigantes, igualdade de tratamento e de oportunidades.

Em síntese, cabe ao juiz conferir igualdade real às partes, e não apenas a formal, assumindo a direção do processo e contribuindo para a eliminação das diferenças de oportunidades em função da situação econômica dos sujeitos.

Nesse sentido diz José Carlos Barbosa Moreira que *“os poderes instrutórios do juiz têm por escopo precípua prosseguir a verdade real, mas também consistem em uma forma de tutela à igualdade real, pois através deles procurará o julgador diminuir as diferenças substanciais existentes entre as partes litigantes. (A função social do processo civil moderno e o papel do juiz e das partes na direção do processo, p. 146/149)*

De todo o exposto, verifica-se que deve o juiz participar ativamente do processo, para garantir o contraditório e a ampla defesa efetivamente equilibrados e buscando sempre a verdade real.

### **3.4 O princípio da proporcionalidade**

O princípio da proporcionalidade vem ganhando importância em nosso ordenamento jurídico, tanto doutrinário como jurisprudencial e encontra-se intimamente ligado a outro princípio de grande importância, o da razoabilidade, que veremos a seguir.

O princípio da proporcionalidade seria em síntese a adequação entre meio e fim, ele é inerente à própria ordem jurídica, pois, na busca da justiça devem ser tomadas todas as medidas necessárias a tal desiderato, porém elas devem ser

proporcionais. Não se pode buscar a justiça a todo custo, senão ela não seria efetivamente justiça.

Como exemplo desse princípio, pode-se citar a questão que proibiu a tributação com efeito de confisco (artigo 150, IV, da Constituição Federal).

Da leitura do referido dispositivo constitucional verifica-se que a carga tributária não pode ser onerosa a ponto de ocasionar ao contribuinte a sua insolvência. Dessa forma, as alíquotas dos tributos devem, sempre que possível, ser proporcionais à capacidade econômica do contribuinte (artigo 145, §1º, da Constituição Federal).

### **3.5 O princípio da razoabilidade**

O princípio da razoabilidade é um dos mais modernos e de grande valia em nosso ordenamento jurídico, sendo bastante aplicado no âmbito do direito administrativo.

Tal princípio afasta a legitimidade do ato que, conquanto formalmente reúna todos os seus elementos para sua validade, tenha se norteado por critérios absurdos, caprichosos, despropositados ou divorciados do senso comum de correção e justiça.

Isso significa que a diretriz de menor sacrifício possível do executado prevaleceria, ainda que o art. 620 do Código de Processo Civil não a tivesse especificado no âmbito da execução, pois tal princípio advém de norma superior, que serve de alicerce de todo o sistema positivo, inclusive da própria Constituição Federal.

Dessa forma, depreende-se que a determinação de que a execução se desenvolva do modo menos sacrificante possível para o executado, decorre não só



de norma infraconstitucional, como também dos princípios constitucionais da proporcionalidade e da razoabilidade.

### **3.6 O princípio da efetividade**

Da leitura dos princípios anteriormente elencados, denota-se que a grande dificuldade dos operadores do direito é justamente tentar sistematizar a convivência harmônica entre esses princípios (garantias) fundamentais com outro intento do processo, qual seja, a efetividade.

A efetividade do processo é a contrapartida que o Estado deu, quando chamou para si a responsabilidade de “dizer o direito”, ou seja, quando o Estado vedou a autotutela privada, avocou o monopólio da jurisdição, cabendo a ele o dever de aplicar o direito de forma célere, adequada e tempestiva. Tal direito é, inclusive, como já ressaltado anteriormente, protegido constitucionalmente (art. 5º, XXXV, da Constituição Federal).

Entretanto, na busca de tal intento (efetividade e rapidez), deve-se buscar um equilíbrio na adoção de soluções mais adequadas, em suma, deve prevalecer o “bom senso”, principalmente do sujeito imparcial do processo (no caso o juiz).

E, não existirá verdadeira efetividade no processo, se a preocupação se limitar a conferir somente à parte autora a possibilidade de ter acesso rápido e eficaz à prestação da tutela jurisdicional, esquecendo que o direito da parte passiva também precisa ser protegido por instrumentos hábeis e céleres de defesa, contra o processo injusto.

Nesse sentido, magistralmente frisou José Alberto dos Reis, que o “*processo executivo tem de conciliar, na medida do razoável, o interesse do credor que exige*

*que a execução seja pronta, com o interesse do devedor que exige que a execução seja justa*". (Processo de execução, v. 1, p. 57)

Deste modo, quando o executado demonstra, de plano, a ilegalidade do processo de execução, este não pode ter continuidade.

Exigir que o executado sofra restrições de toda sorte (construção de bens, ter o seu nome colocado em lista de inadimplentes, etc) para, só ao final de longa e penosa instrução, ter suas alegações apreciadas em um procedimento muito mais complexo e demorado, que é o dos embargos na hipótese de execução de títulos extrajudiciais, ou, até mesmo, da impugnação no caso de execução de títulos judiciais (art. 475-J, § 1º, do CPC), atenta, também, contra os princípios da dignidade da pessoa humana, da economia processual e da própria efetividade do processo, como demonstrado acima.

Do exposto, é possível afirmar que a exceção de pré-executividade, objeto deste estudo, apesar de não estar consagrada normativamente, emerge dos princípios supramencionados, bastando a simples hermenêutica do ordenamento como um todo para que se perceba que este instituto possui farto e forte embasamento jurídico, tanto a nível infraconstitucional como constitucional.

Fortalecendo a fundamentação da possibilidade da utilização da exceção de pré-executividade, e colocando uma pá de cal sobre o assunto, citamos, ainda, o princípio da menor onerosidade do devedor, decorrente do princípio da razoabilidade. Por este princípio, existindo vários meios de promover a execução, deverá o juiz priorizar o menos gravoso ao devedor, e o menos gravoso, com toda certeza, é aquele que possibilita de pronto a prestação da tutela jurisdicional, visando evitar desgaste desnecessário às partes do processo (autor, réu e juiz).

## 4. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

### 4.1 Conceito

Como bem preceitua Olavo de Oliveira Neto, é *“um incidente processual que tem por finalidade trancar o andamento de execuções ilegais ou infundadas mediante cognição não exauriente da matéria nele vinculada, a ser de plano realizada pelo juiz”*. (Oliveira Neto, Olavo de. A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada. São Paulo: RT, 2000, p. 121.)

### 4.2 Histórico

A exceção de pré-executividade nasceu neste País em meados da década de sessenta, por um célebre parecer de Pontes de Miranda, o qual foi elaborado para a Companhia Siderúrgica Mannesmann.

*Resumindo a hipótese, percebe-se que varias ações foram ajuizadas contra a Companhia Siderúrgica Manesmann, exigindo o pagamento de quantias lotéricas, apoiadas as demandas em títulos visivelmente falsos, na ocasião argüindo o citado parecerista que a exigência da garantia do executivo para repelir a exigibilidade dos títulos era medida que em muito sacrificaria a executada, de forma manifestamente injusta, o que deu cabimento à criação de uma modalidade de defesa nos próprios autos de execução* (Indicação histórica e comentários de Misael Montenegro Filho, Curso de Direito Processual Civil, nota 70, p. 576).

Pontes de Miranda, em seu parecer, opinou a favor da defesa da companhia, independentemente da penhora, por se tratarem de execuções fundadas em títulos falsos.

Entendeu o parecerista, que era injusto exigir a garantia do juízo, ante uma execução que não poderia prosperar. Devido ao enorme valor do suposto crédito, tanto o depósito quanto a penhora, traria prejuízo injustificável para o capital da empresa e o desenvolvimento de suas atividades.

Baseando-se nas considerações de Pontes de Miranda, muitos outros autores e tribunais começaram a admitir o questionamento pelo executado, principalmente de vícios ou de falhas relacionados aos requisitos de admissibilidade da execução, no próprio processo executivo, independentemente da garantia do juízo, e a qualquer tempo (dependendo da matéria nele vinculada), através da exceção de pré-executividade.

#### **4.3 Nome**

Questão interessante e de grande celeuma na esfera doutrinária repousa sobre o nome (terminologia) mais adequado quando da utilização de tal incidente processual.

Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Júnior preferem denominar tal incidente de Objeção de Pré-executividade; Edson Ribas Malachini e Araken de Assis, de defesa intraprocessual; Hugo de Brito Machado opta por Impugnação no Juízo de Admissibilidade; Carlos Alberto Carmona chama de Exceção de Direito Deficiente; Carlos Renato de Azevedo Ferreira escolhe por nomeá-lo de Oposição Pré-processual; Helder Martinez Dal Col o batiza de Objeção de Não-executividade, e muitos outros autores possuem as mais diversas denominações, com suas respectivas justificativas.

A maior parte dos operadores do direito, incluso o Superior Tribunal de Justiça, adota a nomenclatura “exceção de pré-executividade”.

Em rápida divagação serão abordadas as terminologias mais utilizadas no ordenamento.

- Exceção de pré-executividade: como diz o nome pré-executividade é algo anterior ao fenômeno executivo (título ou processo). Além disso, utiliza-se normalmente exceção, como sinônimo de defesa não cognoscível de ofício.

Pontes de Miranda propôs tal nomenclatura, sob a égide do Código de Processo Civil de 1939, pois *“àquela época, a expressão ‘exceção’ abrangia ‘toda e qualquer defesa do réu’, sendo, por isto, compreensível a utilização da mesma”*. (Marcos Valls Feu Rosa, Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução, 1996, p. 94)

A opinião de Alberto Caminã Moreira, autor de uma das obras mais completas sobre o assunto, é a de que deve ser utilizado o termo exceção de pré-executividade. Explica o autor que *“(...) constitui equívoco apanhar o termo exceção, como utilizado pelo Código de Processo Civil, para não admiti-lo na expressão ‘exceção de pré-executividade’, pois, obviamente, os significados são distintos. Exceção de pré-executividade não significa defesa indireta contra o órgão julgador”* (Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade, p. 34/35)

Em relação à palavra pré-executividade, explica o mesmo autor, esta pretende significar a possibilidade da exceção antes do início da atividade executória (ou seja, antes da penhora), mas não se limita a esse momento, podendo ser alegada posteriormente, até mesmo após os embargos do devedor e de arrematação.

- Objeção de pré-executividade: refere-se a questões de ordem pública. Funcionaria o incidente, na maior parte dos casos, como um instrumento para alertar

o juiz sobre deficiências da execução, que poderiam, ou melhor, deveriam ter sido reconhecidas de ofício, por isso a denominação objeção.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery sugerem que “o correto seria denominar esse expediente de objeção de pré-executividade, porque seu objeto é matéria de ordem pública decretável ex officio pelo juiz e, por isso mesmo, insuscetível de preclusão”.

Para esses autores esse meio de defesa limita-se às matérias de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, ou seja, somente aquelas matérias que têm natureza jurídica de objeção.

Assim, explicam: “O instituto é também conhecido como exceção de pré-executividade, mais no sentido de que exceção significa “defesa” do que pela precisão terminológica, porque tecnicamente defesas de ordem pública são designadas objeções”. (Código de Processo Civil comentado. p. 1.184).

Entretanto, como será visto nos próximos capítulos, além de matérias de ordem pública, através do incidente também podem ser alegados outros temas, e não só os de ordem pública, desde que possam ser demonstradas de plano, sem a necessidade de dilação probatória.

Assim, afirma Araken de Assis que “a ampliação das hipóteses de cabimento da exceção de pré-executividade, como pagamento, prescrição e outras exceções materiais, revela, sem dúvida, o acerto da terminologia tradicional – exceção – em lugar da restritiva “objeção”.” (palestra sobre exceção de pré-executividade, proferida no 1º Simpósio Nacional de Direito Bancário, em 08/07/2000).

Verifica-se que a diferença entre a denominação “objeção” e “exceção” está nas matérias suscetíveis no incidente.

Destarte, as matérias que podem e devem ser conhecidas *ex officio*, por serem de ordem pública, como os pressupostos processuais e condições da ação, são suscetíveis através das *objeções de pré-executividade ou executividade*; e as matérias que exigem uma alegação da parte, em geral envolvendo defesa indireta de mérito, se não houver necessidade de instrução, são argüíveis pela exceção de pré-executividade propriamente dita (transação, novação, prescrição, pagamento, etc).

- Objeção executiva e exceção de executividade: Cláudio Armando Couce de Menezes e Leonardo Dias Borges, em sua obra, *A objeção de exceção de pré-executividade e de executividade no processo do trabalho*, p. 8, explica que a respeito do prefixo “pré”, se o fato gerador da objeção for anterior à execução ou concomitante ao ajuizamento da ação de execução, tem-se a objeção de pré-executividade; após este, tem-se a objeção executiva.

E, no campo das exceções, tratando-se de questão superveniente à penhora ou aos embargos, entendem mais adequado o termo exceção de executividade, ficando a nomenclatura da exceção de pré-executividade para as matérias aduzidas com o início da execução até o término para pagar ou garantir a execução.

Como visto, as opiniões doutrinárias sobre o assunto são conflitantes e as mais diversas, entretanto, a denominação exceção de pré-executividade já se consolidou no sistema processual.

De qualquer forma, não se pretende adentrar no mérito da discussão no tocante a esse ponto, já que a terminologia atribuída ao instituto não parece relevante, mas sim os efeitos que tal medida pode oferecer ao executado.

Nesse sentido vale a pena transcrever as palavras de Luiz Peixoto de Siqueira Filho sobre o assunto: “[...] *o que importa realmente é depreender-se o*

*conceito e a natureza jurídica da exceção de pré-executividade. Isto ocorrendo, pouco importará que o rigor técnico desaconselhe esta ou aquela denominação [...] não importará mesmo como se chame a exceção de pré-executividade, se for bem conhecida sua essência". (Exceção de pré-executividade, p. 86.)*

Dessa forma, neste estudo, neste estudo a expressão exceção de pré-executividade será utilizada como nomenclatura para o incidente processual em comento, quer refiram-se a objeções ou exceções.

#### **4.4. Fundamento de sua utilização**

Tendo início uma execução que não preencha os requisitos legais (tais como: condições da ação, pressupostos processuais, capacidade postulatória, etc), ou ainda certas situações especiais (tais como, prescrição, decadência, pagamento, novação, parcelamento, etc), a intromissão do Estado no patrimônio do devedor seria um ato ilegal, podendo considerá-lo até mesmo arbitrário, visto que estar-se-ia privando um cidadão de sua dignidade e de seus bens sem observância do devido processo legal, assegurado no art. 5º, LIV, Constituição Federal.

Antes do advento da exceção de pré-executividade, poderiam ocorrer inúmeras situações que culminariam em imensos prejuízos àqueles que figuram indevidamente no pólo passivo da demanda, dentre os quais podemos citar: a possibilidade de restrição de bens do devedor; a possibilidade do devedor, por erro do seu advogado ou até mesmo por desconhecimento, ficar privado de discutir certas matérias após o prazo de oposição dos embargos ou impugnação; possibilidade de que o devedor seja penalizado por *erro in procedendo* do juiz, o qual deveria ter apreciado determinada matéria de ofício e não o fez, permitindo o prosseguimento de uma execução indevida; possibilidade de que determinada



pessoa tenha sido incluída indevidamente no pólo passivo da demanda; entre outras hipóteses.

Frise-se que tais matérias não exigem dilação probatória para conhecimento do juiz. Logo, a exceção de pré-executividade não atenta contra a efetividade do processo de execução quer seja ele judicial ou extrajudicial, pois se coaduna com princípios basilares de nossa Constituição, dentre os quais se destacam: o acesso à justiça, a ampla defesa, o contraditório, o da razoabilidade e até mesmo com o da efetividade (celeridade na prestação jurisdicional com justiça), posto que a matéria argüida através do incidente pode, após oportunidade de manifestação pela parte contrária, ser apreciada, desde logo, pelo juiz ou tribunal.

Destaque-se, também, que as chamadas objeções (matérias de ordem pública) podem ser argüidas a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Por tais razões é que surgiu e deve ser mantida a possibilidade de utilização da exceção de pré-executividade, pela qual o executado, em hipóteses muito especiais, pode se opor ao título executivo ou à execução, sem sofrer qualquer ato de constrição ou atentatório contra sua dignidade, e, em muitos casos, sem prazo preclusivo para dela se utilizar.

#### **4.4.1 Fundamento legal**

Como visto, apesar de ser uma construção doutrinária e jurisprudencial, a objeção de pré-executividade (matérias de ordem pública) encontra base legal nos artigos 303, II e 598, do CPC<sup>1</sup>. Por tais razões podem ser alegadas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição.

---

<sup>1</sup> **Art. 303** - Depois da contestação, só é lícito deduzir novas alegações quando:

**I** - relativas a direito superveniente;

**II** - competir ao juiz conhecer delas de ofício;

**III** - por expressa autorização legal, puderem ser formuladas em qualquer tempo e juízo.

Quanto à exceção de pré-executividade (exceções materiais), encontra seu fundamento nos princípios constitucionais do acesso à justiça, do devido processo legal, do contraditório, da proporcionalidade, da razoabilidade, da efetividade, entre outros. Além disso, fundamenta-se em vários princípios do processo de execução, dentre os quais se destacam: princípio do título<sup>2</sup> (*nulla executio sine titulo*); princípio de que a execução tende apenas a satisfação do direito do credor<sup>3</sup>; princípio da utilidade da execução<sup>4</sup>; princípio da economia<sup>5</sup>; e, princípio do respeito à dignidade da pessoa humana<sup>6</sup>.

#### 4.5 Legitimidade

Estão legitimados para oferecer a exceção de pré-executividade, aqueles que podem figurar no pólo passivo da execução. Por exemplo, (i) o devedor ou devedores que figurarem no título executivo judicial ou extrajudicial; (ii) o espólio, os herdeiros e sucessores do devedor; (iii) o novo devedor; (iv) o fiador judicial que se obrigou em juízo; (v) o fiador convencional; (vi) o responsável tributário, entre outros.

#### 4.6 Forma

---

**Art. 598** - Aplicam-se subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento.

<sup>2</sup> É pressuposto jurídico da ação de execução; se o título executivo não estiver com suas características intrínsecas (liquidez, certeza e exigibilidade) presentes (art. 618, I, CPC) a execução é nula.

<sup>3</sup> Toda execução tem por finalidade apenas a satisfação do credor, sendo que a penhora sobre os bens do devedor deverá somente ser efetuada para satisfazer o montante devido, e nunca mais que isso, consoante leitura do art. 659 do CPC.

<sup>4</sup> Este princípio deve ser útil ao credor tão somente para efetivar seu direito já reconhecido anteriormente em tutela cognitiva, e nunca usar o instrumento executório como castigo ou para gerar sacrifício ao devedor, consoante leitura do art. 659, § 2º do CPC.

<sup>5</sup> A regra do art. 620 do CPC é clara no sentido de que toda a execução deverá ser ordenada pelo juiz, pelo modo menos gravoso ao devedor.

<sup>6</sup> O art. 649 do CPC deve ser visto à luz de tal princípio constitucional, posto que trata da impenhorabilidade de bens, visando, assim, o preceito de que a execução não deve “causar a ruína, a fome e o desabrigo do devedor e sua família”, pois desta forma, estaria a execução a gerar situações incompatíveis relacionadas e indo de encontro a Constituição Federal. Não foi por outro motivo que o legislador editou a regra do art. 649, bem como a Lei de Impenhorabilidade dos bens de família.

Como não existe disposição legal a respeito de sua forma, a exceção de pré-executividade pode ser argüida mediante simples petição nos próprios autos. Isso se deve em razão da exceção de pré-executividade ser um mero incidente processual. Sendo necessário somente que no ato de sua interposição sejam juntados todos os documentos que comprovem de plano a matéria legada.

#### **4.7 Natureza Jurídica**

Para Marcos Valls Feu Rosa *“pode ser considerada uma defesa, através da qual se pede a extinção do processo, por ausência dos requisitos legais”* (Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução, p. 97.)

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

Entendemos que a natureza jurídica da exceção de pré-executividade é de incidente processual.

Tal incidente é o meio pelo qual o executado, detentor de prova documental incontestável, mediante simples petição nos próprios autos, a qualquer tempo, independentemente da interposição de embargos, impugnação ou da segurança prévia do juízo, provoca o julgador para que cumpra seu ofício de reconhecer as nulidades que eivam o processo, regularizando-o ou extinguindo-o.

A exceção de pré-executividade assegura ao executado de boa-fé, o direito de não ter seu patrimônio e dignidade afetados por um processo sem força executiva.

#### 4.8 Motivos de sua criação

Pode-se citar inúmeras razões para a criação de tal incidente, mas destaca-se dentre elas a demora na prestação jurisdicional.

Ademais, anterior às alterações do Código de Processo Civil (Leis 11232/2005 e 11382/2006), pode-se citar a possibilidade de exercer o direito de defesa sem a necessidade de constrição de bens.

*“Não vemos por que se deva sacrificar uma solução expedita e econômica – arguição nos autos sem prévia segurança do juízo – por mero apego ao formalismo. Em casos tais, sempre é possível invocar a instrumentalidade do processo, em face da obtenção dos fins”.* (Mário Aguiar Moura, Embargos do devedor: teoria e prática, 4ª ed., p. 68/71)

Luiz Edmundo Appel Bojunga esclarece que: *“o magistrado, ao tomar contato com a pretensão executiva, deverá fazer a verificação dos pressupostos processuais, cumprindo, todavia, ao executado a fiscalização”.* E *“quando ocorre violação de um ou mais pressupostos processuais na execução, sem que o juiz tenha condição de perceber o que Calamandrei define como vício in procedendo, abre-se ao executado, em qualquer fase do procedimento, a oportunidade do oferecimento da exceção de pré-executividade”.* (A exceção de pré-executividade, p. 63)

Acentua Cândido Rangel Dinamarco que: *“não é legítimo impor ao executado o ônus de oferecer embargos, com a exigência da penhora, quando a execução for visivelmente inadmissível”.* (Dos embargos do devedor, p. 145)

Cláudio Armando Couce de Menezes e Leonardo Dias Borges ressaltam, no mesmo sentido, que *“a parte executada pode argüir, por simples petição em*

*execução, independentemente dos embargos e da garantia do juízo, não só os pressupostos processuais, mas também as condições da ação e matérias de mérito, tais como títulos falsos, prescrição, decadência, pagamento, transação e quitação".* (Objeção de pré-executividade e de executividade no processo do trabalho, p. 7).

Percebe-se, da leitura acima, que os motivos para criação e, principalmente, de manutenção da exceção de pré-executividade são inúmeros. Exceto aqueles já citados, destacam-se outros dois, que são de suma importância: a busca pela economia processual – de atos, tempo e dinheiro das partes (autor, réu e do próprio Poder Judiciário) –, bem como o da efetividade do processo de execução (pacificação social com justiça de forma célere).

#### **4.9 Características e requisitos**

A principal característica da exceção de pré-executividade é a desnecessidade de dilação probatória, pode-se dizer que tal predicado seja o seu critério definidor.

*“Pois bem, nas situações em que se mostram evidentes a ilegalidade e a impertinência da demanda executiva, não é justo permitir-se a invasão ao patrimônio do devedor, para somente então abrir-se a possibilidade do contraditório e de defesa do executado”.* (Sergio Shimura, Título executivo, p. 72)

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

Desde o parecer de Pontes de Miranda em 1966, para a Companhia Siderúrgica Manesmann, a exceção de pré-executividade passou a ser admitida em

generoso rol de hipóteses, desde que, a matéria argüida em seu bojo recomende ao magistrado de plano a extinção prematura da execução (judicial ou extrajudicial). Isso porque, a matéria alegada no incidente, quer seja processual ou de mérito, deve ser ostensiva (comprovada de plano) e não necessitar de dilação probatória (desnecessária a produção de outras provas além daquelas constantes dos autos ou trazidas com a própria exceção).

É natural que assim seja, pois, do contrário, se desfiguraria por completo o processo de execução.

#### **4.10 Recebimento como embargos à execução**

Importante salientar que, s.m.j., entendemos que a exceção de pré-executividade não pode e não deve ser admitida como embargos à execução, o que tem acontecido na prática, por resultar flagrante cerceamento de defesa, já que o âmbito da ação incidente de embargos é bem mais amplo<sup>7</sup>.

No mesmo sentido pensamos sobre a impugnação.

#### **4.11 Prazo**

A falta de previsão legal expressa a respeito da utilização da exceção de pré-executividade, acabou por levantar mais uma dúvida: qual o momento ideal para ser apresentada e se há prazo a ser observado.

Como não existe previsão legal, a solução para tais repostas deverá ser buscada no plano lógico.

---

<sup>7</sup> Pode o executado opor-se mediante objeção de pré-executividade na primeira oportunidade que tiver de falar nos autos, no entanto, poderá o magistrado receber tal incidente como embargos à execução como já fazia o STJ nos casos de execução contra a Fazenda Pública. (STJ, 1ºT, REsp 674956, rel. Min. José Delgado, j. 03/02/2005, DJU 18.04.2005, p. 231)

Para muitos, embora existam opiniões divergentes, tal incidente pode ser conhecido a qualquer tempo e por qualquer juízo.

No entanto, deve ser ressaltado que, não alegando o executado vício “na primeira oportunidade que lhe caiba falar nos autos” responderá “pelas custas de retardamento” (art. 267, § 3º, do CPC), tal qual ocorre no processo de conhecimento (art. 598, do CPC).

Entendo que tal assertiva seja aplicada somente para o caso das chamadas objeções, que podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição. Em se tratando de exceções substanciais (que integram a defesa indireta de mérito), o executado deverá aventar essas questões no primeiro momento que vier a falar nos autos, e, não o fazendo na primeira oportunidade, não mais poderá fazê-lo durante o trâmite do processo de execução, salvo fato superveniente aos embargos e à impugnação.

Questão interessante ocorre quando expirado o prazo para embargos sem que eles sejam deduzidos tempestivamente. Questiona-se, neste caso, se ainda caberia ao executado alegar tais exceções. Existem opiniões das mais diversas sobre o assunto.

Pode-se concluir que, em se tratando das objeções, não haverá preclusão, podendo a parte deduzi-las em qualquer momento ou grau de jurisdição, arcando, no entanto, o devedor com as custas decorrentes do retardamento.

Todavia se o caso for de exceções, até por coerência com o que ocorre no processo de conhecimento, haverá de ser considerada preclusa a oportunidade se não deduzir no primeiro momento que vier a falar nos autos, salvo, como ressaltado, ocorra fato superveniente aos embargos ou a impugnação.

É esse o entendimento.

Outrossim, entende-se plenamente cabível o incidente, mesmo na execução de sentença, se não apresentada a impugnação no prazo legal, pois pode o executado alegar alguma matéria não alcançada pela preclusão, que possa ser conhecida de ofício pelo magistrado, por exemplo: a hipótese de incompetência absoluta, a prescrição, entre outras hipóteses.

Assim, o prazo correto, na hipótese de execução de sentença, seria: quinze dias após a sua intimação para cumprimento (art. 475-J, do CPC).

Já nos casos de execução de título extrajudicial, o momento mais adequado seria os três dias após a citação do devedor (art. 652, *caput*, do CPC).

No caso de execução fiscal seria nos cinco primeiros dias após a citação (art. 8º, da Lei nº. 6830 /1980).

Lembrando que no caso das objeções (matérias de ordem pública) não existe preclusão temporal, podendo ser alegadas, como já dito, a qualquer tempo.

Como já comentado, entende-se possível o uso da exceção de pré-executividade para um momento posterior, qual seja, se após a impugnação (ou embargos conforme o caso) surgir um fato ulterior que possa ser alegado sem dilação probatória e que possa influir na suspensão ou extinção da execução. Dessa forma, a utilização de tal incidente, seria possível e permitida.

Tal situação ocorreria, por exemplo, quando descoberto recibo de pagamento ou mesmo nos casos de prescrição intercorrente, e é claro, em ocorrendo acolhimento desta exceção “ulterior”, responde o executado pelas sanções do art. 267, § 3º, do CPC, se for o caso.

#### **4.11.1 Preclusão**



Como já mencionado, uma das maiores diferenças entre as exceções e as objeções está relacionada com o instituto da preclusão.

De acordo com Alberto Caminã Moreira não existe prazo previsto para o oferecimento da exceção de pré-executividade, e mesmo que houvesse, não seria preclusivo, afirmando que as *“questões processuais, de ordem pública, podem ser alegadas a qualquer tempo: da mesma forma a prescrição, a decadência, o pagamento e a compensação”*. Moreira conclui seu pensamento, afirmando que *“todas as matérias passíveis de arguição por exceção de pré-executividade podem ser opostas em qualquer tempo no curso do processo, a teor dos arts. 267, § 3º, e 303, III do Código de Processo Civil, e, arts. 162 e 1009 do Código Civil”*. (Alberto Caminã Moreira, Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade, p. 55).

Nesse sentido já decidiu, inclusive, a 4ª T. do STJ (REsp n. 220.100/RJ, 2.9.1999, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 25.10.1999, p. 93).

Portanto, através de exceção de pré-executividade, poderão ser deduzidas, a qualquer tempo e grau de jurisdição, as matérias de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, porque não estão sujeitas à preclusão.

Decorre desse entendimento a possibilidade de apresentar a exceção de pré-executividade a partir do ajuizamento da ação de execução e até mesmo após os embargos à execução e da arrematação.

Todavia, como já dito, deixando o executado de alegá-la na primeira oportunidade que lhe caiba falar nos autos responderá pelas custas do retardamento.

Assim, percebe-se do exposto, que as questões relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação realmente se ostentam imunes ao fenômeno preclusivo. Porém, o mesmo não ocorre com as exceções substantivas.

Fora de dúvida que tais exceções, integrando a defesa indireta de mérito, se sujeitam à preclusão, pois omitida a alegação no momento oportuno, não poderá o devedor fazê-lo posteriormente, nem o juiz conhecê-las *ex officio*, porque a lei exige a iniciativa da parte (art. 128, do CPC), e, também, porque, haveria um total desvirtuamento do processo de execução.

Exceção à regra ocorreria na hipótese que já comentamos no item anterior, ou seja, no caso que em momento posterior à impugnação, ou aos embargos, surgisse um fato subsequente que possa ser alegado sem dilação probatória e que possa influir na suspensão ou extinção da execução. Por tal motivo não haveria preclusão, e a utilização de tal incidente seria permitida.

#### **4.12 Procedimento**

O procedimento do incidente processual é bastante simples e informal, e essa informalidade decorre justamente da falta de previsão legal no nosso ordenamento jurídico.

Assim, apresentada a exceção de pré-executividade, por simples petição, tramitará o incidente nos mesmos autos da execução, abrindo-se em seguida vista à parte contrária para se manifestar (possibilitando o contraditório).

Findo o prazo para manifestação, deverá o juiz acolher (extinguindo a execução) ou rejeitar o incidente (dando prosseguimento normal à execução), no prazo de 10 dias (art. 189, II, do CPC).

Como já alertado, a matéria posta em apreciação, deve ser comprovada de plano, ou seja, nenhuma questão probatória ou de maior reflexão sobre a mesma poderá emergir naquele momento processual.

A prova documental é o único meio de prova admitido, não permitindo dilação probatória de outra natureza como prova testemunhal, pericial, etc.

Da decisão que rejeitar a exceção de pré-executividade, caberá agravo de instrumento, e do seu acolhimento (extinção da execução) caberá apelação.

#### **4.13 Coisa julgada**

Oportuno observar, ainda, que se referindo tanto às objeções como às exceções, a teor do que dispõe o art. 473, do CPC, caso qualquer delas já tenham sido enfrentadas pelo órgão julgador, independentemente se para acolhê-las ou rejeitá-las, tais matérias ficarão preclusas, não podendo ser novamente ventiladas pelas partes. Na mesma trilha segue o comando do *caput* do art. 471, do CPC.

Nesse sentido basta lembrar que a prescrição e a decadência produzem coisa julgada material.

Entretanto tal entendimento não é pacífico, pois existem inúmeros doutrinadores que consideram a cognição em sede de exceção de pré-executividade não exauriente, ou seja, poderia tal decisão novamente ser trazida à baila nos embargos à execução ou impugnação, caso fosse rejeitada a exceção. E de maneira inversa, poderia caso o incidente fosse acolhido e a execução arquivada, o exeqüente aforar nova ação almejando a cobrança do título executivo que entende como devido. (ver item 3.16 do presente estudo)

Não concordo com tal posição, vez que prevalecendo tal entendimento, a insegurança jurídica será enorme, e desvirtuando por completo o escopo da própria

exceção de pré-executividade, que é a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional ao devedor.

Destaca-se, ainda, que existem os meios próprios, previstos em lei, para rescindir tal decisão, que possui autoridade de coisa julgada, pois decidiu matéria de mérito, visto ter negado o próprio direito material ao exeqüente. No caso o meio adequado é a ação rescisória prevista no art. 485, do CPC.

Somente não ocorrerá a preclusão nos casos das objeções (matérias de ordem pública), caso estas não tenham sido objeto de decisão judicial. Nessa hipótese, o limite final para apreciação de tais questões pode ser a qualquer tempo ou grau de jurisdição, desde que antes do pronunciamento de uma decisão final (sentença ou acórdão) sobre a matéria. Nesse caso, como dito, a decisão poderá ser rescindida, se presentes uma das causas da ação rescisória (art. 485 do CPC).

#### **4.14 Possibilidade de suspensão do processo executivo**

Outro alvo de grande celeuma no meio jurisprudencial e doutrinário é a questão da possibilidade de suspensão do processo executivo com a arguição da exceção de pré-executividade.

Olavo de Oliveira Neto defende que a apresentação de pré-executividade suspende o processo executivo se a matéria apreciada tiver íntima relação de prejudicialidade com a execução, ou quando o incidente for apresentado antes da penhora. (OLIVEIRA NETO, Olavo de. A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada. São Paulo: RT, 2000, p. 127.)

Nesse sentido já decidiu a 6ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Paraná no Agravo de Instrumento nº. 0221010-0, de relatoria do Des. Anny Mary Kuss, julgado em 01º/04/2003, e publicado no DJ/PR nº. 6352. Na mesma vereda não foi

outra a decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, no Agravo de Instrumento nº. 599082666 (TJ/RS, 15<sup>a</sup> Câmb. Cív., rel. Des. Otávio Augusto de Freitas Barcelos, j. 07/04/1999).

Contudo, tal situação (suspensão ou não do processo) deve ser vista com a devida cautela, pois não se pode concordar que a simples argüição do incidente possa suspender o processo executivo em todos os casos.

Diante da falta de previsão legal, acredita-se que o melhor é que o juiz encontre um embasamento no sistema que justifique tal suspensão. Entende-se que os fundamentos que justificariam a suspensão do processo executivo, seriam a verossimilhança da alegação, que deve realmente saltar aos olhos (prova clara da alegação realizada na exceção de pré-executividade), e o *periculum in mora*.

Nesse sentido é o entendimento de Humberto Theodoro Júnior em sua obra Curso de direito processual civil. 40. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006. v. 2, p. 62, senão vejamos: “*A concessão judicial do efeito suspensivo, como se vê, depende da concorrência dos dois requisitos da tutela cautelar: (a) o fumus boni iuris, decorrente da relevância dos fundamentos da argüição; e (b) o periculum in mora, representado pelo risco de dano grave e de difícil ou incerta reparação*”.

Dessa forma, tal decisão (suspensão), fundamenta-se na grande possibilidade de êxito do incidente processual, e os graves entraves às atividades negociais que a execução e conseqüente constrição de bens podem acarretar ao devedor.

Marcos Valls Feu Rosa, ao tratar dos efeitos causados pela oposição de exceção de pré-executividade, sustenta que “*a argüição da ausência dos requisitos da execução suspende o seu curso por colocar em cheque a possibilidade de início ou prosseguimento da execução. Assim, havendo fundadas razões para se discutir a*

*regularidade processual, deve a execução ser suspensa, sob pena de se privar bens de cidadãos sem observância do devido processo legal*". (Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública o processo de execução, p. 77/78).

Continua afirmando que, *"uma vez que a argüição suspende o próprio processo de execução, parece óbvio que o prazo para embargos também é suspenso. Decidida que seja a argüição, recomeçará a correr o prazo para os embargos a partir da intimação da decisão. Isso ocorrerá, vale dizer, todas as vezes que estiver em curso qualquer prazo na execução, não só para embargos"*. (Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública o processo de execução, p. 81).

No mesmo sentido é o pensamento de Eduardo Arruda Alvim, que defende que *"enquanto pendente de decisão a exceção de pré-executividade, deve se suspender o curso da execução, bem como o prazo para o oferecimento de embargos do devedor. Caso assim não se entendesse, o incidente de exceção de pré-executividade restaria esvaziado, verdadeiramente inócuo, pois o executado certamente não correria o risco de ver sua exceção afastada, e, ainda, perder o prazo para interposição de embargos."* (Exceção de pré-executividade, p. 226/227)

Olavo de Oliveira Neto, sustenta ainda em sua obra *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada* (p. 127/128), que a suspensão do feito pode ocorrer conforme a espécie de questão ventilada. Para o autor o incidente de pré-executividade, a relação de prejudicialidade proposta antes da penhora, embora não haja previsão legal, suspende o curso do processo de execução, mas o incidente interposto após a penhora, que veicula matéria processual, não a suspende.

Por outro lado, existem ilustres pensadores do direito que entendem que diante da falta de previsão legal do incidente processual em comento, este não poderia dar ensejo, em qualquer hipótese, à suspensão do processo executivo.

Nesse sentido Alberto Caminã Moreira diz que “a exceção de pré-executividade, que não goza de contemplação legislativa, não suspende o procedimento, por falta de amparo legal”. (Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade, p. 172).

Da mesma forma pensam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10. d. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2007, p. 736, nota 4) que dizem: “que oposta a objeção ou a exceção de executividade, não se suspende a execução nem o prazo para oferecimento de impugnação ao cumprimento da sentença. Isso porque não há dispositivo legal expresso autorizando a suspensão da execução”.

Porém, com a devida *vênia*, tal ponto de vista é muito frágil e inconsistente, pois, se não existe previsão legal da própria exceção de pré-executividade, e ela é aceita e fartamente utilizada, da mesma forma seria possível a suspensão da execução diante de tal incidente, mesmo que inexistia previsão legal prevendo a mesma.

Assim, percebe-se que a justificativa de que a exceção de pré-executividade não suspende o procedimento por falta de amparo legal, não se sustenta.

Entretanto, por tal motivo – falta de previsão legal – entende-se que a suspensão deve ser facultativa, ou seja, o juiz deverá conceder a suspensão do procedimento executivo, sendo relevante o fundamento da exceção de pré-executividade (aplicando o art. 558 do CPC, por analogia).

Desse modo a suspensão deriva diretamente da decisão do juiz, quando do recebimento da exceção de pré-executividade.

Nessa senda afirma Tarlei Lemos Pereira, que “a suspensão do curso de execução não se opera de forma automática, somente por força da interposição da

*exceção de pré-executividade, sendo necessária a manifestação judicial a respeito da verossimilhança da alegação. Mas, uma vez recebida a exceção de pré-executividade e reconhecida pelo juízo, inclusive abrindo-se vista à parte contrária para responder à alegação, outra alternativa não se mostra possível, senão a imediata suspensão do processo executivo, sob pena de, não o fazendo, permitir a efetivação de possível e ilegal ato expropriatório". (Exceção de pré-executividade, p. 774)*

Portanto, atendidos os requisitos expostos (relevante fundamento, verossimilhança da alegação e o perigo da demora), deverá ocorrer a suspensão do processo de execução até a decisão do juiz quanto à exceção de pré-executividade.

Ressalte-se, que o relevante fundamento da alegação deverá ser analisado à luz dos fatos e provas fornecidas com a exceção de pré-executividade, a qual, para não desnaturar o escopo das alterações realizadas no processo de execução pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, deve permitir uma cognição rápida e sumária do juiz.

Como já destacado, recebida a exceção de pré-executividade no efeito suspensivo, o prazo dos embargos também fica suspenso até o julgamento do incidente, reiniciando o prazo após intimação da decisão às partes.

Dessa forma, percebe-se que protocolada a exceção de pré-executividade, deve o executado estar atento em que efeito o juiz vai receber o incidente, sob pena de preclusão temporal de seus prazos. Caso o juiz não se manifeste sobre qual efeito recebe o incidente, entendo cabível a oposição de embargos de declaração a fim de sanar tal omissão.



Ressalta-se que o ato do juiz que nega o efeito suspensivo à exceção de pré-executividade é decisão interlocutória que causa grave ônus ao executado, sendo, portanto, passível de recurso, qual seja, o agravo de instrumento.

*“Proposta uma execução infundada, não há que se olvidar os graves danos sofridos pelo executado, inclusive o dano moral, pois, além de suportar a injusta invasão do seu patrimônio, pode ter seu nome lançado em cadastros que são divulgados no círculo bancário e comercial, o que compromete operações de giro de suas atividades cotidianas, causando-lhe constrangimentos e dissabores”.* (Cleide Orevitalli Cais, Exceção de Pré-executividade em execução fundada em título executivo extrajudicial, p. 31/32)

Dessa forma, derradeiramente, nota-se que a ocorrência de tal desiderato – suspensão do procedimento executivo – depende de provocação do executado, que deve requerer expressamente em seu pedido a suspensão do processo, até seu ulterior julgamento.

Na hipótese de o juiz não se pronunciar sobre o efeito em que recebe a exceção de pré-executividade no prazo dos embargos (art. 738 do CPC) ou da impugnação (art. 475-J, § 1º do CPC), recomenda-se ao executado que reitere a matéria argüida no incidente nos citados meios de defesa, já que o não oferecimento destes implicará no risco da preclusão.

Portanto, cabe ao juiz ao receber a exceção de pré-executividade agir com celeridade, evitando tumulto processual, informando em qual efeito recebe o incidente e abrindo vistas ao exeqüente para manifestar sobre o mesmo.

#### **4.15 Decisão e recursos**

Nas palavras de Araken de Assis, “*deduzindo exceção de executividade, o devedor cria incidente, cuja rejeição enseja agravo; do acolhimento, porque ato extintivo da execução, cabe apelação*”. (Manual do processo de execução, p. 428).

Nesse sentido tem decidido nossa jurisprudência: a decisão que acolhe exceção de pré-executividade põe fim à execução, por isso o recurso cabível para impugná-la é a apelação, e não o agravo de instrumento, sendo ainda inaplicável o princípio da fungibilidade recursal. Entretanto, se a execução fiscal prossegue porque houve a exclusão apenas de uma das partes, o recurso cabível é o agravo de instrumento. (STJ - Resp 889.082-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 3/6/2008)

Como já destacado, é permitido ao agravante requerer ao relator que conceda efeito suspensivo ao agravo de instrumento interposto. O relator irá analisar o caso em concreto, podendo conceder ou não tal efeito.

O tribunal, com fulcro no § 3º, do art. 515, do CPC, também, poderá julgar desde logo a questão, pois, a causa (acolhimento ou não da exceção de pré-executividade), em regra, versa questão exclusivamente de direito, e por tal motivo estará em condições de imediato julgamento.

O referido dispositivo permite, portanto, que o tribunal aprecie diretamente o incidente, sem que o juiz de primeiro grau tenha apreciado o mérito, quando este entende que a matéria ventilada na exceção de pré-executividade exigiria dilação probatória.

Assim, se o tribunal, ao julgar o agravo contra a decisão que não conheceu o incidente, verifica que a alegada inexigibilidade do título ou a alegada prescrição está devidamente comprovada nos autos, poderá desde logo acolher a exceção de pré-executividade para extinguir a execução.

Havendo recurso de agravo de instrumento (da decisão que rejeitou a exceção) ou havendo recurso de apelação (da decisão que acolheu a exceção de pré-executividade e extinguiu a execução), do acórdão que julgar esses recursos poderá caber recurso extraordinário e especial. Portanto, as regras gerais relativas aos recursos, seus princípios, juízo de admissibilidade e de mérito, são totalmente aplicáveis ao incidente de exceção de pré-executividade.

#### **4.16 Questão controversa: matérias de ordem pública x coisa julgada**

Para Luiz Peixoto Siqueira Filho, em sua obra *Exceção de pré-executividade*, p. 82, rejeitada a exceção de pré-executividade que versava sobre matérias de ordem pública, não sujeitas à preclusão, mesmo havendo decisão proferida em segunda instância sobre a questão, não existe qualquer obstáculo à nova argüição da matéria em sede de embargos à execução<sup>8</sup>.

Segundo esse entendimento, da decisão versando sobre matéria de ordem pública ou de direito indisponível não há preclusão *pro judicato*, segundo os arts. 267, § 3º, e 471, II, *in fine*, ambos do CPC.

Nelson Nery Júnior explica que “o art. 471, II, diz que o juiz não poderá decidir novamente questão relativamente à mesma lide, salvo nos casos expressos em lei. Um destes é o art. 267, § 3º, CPC que aduz expressamente ao fato de não haver preclusão sobre pressupostos processuais, condições da ação, alegações de litispendência e de coisa julgada, matéria nos n.ºs. IV, V e VI do mesmo art. 267. Também não a preclusão da decisão que versa sobre as nulidades de fundo

---

<sup>8</sup> Todavia, há jurisprudência em sentido contrário: Petição inicial. Embargos do devedor. Indeferimento por já ter sido a matéria apreciada em exceção de pré-executividade. Admissibilidade. Cerceamento de defesa inócurrenente. Recurso improvido”. (1º TACSP – Ap. Civ. – Proc. nº. 710.914-8/00, 8ª Câmara, rel. Carlos Lopes, j. 11.06.1997)

*examináveis ex officio, podendo ser revistas pelo juiz a qualquer tempo*". (Princípios fundamentais – Teoria geral dos recursos, p. 73, nota de rodapé n. 73)

Da leitura acima se verifica que, para esses ilustres pensadores do direito, não há preclusão (coisa julgada material) nas hipóteses da exceção de pré-executividade versar sobre matéria de ordem pública, podendo o juiz em tais casos, inclusive, novamente apreciar questões de ordem pública já decidida no processo. (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, CPC Comentado e legislação extravagante. 10. ed. São Paulo: ed. RT, 2008, nota 01 do art. 471 do CPC, p. 704).

Nesse sentido Araken de Assis esclarece que *“tornar alguma questão indiferente à preclusão implica, além de natural possibilidade de o juiz decidi-la a qualquer tempo, ex officio ou atendendo postulação da parte, sobretudo a faculdade de reexaminar anterior pronunciamento, seja qual for o seu teor, a respeito dessa questão”*. (Palestra proferida no 1º Simpósio Nacional de Direito Bancário, realizado em São Paulo, em 08/07/2000).

Araken de Assis sustenta, ainda, que sendo rejeitada a exceção de pré-executividade, ao devedor se afigura lícito alegar a matéria outra vez nos embargos, tendo em vista que no caso de rejeição só ocorrerá preclusão, jamais autoridade de coisa julgada material. Entende que somente nos embargos o juiz decidirá as questões suscitadas com autoridade de coisa julgada (Manual de processo de execução, p. 428)

Marcos Valls Feu Rosa vai mais longe, em sua obra *Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução*, p. 99, ao afirmar que da mesma forma, e, em ordem inversa, discutida que seja a matéria de ordem pública em sede de embargos, poderá ser argüida novamente, através de exceção de pré-executividade.

Porém, o mesmo não se pode dizer quando se decide no processo executivo, através da exceção de pré-executividade, matérias relacionadas ao mérito (as denominadas exceções substanciais), Por exemplo, a respeito da prescrição ou pagamento. Nesses casos há verdadeiramente um julgamento de mérito, que atinge a própria relação jurídica substancial, fazendo coisa julgada material (art. 467, do CPC).

Mariana Tavares Antunes discorre assim sobre o tema: *“já que a exceção de pré-executividade, em última análise, traz para o bojo do processo de execução a análise de questões próprias dos embargos, entendemos que, em determinados casos, a sentença que acolhe a exceção e extingue a execução produz a coisa julgada material, já que há efetivamente análise de mérito”*. (A exceção de pré-executividade, *in*: Recursos cíveis de acordo com a Lei 9.756/98, 2000, p. 466)

Quando a exceção de pré-executividade, que versa sobre matérias de ordem pública é acolhida, o efeito gerado pela sentença será o término do processo, com a extinção da execução. Não há nela julgamento de mérito, e, em consequência disso, não há coisa julgada.

Portanto, para esses pensadores do direito não existe qualquer impedimento ao ajuizamento de nova ação visando à execução baseada no mesmo título executivo, observado o disposto no *caput* do art. 268 do CPC.

#### **4.17 Cabimento da condenação em honorários advocatícios**

Havendo o acolhimento da exceção de pré-executividade, com a extinção total ou parcial da execução, o exeqüente deve ser responsabilizado pelo pagamento das custas do processo e dos honorários advocatícios. Assim como ocorreria nos embargos ou impugnação, o executado teve de contratar os serviços

de um advogado, e este teve êxito de ver extinto parcial ou totalmente a execução. Não há, portanto, motivos para não haver condenação em honorários.

Nesse sentido já se manifestou o Egrégio Superior Tribunal de Justiça nos REsps nº. 195.351/MS, 4ª Turma, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira e nº. 411321/PR, 6ª Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves.

Já no caso da arguição formulada na exceção de pré-executividade ser rejeitada, a execução prosseguirá e, por isso, não haverá a condenação em honorários advocatícios.

## **5. ALTERAÇÕES NA LEI DE EXECUÇÕES**

A Lei 11.232/2005 e a Lei 11.382/2006 alteraram vários dispositivos do Código de Processo Civil, concernentes à execução de títulos judiciais e execução de títulos extrajudiciais.

Essa reforma, por qual passou o Código de Processo Civil, visou obter uma execução mais célere, de modo a possibilitar aos credores meios mais eficazes para satisfação de seu crédito.

Buscou, portanto, dar maior agilidade à prestação jurisdicional e efetividade ao processo de execução.

Da mesma forma que esses avanços auxiliaram o credor (como a inexistência de automática suspensão da execução pela simples oposição de impugnação na execução de título judicial), é imprescindível para uma igualdade de armas entre as partes (exeqüente e executado), uma contrapartida a tais ajustes.

Tendo sido agilizado o direito do credor, com uma execução mais ágil e efetiva, com a criação de fatores de coação e desestímulo ao devedor, também é

necessário agilizar a defesa do executado como compensação. Isso porque, muitas vezes este é injustamente chamado a responder por débito, do qual não é responsável.

Dessa forma restará obedecido o contraditório, a ampla defesa e o acesso à justiça de forma paritária às partes.

Simplificar e impor mais rapidez ao processo de execução, de maneira paritária, esse é o objetivo que deve ser buscado pelos operadores do direito.

Como a exceção de pré-executividade é uma das formas de defesa do executado, forçoso se faz verificar em que medida as Leis 11.232/2005 e 11.382/2006 que reformaram o Código de Processo Civil afetaram tal incidente.

### **5.1 Ampliação e diminuição da admissibilidade da Exceção de Pré-executividade frente às Leis 11.232/2005 e 11.382/2006**

Inúmeros doutrinadores pensam que em razão das alterações realizadas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, as quais possibilitaram o ajuizamento dos embargos (títulos executivos extrajudiciais) e de impugnação (títulos executivos judiciais) independentemente de garantia do juízo, culminou no esvaziamento e até mesmo inutilidade da exceção de pré-executividade.

Entretanto, esse entendimento decorre da visão que a exceção de pré-executividade era utilizada somente com o propósito de impugnar a execução sem a ocorrência da garantia do juízo.

Para esses ilustres operadores do direito, os embargos – agora sem a necessidade de prévia segurança do juízo – e da mesma maneira a impugnação, representam o remédio processual adequado para se lançar mão das matérias

passíveis de argüição em exceção de pré-executividade ou de qualquer outra matéria pertinente à defesa.

Para muitos, não se pode negar que a chamada exceção de pré-executividade perdeu significativamente a importância que tinha, diante das alterações no Código de Processo Civil, não sendo exagero afirmar que, para esses pensadores, agora, somente em casos ainda mais excepcionais poderá a mesma ser admitida.

## **5.2 Dever de ofício**

Vigora na execução, seja no processo executivo, seja na fase de cumprimento da sentença, a regra que determina o dever de conhecimento pelo juiz, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição das questões de ordem pública: pressupostos processuais, condições da ação e nulidades absolutas.

Se assim não fosse, qualquer um e em qualquer caso poderia pleitear a execução e, independentemente de qualquer requisito, obter a constrição de bens do patrimônio do adversário, para que só depois disso fosse viável a apresentação de toda a espécie de defesa em processo (embargos ou impugnação, respectivamente).

Seria igualmente ilógico dizer que o juiz “pode” conhecer dessas matérias na execução, sem que a parte tivesse o direito de suscitá-las.

Como bem diz Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, em sua obra Código de Processo Civil Comentado e Legislação Extravagante. 10. ed. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2007, nota 3, art. 475-L: “*Se o juiz deve conhecê-la, por que o devedor não poderia alegá-la, antes de seguro o juízo? Há outros casos, ainda, que o não cabimento ou ilegalidade do cumprimento da*



*sentença são flagrantes, de sorte que não se nos afigura justo invadir o patrimônio do devedor para que, somente depois disso, possa ele valer-se do contraditório e defender-se”.*

Em razão do princípio do acesso à justiça, da ampla defesa e do contraditório, as partes têm o direito de provocar o cumprimento desse dever.

Tornou-se entendimento pacífico, que a falta dos pressupostos processuais ou condições da ação geram a nulidade absoluta do processo de execução, privando-o de toda e qualquer eficácia.

Dessa forma, percebe-se que a exceção de pré-executividade não morreu com as mudanças proporcionadas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006. Além disso, tal incidente continua tendo a mesma força que tinha em outros tipos de execuções, como a fiscal e trabalhista.

### **5.3 Perda de uma oportunidade**

Como boa parte das matérias que envolvem a exceção de pré-executividade é controversa, o legislador, ao alterar o Código de Processo Civil, através das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, perdeu uma ótima oportunidade para incluir em nossa legislação, de forma expressa, a exceção de pré-executividade. Afinal, trata-se de um incidente processual ágil e eficaz, que possibilita um meio rápido de defesa ao executado, tornando o processo executivo apto a realizar os seus objetivos e melhor servir a sociedade.

## **6. HIPÓTESES PRÁTICAS DE APLICAÇÃO**

Cleide Previtalli Cais<sup>9</sup> relaciona as matérias passíveis de serem enfrentadas via exceção de pré-executividade da seguinte forma: a-) Pressupostos processuais de existência: - a existência da petição inicial (também denominada de demanda); a jurisdição, a citação e a capacidade postulatória. b-) Pressupostos processuais de validade: - a petição inicial apta; a competência do órgão jurisdicional; e a capacidade de ser parte (capacidade de assumir direitos e obrigações na ordem civil) e a capacidade de estar em juízo (capacidade processual para defender direitos e obrigações em juízo). c-) Pressupostos processuais negativos: - a litispendência; a coisa julgada; o impedimento de repositura da ação (CPC, art. 268); e a convenção de arbitragem (CPC, art. 267, VII). Entre as condições da ação constam a legitimidade das partes, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido (CPC, art. 267, VI). d-) Abrangência temática: - incompetência absoluta (CPC, art. 113); prescrição em não se tratando de direitos patrimoniais (CPC), § 5º do art. 119); ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; a perempção, a litispendência e a coisa julgada; a ausência das condições da ação como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual (Incisos IV, V e VI do art. 267. do CPC e seu parágrafo 3º); as hipóteses do art. 295 do CPC que ensejam indeferimento liminar da petição inicial, dentre elas a decadência (inciso IV); inexistência ou nulidade da citação (CPC, art. 301, I); conexão (art. CPC, art. 301, VII); incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização (CPC, art. 301, VIII); falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar (CPC, art. 301, XI); os demais incisos do art. 301, com exceção do IX que se refere ao compromisso arbitral. e-) Nulidades: - o título executivo não é líquido, certo e exigível (art. 586); o devedor não

---

<sup>9</sup> Exceção de pré-executividade em execução fundada em título executivo extrajudicial, *in* Revista Dialética de Direito tributário. São Paulo: Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda., nº. 43. abril de 1999, p. 22/32.

foi regularmente citado; a execução foi instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo, nos casos do art. 572; além dessas hipóteses definidas pela lei, constitui causa de nulidade a adulteração flagrante do título em sua assinatura ou em qualquer outro elemento que o integre. f-) Causas extintivas, modificativas ou impeditivas da existência do título executivo: - o pagamento; a imunidade tributária; a isenção tributária; a anistia tributária; a compensação de créditos e a novação. Acresce a listagem exemplificativa, a prescrição e a decadência, já que passíveis de serem argüidas em qualquer instância, pela parte a quem aproveite.

Falemos com mais vagar sobre algumas das matérias citadas.

### **6.1 Falta de requisitos de admissibilidade da execução**

Recebida a petição inicial do processo executivo, o juiz deve realizar um prévio juízo de admissibilidade, através do qual verificará se aquela ação contém os requisitos genéricos e específicos, necessários à sua admissibilidade.

A ausência de qualquer dessas condições, deve ser identificada pelo juiz, para não submeter o executado a atos que atentem contra sua dignidade e invadam sua esfera patrimonial, em processo flagrantemente nulo.

Passando as nulidades despercebidas aos olhos do magistrado, cabe ao executado, através da exceção de pré-executividade, provocar o reexame do juízo de admissibilidade, demonstrando os vícios e requerendo seu reconhecimento para evitar os danos emergentes de todo processo executivo.

### **6.2 Falta ou vício do título executivo**

Outra possibilidade de utilização do incidente, verifica-se quando há falta do próprio título executivo que dá suporte à execução, ou quando o título executivo

encontra-se com vícios (rasgado ou emendado, falsidade da assinatura no título, etc.). Em todas essas hipóteses, como visto acima, é cabível a exceção.

### **6.3 Nulidades**

São várias as hipóteses de nulidade que podem ser objeto da exceção de pré-executividade. Citamos, dentre elas, a nulidade da própria execução, a nulidade da penhora (é penhorado bem absolutamente impenhorável, caso de bem de família, por exemplo<sup>10</sup>), nulidade da sentença, e a nulidade da arrematação.

### **6.4 Outras matérias suscetíveis**

Dentre outras matérias suscetíveis através da exceção de pré-executividade destacam-se: o excesso de execução<sup>11</sup>; inexigibilidade do título (art. 586 do CPC) pagamento e qualquer outra forma de extinção da obrigação (adimplemento, compensação, confusão, novação, consignação, remissão, sub-rogação, dação, etc.)<sup>12</sup>; exceções de direito material (prescrição e decadência); etc.

Ressalte-se que as hipóteses acima não esgotam todas as possibilidades de utilização do incidente. Entretanto, o acatamento de quaisquer delas através da exceção de pré-executividade abreviam, e muito, o curso do processo de execução, bem como evitam a prática de atos sobre bens do executado que se revelarão inúteis ao final, com dispêndio para o Poder Judiciário e desgaste para as partes.

A utilização e aplicação da exceção de pré-executividade evita, ainda, que o executado tenha o seu nome lançado (apontado) indevidamente em cadastros de

---

<sup>10</sup> STJ, 3ª T, REsp 555968/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 14.06.2004)

<sup>11</sup> STJ, 4º T., REsp 545568/MG, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 16.10.2003)

<sup>12</sup> Frise-se que havendo necessidade de dilação probatória para que o devedor possa demonstrar a existência da causa liberatória da obrigação e inadmissível o incidente processual. Nesses casos deverá o devedor utilizar dos embargos ou impugnação.

restrição ao crédito (como Serasa, SPC, Cadin, etc.), o que pode destruir sua reputação, e muitas vezes inviabilizar sua atividade econômica.

O equilíbrio dos atos executivos deve ser considerado pelo julgador. “*Tanto a celeridade quanto a segurança jurídica e a efetividade do processo são valores de igual dimensão e importância na busca da justiça pela verdade real.*” (Felicíssimo Sena, Exceção de pré-executividade: causas e efeitos, p. 29).

Assim sendo, diante de fatos claros e evidentes trazidos aos autos do processo, que venham modificar ou extinguir o seu curso, impõe-se a admissão da exceção de pré-executividade, para evitar injustiças e também por economia processual.

### **6.5 Aplicação na execução fiscal**

Uma das hipóteses de maior utilização prática do incidente, é na cobrança do crédito tributário, o qual segue o procedimento regulado pela Lei 6.830 de 22.09.1980 – Lei das Execuções Fiscais.

Pela citada lei, os embargos à execução fiscal constituem o único remédio processual posto à disposição do executado para sua defesa. Contudo, seu manejo é condicionado à segurança prévia do juízo por penhora, depósito ou fiança bancária, suficiente para cobrir a dívida em litígio. (art. 8º, da Lei 6.830/80)

O prazo previsto em lei para oposição dos embargos à execução é de 30 (trinta) dias contados após a garantia do juízo (art. 16, § 1º, da Lei 6.830/80).

Assim, imaginemos uma execução fiscal completamente despojada de seus requisitos básicos para sua propositura. Manter a exigência ao executado de garantir o juízo para tão somente depois poder indicar os defeitos da ação seria desnecessário e injusto.

Desse modo, diante de tal situação excepcional, a rigidez da Lei de Execuções Fiscais deve ser amenizada, ou seja, deve ser deixado de lado o formalismo, em nome do princípio da razoabilidade e proporcionalidade, possibilitando a oposição da exceção de pré-executividade pelo executado.

Destaque-se, que o posicionamento quanto a sua utilização na execução fiscal, tanto na jurisprudência como na doutrina, não alcança unanimidade. Embora, hoje, sua utilização passe por relativa calma jurisprudencial.

James Marins refere-se à discussão quando assinala que *“a possibilidade de se manifestar por parte do contribuinte sem garantia do juízo ou previsão legal expressa não recebe foros de unanimidade, especialmente devido às prerrogativas conferidas à Fazenda Pública, constituindo, no entender de alguns, a taxatividade da defesa via embargos óbice ao manejo da exceção de pré-executividade”*.

No entanto, de maneira muito clara, o mesmo autor se posiciona a respeito e justifica o seu entender: *“Como corolário do processo moderno se encontra a garantia do devido processo legal, que implica necessariamente a possibilidade de as partes exporem suas razões em juízo, seja qual for o processo ou procedimento adotado. Está, então, assegurada a todos a possibilidade de alegar suas razões em juízo, sem que se possa buscar melindrar esse direito, sob pena de se pôr em xeque o sistema constitucional”*.

#### **6.5.1 Prazo para aplicação do incidente na execução fiscal**

Como regra geral, entendo que o prazo recomendável para apresentação da exceção de pré-executividade, são os cinco dias iniciais, contados da data da citação da execução fiscal (art. 8º, da Lei 6.830/80). Esse é o prazo para o executado pagar a dívida com juros e demais encargos, ou garantir a execução.

Apesar de ser coerente ingressar com a exceção de pré-executividade antes que haja possibilidade da constrição de bens, nada impede, como amplamente visto no presente estudo, que quando tratarmos das objeções (matéria de ordem pública), a apresentação do incidente ocorra mesmo depois de transcorrido o prazo dos embargos.

Entendo, ainda, que mesmo precluso os embargos, poderá o executado, através de exceção de pré-executividade, suscitar matérias passíveis de serem conhecidas de ofício pelo juiz, desde que estas não tenham sido objeto de discussão nos embargos à execução fiscal.

Assim, admite-se que a exceção de pré-executividade poderá ser apresentada a qualquer tempo, não importando o instante processual. Todavia, o melhor seria apresentá-la nos cinco dias posteriores a citação, a fim de evitar à constrição de bens.

Nesse sentido leciona Misael Montenegro Filho em sua obra Curso de Direito Processual Civil, v. 2, p. 578: *“A apresentação pode ocorrer a qualquer tempo dentro da ação de execução. Porém, e com os olhos voltados para dinâmica forense, cabe-nos anotar que sua maior freqüência é vista no início do processo, após o recebimento do mandado de citação, no prazo conferido ao executado para pagar, para entregar a coisa, ou para satisfazer a obrigação de fazer ou não fazer, sendo admitido o seu cabimento em todas as espécies de execução, e até mesmo em execuções especiais, como a fiscal, a hipotecária e a de alimentos.”*

#### **6.5.2 Hipóteses mais destacadas de cabimento do incidente na execução fiscal**

### **6.5.2.1 Ilegitimidade *ad causam***

Outro ponto de bastante debate na doutrina e jurisprudência repousa na possibilidade de questionar, via exceção de pré-executividade, a legitimidade passiva na execução fiscal. Inclui-se aí a questão relacionada ao redirecionamento da execução aos sócios e administradores da empresa executada, principalmente nos casos em que o sócio – mero quotista – não detinha poderes de gerência sobre a pessoa jurídica.

O magistrado deve agir com cautela em tais situações e verificar o caso em concreto, para acolher ou rejeitar o incidente, posto que, muitas vezes, o sócio além de não ter tido qualquer participação na gestão da empresa executada, ainda era seu quotista minoritário.

O art. 4º, da Lei 6.830/80 dispõe que poderão figurar como sujeitos passivos da execução fiscal, o devedor, o fiador, o espólio, a massa, o responsável tributário decorrente de lei e os sucessores a qualquer título.

Sob pena de ferir o direito de ampla defesa e do contraditório, entendo que, antes da inscrição do nome do devedor em dívida ativa, é necessário que haja um processo administrativo tributário.

Tal procedimento foi criado justamente para dirimir conflitos entre o contribuinte e o Fisco, dentro do próprio âmbito da Administração Pública, quer seja na esfera federal, estadual ou municipal.

Esse processo administrativo visa justamente apurar o débito, identificar quem são os responsáveis diretos e/ou indiretos entre outras questões, tudo à luz dos princípios constitucionais da ampla defesa do contraditório.

Assim, somente seguindo esse trâmite, a Certidão da Dívida Ativa (CDA) desfrutará de liquidez e certeza. Desse modo, para que a Fazenda possa executar



alguém, faz-se necessário um processo administrativo de lançamento e inscrição do crédito contra todos a quem pretende cobrar, devendo seus nomes estarem, obrigatoriamente, mencionados no título que dará ensejo à futura execução.

A despeito disso, com certa freqüência, nos deparamos com execuções onde o sócio-gerente é arrolado como sujeito passivo da ação, sem que seu nome conste no título executivo (CDA).

Em tais casos, dúvidas não restam de que aquele executado pode se valer da exceção de pré-executividade para ver declarada sua ilegitimidade passiva frente à tal “irregularidade”, vez que não houve o cumprimento das formalidades que revestem o título executivo fiscal de certeza, liquidez e exigibilidade.

Destarte, para o Fisco cobrar seu crédito do sujeito passivo direto ou indireto da obrigação tributária, é imprescindível a individualização de todos na Certidão de Dívida Ativa.

Destaque-se, ainda, que a ilegitimidade passiva é matéria de ordem pública quer pode ser discutida através de exceção de pré-executividade.

Ademais, da mesma forma, entende-se que tal redirecionamento só pode ocorrer se provado pelo Fisco que o executado (sócio ou administrador) agiu com fraude, dolo ou excesso de poderes. Como na maioria dos casos o Fisco não faz tal prova, simplesmente presume tal situação, pode o executado defender-se através da exceção de pré-executividade.

Tal tese, quanto à possibilidade de se alegar a legitimidade do executado em exceção de pré-executividade, guarda inteira compatibilidade com a jurisprudência do STJ. (Resp 821.412/MG, 1ª Turma, DJ 24.04.2006)

#### **6.5.2.2 Inexigibilidade da Certidão de Dívida Ativa**

A Certidão de Dívida Ativa (CDA) é o título executivo extrajudicial hábil a ensejar o processo de execução fiscal.

Porém, tal título, para aparelhar a execução fiscal, tem que ser certo, líquido e exigível. A certeza se materializa com a apresentação de um documento que, realmente, comprove a existência de um crédito. A liquidez provém do valor nele representado. E, por fim, a exigibilidade advém da inadimplência do devedor.

O referido título goza de presunção *juris tantum* de certeza e liquidez, contudo, afastado qualquer um dos requisitos comentados, a CDA não se prestará ao fim que almeja, qual seja, dar lastro à execução fiscal.

Nessas hipóteses, caso tenha prova inequívoca de tais situações, pode o executado, através de exceção de pré-executividade, alegar tais vícios.

### **6.5.2.3 Prescrição e Decadência**

No que tange ao tópico da prescrição e decadência, mais uma celeuma, posto que a doutrina e a jurisprudência se dividem quanto à admissão de tais matérias em sede de exceção de pré-executividade.

*Tal divergência decorre que a prescrição e a decadência envolvem o mérito e, por uma razão singular, o seu exame parte da condicionante do juízo seguro, embora a questão não seja pacífica* (Fernandes, Odmir, Lei de Execução Fiscal comentada e anotada, p. 280).

Percebe-se, que toda a discussão se dá porque, se há extinção do processo em decorrência dessas matérias, ocorre com julgamento de mérito (coisa julgada material), e por haver julgamento de mérito a discussão somente poderia se dar nos embargos à execução fiscal.

O próprio STJ não é unânime em suas decisões, possuindo posições divergentes em sua 1ª e 2ª Turmas (Favorável: STJ, 1ª T., unânime, REsp 179.750/SP, rel. Min. Luiz Pereira, ago/2002. Desfavorável: STJ, 2ª T., unânime, ARAI 535.966, rel. Min. João Otávio de Noronha, mar/2004) (*Apud* Paulsen, Leandro e Ávila, René Bergmann, Direito Processual Tributário, p. 306).

Ocorre que, nos termos do art. 156, V, do Código Tributário Nacional, tanto a prescrição como a decadência extinguem o crédito tributário.

Assim, se extinto o crédito tributário – quer seja por prescrição ou decadência –, inexistente este. Portanto, é evidente que a execução não pode ser admitida, e muito menos pode haver constrição de bens do executado sob pena de ocorrer uma enorme injustiça.

Realmente, é inadmissível que créditos atingidos pela prescrição ou decadência possam dar suporte a um processo de execução. Processo este que poderia trazer uma série de gravames ao executado (constrição de bens, restrição de crédito, paralisação ou suspensão de suas atividades econômicas por não conseguir fomentá-la), e até mesmo a terceiros (fornecedores e empregados).

Embora ainda não seja matéria unânime, os tribunais têm aos poucos admitido tal tipo de exceção e decidido favoravelmente a favor do executado, quando a matéria não exige dilação probatória e de pronto é comprovada.

#### **6.5.2.4 Pagamento, compensação e novação**

É certo que dívida já paga não pode mais ser cobrada. Sem grandes óbices, o executado, mediante prova de quitação dos tributos (guias de recolhimento, por exemplo), atesta que a execução é indevida e, por força disso, deve ser extinta. Cabível, portanto, a exceção de pré-executividade em tais casos.

Já a alegação de compensação e novação geram dúvidas quanto a sua admissão por intermédio da exceção de pré-executividade. Entende-se que cabe ao executado alegar, através do incidente, a carência de ação pelo fato de que: (i) ocorreu a compensação (entre créditos e débitos), e (ii) a dívida executada, por estar novada, ainda não venceu. Para tanto, o executado deve acostar às suas alegações, robusta prova documental.

#### **6.5.2.5 Outras matérias passíveis de serem enfrentadas através do incidente**

Embora as matérias acima sejam as mais mencionadas em sede de exceção de pré-executividade na execução fiscal, existem inúmeras outras, dentre as quais podemos destacar: cobrança de crédito tributário pendente de recurso administrativo; crédito tributário com a exigibilidade suspensa por decisão judicial; ação anulatória quando realizado o depósito integral; argüição de nulidade da penhora; prescrição intercorrente, etc.

James Marins, em sua obra, *Direito Processual Tributário brasileiro – administrativo e judicial*, p. 642, cita algumas hipóteses de cabimento da exceção de pré-executividade na execução fiscal: “*Das diversas manifestações pretorianas e doutrinárias, recolhe-se a admissibilidade da exceção ou objeção de pré-executividade em generoso rol de hipóteses: matéria de ordem pública em geral, condições da ação, ausência de pressupostos de desenvolvimento válido do processo, nulidade formal e material da Certidão de Dívida Ativa, falta de liquidez do título, prescrição, decadência, quitação do título, manifesta ilegitimidade do executado e inconstitucionalidade de norma legal já declarada pelo STF, etc. O*

*correto óbice processual, doutrinário e jurisprudencial, reside na impossibilidade de produção de provas”.*

Frise-se, que as matérias acima elencadas não têm caráter taxativo. A exceção de pré-executividade é um instituto amplamente aceito na seara forense e, por não existir previsão legal específica, caberão aos juízes e tribunais a definição do seu campo de atuação, caso a caso, até que seja suprida a lacuna normativa.

O único empecilho capaz de prejudicar a sua utilização é a possibilidade de demonstrar o alegado de plano, sem qualquer dilação probatória, ou seja, oposta a exceção de pré-executividade já deve vir a mesma acompanhada de prova inequívoca e ostensiva do alegado, permitindo que o juiz possa de pronto aferir sua possibilidade de manejo ou não.

Defender a tese que nega o cabimento desse meio de defesa significa não acompanhar a constante evolução do direito, e da atual fase instrumental do processo civil, visto que, havendo prova robusta e capaz de provar o direito alegado de imediato o juiz, a par da realidade fática, já pode extinguir o processo, sem a necessidade de aguardar a interposição dos embargos à execução fiscal para se chegar ao mesmo fim.

Como já ressaltado, o escopo do processo é a busca da pacificação social com justiça, e, para isso, o processo deve ser célere e efetivo para ambas as partes (exeqüente e executado). A não aceitação do incidente atenta contra a própria dignidade do executado, ferindo princípios basilares de nossa Constituição Federal.

## 7. CONCLUSÃO

A exceção de pré-executividade, como amplamente demonstrado, tem como objetivo afastar de plano uma injustiça, pois a constrição de bens (penhora) é um ato de agressão ao patrimônio do executado, e deve ser evitada quando existe uma execução (judicial ou extrajudicial) sem necessidade.

Dessa forma, averiguadas determinadas situações, deverá o juiz, levando-se em conta que a execução deve ser feita do modo menos gravoso para o devedor, receber e acolher a exceção de pré-executividade sob pena de ferir inúmeros princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Como se trata de um incidente processual admitido em situações excepcionais, que independam de dilação probatória, caberá ao juiz, na condução do processo, atentando ao seu prudente arbítrio, coibir o alargamento indevido da sua abrangência temática.

Em razão de não haver previsão legal, a arguição da exceção de pré-executividade pode ser levada a efeito por simples petição, nos autos do mesmo processo de execução, sem maiores formalismos, bastando apenas a indicação do juiz ou tribunal a que é dirigida, qualificação do processo e das partes, explanação dos fatos e do direito, juntada de eventuais documentos pertinente às alegações e o pedido com suas especificações.

Recomenda-se que a exceção seja ofertada preferencialmente: (i) na execução fiscal antes de transcorrido o prazo de cinco dias concedidos ao executado para pagamento ou para garantir a execução (art. 8º, da Lei n.º 6.830/80); (ii) na execução de título extrajudicial antes do prazo de três dias para efetuar o pagamento da dívida (art. 652, do CPC); (iii) na execução de título judicial

(pagamento de quantia certa ou já fixada em liquidação) no prazo de quinze dias<sup>13</sup> previsto no art. 475-J, do CPC.

Frise-se, entretanto, que nada impede que a exceção de pré-executividade seja protocolada após o transcurso de tais prazos, e até mesmo após a apresentação dos embargos ou da impugnação. Todavia, deixando o executado de alegar a matéria contida no seu bojo na primeira oportunidade que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas do retardamento.

Tal assertiva funda-se em razão das objeções (matérias de ordem pública) serem imunes ao fenômeno preclusivo, podendo ser argüidas a qualquer e em qualquer grau de jurisdição. Destaque-se, contudo, que o mesmo não ocorre com as exceções substantivas, pois estas integram a defesa indireta de mérito, e estão sujeitas a preclusão (temporal ou consumativa), pois omitida a alegação no momento oportuno, não poderá o executado fazê-lo posteriormente, nem o juiz conhecê-las *ex officio*, porque a lei exige a iniciativa da parte em tais situações.

Devem ser ressalvadas as hipóteses que em momento posterior a impugnação, ou aos embargos, surgir um fato superveniente que possa ser alegado sem dilação probatória e que possa influir na suspensão ou extinção da execução. Por tal motivo não haveria preclusão, e a utilização de tal incidente seria permitida.

Outro ponto que o operador de direito (advogado e magistrado) deve estar atento, diante da grande divergência doutrinária e jurisprudencial, é sobre os efeitos atribuídos a exceção de pré-executividade. Mais, especificamente sobre a suspensão ou não da execução quando apresentado o incidente.

---

<sup>13</sup> Teorias existentes: 1ª – o prazo conta a partir da exigibilidade da sentença, desde que o recurso contra ele interposto não tenha efeito suspensivo (defensor Athos Gusmão Carneiro); 2ª – o prazo conta a partir do trânsito em julgado da decisão (defensor Araken de Assis). O STJ tem uma decisão neste sentido: 3ª – o prazo conta a partir do trânsito em julgado da decisão, entretanto, para que comece a correr os autos devem ter retornado a vara ou tribunal de origem (defensor Cássio Scarpinella).

Como visto, não existe unanimidade se a exceção de pré-executividade suspende ou não a execução. Assim, para evitar tumulto no processo, o juiz, ao receber o incidente, deve se pronunciar em qual efeito recebe a exceção. Caso o juiz seja omissivo a respeito, não informando se suspende ou não a execução, o executado, sob pena de preclusão, deve protocolar a impugnação ou os embargos no prazo legal, reiterando a(s) tese(s) apresentada no incidente.

Depreende-se que a exceção de pré-executividade é (i) uma espécie excepcional de defesa no processo de execução (judicial e extrajudicial), com natureza jurídica de incidente processual; (ii) não é condicionada a segurança do juízo; (iii) não tem forma específica; (iv) via de regra pode ser apresentada a qualquer tempo; e (v) não comporta dilação probatória, limitando-se a prova documental.

Ademais, a exceção de pré-executividade é uma construção doutrinária e jurisprudencial, e encontra sua base legal nos artigos 303, II, e 598, do CPC, e nos princípios da Constituição Federal de 1988, os quais deverão ser preservados a todo custo pelo juiz, especialmente o da ampla defesa e do contraditório.

Caberá ao magistrado equilibrar situações e interesses de modo a satisfazer o bem da vida pretendido na solução da lide, sem ter tolhido pressupostos e requisitos rígidos, que por vezes não atendem aos reclamos de uma efetiva justiça.

O processo de execução, nessa ordem de idéias, tem de apresentar-se como via adequada e segura para proporcionar, de um lado, o direito de pleitear a tutela jurisdicional para fazer valer determinado direito violado e, se tiver sucesso, a pronta e efetiva satisfação desse direito. Por outro lado, deve proporcionar à parte contrária o direito de demonstrar suas razões e tentar impedir a injusta invasão na sua esfera jurídica, por não se achar obrigado a suportá-la.



Verifica-se, ainda, que a jurisprudência e a doutrina reconhecem expressamente a utilização da exceção de pré-executividade, a qual, reconhecidamente, possibilita um contraditório indiscutível e célere no processo de execução, já que viabiliza o direito de defesa dentro do próprio processo independentemente da segurança do juízo.

Percebe-se que é de extrema relevância a adoção da exceção de pré-executividade, espécie excepcional de defesa no processo de execução, contra execuções infundadas ou ilegais, como um instrumento que, além de evitar graves injustiças, privilegia a economia processual.

Esse instrumento possibilita que o executado leve ao conhecimento do juiz matéria (processual ou de mérito) que de plano pode ser decidida, evitando a execução injusta prosperar, o que acarreta desgaste a todas as partes (autor, réu e ao próprio Poder Judiciário).

Constatamos, portanto, que a exceção de pré-executividade é o veículo mais justo e célere de atacar execuções viciadas, predestinadas ao insucesso, que somente iriam movimentar a máquina judiciária inutilmente (acarretando acúmulo de processos, dispêndio de valores sem necessidade, etc) e violentar a dignidade e o patrimônio do executado erroneamente.

Além disso, não se deve esquecer, que o uso desse incidente pelo executado, com o intuito procrastinatório, deve ser rechaçado de forma firme pelos magistrados, já que fere o princípio constitucional da efetividade, e atenta igualmente contra as próprias mudanças buscadas pelo legislador através das Leis 11.232/2005 e a Lei 11.382/2006, que visam dar maior celeridade ao processo de execução.

Agindo assim, os magistrados estarão contribuindo para a consolidação deste meio de defesa tão salutar àquele que fora executado ilegal e

equivocadamente e, ao mesmo tempo, coibindo aquelas alegações desprovidas de fundamentação jurídico-material que objetivam somente procrastinar a ação de execução. Neste último caso, deverá ainda o julgador condenar o executado por litigância de má-fé e até mesmo por assédio processual como uma forma de desestimular e punir àqueles que pretendem usar deste meio de defesa somente para protelar os feitos judiciais.

Caberá ao magistrado agir com sabedoria, analisar o caso em concreto, pois, como já frisado, em determinadas situações, uma decisão baseada em um alto grau de certeza, após cognição plena e exauriente, poderia ser inútil, nada constituindo no mundo fático. O que se ganharia em segurança se perderia em efetividade.

Em suma, a exceção de pré-executividade é um instrumento útil, que se destina à solução eficiente de conflitos (pacificação social com justiça), possibilitando a ampla defesa e o contraditório (igualdade de armas entre exeqüente e executado no processo de execução) de forma célere e efetiva, o que na nossa percepção, atende muito bem a todos os sujeitos que participam da relação jurídica processual.

## 8. BIBLIOGRAFIA

CAMPOS, Dejalma. **Direito Processual Tributário – Prática Administrativa e Judicial**. 2. ed. São Paulo: Editora Rideel, 2007.

**EXECUÇÃO** Civil – Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Editora RT Revista dos Tribunais, 2007.

JANCZSKI, Célio Armando. **Processo Tributário Administrativo e Judicial na Teoria e na Prática**. 2. ed. Florianópolis: Editora OAB/SC, 2006.

MARINS, James. **Tributação e processo**. 1. ed. 2ª tir., Curitiba: Editora Juruá, 2003.

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

NOLASCO, Rita Dias. **Exceção de pré-executividade: doutrina, jurisprudência e prática**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2004.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2008.

SPILBORGHS, Alessandro, **Direito Tributário**. São Paulo: Barros, Fischer & Associados, 2006.