

A exceção de pré-executividade e as recentes alterações legislativas realizadas no Código de Processo Civil

Itamar de Ávila Ramos*

RESUMO

Entende que a jurisprudência construiu o instituto da exceção de pré-executividade como um dos meios de implementar a defesa do devedor, quando se faz flagrante, perceptível de pronto, a inexistência dos pressupostos legais para a existência e validade de uma relação jurídica processual num processo executivo, esmiuçando seu desenvolvimento histórico e conceitual e culminando com sua aplicação nos dias que precederam as recentes reformas legislativas havidas no digesto processual civil. Almeja analisar os elementos doutrinários e jurisprudenciais que possibilitem trazer uma conclusão pragmática da viabilidade da permanência da utilização deste importante meio de defesa, mesmo após a implementação das referidas reformas que alteraram a estruturação da ação cognitiva dos embargos do devedor.

PALAVRAS-CHAVE: Exceção de Pré-Executividade. Processo de Execução. Reforma Processual. Lei nº 11.232/2005. Lei nº 11.382/2006

INTRODUÇÃO

Como cediço, o Código de Processo Civil vem passando, nos últimos anos, por intensas modificações na sua estrutura, com a finalidade de tornar o processo verdadeiro instrumento capaz de atender aos desígnios do direito material, de forma eficaz, célere e, principalmente, com a efetividade indispensável.

Neste aspecto, tem-se com a Lei nº 11.232/2005 a quebra da dicotomia ou dualidade até então existente entre os processos de execução e de cognição, com a criação da denominada fase de cumprimento de sentença, passando a execução de sentença condenatória a ser realizada no próprio processo em que proferida, tornando-se desnecessária a existência de processo executório *ex intervallo*. Assim, como pode ser vislumbrado da dicção do artigo 475-I e segs do Código de Processo Civil, a execução de sentença terá lugar no processo em que formatado o título (sentença), de forma incidental, como mera fase complementar processual. O legislador, assim, deu ênfase ao processo sincrético, reconhecendo, em boa hora, a unicidade da jurisdição.

A Lei nº 11.382/2006, por sua vez, veio modificar a sistemática do processo de execução, o qual ficou reservado, a rigor, à execução lastreada em títulos executivos extrajudiciais. Vários artigos foram ab-rogados e alguns tiveram mudanças de redação, com o manifesto desiderato de tornar o processo de execução, mormente a variante procedimental prevista para a executória por quantia certa contra devedor solvente, um instrumento mais eficiente, com a aptidão de tornar em realidade a promessa constitucional de obtenção de uma tutela jurisdicional lógica, razoável e tempestiva.

O presente artigo tem como finalidade, sem a pretensão de exaurir o tema, abordar alguns aspectos da reforma introduzida pela Lei nº 11.382/2006 considerados relevantes, estudando as alterações que alteraram os meios de defesa do executado.

O procedimento dos embargos, como será visto mais adiante, passou por profundas e importantes modificações, tais como a desnecessidade de segurar o juízo, com o escopo de impedir que sirva de empeco ao desenvolvimento regular da relação processual *juris-satisfativa*, dentre outros objetivos.

Assim sendo, cabe uma indagação: ainda existe utilidade prática da Exceção de Pré-executividade frente às reformas legislativas que ocorreram?

É o que se pretende responder no presente estudo.

CAPÍTULO I- ANTECEDENTES HISTÓRICOS DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

1.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No direito processual positivo brasileiro, o executado tem apenas expressamente um meio de defesa, os embargos à execução, mas este é apenas um dos meios de defesa do executado presentes em nosso ordenamento jurídico como demonstraremos mais adiante.

Os embargos à execução, conforme os ensinamentos de Araken de Assis:

"constituem uma ação, quer dizer, o agir correspondente ao direito de se opor a pretensão de executar, e a circunstância de trazerem a cognição do juiz matérias de defesa não descaracteriza o remédio: a defesa, no processo de conhecimento, inclui a resistência do réu, direta (contestação) ou indireta (exceção), e o seu ataque (reconvenção)"

Num outro prisma, os embargos são uma ação autônoma, incidental à execução, de natureza cognitiva, no qual se poderá apreciar a pretensão manifestada pelo exequente, para o fim de verificar se a mesma é procedente ou improcedente.

Sendo uma ação, os embargos sujeitam-se à distribuição, registro e autuação próprios. Devem, ainda, preencher requisitos específicos de admissibilidade para serem aceitos,

além das condições genéricas da ação, como é o caso da tempestividade e, antes da reforma no Processo de Execução (Lei 11.382/2006), fazia-se necessário também a segurança do juízo:

Art. 737. Não são admissíveis embargos do devedor antes de segurar o juízo:

I-pela penhora, na execução por quantia certa;

II-pelo depósito, na execução para entrega de coisa.

O ponto que interessa é exatamente a segurança do juízo como requisito indispensável à propositura dos embargos.

Segundo HUMBERTO THEODORO segurar o juízo

"é garantir a execução, mediante depósito à ordem judicial de um bem apto a dar-lhe cumprimento, caso a defesa do devedor venha a ser repelida. Sem a penhora ou o depósito não se pode defender o devedor, e sem a existência de bens penhoráveis, impossível se torna o próprio desenvolvimento do processo executivo, que deverá ser suspenso 'sine die' (art. 791, III)"

Alerta Alexandre Câmara Freitas que:

"O oferecimento de embargos do executado sem que tenha havido prévia segurança do juízo, nos casos em que tal requisito é exigido, terá como consequência a extinção do processo incidente sem resolução do mérito."

A necessidade de garantia do juízo (nomeação de bens à penhora) como requisito indispensável para o oferecimento dos embargos à execução - principal meio de defesa nesta ação judicial característica - é um grave empecilho à defesa do executado, pois mesmo para alegar vícios formais do processo ou matéria de ordem pública (tais quais prescrição, decadência, nulidade de título executivo, nulidade de citação, dentre outras matérias que poderia ser reconhecida ex officio pelo magistrado), o executado teria de primeiro sofrer uma constrição no seu patrimônio que poderia gerar sérios entraves econômicos.

Com o passar do tempo, a doutrina e a Jurisprudência foram preenchendo esse tipo de lacuna jurídica ao estabelecer "a possibilidade, em casos específicos, de o executado insurgir-se contra o despacho inaugural proferido na execução através da arguição de nulidade da execução (.....) sem estar seguro o juízo."

É nesse contexto que surge a exceção de pré-executividade.

BOJUNGA, em 1989, dizia que:

"a doutrina tem se esforçado, embora através de vozes isoladas, em restabelecer a exceção de pré-executividade como forma preliminar de contraditar e fulminar no nascedouro pretensão executiva viciada ou inexistente, que incomoda inutilmente de forma imediata o Estado, causando ainda constrangimentos desnecessários ao executado".

1.2.BREVE ANÁLISE HISTÓRICA

Cândido Dinamarco ensina que, no direito romano, uma das formas de o devedor defender-se na execução era conseguir alguém que se dispusesse a servir-lhe de fiador (vindex), o qual fazia a infitatio, instituto que permitia a negação fática da sentença - alegação de sua nulidade ou de já estar o crédito extinto por qualquer outro modo - o que provocava o início de um processo de cognição normal. A intervenção do vindex implicava, ao que parece, a extinção de qualquer relação entre o credor e o originário devedor, tanto no plano do processo como no do direito material. As únicas exigências

para servir de vindex eram que a pessoa tivesse certa fortuna e propriedades conhecidas.

O mesmo Cândido Dinamarco invoca Liebman para dizer que havia casos em que a defesa do executado não dependia do vindex.

As hipóteses acima citadas permitem identificar, já entre os romanos, algumas modalidades de defesa do executado que independiam de garantia prévia do juízo.

No direito luso-brasileiro a regra era a prévia segurança, através da penhora, para interposição dos embargos, salvo algumas hipóteses bem identificadas por Leonardo Greco nas Ordenações Filipinas, in verbis:

Os Embargos do Executado exigiam prévia segurança do juízo pela penhora, salvo os de restituição de menor, os de retenção de benfeitorias, sendo líquidas ou juradas, os de compensação, de líquido a líquido já julgado (os que hoje se chamam de créditos com execução aparelhada).

Um Assento da Casa de Suplicação de 1690 também admitiu embargos nos próprios autos, sem prévia segurança do juízo, nos casos de nulidade patente ou de pagamento provado com quitações e documentos legais.

No direito pátrio, Pontes de Miranda foi quem, nos idos de 1966, abordou pela primeira vez a exceção de pré-executividade em célebre parecer elaborado a partir dos problemas pertinentes a pedidos de falência da Companhia Siderúrgica Mannesmann, propugnando assim pela admissibilidade de um meio de defesa endoprocessual.

O Parecer nº 95 está compilado na coleção Dez Anos de Pareceres e, segundo consta, os pedidos de decretação de abertura de falência foram indeferidos pelo Juízo antes da penhora ou do depósito, sob o fundamento de que os processos eram baseados em títulos falsos.

Questionado se, nas vinte e quatro horas fornecidas para que o devedor pague sob pena de penhora, poderia a empresa, contra a qual se move a ação, sustentar a falsidade do título ou dos títulos, independentemente do oferecimento de bens à penhora, respondeu o parecerista que sim, pois, no seu entender, "a alegação de inexistência, da invalidade ou da ineficácia da sentença é alegável antes da expedição do mandado de penhora", pois tal ato só "é de exigir-se para a oposição de embargos do executado; não, para a oposição das exceções e de preliminares concernentes à falta de eficácia executiva do título extrajudicial ou da sentença"

Dessa forma, deixou claro o eminente processualista que a execução tem requisitos próprios, que podem e devem ser examinados antes da agressão ao patrimônio do devedor, de ofício ou por provocação da parte, cuja defesa não está exaurida no conceito de "embargos do executado"

Em contraposição à viabilidade da exceção de pré-executividade idealizada por Pontes de Miranda, surge, posteriormente, parecer solicitado pela Copersucar ao Dr. Alcides de Mendonça Lima, citado na obra de Tarlei Lemos Pereira

Na ocasião da consulta a empresa figurava no pólo ativo de ação executiva por título extrajudicial, movida em face da Central Paulista de Açúcar e do Alcool e seus sócios, na qualidade de devedores solidários. O crédito exequendo era representado por três notas promissórias, as quais foram dadas em garantia ao cumprimento de contrato celebrado entre as partes.

A exemplo do parecer de Pontes de Miranda, o problema que ora se aborda gira em torno da exigibilidade dos títulos.

Em síntese, de um lado, alega a exequente a exigibilidade dos títulos, uma vez que seu vencimento ocorreu antecipadamente em decorrência de cláusula contratual; e, de outro lado, alega a executada, via agravo de instrumento interposto contra despacho citatório, não serem os títulos aptos a dar ensejo à ação executiva válida.

CAPÍTULO II- UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO ANTERIORMENTE À REFORMA DAS LEIS Nº 11.232/05 E 11.382/06

2.1-OBJETIVO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A criação da Exceção de Pré-Executividade teve como objetivo uma maior efetivação dos clássicos incisos LIV e LV, do artigo 5º, da Constituição da República Federativa do Brasil, normas com o mais alto grau de positividade jurídica que fixam o devido processo legal em todas as suas dimensões – a exemplo do contraditório e da ampla defesa - como elementos imprescindíveis ao Estado Democrático de Direito.

A Exceção de Pré-Executividade afasta a necessidade de nomeação de bens à penhora para defesa no processo de execução, possibilitando ao réu apontar vícios cuja simples existência fulminaria irremediavelmente o procedimento de execução, tornando dispensável a apresentação dos embargos e, conseqüentemente, impedindo que o executado seja obrigado a disponibilizar parte muitas vezes essencial de seus bens para a nomeação à penhora.

Em qualquer lide, ambas as partes devem dispor de paridade de armas, e a imposição de constranger seu patrimônio para poder apresentar sua defesa, mesmo que esta se refira a matéria que o juiz poderia (e deveria) reconhecer ex officio configura-se um cerceamento do direito de defesa, que o surgimento da Exceção de Pré-executividade soluciona de forma deveras satisfatória.

2.2.TERMINOLOGIA

Na maior parte da doutrina, e mesmo na jurisprudência, a terminologia consagrada para o instituto em estudo sempre foi a de "exceção de pré-executividade".

Terminologia esta que remonta ao famoso parecer do mestre Pontes de Miranda. De fato, doutrinava o mestre:

"Para que haja executividade, é preciso que se repute título executivo e instrumento da dívida ou que haja sentença com carga suficiente de executividade.

Quando se pede ao juiz que execute a dívida (exercício das pretensões pré-processual e processual à execução), tem o juiz de examinar se o título é executivo, seja judicial ou extrajudicial."

O mestre tenta demonstrar que quando o título executivo não tem o atributo da "executividade", poderá o devedor opor tal fato à pretensão executiva. Argumentando tratar-se de "exercício das pretensões pré-processual". Talvez aí resida a origem do termo "pré-executividade".

Tal denominação sempre foi duramente criticada pela doutrina. Humberto Theodoro Júnior, com apoio na doutrina de Barbosa Moreira, assim se pronuncia ao criticar a expressão:

"Barbosa Moreira evidencia que se o que se busca é demonstrar que o credor não tem condições jurídicas para executar seu pretense crédito, não é de um requisito anterior ('pré') à executividade que se cogita. É, isto sim, da falta de um requisito da própria execução proposta, que se ocupa a arguição. Afinal, a execução já foi proposta e o intento do devedor não se relaciona com requisitos ou dados anteriores, mas com aqueles que no momento deveriam existir e, na realidade não existem. Enfim, o que falta não é a pré-executividade, é a executividade."

Ao tratar do tema, antes das referidas alterações, Nelson Nery Junior assinalava dois tipos de defesa que o devedor poderia fazer no processo de execução sem garantir o juízo: a exceção de executividade e a objeção de executividade, distinguindo uma da outra apenas em relação à matéria a ser alegada.

Na lição do mestre, cabível seria a exceção quando "desnecessária qualquer dilação probatória para a demonstração de que o credor não pode executar o devedor". É exceção, posto tratar-se de instrumento de defesa de direito material, que contém temas que o juiz somente possa examinar a requerimento da parte. As matérias argüíveis por meio de exceção seriam o pagamento ou qualquer outra forma de extinção da obrigação, como compensação, confusão, novação, consignação, remissão, dação, etc., desde que de pronto demonstráveis, sem necessidade da produção de provas outras, que não aquela pré-constituída.

Por outro lado, seria cabível a objeção quando a matéria a ser alegada fosse de ordem pública. Matérias de ordem pública são aquelas que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz. Destarte, ao opor objeção, a parte apenas alerta o juiz para o fato de que deve pronunciar-se ex officio sobre aquela matéria.

A polêmica é tamanha, que alguns autores simplesmente se negam até a atribuir qualquer nome ao instituto. Simplesmente afirmando que se trata de mero incidente, em que a parte peticiona ao magistrado, alegando matéria de ordem pública, a qual o mesmo deveria ter se pronunciado de ofício, mas não o fez. Marcos Valls Feu Rosa, citado por Humberto Theodoro Júnior, chega a ponto de afirmar que "não se pode condescender com a expressão 'exceção de pré-executividade' porque o que assim se rotula não é nem 'exceção', nem 'pré', nem 'executividade'. Dizendo tratar-se o instituto de simples argüição de falta de requisitos da execução. Sendo que alguns autores negam inclusive a condição de "instituto" ou remédio processual à "exceção de pré-executividade".

Polêmicas a parte, certo é que a jurisprudência e a doutrina já consagraram a "exceção de pré-executividade" como meio legítimo do devedor, independentemente de penhora, opor-se à execução em determinados casos restritos. Daí não ser prudente a redução da importância do tema em questão a mero incidente de somenos importância no curso do processo.

Analisando o instituto em questão, chega-se à conclusão de que se trata de uma "exceção" oposta pelo devedor à pretensão executiva do credor. Ao manejar a "exceção de pré-executividade", o devedor-executado, está exercendo seu direito constitucionalmente garantido de opor-se a ação executiva que lhe foi movida. Portanto, em hipótese alguma se pode admitir como impróprio o termo "exceção", posto que, ao se opor a pretensão executiva, o devedor está exercendo de fato seu direito de defesa. Não se importando que a matéria alegada seja de ordem pública ou

privada. Alegar que tal denominação fere a sistemática do Código de Processo Civil por não estar nele prevista se constitui em um excesso de zelo.

Por outro lado, o termo "objeção", propugnado por parte da doutrina, seria completamente inadequado. Posto que a expressão somente encerra aquelas matérias, as quais, o juiz poderia conhecer de ofício. Ou seja, matérias de ordem pública. Daí constatarmos que o termo "objeção" é insuficiente para designar o instituto, pelo fato de que, além das matérias de ordem pública, passíveis de argüição através de "exceção de pré-executividade", outras matérias atinentes a validade do título, desde que suficientemente provadas, também o poderão. Desta feita, o termo "objeção" seria insuficiente para designar o instituto, posto que não abrangente a todas as matérias passíveis de serem argüidas através do incidente.

Por fim, cumpre dizer que a praxis forense já consagrou o termo "exceção de pré-executividade" sendo que a maioria dos estudos e obras sobre o tema o adotam, razão pela qual no presente estudo a utilizamos.

2.3.CASOS MAIS FREQUENTES DE SUA APLICABILIDADE.

A exceção de pré-executividade vem a ser um dos instrumentos utilizados no processo de execução pelo devedor, através da provocação do órgão jurisdicional, como o intuito de suspender a ação executiva, mediante a argüição de uma nulidade processual.

O magistrado, verificando algum vício ou mácula, deve se manifestar de ofício, logo de início, ou no decorrer do trâmite processual executivo, sendo também papel do devedor, por ser o maior interessado em "barrar" a ação executiva, se pronunciar a respeito da existência de uma nulidade processual.

Cabe ressaltar que é uma faculdade atribuída do devedor de submeter ao conhecimento do juízo determinadas matérias suscetíveis de sua apreciação, tendo por objeto os pressupostos processuais, as condições da ação executiva, bem como a existência de nulidade no título executivo que seja evidente e flagrante. Esta possibilidade atribuída ao devedor independe da ocorrência de penhora ou embargos, podendo ocorrer em

qualquer fase do procedimento, já que se trata de arguição de matéria de ordem pública, que pode ser suscitada a qualquer tempo, e nos próprios autos do processo de execução.

É importante, delimitar-se o campo da atuação deste instituto, uma vez que, diferentemente dos embargos, na interposição da exceção de pré-executividade somente poderão ser alegadas questões referentes aos pressupostos processuais, condições da ação ou a presença de nulidades ou defeitos no título executivo, portanto, não há o que se falar em produção de provas, já que as matérias argüíveis não podem estar ocultas, mas facilmente demonstráveis, caso contrário, seria desnecessária a existência do instituto dos embargos à execução, que por sua vez, vem a ser o meio unanimemente considerado pela legislação processual, doutrina e jurisprudência pelo qual o executado faz oposição à ação executiva.

Quando se pede ao magistrado que execute a dívida (exercício das pretensões pré-processual e processual a execução), tem o juiz de examinar se o título é executivo, seja judicial ou extrajudicial.

Ressalta-se que não há discordância a respeito da impossibilidade da utilização da exceção de pré-executividade para apreciação de matéria de fato, cuja demonstração carece de uma grande dilação probatória. Por exclusão, a aplicação desse instituto cabe primeiramente, como já mencionado, as chamadas matérias de ordem pública no que diz respeito aos chamados pressupostos processuais e as condições da ação, assim como também, no tocante a toda a matéria atinente à prescrição, decadência, coisa julgada, pagamento ou novação. Logo, podem ser argüidas através do referido instituto as matérias enumeradas nos incisos IV, V e VI, do artigo 267, do Código de Processo Civil.

Para tanto, podemos destacar as matérias que dizem respeito às condições da ação executiva. Especialmente, nas que tratam sobre a possibilidade jurídica do pedido, destacando-se a necessidade de existência de crédito a ser visualizado no título executivo, com a obediência dos requisitos exigíveis para a sua aceitação como tal, a saber, a liquidez, a certeza, e a exigibilidade, sob pena do título.

Quanto à questão da legitimidade, tanto passiva quanto ativa na ação executiva, somente poderá ser executado o devedor expressamente indicado no título executivo

não se podendo, para tanto, ser executada pessoa diversa daquela indicada no título. E ainda, no tocante ao interesse de agir no processo executivo, somente caberá argüir tal instituto se observado o inadimplemento da obrigação, ou seja, o vencimento da dívida, porque se caso não estar tal obrigação já vencida, faltara o caráter de exigibilidade ao título, e por sua vez, o interesse de agir do exequente.

Finalizando, a admissão da exceção de pré-executividade cabia toda vez em que se verificar a ausência das condições da ação, ou seja, legitimidade da parte, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido, bem quando estiver carecendo o título executivo dos seus requisitos básicos, sendo desta forma, que a maioria dos casos de argüição de exceção de pré-executividade se relaciona com a falta de algumas dessas condições, que uma vez ausentes, invalidam o processo executivo, impedindo assim, uma execução nula, que não obedeça aos requisitos legais.

2.4.JURISPRUDENCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

2.4.1- "Exceção de pré-executividade. Acolhimento nos autos da execução. Excesso de execução. Impossibilidade [...] A exceção que se permite examinar e decidir na própria execução é somente aquela que diga respeito ao aspecto formal do título e que não é hábil para desencadear processo executivo. Somente matéria, efetivamente, relativa a nulidade do título é que, através da chamada exceção de pré-executividade pode ser examinada."

Agravo de Instrumento 5654/1999 - Reg. 17/09/1999 - fls. 29851/29852 -Volta Redonda - Décima Câmara Cível – Unânime - Des. Jayro S. Ferreira - Julg. 18/08/1999 - Partes: Banco Banerj S/A X Antônio Carlos Brugni Velloso e outros.

2.4.2- "A argüição de não ser o título revestido de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares exigidas no processo de execução, causadoras, portanto, de sua nulidade, como vício fundamental; pode ser feita independentemente de embargos do devedor [...]"

Agravo de Instrumento 3026/1999 - Reg. 17/09/1999 - Fls. 29525/29536 - Capital - 18ª Câmara Cível - Por maioria - Des. Sérgio Lúcio Cruz - Julg. 22/06/1999 - Partes: Barravel Barra Veículos Ltda e Outros X Banco Itaú S/A.

2.4.3- "[...] não há como processar e decidir exceção de pré-executividade nos autos de embargos, quando deve ela ser argüida na entranha processual da ação principal, vale dizer, na execução."

Agravo de Instrumento 8606/1998 - reg. 30/08/1999 - fls. 26367/26369 - Angra dos Reis - 4ª Câmara Cível – Unânime - Des. José Pimentel Marques - Julg. 15/06/1999 - Partes: Cláudio Pirani X João Pessoa de Mello.

2.4.4- "[...] 1. A execução de pré-executividade ou pré-processual, conforme famoso Parecer 95, de Pontes de Miranda, no caso Mannesman, pode ser alegada em execução, independente de formulação de Embargos do Devedor, se referente a questões processuais, em regra. [...]"

Apelação Cível 2917/1999 - Reg. 02/07/1999 - fls. 53763/53764 - Capital - 9ª Câmara Cível – Unânime - Des. Jorge Magalhães - Julg. 20/04/1999 - Partes: Town Park Empreendimentos e Participações Ltda X Condomínio Victoria Park I.

2.4.5- "[...] 1. A exceção de pré-processual, ou de pré-executividade, reconhecida por doutrina e jurisprudência, é fundada no direito constitucional a ampla defesa e no direito processual (art. 620, do CPC), pelo qual a execução deve ser feita do modo menos gravoso possível ao executado, entre outros princípios [...]"

Agravo de Instrumento 928/1999 - Reg. 05/07/1999 - fls. 20894/20899 - Teresópolis - 9ª Câmara Cível – Unânime - Des. Jorge Magalhães - Julg. 30/03/1999 - Partes: Carvão Progresso de Teresópolis Ind. e Com. Ltda X Banco do Brasil S/A .

2.4.6- "[...] Exceção de pré-executividade deduzida perante o Juízo deprecante. Necessidade do Juízo deprecado aguardar a decisão do Juízo deprecante. [...]"

Agravo de Instrumento 427/1999 - Reg. 22/04/1999 - fl. 11251/11260 - 17ª Câmara Cível – Unânime - Des. Fabrício Bandeira Filho - Julg: 24/03/1999 - Partes: Sabina Modas Comércio Ltda x Sebastião Farinha da Silva.

2.4.7- "[...] Não pode o juiz, sem apreciar a impugnação à exceção de pré-executividade, declarar nula a execução [...]"

Apelação Cível 14460/1998 - Reg. 13/08/1999 - fls. 59456/59462 - Capital - 5ª Câmara Cível – Unânime - Des. Carlos Ferrari - Julg. 23/03/1999 - Partes: Helena Moraes Rangel X Maria Regina Cardoso da Silva e Outra.

CAPÍTULO III- UTILIZAÇÃO DO INSTITUTO APÓS AS REFORMA LEGISLATIVAS

As alterações legislativas implementadas no Código de Processo Civil, introduzidas pelas Leis n.ºs 11.232/05 e 11.382/06 alteraram substancialmente o processo de execução de título judicial e extrajudicial, face às modificações verificadas em vários de seus artigos. De tal forma que se tornou premente para os operadores do Direito o repensar do atuar, quando não do sistema processual como um todo, mas, pelo menos, daqueles setores onde ocorreram as mudanças.

Essas alterações, contudo, não inviabilizaram a utilização da exceção de pré-executividade, mesmo diante da combinação das novas redações dos artigos 736 e 745 do diploma processual civil pátrio, que permitem ao executado opor os embargos "independentemente de penhora, depósito ou caução", podendo, nos embargos, alegar, além de outras, "qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento".

As matérias que podem ser alegadas no incidente em exame referem-se às questões processuais de ordem pública, que versem sobre a existência e validade do processo executivo ou de seus atos: condições da ação executiva, pressupostos do processo executivo, e a observância do menor sacrifício do devedor e as questões de mérito que só são objeto de conhecimento na execução de uma forma indireta e sumária e em casos extremamente restritos. De uma forma indireta, porque são examinadas estritamente para o mero fim processual de extinção do processo e de uma forma sumária, porque têm de estar evidenciadas prima facie de qualquer disputa mais profunda que se ponha acerca de sua ocorrência não poderá ser dirimida dentro do processo executivo.

A doutrina ensina que, "na fase executiva de cumprimento de sentença judicial, a apresentação do incidente de objeção de pré-executividade teria como "prazo" mais correto os 15 dias após a intimação para cumprimento da sentença (art. 475-J/CPC). Já nos casos de execução de título extrajudicial, o momento mais adequado para a apresentação do ora comentado incidente processual seriam os três dias após a citação do devedor (art. 652/CPC)"¹⁹, justificando a adoção de tais prazos com "intuito de evitar a constrição de bens do executado quando se está diante de uma execução totalmente infundada, e ainda quando a esta falta algum dos requisitos da execução, e estes sejam facilmente detectáveis pelo magistrado". O prazo máximo, no entanto, para apresentação do incidente é até o trânsito em julgado. A partir daí, não mais se admite a exceção de pré-executividade.

Ao final do processamento da exceção de pré-executividade, se procedente a pretensão do devedor, caberá o recurso denominado de apelação, pormenorizado nos artigos 520 e seguintes do Código de Processo Civil, em se tratando de sentença de extinção do processo, com ou sem a resolução do mérito, a depender das matérias alegadas e discutidas. Entretanto, se a decisão for pela improcedência do incidente, o recurso cabível será o agravo de instrumento, disposto nos artigos 522 e seguintes do Código de Processo Civil.

O projeto de lei complementar nº 51 de 2006 culminou com a elaboração da Lei 11.382/2006. A exposição de motivos da referida lei foi elaborada pelo senhor Ministro da Justiça Márcio Thomas Bastos, que salientou à época:

"d) nas execuções por título extrajudicial a defesa do executado - que não mais dependerá da "segurança do juízo", far-se-á através de embargos, de regra sem efeito suspensivo (a serem opostos nos quinze dias subseqüentes à citação), seguindo-se instrução probatória e sentença ; com tal sistema, desaparecerá qualquer motivo para a interposição da assim chamada (mui impropriamente) "exceção de pré-executividade", de criação pretoriana e que tantos embaraços e demoras atualmente causa ao andamento das execuções;"²⁰

O douto operador do Direito entendia pela desnecessidade da utilização do instituto da exceção de pré-executividade, como meio de defesa do devedor. Entretanto, esta previsão não se concretizou, como podemos perceber da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, com julgamento realizado no dia 23 de setembro de 2008, colacionada abaixo:

Processo: AgRg no Ag 669123 / SP AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO2005/0050144-1

Relator(a): Ministro CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ FEDERAL CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) (8135)

Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA

Data do Julgamento: 23/09/2008

Data da Publicação/Fonte: DJe 06/10/2008

Ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRADO DE INSTRUMENTO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - ARGÜIÇÃO DE NULIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO

EXTRAJUDICIAL - POSSIBILIDADE, DESDE QUE NÃO ENSEJE DILAÇÃO PROBATÓRIA - QUESTÕES QUE DEVEM SER ANALISADAS EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO - ENTENDIMENTO OBTIDO DA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO - INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7/STJ - RECURSO IMPROVIDO.

1. A agravante não trouxe qualquer argumento capaz de infirmar a decisão que pretende ver reformada, razão pela qual entende-se que ela há de ser mantida na íntegra. 2. A exceção de pré-executividade destina-se a argüir a nulidade do título executivo extrajudicial, nos termos do artigo 618, I, do Código de Processo Civil, desde que, para isso, o vício apontado reste evidenciado de forma a prescindir de contraditório ou de dilação probatória; 3. As Instâncias ordinárias, após sopesarem o acervo probatório coligido aos autos, consignaram que as teses suscitadas pelos agravantes, tendo por desiderato o reconhecimento da ausência de liquidez, certeza e inexigibilidade do título executivo extrajudicial que lastreia a presente execução, demandariam dilação probatória própria do procedimento a ser observado em sede de embargos à execução; 4. Agravo regimental a que se nega provimento.

A jurisprudência citada reflete o pensamento atual do judiciário pátrio ao elencar que, ainda hoje, existe interesse de agir que justifique a utilização do instituto outrora utilizado na prática nacional e que a tantos devedores foi útil. O artigo 618, inciso I do Código de Processo Civil nos afirma que é nula a execução se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível.

CONCLUSÃO

Após este longo caminhar pela história do instituto da exceção de pré-executividade, quando analisamos as divergências que sempre o acompanharam, desde seu nascimento, passando pela sua nomenclatura, adentrando nos aspectos que compõem toda a problemática da sua utilização no período anterior às reformas legislativas

operadas pela lei 11382/06, culminamos por entender, com suporte nos aspectos doutrinários e jurisprudenciais, que ainda existe um grande campo de atuação como meio de defesa do devedor, mesmo após a entrada em vigor das recentes alterações legislativas.

A interposição dos embargos do devedor, nos termos do artigo 738 do Código de Processo Civil, deve ser feita num prazo de quinze dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação, a despeito de não mais ser necessária a ocorrência de uma anterior penhora, ou depósito ou caução. Vencido este prazo, estaria o devedor que estivesse sendo executado com base num título executivo extrajudicial que não representasse uma obrigação líquida, certa e exigível, desprovido de meios céleres de defesa? Certamente que não, pois pode se valer de um, poderíamos até dizer, remédio heróico, a exceção de pré-executividade, pois verificamos que sua interposição não possui prazo, tendo como limite o transitio em julgado.

Entendemos que até mesmo, quando dentro do prazo para o oferecimento dos embargos do devedor, em existindo matérias de defesa argüíveis de ofício e seja oferecida uma petição denominada juridicamente de exceção de pré-executividade, deva o magistrado recebê-la e julgá-la; quer esteja recebendo-a, com fundamento na fungibilidade dos institutos dos embargos do devedor e da exceção de pré-executividade, pela utilização para correção de sobreditas matérias; quer seja pela economia, pela celeridade, pela eficiência processuais.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. Manual do Processo de Execução. 8. ed. São Paulo: RT, 2002

BRASIL. Código de Processo Civil. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antonio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos e Luiz Eduardo Alves d Siqueira. 30. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 14. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, vol. II.

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

FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. Exceção de pré-executividade. In: Revista dos Tribunais, vol. 657, jul. 1990.

GRECO, Leonardo. O processo de execução. V. I. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

LEMOS PEREIRA, Tarlei. Aspectos da exceção de pré-executividade. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 57, jul. 2002.

MIRANDA, Pontes. Parecer n. 95. Dez Anos de pareceres. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves.

NERY JR., Nelson. Código de processo civil comentado. 9. ed. São Paulo: RT, 2006.

OLIVEIRA GUIMARÃES, Rafael de. A Objeção de pré-executividade após as reformas do processo de execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Meios de Defesa do Devedor diante do Título Executivo, fora dos Embargos à Execução. Ações Autônomas e Exceção de pré-executividade. Instituto de Direito. São Paulo: Saraiva, 1997.

* Advogado em Campos dos Goytacazes/RJ, pós-graduado *latu sensu* em Direito Público e Direito Privado pela Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro

Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12511>

Acesso em: 30 mar. 2009.