

FACULDADES INTEGRADAS

“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – DEFESA SEM EMBARGOS

GERMANO SERAFIM DE BRITO

Presidente Prudente/SP

2004

FACULDADES INTEGRADAS
“ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”
FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – DEFESA SEM EMBARGOS

GERMANO SERAFIM DE BRITO

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Francisco José Dias Gomes.

Presidente Prudente/SP

2004

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – DEFESA SEM EMBARGOS

Trabalho de Conclusão de Curso
aprovado como requisito parcial para
obtenção do Grau de Bacharel em
Direito.

FRANCISCO JOSÉ DIAS GOMES

JOSÉ MARIA ZANUTTO

ANTONIO CARLOS AGOSTINHO

Presidente Prudente, 30 de novembro de 2004.

Dedico este trabalho à minha esposa Fátima.

Ninguém é tão grande que não possa apreender, nem tão
pequeno que não possa ensinar.
(autor desconhecido)

Agradeço à minha esposa Fátima pela paciência e compreensão e ao professor Francisco, pelo incentivo, dedicação e amizade.

RESUMO

Nas ciências jurídicas o tema a ser discutido tem grande relevância no âmbito do Direito Civil e Processual Civil, vez que trata de matéria afeta ao patrimônio do devedor.

Este trabalho tem o escopo de demonstrar a viabilidade do uso da exceção de pré-executividade como meio para argüir a inexistência dos requisitos da ação de execução, sem a necessária segurança do Juízo.

Dá maior enfoque à ação de execução por quantia certa, através de uma panorâmica das noções gerais de processo, do processo de execução e por fim apresenta as características da exceção de pré-executividade e as discussões que nela se concentram.

O estudo é voltado à pesquisa em documentação indireta, pesquisas bibliográficas, dentre as quais doutrinas e jurisprudências.

Através do método dedutivo, faz um estudo da incidência do princípio do contraditório no processo de execução, do direito do devedor à ampla defesa e ao acesso à justiça, chegando ao método dialético, onde demonstra que os embargos à execução não são o único meio de defesa processual neste procedimento.

PALAVRAS-CHAVE: patrimônio do devedor, exceção de pré-executividade, inexistência dos requisitos da ação de execução, segurança do juízo, contraditório, ampla defesa e acesso à justiça.

ABSTRACT

In legal sciences the subject to be argued has great relevance in the scope of the Civil law and Procedural Civilian, time that deals with substance affects to the patrimony of the debtor.

This work has the target to demonstrate the viability of the use of the exception of previous execution as half to argue the inexistence of the requirements of the collection suit, without the necessary security of the Judgment.

It gives to greater approach to the collection suit for certain amount, through a panoramic one of the general slight knowledge of process, of the execution proceeding and finally it presents the characteristics of the exception of previous execution and the quarrels that in if concentrate.

The study it is come back to the research in indirect documentation, bibliographical research, amongst which doctrines and jurisprudences.

Through the deductive method, it makes a study of the incidence of the principle of the contradictory in the execution proceeding, of the right of the debtor to legal defense and the access to justice, arriving at the dialect method, where it demonstrates that the stays of execution are not only the half one of procedural defense in this procedure

KEYWORDS: patrimony of the debtor, exception of previous execution, inexistence of the requirements of the collection suit, security of the Judgment, contradictory, to legal defense and the access to justice.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
CAPÍTULO I – NOÇÕES GERAIS DO PROCESSO	11
1. Jurisdição – Considerações Históricas.....	11
1.1 Finalidade.....	14
1.2 Exercício.....	15
2. Do Processo.....	16
2.1 Processo de Conhecimento.....	17
2.2 Processo de Execução.....	18
2.3 Processo Cautelar.....	19
2.4 Do Direito de Ação e a Doutrina de Liebman.....	20
2.5 Condições da Ação.....	20
2.6 Possibilidade Jurídica do Pedido.....	21
2.7 Interesse de Agir.....	22
2.8 Legitimidade de Parte.....	23
2.9 Pressupostos Processuais.....	24
2.10 Princípios Gerais do Processo.....	25
2.10.1 Princípio do Devido Processo Legal.....	26
2.10.2 Princípio da Igualdade.....	26
2.10.3 Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa.....	27
2.10.4 Princípio do Juiz Natural.....	27
CAPÍTULO II – DO PROCESSO DE EXECUÇÃO	28
3. Execução Jurisdicional.....	28
4. Processo de Conhecimento x Processo de Execução.....	29
5. Princípios do Processo de Execução.....	30
5.1 Princípio da Realidade da Execução ou Princípio da Patrimonialidade.....	30
5.2 Princípio da Máxima Utilidade da Execução.....	32
5.3 Princípio do Menor Sacrifício do Executado.....	32
5.4 Princípio do Contraditório em Execução.....	33
6. Pressupostos Específicos do Processo de Execução.....	34
6.1 Título Executivo.....	34
6.1.1 Título Executivo Judicial.....	35
6.1.2 Título Executivo Extrajudicial.....	35
6.2 Certeza, Liquidez e Exigibilidade.....	36
6.3 Inadimplemento.....	37
CAPÍTULO III – DA SEGURANÇA DO JUÍZO E DOS MEIOS DE DEFESA DO EXECUTADO	39
7. Da Segurança do Juízo.....	39
7.1 Da Penhora.....	39
7.2 Dos Embargos do Devedor e dos Embargos de Terceiro.....	41
7.2.1 Natureza Jurídica.....	41
7.3 Exceção de Pré-Executividade.....	43
CAPÍTULO IV – DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE	45
8. Considerações Históricas.....	45

9. Terminologia.....	46
10. Natureza Jurídica.....	47
11. Oportunidade.....	48
12. Legitimidade.....	49
12.1. Intervenção de Terceiros.....	50
13. Forma.....	52
14. Matérias argüíveis.....	53
15. Procedimento.....	55
16. Efeitos.....	56
17. Custas.....	58
18. Recurso.....	60

CAPÍTULO V – PECULIARIDADES DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E EMBARGOS À EXECUÇÃO.....	63
---	-----------

CAPÍTULO VI – A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE FACE AO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	65
--	-----------

CAPÍTULO VII – CONCLUSÕES.....	68
---------------------------------------	-----------

BIBLIOGRAFIA.....	70
--------------------------	-----------

ANEXO – JURISPRUDÊNCIA.....	72
------------------------------------	-----------

INTRODUÇÃO

O direito positivo reflete, ou procura refletir, os anseios de uma sociedade que busca a solução de seus conflitos, através da intervenção do Estado.

Contudo, nem sempre apresenta todas as soluções. Nasce então a necessidade de chamarmos a atenção de nossos legisladores para recriar, adaptar o direito a nossa realidade.

A sociedade nunca para de se inovar, surgem novos costumes, novas necessidades, com isto, na grande luta para acompanhar esta evolução, o legislador deixa escapar algumas situações, as quais não encontram solução no nosso ordenamento jurídico.

Uma norma não se faz de um dia para outro, muitas vezes demanda tempo para ser solidificada, mas há que se dar ouvidos ao clamor social por inovações.

O assunto aqui tratado visa esclarecer uma matéria que não encontra previsão legal, a denominada exceção de pré-executividade, mas que é muito discutida entre os operadores do direito e vem sendo de grande utilidade no ataque às ações de execuções ilegais ou infundadas.

Este trabalho inicia-se com o estudo do Estado como ente pacificador e intermediador dos conflitos sociais. Traz a noção de jurisdição e da instrumentalidade do processo para adentrar nos aspectos gerais do processo de execução, especificamente na execução contra devedor solvente.

Apresenta as características dos embargos à execução e finaliza com o estudo da exceção de pré-executividade.

Neste, aborda seu surgimento, a posição da doutrina e jurisprudência acerca do tema e as divergências que se instalaram, desde sua denominação até os recursos cabíveis contra as decisões proferidas a seu respeito.

A pretensão deste trabalho não é desestruturar aquilo que já foi construído acerca das ações de execução, onde o Estado somente assume o papel de ente sancionador, tampouco beneficiar os maus pagadores, mas assegurar direitos constitucionais garantidos a todos os litigantes no processo, traduzidos através do acesso à justiça, contraditório e ampla defesa.

Demonstra que até mesmo dentro de uma norma já consolidada, não raras vezes, vemo-nos diante de injustiças, pois a ação de execução não existe para atender somente aos interesses do credor, mas também daquele que injustamente figura como devedor.

Se a busca é pela efetividade do processo e celeridade processual, a exceção de pré-executividade vislumbra a possibilidade do devedor se contrapor a ação de execução, que não preenche os requisitos legais, sem que seja necessário se socorrer dos embargos.

O tema discutido procura fomentar a reforma do modelo arcaico que se encontra a legislação que regulamenta os processos de execução. O dinamismo do nosso direito e o avanço permanente das relações contratuais de cunho patrimonial devem ser permeadas pela segurança, rapidez e pela justiça.

Se o Estado proibiu que as pessoas fizessem justiça com as próprias mãos, não pode fechar as portas àquele que o procura para reclamar por esta.

CAPÍTULO I – NOÇÕES GERAIS DO PROCESSO

1. JURISDIÇÃO - CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

A história nos mostra que o homem não consegue viver só. Para manter sua sobrevivência sempre interagiu com outros de sua espécie.

Sendo um animal gregário, convive em grupos, nunca isoladamente.

Desde o grupo familiar, onde o pai era o alicerce da família, até a evolução do Estado, são evidentes as necessidades não apenas biológicas, mas, sobretudo de caráter cultural.

Do agrupamento de pessoas é que se constitui a sociedade; não nos referimos à reunião de pessoas sem objetivos comuns, trata-se daqueles indivíduos que procuram nestes laços interesses mais ou menos definidos como certos, que os levam a querer viver em conjunto.

Neste sentido, criam normas de conduta cuja finalidade primordial é a manutenção da ordem da vida em comum e estas devem estar voltadas aos objetivos sociais e à satisfação dos interesses de seus componentes, dando origem ao controle social.

Através do controle social, o grupo começa a ditar modelos de comportamento e procura, de maneira impositiva, suprimir as contradições às normas apresentadas.

Como bem assinalado por Cintra (1999, p. 19):

(...) o direito é geralmente apresentado como uma das formas – sem dúvida a mais importante e eficaz dos tempos modernos – do chamado controle social, entendido como o conjunto de instrumentos de que a sociedade dispõe na sua tendência à imposição dos modelos culturais, dos ideais coletivos e dos valores que persegue, para a superação das antinomias, das tensões e dos conflitos que lhe são próprios.

Este direito criado pela sociedade não era suficiente para evitar e eliminar todos os conflitos.

Os conflitos se originavam a partir das situações em que uma pessoa, pretendendo para si determinado bem, não o conseguia, em razão daquele que poderia satisfazer a sua pretensão, mas não a satisfazia, ou porque o próprio direito proibia a satisfação voluntária da pretensão.

Nas civilizações antigas inexistia a figura do Estado como ente mediador e solucionador dos conflitos. Imperava a vontade individual e privada. O Estado até então não ditava normas, leis como hoje conhecemos, estas eram estabelecidas pela sociedade.

A predominância do mais forte sobre o mais fraco direcionava as relações. Assim quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria de consegui-la com sua própria força e na medida dela, por si mesmo, a fim de satisfazer sua pretensão.

Esta maneira de agir foi denominada de autotutela (ou autodefesa), o fazer justiça com as próprias mãos, tendo como características marcantes a ausência de juiz distinto das partes e a imposição da decisão por uma das partes à outra.

A solução do conflito, sem a intervenção do Estado, também se dava através da autocomposição, comumente ainda utilizada nos dias de hoje.

Nos dizeres de Cintra (1999, p. 21):

(...) uma das partes em conflito, ou ambas, abrem mão do interesse ou de parte dela. São três as formas de autocomposição (as quais, de certa maneira, sobrevivem até hoje com referência aos interesses disponíveis): a) desistência (renúncia à pretensão); b) submissão (renúncia à resistência oferecida à pretensão); c) transação (concessões recíprocas). Todas essas soluções têm em comum a circunstância de serem parciais - no sentido de que dependem da vontade e da atividade de uma ou de ambas as partes envolvidas.

Por se tratar de um sistema que apresentava solução parcial, perceberam que necessitavam de uma solução amigável, porém imparcial. Esta veio através da instituição de árbitros, pessoas que eram de confiança mútua das partes e por elas eram escolhidos para solucionar os conflitos.

As partes em conflito compareciam perante o pretor, comprometendo-se a aceitar o que viesse a ser decidido, escolhiam o árbitro de sua confiança e este recebia do pretor a incumbência de decidir a causa.

À medida que o Estado vai se firmando, atinge a esfera da liberdade das pessoas, absorvendo o poder e ditando as soluções para os conflitos. Conquista o poder de nomear o árbitro. A arbitragem que até então era facultativa passa a ser obrigatória.

Posteriormente, já no século III d.C., o pretor passou a conhecer ele próprio do mérito dos litígios, proferindo sentenças, que antes era competência dos árbitros, passando-se assim da chamada justiça privada para a justiça pública.

Para Cintra (1999, p. 23), neste momento já se vislumbra as características da jurisdição:

O Estado, já suficientemente fortalecido, impõe-lhe sobre os particulares e, prescindindo da voluntária submissão destes, impõe-lhes autoritativamente a sua solução para os conflitos de interesses. À atividade mediante a qual os juízes estatais examinam as pretensões e resolvem os conflitos dá-se o nome de jurisdição.

A partir do momento em que o Estado chamou para si a responsabilidade para solucionar conflitos, tornou-se necessária a criação de um mecanismo de efetividade e segurança, as leis.

Oportuno lembrar os ensinamentos de Filomeno (p. 61/62) acerca da criação do Estado.

Da convivência social nasce a cultura de um povo. Desde a origem familiar, seguindo-se a projeção evolutiva, quando as famílias se uniram constituindo clãs, cuja junção deu origem às tribos ou grupos que culminaram na projeção da nação.

O Estado, de maior complexidade que a nação, surgirá quando o poder for institucionalizado, ou seja, quando houver clara definição do núcleo do poder da sociedade, bem como das fontes subjetivas e objetivas das normas de conduta. É neste momento que nasce o Estado.

Portanto, a jurisdição é atribuída ao Estado. Através dela os juízes agem substituindo as partes que se encontram impedidas de realizarem a autotutela.

Não podendo mais agir por si mesmas, resta-lhes a possibilidade de fazer com que o Estado aja em seu lugar, através da provocação da jurisdição.

Transfere-se então ao Estado, que não mais era representado somente pela figura do rei, mas, neste caso, pelo Poder Judiciário a função de zelar pelo bem estar social. A jurisdição tornou-se então função do Estado e exclusiva do Poder Judiciário.

Embora vários autores já tenham conceituado jurisdição, mostra-se apropriada para este momento, a concepção dada por Cintra (1999, p. 23) que afirma ser ela instrumento por meio do qual os órgãos jurisdicionais atuam para pacificar as pessoas conflitantes, eliminando os conflitos e fazendo cumprir o preceito jurídico pertinente a cada caso que lhes é apresentado em busca de solução.

1.1 - FINALIDADE

O Estado atualmente detém o poder para solucionar conflitos. Assim, analisando cada pretensão imporá a decisão que entender adequada, afastando a forma individual que antes era exercida pelas partes na solução de um conflito.

O escopo da jurisdição por ele exercida é manter a pacificação social através da justiça.

Para tanto, o Estado institui o sistema processual, dita normas a respeito e cria órgãos jurisdicionais.

Tudo isto é feito para que a convivência social seja pacífica, através do estabelecimento de normas de conduta e do controle sobre as atividades de cada membro do grupo.

Hoje o que se procura é o bem comum e para tanto, disciplinando normas de comportamento, o Estado delimita o direito material e o direito processual.

Entende-se por direito material o conjunto de normas que vão disciplinar as relações jurídicas referentes a bens e utilidade da vida (direito civil, penal, administrativo, comercial, tributário, trabalhista etc).

Por direito processual, o complexo de normas e princípios que regem o maneira de trabalho, ou seja, o exercício conjugado da jurisdição pelo Estado-Juiz, da ação pelo demandante e da defesa pelo demandado.

Portanto, instalada a lide, que se caracteriza na insatisfação de uma pretensão resistida, os envolvidos buscarão soluçõ-la através da intercessão do Estado-Juiz.

1.2 - EXERCÍCIO

A Jurisdição, como já apontado, é dever do Estado, de atribuição do Judiciário.

Sua aplicação se dá através da figura do juiz e está atrelada a alguns princípios: Princípio da investidura, Princípio da inafastabilidade, Princípio do juiz natural, Princípio da indelegabilidade, Princípio da inevitabilidade, Princípio da inércia, Princípio da aderência ao território.

Princípio da investidura: O Juiz é a autoridade essencial para aplicação da jurisdição. O Estado é detentor do poder jurisdicional, mais para fazer uso deste poder, necessária a sua personificação. Atribuiu então à figura do juiz, o seu representante maior. Portanto somente aquele investido no cargo de juiz tem poderes para exercer e aplicar a jurisdição, pois todo e qualquer ato praticado por quem não esta legitimamente investido será nulo.

Princípio da inafastabilidade: Decorre da garantia do acesso à Justiça traduzia pelo art. 5º, inciso XXXV, da CF. Na busca da solução do conflito, não pode o Poder Judiciário, na figura do Juiz, eximir-se de atender quem venha a juízo

buscar, baseado em direito, a satisfação de sua pretensão, ou uma decisão para a lide.

Princípio do juiz natural: É vedada a criação de Tribunal de Exceção. As lides devem ser julgadas por Juiz independente e imparcial, com competência anterior aos casos que vier a decidir.

Princípio da indelegabilidade: O Estado conferiu ao Juiz o poder e a competência para dirimir conflitos, proferindo decisões. Este é um representante do Estado e não pode transferir a outrem o que lhe foi conferido.

Princípio da inevitabilidade: A autoridade emanada do Estado, traduzida na pessoa de seu representante, o Juiz, sujeita às partes a sua aceitação, independentemente de sua vontade, não podendo evitar a autoridade estatal.

Princípio da inércia: Os órgãos jurisdicionais são, por sua natureza, inertes. O interesse na solução do conflito deve levar as partes a provocação da tutela do Estado. Sem tal ação este não age por si só¹.

Princípio da aderência ao território: Um dos papéis da jurisdição é fixar a competência territorial do juiz. O Estado encontra-se dividido em territórios. Os juízes exercem jurisdição nos limites da circunscrição territorial que lhe é traçada pelas leis de organização judiciária, não podendo exercer-la fora de seu território.

2. DO PROCESSO

¹ Exceções a este princípio são tratados por Antonio Carlos de Araújo Cintra e outros, em sua obra Teoria Geral do Processo, 15ª edição, Malheiros Editores, p. 133 que faz a seguinte referência: “Em casos raros e específicos, a própria lei institui certas exceções à regra da inércia dos órgãos jurisdicionais. Assim, por exemplo, pode o juiz, *ex officio*, declarar a falência de um comerciante, quando, no curso do processo de concordata, verifica que falta algum requisito para esta (Lei de Falências, art. 162); a execução trabalhista pode instaurar-se por ato do juiz (CLT, art 878); o *habeas corpus* pode conceder-se de ofício (CPP, art 654, § 2º). A execução penal também se instaura *ex officio* ordenando o juiz a expedição de carta de guia para o cumprimento da pena (LEP, art 105) .

A Jurisdição necessita de um instrumento para poder atuar e este instrumento é o processo.

Através do processo é que se busca a aplicação do direito material na solução da lide ou na declaração de direitos. Constitui-se num conjunto de atos destinados à aplicação do direito material ao caso concreto. Embora muitos o confundam com procedimento, deste se distingue.

Procedimento é o caminhar do processo, maneira pela qual determinados atos deverão ser praticados, é a forma pela qual o processo se manifesta. Poder-se-ia afirmar que enquanto o processo é o método, o procedimento seria a técnica.

Dentro do nosso ordenamento jurídico o legislador destacou três tipos de processo, os quais encontram-se definidos no art. 270, do CPC. Dividiu o processo em: Processo de Conhecimento, Processo de Execução e o Processo Cautelar.

Dependendo das diversidades das lides e da tutela jurisdicional solicitada, caberá um tipo de processo, devendo este obedecer seu respectivo procedimento.

2.1 - PROCESSO DE CONHECIMENTO

O processo de conhecimento visa dar conteúdo ao juiz para que, com base no que foi apresentado pelas partes, declare a quem pertence o direito.

Através dele, os envolvidos desenvolverão atos e tentarão formar o convencimento do juiz a fim de que profira uma sentença que poderá ser-lhes ou não favorável.

Efetivamente aqui se analisa o mérito; quem merece ter a seu lado o direito alegado.

Não é da sua essência a coerção tampouco a execução, mas dependendo do conteúdo da sua decisão dará ao vencedor da contenta uma sentença que poderá ser meramente declaratória; constitutiva, ou ainda, condenatória.

A tutela jurisdicional nele prestada tem como primordial a declaração do direito, mas que pode ensejar em novas relações jurídicas que permitem à parte dela fazer uso na busca de uma outra pretensão. É o caso da decisão condenatória que pode resultar em um título executivo, que garanta ao seu portador o direito de buscar a sua satisfação através do processo de execução.

Noutras, apenas irá mudar a relação jurídica, fazendo nascer ou fenecer direitos, como é o caso da Ação de Investigação de Paternidade, uma vez reconhecida esta, o vencedor terá direito ao acréscimo do patronímico de seu pai; o mesmo acontece nas ações de divórcio, quando procedentes, muda a situação fática, em um momento a parte encontra-se casada, noutra desvincula-se das atribuições inerentes ao casamento.

2.2 - PROCESSO DE EXECUÇÃO

Diferentemente do processo de conhecimento, aqui não se analisa o mérito. Muito embora veremos que quando se tratar dos embargos à execução, este raciocínio fica tanto quanto mitigado.

Vimos que o processo de conhecimento pode gerar um processo de execução. Analisado o mérito, através de uma sentença condenatória, a parte poderá buscar a satisfação dessa condenação, alicerçada em um título judicial.

Neste processo, o direito já está definido, seja através de um título executivo judicial, originado de uma sentença de mérito condenatória, seja através de um título extrajudicial.

Busca-se a efetivação e a satisfação do direito já reconhecido.

A Lei atribui a determinados títulos o caráter executivo. Procurou afastar a morosidade que poderia levar certas decisões, se em todos os casos tivesse que declarar que um título é executivo.

Para tanto o legislador já definiu através dos artigos 583 e 584, do CPC, quais as situações em que se poderá considerar um título executivo judicial ou extrajudicial.

A figura do processo de execução é cabível, portanto, quando o credor, usando dos meios próprios, não conseguir ver seu crédito satisfeito e fazendo uso da faculdade que a lei lhe assegura, busca, através do poder coercitivo do Estado, a tutela jurisdicional, para forçar o devedor a pagar a dívida ou que seus bens venham garantir esta através da penhora e alienação.

2.3 - PROCESSO CAUTELAR

Há momentos em que a demora pode levar à ineficácia do direito reconhecido. Para evitar que isto resultasse em danos irreparáveis à parte, o legislador criou esta forma de jurisdição.

Tem como fim garantir a efetividade da ação principal.

Para mitigar a demora decorrente do julgamento do processo de conhecimento e do ato executório, o Juiz pode dar uma providência provisória.

Entretanto, para que isto ocorra, fará uma análise superficial da questão controvertida, chamada cognição sumária. Verificará se se encontram presentes o “fumus bonis iuris”, isto é a aparência da existência do direito, que será discutido no processo principal e o “periculum in mora”, ou seja, o perigo da demora, perigo que pode por em risco o resultado útil e eficaz do direito discutido no processo principal.

As ações cautelares classificam-se em nominadas (típicas) e inominadas (atípicas).

As típicas encontram catalogadas no Capítulo II, do Livro III, do CPC.

Em razão da diversidade de situações que podem surgir, o legislador deixou a possibilidade do uso das cautelares atípicas, através do art. 798, do CPC, que visam o mesmo fim das anteriores.

O juiz, usando do seu poder geral de cautela, irá determinar a necessidade ou não da medida invocada, em nome da afastabilidade da demora e os danos que esta possa causar.

Podem ser preparatórias, manejadas antes da ação principal, ou incidentais, durante o trâmite desta.

2.4 - DO DIREITO DE AÇÃO E A DOCTRINA DE LIEBMAN

Para provocar a jurisdição, fazendo com que o Estado, dentro da relação jurídica, aprecie a questão controvertida é necessária a impulsão da parte interessada. Esta se dá no momento em que se propõe a ação. Segundo Amaral Santos (1999, p. 159) é “o direito de pedir ao Estado a prestação jurisdicional num caso concreto. Ou, simplesmente, o direito de invocar o exercício da função jurisdicional”.

No estudo do direito de ação, mister se faz referir-se a Enrico Tullio Liebman, doutrinador italiano, que introduziu o método científico na ciência processual brasileira, a partir de 1940. Discípulo de Chiovenda, o mais importante processualista italiano, ministrou aulas na faculdade do Largo de São Francisco, em São Paulo, faleceu em 1986, mas deixou uma grande contribuição aos nossos processualistas.

Contraopondo-se a alguns doutrinadores que afirmavam apenas existir ação naqueles casos onde houvesse prestação concreta ao direito, ou seja, somente existiria ação quando a demanda fosse julgada procedente, Liebman afirmou que ação era o direito a uma sentença de mérito, prolatada pelo Estado, mesmo sendo esta favorável ou desfavorável, dando-se assim por exercida a função jurisdicional.

Este ensinamento foi adotado pelo nosso Código de Processo Civil, porém, para Liebman, outros requisitos teriam que ser preenchidos para que o juiz apreciasse o mérito da causa, trouxe então à baila a necessidade das condições da ação.

2.5 - DAS CONDIÇÕES DA AÇÃO

Antes de proferir uma decisão de mérito, o juiz fará uma prévia análise da ação para verificar se presentes alguns requisitos essenciais a fim de construir a sua convicção. Já dizia Chiovenda (2000, p. 89) “Entendem-se como condições da ação as condições necessárias a que o juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor”. As condições da ação estão representadas por três institutos: Possibilidade Jurídica do Pedido, Interesse de Agir e Legitimidade de Parte.

2.6 - POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

O exercício do direito de ação visa a obtenção de uma providência jurisdicional sobre uma pretensão tutelada pelo direito objeto.

É necessário, porém, que este direito possibilite a discussão da matéria levada a juízo.

Ao dissertar sobre o tema Souza (1998, p. 45) esclarece:

Assim, a possibilidade jurídica do pedido, consiste em ser admitido ao menos em tese a discussão sobre a pretensão. Vale dizer, a solução a ser dada há de ser encontrada dentro do ordenamento jurídico, muito embora, diante de certa situação fática pode o autor não ter o direito que pretende. Não há necessidade de que a parte tenha o direito de fato, basta tão somente que este direito exista em tese.

O mesmo doutrinador nos ensina quando esta será absoluta ou relativa:

Absoluta quando o ordenamento jurídico não permite discussão sobre a matéria, tais como a cobrança de dívida de jogo ou rifa etc. Relativa quando, muito embora permitida pelo ordenamento jurídico, necessita de certos requisitos especiais, tais como em alguns contratos em que sua rescisão necessita de notificação premonitória. Neste caso existe a possibilidade jurídica geral, mas falta a especial no caso de não haver a notificação premonitória. Também se enquadra nesta última situação, o pedido de divórcio. Todavia, somente terá a possibilidade específica, aquele que for casado.

Outrossim, Santos (199, p. 170) entende que possibilidade jurídica do pedido é a condição que diz respeito à pretensão. Há possibilidade jurídica do

pedido quando a pretensão, em abstrato, se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objeto.

Não se verifica esta condição da ação se o autor em uma ação buscasse providência jurisdicional que condenasse o réu ao pagamento de dívida de jogo, visto que tal pretensão não encontra guarida em nossa legislação.

Assim, somente haverá possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão se colocar entre aquelas reguladas pelo direito objetivo.

2.7 - INTERESSE DE AGIR

Nada impede que a própria parte busque legalmente solucionar o conflito sem que para isto seja necessário se socorrer do Poder Judiciário.

Ocorre que em determinados casos esta sua investida não lhe traz os resultados almejados. Surge então a necessidade do uso da máquina judicial, detentora da jurisdição, para solucionar a lide, e isto se dá através da ação.

Antonio Carlos de Araújo Cintra e outros (199, p. 257) nos ensinam que:

Essa condição da ação assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada.

Haverá necessidade quando o único meio para se satisfazer a pretensão e solucionar o conflito for a via judicial.

A adequação é a relação existente entre o que se pede em juízo e qual o provimento jurisdicional utilizado para pedir. Araújo Cintra (1999, p. 257) a respeito diz: “Repousa a necessidade da tutela jurisdicional na impossibilidade de obter a satisfação do alegado direito sem a intercessão do Estado (...) Adequação é a relação existente entre a situação lamentada pelo autor ao vir a Juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado(...)”.

E mais, o provimento jurisdicional só atingirá seu fim se trazer alguma utilidade para aquele que o procura. Bem certo que o próprio Estado acaba fazendo um juízo valorativo acerca do benefício que cada provimento será capaz de proporcionar ao demandante.

Como afirmado por Dinamarco (1997, p. 402):

O exercício da jurisdição, com a emissão de provimentos de mérito ou satisfativos de pretensões, só se legitima como instituição social quando for capaz de trazer alguma utilidade à pessoa que o demanda (..) Sem antever no provimento pretendido a capacidade de oferecer essa espécie de vantagem a quem o postula, nega-se a ordem jurídica a emiti-lo e, mais que isso, nega-se a desenvolver aquelas atividades ordinariamente predispostas à sua emissão (processo, procedimento, atividade jurisdicional). Como se verá, é do próprio Estado, através da criação legislativa e interpretação judicial, o juízo valorativo acerca do benefício que cada provimento será capaz de proporcionar e, portanto, o juízo da concessão ou negação do serviço jurisdicional.

Assim, alguns elementos devem ser conjugados para que se demonstre o interesse de agir: que se tenha antes o direito assegurado, ou seja, o *direito objetivo*; que para defendê-lo ou resguardá-lo não exista outra alternativa, senão a *necessária* utilização da prestação jurisdicional, através do meio *adequado*; e por fim que esta seja útil para aquele que a invocar.

2.8 - LEGITIMIDADE DE PARTE

Esta terceira condição da ação recai sobre as pessoas que fazem parte da lide.

De um lado temos o autor da ação, de outro temos o réu. Ambos deverão ser legitimados, quanto ao autor, para figurar no pólo ativo, quanto ao réu, para figurar no pólo passivo.

São denominados titulares do direito subjetivo material, donos do direito em conflito.

Muito embora o art. 6º, do CPC determine: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”, corroborando a

legitimidade “ad causam”, abriu a possibilidade também, em sua parte final, da legitimidade extraordinária, ou substituição processual.

Assim, em determinados casos, poderá o titular do direito subjetivo material, ser substituído por outro.

Ampliando este conceito a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso XXI e LXX; art. 129, inciso III e § 1º, etc, abrandou os limites do art. 6º, do CPC, possibilitando maior acesso à Justiça, legitimando o MP e outros órgãos do Poder Público, nos caso da defesa de direitos de interesses difusos e coletivos.

2.9 - PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

Tão importante quanto às condições da ação, os pressupostos processuais possibilitam que se faça um julgamento do mérito, com existência jurídica ou validade da relação processual.

Os pressupostos processuais definem requisitos básicos para a constituição válida da relação processual.

Ao promover uma ação, o autor, diante da peça inaugural do processo, a petição inicial, invoca a tutela estatal, através do Juiz, com o fim de ver um conflito resolvido. A relação processual começa então a ser formada através da figura do autor e juiz, e se completa quando se dá a citação do réu, ou o conhecimento deste da ação que lhe é proposta, fechando-se assim o ciclo da relação processual.

Alguns doutrinadores afirmam que não haverá relação processual sem estas três figuras: autor, juiz e réu.

Muito embora seja função do juiz aplicar a jurisdição, para evitar que esta seja inútil, ou mais precisamente, inválida, os doutrinadores criaram a figura dos pressupostos processuais.

Antes de adentrar o mérito, o juiz deverá analisar se presentes alguns requisitos para que possa discutir a relação processual.

De nada adiantaria a existência de um provimento jurisdicional, se foi feito por um juiz incompetente, ou o pedido foi formulado por parte ilegítima, ou se o processo não atender as formas legais.

Assim, os pressupostos processuais, anteriores à discussão da relação processual, para alguns doutrinadores como Amaral Santos (1999, p. 324) “apud” Galeno de Lacerda se apresentam sob dois aspectos, com requisitos subjetivos e requisitos objetivos:

(...) Os requisitos subjetivos dizem respeito aos sujeitos principais da relação processual, juiz e partes. Sob esse aspecto são pressupostos processuais: I - referentes ao juiz: a) que se trate de órgão estatal investido de jurisdição; b) que o juiz tenha competência originária ou adquirida; c) que o juiz seja imparcial. II – referentes às partes: a) que tenham capacidade de ser partes; b) que tenham capacidade processual; c) que tenham capacidade de postular em juízo. Os requisitos objetivos são de duas ordens (Galeno de Lacerda): a) uns, extrínsecos à relação processual e dizem respeito à inexistência de fatos impeditivos; b) outros, intrínsecos à relação processual e dizem respeito à subordinação do procedimento às normas legais.

Da citação acima, também merecem destaque as circunstâncias extrínsecas relativas à inexistência de fatos impeditivos.

Muitos apontam como exemplo a coisa julgada, litispendência e o compromisso.

Quanto à subordinação ao procedimento legal, teremos a petição inicial, com seus requisitos, a citação regularmente feita e o instrumento de mandato.

Para que se dê aplicabilidade à norma, segurança e efetividade ao direito pretendido por quem o reclame, mister se faz a presença das condições da ação em conjunto com os pressupostos processuais, possibilitando assim, o provimento jurisdicional válido.

2.10 - PRINCÍPIOS GERAIS DO PROCESSO

Ao tratar sobre o tema Arakem de Assis (2002, p. 111) assim o define: “(...) linhas gerais, que animam e inspiram as notas características dos ritos e institutos

nele recepcionados. Essas diretrizes revelam os valores, originados de prévio consenso, estabelecidos em dado sistema”.

Para Marcus Acquaviva (2000, p. 1036): “Princípios gerais do direito são os que decorrem do próprio fundamento da legislação positiva, que, embora não se mostrando expressos, constituem os pressupostos lógicos necessários das normas legislativas”.

Estes constituem instrumentos de grande importância, utilizados pelos aplicadores do direito, preenchem as lacunas da lei, face à inexistência desta ou de costumes aplicados ao caso concreto.

Dentre os Princípios que regem a aplicação do provimento jurisdicional, merecem destaque os que se referem ao Devido Processo Legal, Juiz Natural, Ampla Defesa e Contraditório.

Embora existam tantos outros de igual importância, mas para este estudo nos reservaremos a um breve comentário dos aqui mencionados.

2.10.1 - PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O inciso LIV, do art. 5º da CF determina que ninguém será privado da sua liberdade e de seus bens sem o devido processo legal.

Disto resulta que, se alguém ver seu direito ameaçado ou tolhido, deve se valer do processo, meio adequado para se provocar a jurisdição.

O acesso à Justiça, portanto, será viabilizado através do processo.

Deste Princípio decorrem os demais, que por ele serão norteados, aplicando-se em todos os ramos do direito.

2.10.2 - PRINCÍPIO DA IGUALDADE

O “caput” do art. 5º define que todos são iguais perante a Lei, premissa máxima deste Princípio. Dentro do Código Processual Civil, o art. 123, inciso I,

traduz bem o que ele propõe, ao determinar o tratamento que será destinado às partes envolvidas no processo.

Embora tenha como escopo a igualdade, também daqui se extrai que os iguais deverão ser tratados com igualdade e os desiguais com desigualdade.

2.10.3 - PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

Também tratado no art. 5º, inciso LV, da CF, este Princípio possibilita às partes, envolvidas no litígio, todos os meios permitidos por Lei para defenderem seus direitos.

A relação processual é formada pela figura do autor, juiz e o réu.

A decisão prolatada pelo juiz deverá traduzir aquilo que ele sentiu dos fatos alegados, neste caso torna-se essencial que, como contribuição para se formar o convencimento do juiz, as partes lhe tragam informações.

A ampla defesa é consequência do contraditório. O réu trará ao processo todos os meios possíveis para esclarecimento da verdade. Esta envolve recursos que poderá usar, instâncias que poderá recorrer, tudo até que se esgotem os meios.

2.10.4 - PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL

Princípio já abordado na seção sobre Jurisdição, item 1.2.

CAPÍTULO II – DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

3. EXECUÇÃO JURISDICIONAL

O Estado chamou para si a responsabilidade para dirimir conflitos. À medida que é procurado, determinará o direito em alguns casos (sentenças declaratórias), estendendo-se noutros à aplicação da sanção (sentenças condenatórias).

A execução nasce a partir do momento em que se provoca a jurisdição com o fim de que esta lhe assegure a satisfação de uma pretensão

Surgido o conflito, ante a impossibilidade de composição entre as partes, o credor acionará o órgão jurisdicional buscando compelir o executado a honrar sua dívida.

O poder atribuído ao Estado para que se sub-rogue no lugar do credor com intuito de aplicar a sanção ao devedor, fazendo com que este venha a responder pela obrigação, dá origem à execução. Ao defini-la Acquaviva (2000, p. 1046) assim dispõe:

(...) Execução forçada, ou, simplesmente, execução, é o processo pelo qual o Estado, por intermédio do órgão jurisdicional, e tendo por base um título judicial ou extrajudicial, empregando medidas coativas, efetiva e realiza a sanção. Pelo processo de execução, por meio de tais medidas, o Estado visa alcançar, contra a vontade do executado, a satisfação do direito do credor. A execução, portanto, é a atuação da sanção inerente ao título executivo.

Para Wambier (2002, p. 32) “Execução consiste na atividade prática desenvolvida jurisdicionalmente para atuar a sanção”.

O mesmo conceito se extrai dos pensamentos de Santos (1999, p. 211) “Esse direito de promover a execução, de provocar a jurisdição a efetivar a sanção, é direito de agir, é a ação. Promovendo-a, o credor exercita a ação que o título executivo lhe atribui, que é a ação de execução (...)”.

A ação de execução decorre de um título executivo judicial (sentenças judiciais condenatórias) ou extrajudicial (títulos que a lei confere força executiva), que serão abordados com mais vagar.

4. PROCESSO DE CONHECIMENTO x PROCESSO DE EXECUÇÃO

Os processos de conhecimento e de execução já foram definidos no capítulo I, porém necessário trazer à baila pequeno esboço dessa conceituação para podermos adentrar em sua distinção.

No processo de conhecimento o juiz, após formado seu convencimento, que terá a participação das partes, decidirá com quem está o direito. O processo de execução, em regra, não se presta a esta discussão. Definido o direito resta, sendo condenatória a decisão, somente executá-la.

O processo de execução é autônomo, embora possa ser oriundo de um processo de conhecimento, deste não é extensão.

Entretanto, alguns doutrinadores afirmam o contrário. Santos (2001, p. 215) cita Gabriel de Rezende Filho, Costa Carvalho Fraga como adeptos deste entendimento. Estes afirmam que a execução seria uma fase do processo, que compreenderia quatro fases: postulatória, instrutória, decisória e executória. Negam a sua autonomia, dizendo que existe apenas um prolongamento do processo.

A maioria da doutrina afirma serem distintos.

No processo de conhecimento, proferida a decisão, acaba o provimento jurisdicional. O réu poderá espontaneamente satisfazer a obrigação, sem que seja necessária a intervenção estatal, decorre daí um elemento de sua autonomia.

Já o processo de execução busca provimento diferente, o Estado sancionador irá forçar o devedor a cumprir sua obrigação, caso este não a cumpra de forma voluntária. Neste também há necessidade de citação do devedor, mas o pedido é outro, o que se busca já não é mais o reconhecimento do direito, mas sua efetivação.

A cognição é marcante no processo de conhecimento, como havíamos dito, já no processo de execução, em regra, não se admite esta fase.

No entanto, sabemos que em respeito a Princípio do contraditório, não mais se admite que a autonomia da execução seja estanque, de modo que a cognição poderá ser encontrada em determinados casos.

Exemplo disto é o que ocorre quando se maneja a exceção de pré-executividade, objeto deste estudo. Nela o juiz deverá analisar o alegado, fazendo uso da cognição.

Outro exemplo que traz à tona a cognição, dentro da execução, é a execução de alimentos, onde o executado será citado nos termos do art. 733, caput", do CPC, para pagar ou se justificar. Quando se abre oportunidade para justificação, estará também o juiz conhecendo da matéria alegada.

Por isso afirmamos que processo de conhecimento e processo de execução são autônomos, mas esta autonomia não afasta por completo a cognição da execução.

5. PRINCÍPIOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Os Princípios são aplicados em qualquer campo do Direito, porém existem situações onde o provimento judicial requerer determinada especificidade. Ao tratar do processo de execução, surgem Princípios a ele inerentes que visam garantir a boa aplicação do direito material ao conflito, sem, no entanto, excluir os Princípios Gerais do Direito.

Embora alguns doutrinadores enumerem vários Princípios, elegemos apenas alguns que merecem destaque: Princípio da Realidade da Execução, Princípio da Máxima Utilidade da Execução, Princípio do Menor Sacrifício do Executado e Princípio do Contraditório.

5.1 - PRINCÍPIO DA REALIDADE DA EXECUÇÃO OU PRINCÍPIO DA PATRIMONIALIDADE

Para alguns, este seria o único Princípio específico do Processo de Execução. Deriva do art. 591, do CPC que dispõe: “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.

Mas nem sempre foi assim. No período romano (século II a.C.), o devedor respondia pela obrigação com seu próprio corpo. Os romanos não faziam distinção entre corpo e patrimônio.

A Lei das XII Tábuas (ano 450 a. C), utilizada por Dinamarco (1997, p. 33) para ilustrar sua obra, demonstra bem este pensamento:

“Aquele que confessa dívida perante o magistrado ou é condenado, terá 30 dias para pagar. Esgotados os 30 dias e não tendo pago, que seja agarrado e levado à presença do magistrado. Se não paga e ninguém se apresenta como fiador, que o devedor seja levado pelo seu credor e amarrado pelo pescoço e pés com cadeias com peso até o máximo de 15 libras; ou menos, se assim o quiser o credor. O devedor preso viverá à sua custa, se quiser; se não quiser, o credor que o mantém preso dar-lhe-á por dia uma libra de pão ou mais, a seu critério. Se não há conciliação, que o devedor fique preso por 60 dias, durante os quais será conduzido em três dias de feira ao comitium, onde se proclamará em altas vozes o valor da dívida. Se são muitos os credores, é permitido, depois do terceiro dia de feira, dividir o corpo do devedor em tantos pedaços quantos sejam os credores, não importando cortar mais ou menos; se os credores preferirem, poderão vender o devedor a um estrangeiro, além do Tibre” (tábua III, nn. 4-9).

Influenciado pelo cristianismo e pelos princípios socialistas, o conceito de execução corporal mudou. Da execução corporal passou-se à execução patrimonial e mesmo esta principiou incidindo sobre todo o patrimônio do executado, para num estágio ulterior restringir-se ao necessário à satisfação da obrigação.

Denota-se atualmente, que o devedor será obrigado a satisfazer a obrigação, respondendo pela execução com seu patrimônio pessoal, isto significa que a constrição não incidirá sobre bens que não lhe pertençam, tampouco a obrigação se estenderá à pessoa diversa do devedor.

Mas, a parte final do citado artigo, indica que este princípio sucumbe diante de situações legalmente previstas.

Em alguns casos a rigidez da patrimonialidade cede no emprego da coersão pessoal.

É o que assinala o inciso LXVII, do art. 5º, da CF: “não haverá prisão civil por dívida, salvo a do responsável pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e a do depositário infiel”.

Nestes casos, se o devedor não cumprir sua obrigação voluntariamente, poderá ser compelido a fazê-lo, através da prisão civil.

5.2 - PRINCÍPIO DA MÁXIMA UTILIDADE DA EXECUÇÃO

O processo de execução deve ser útil ao credor, isto é, deve promover a satisfação de seu crédito em tudo aquilo e exatamente aquilo que ele teria direito, caso não fosse necessário se socorrer do Judiciário, tendo o devedor cumprido com sua obrigação espontaneamente.

Esta satisfação se reverte quase sempre em resultados materiais. O resultado esperado é aquele que se assemelha ou se iguala ao esperado pelo credor, numa situação extrajudicial.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier (2002, p. 137) existem medidas que se prestam a dar efetivação a esse Princípio:

(...) I – a previsão de multa diária, na execução das obrigações de fazer e não fazer (art. 644 e 645); II – a execução provisória (art. 587 e 588); III – a própria antecipação de tutela, que abrange a possibilidade de antecipação do resultado do processo executivo (arts. 273 e 461); IV – a sanção ao devedor que age deslealmente (art. 600 e 601) V – o arresto de bens do devedor não localizado (art 653).

Somente dar-se-á ao credor aquilo que ele tem de direito se a execução for efetivamente eficaz.

5.3 - PRINCÍPIO DO MENOR SACRIFÍCIO DO EXECUTADO

O processo de execução preza pela efetividade na satisfação do crédito. Para que isto aconteça, pode agredir o patrimônio do devedor. Contudo, este Princípio prima pelo direito, de um lado do credor, e pela responsabilidade, de outro, do devedor, que devem estar em sintonia com o Princípio da Proporcionalidade.

Ao devedor, segundo o art. 620, do CPC, é garantido o meio menos gravoso no processo de execução: “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor”.

Dentre os meios utilizados para resguardar seu direito, o credor deverá fazer uso daquele que traga menos maléficos ao executado. O processo de execução tem por escopo a satisfação do crédito, aplicando-se ao devedor uma sanção que recairá em seu patrimônio, todavia, no âmbito civil, este processo não se presta a punir o devedor, não podendo desta maneira ser utilizado.

Existem artifícios legais que permitem ao devedor mitigar a rigidez da constrição sofrida, através de alguns institutos, também tratados por Luiz Rodrigues Wambier (2002, p. 138) a seguir:

(...) I – o direito de o devedor nomear bens à penhora; II – o direito do devedor pedir substituição do bem penhorado por dinheiro, a qualquer tempo; III – o direito do devedor ficar como depositário dos bens penhorados; IV – a proibição da arrematação de bens do devedor por preço vil; V – a impenhorabilidade de certos bens do devedor (Lei 8.009/90).

5.4 - PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO EM EXECUÇÃO

Muito se discutiu se no processo de execução haveria a incidência deste Princípio ou não.

Alguns autores renegam a idéia que dentro do processo de execução exista o contraditório.

Este pensamento hoje encontra-se ultrapassado. É certo que a execução possui alguns princípios próprios, entretanto, como já visto, os Princípios Gerais a ela também se aplicam.

A confusão que se criava acerca da aplicabilidade deste princípio, assentava-se na questão do mérito do processo. Na execução o juiz não vai julgar o mérito do crédito do exeqüente. O título executivo, seja judicial ou extrajudicial, já comprova a obrigação. A questão se concentra na possibilidade do executado se defender ou não.

Uma vez citado, o executado poderá participar do processo, opondo-se ou não à execução. Tem como prerrogativas nomear bens a penhora, opor-se a execução através de embargos ou utilizando-se da exceção de pré-executividade, argüir exceções, nulidades, velar para que lhe seja menos gravosa a execução, e demais institutos que demonstram seu direito ao uso do contraditório.

6. PRESSUPOSTOS ESPECÍFICOS DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

O Capítulo II, do Livro II, do CPC, trata dos requisitos necessários para realizar qualquer execução. Define os pressupostos específicos da ação de execução, traduzidos no título executivo e no inadimplemento.

6.1 - TÍTULO EXECUTIVO

Entende-se por este, todo documento hábil, com previsão legal, capaz de ensejar a ação de execução. Ao classifica-lo o legislador determinou através dos art 584 e 585 quais documentos são considerados títulos executivos, delimitando assim o rol para que a agressão ao patrimônio do devedor não fosse oriunda de qualquer documento.

Segundo Wambier (2002, p. 51):

(...) Título executivo é cada um dos atos jurídicos que a lei reconhece como necessários e suficientes para legitimar a realização da execução, sem qualquer nova ou prévia indagação acerca da existência do crédito; em outros termos, sem qualquer nova ou prévia cognição quanto a legitimidade da sanção cuja determinação está veiculada no título.

Num primeiro momento, o juiz analisará formalmente se o documento que instrui a execução se enquadra no rol apresentado pelo legislador.

Porém, verificaremos, no transcorrer deste estudo, que a exceção de pré-executividade possibilitará mitigar este conceito da “existência do crédito”, visto que sobre a matéria alegada, o juiz necessariamente realizará ato de cognição.

Com mais eloquência Santos (p. 217) assim o define:

(...) Título executivo consiste no documento que, ao mesmo tempo em que qualificada a pessoa do credor, o legitima a promover a execução. Nele está a representação de um ato jurídico, em que figuram credor e devedor, bem como a eficácia, que a lei lhe confere, de atribuir àquele o direito de promover a execução contra este.

O legislador o dividiu em duas categorias: Judiciais e extrajudiciais.

6.1.1 - TÍTULO EXECUTIVO JUDICIAL

Emanados de decisões judiciais das quais se atribuiu força executiva, estes títulos estão previstos no art. 584, do CPC.

Decorrem de situações processuais, onde o juiz já analisou o mérito e condenou uma das partes, como forma de sanção, ao cumprimento de alguma obrigação. Esta se não cumprida espontaneamente dá ao credor o direito de promover a ação de execução.

São eles: a) a sentença condenatória proferida no processo civil; b) a sentença penal condenatória transitada em julgado; c) a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que verse matéria não posta em juízo; d) a sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal; e) o formal e a certidão de partilha; f) a sentença arbitral.

6.1.2 - TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL

Por sua vez, o art. 585 elenca quais títulos o legislador considera extrajudiciais.

Atendendo ao interesse particular, traz ele situações onde, em regra, não se discute o direito ao crédito.

São eles: a) a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque; b) a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor, o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores; c) os contratos de hipoteca, de penhor, de anticrese e de caução, bem como de seguro de vida e de acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade; d) o crédito decorrente de foro, laudêmio, aluguel ou renda de imóvel, bem como encargo de condomínio desde que comprovado por contrato escrito; e) o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial; f) a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; g) todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

6.2 - CERTEZA, LIQUIDEZ E EXIBILIDADE

O art 586 também exige que a execução seja fundada em título líquido, certo e exigível. Corolário deste, o art. 618, inciso I, afirma que será nula a execução fundada em título executivo que não seja líquido, certo e exigível.

Será certo o título que demonstrar a existência da obrigação, reputando seja ela devida.

O juiz analisará se o título se enquadra no elenco dos art. 584 e 585, observará a existência da obrigação, porém, a análise será formal. A certeza quanto a existência do crédito é relativa, pois existe a possibilidade de uma oposição vitoriosa, como se pretende demonstrar com este estudo.

“Certeza não quanto ao direito, mas quanto a ele próprio, de maneira tal que não deixe dúvida, pelo menos aparentemente, de obrigação que deva ser cumprida, pelo que se revela em sua realidade formal.”(Fidelis, 1993, p. 8) .

Será líquido o título quando ele expressamente determinar o objeto da obrigação, seja ela de fazer ou não fazer, seja ela pecuniária. Refere-se ao “quantum” devido, podendo este ser determinado ou determinável por simples cálculo aritmético ou por outras formas como arbitramento e artigo.

Nos dizeres de Wambier (p. 65):

(...) há liquidez, autorizadora da execução, quando o título permite, independentemente da prova de outros fatos, a exata definição da quantidade de bens devidos, quer porque a traga diretamente indicada, quer porque o número final possa ser aritmeticamente apurado mediante critérios constantes do próprio título ou de fontes oficiais, pública e objetivamente conhecidas.

A liquidez possibilitará que a obrigação seja cumprida nos limites em que foi fixada.

Será exigível o título quando não existir impedimentos que obstem a sua imediata execução. Não deverá estar vinculado a termo ou condição a ser cumprida, ou se estiver, deverão estar satisfeitas.

6.3 - INADIMPLEMENTO

O segundo requisito previsto pelo legislador que autoriza a propositura do processo de execução refere-se ao inadimplemento do devedor. (art. 580, do CPC).

Encontra definição no parágrafo único do citado artigo: “considera-se inadimplente o devedor que não satisfaz espontaneamente o direito reconhecido pela sentença, ou a obrigação, a que a lei atribuir eficácia de título executivo”.

Questões a serem debatidas referem-se a maneira pela qual pode ser cumprida a obrigação.

Em se tratando de valor pecuniário, demonstrado no título executivo, não caberá maior análise. Como já visto, o título judicial deverá trazer definidamente o objeto da obrigação a ser cumprida, requisito que denota a liquidez.

No entanto, o inadimplemento poderá se dar por causa alheia à vontade do devedor.

Como afirmado por Assis (2002, p. 189) o inadimplemento constitui pressuposto de fato.

O fato então passa a ser importante para análise do descumprimento da obrigação.

Adentra-se então na questão do mérito, que para alguns poderá ser atacado somente quando dos embargos à execução, mas passível também a utilização da exceção de pré-executividade, institutos que ainda abordaremos.

O adimplemento retira qualquer possibilidade do credor prosseguir com a execução, aniquilando esta. Sendo este diverso da maneira convencionado, poderá resultar na sua recusa.

Contudo, credor e devedor têm obrigações recíprocas, não podendo aquele que não cumpriu a sua, exigir que o outro o faça.

A seção I, do Capítulo III, do Livro II, também prevê que a recusa do credor no recebimento da obrigação pode resultar na consignação em pagamento, tratada no parágrafo único do art. 582.

O direito do credor se assenta na exigibilidade do título, conjugada com o inadimplemento, seja ele demonstrado pelo vencimento da obrigação, seja ele demonstrado pelo implemento da condição ou termo.

CAPÍTULO III - DA SEGURANÇA DO JUÍZO E DOS MEIOS DE DEFESA DO EXECUTADO

7. DA SEGURANÇA DO JUÍZO

A legislação pátria previu os embargos como meio de defesa do executado, mas condicionou o seu exercício a prévia segurança do juízo.

Segundo o art. 737, do CPC, os embargos não serão admitidos antes de seguro o juízo. Esta segurança se realiza através da penhora ou pelo depósito. Nota-se que apenas nos casos de execução por quantia certa e execução para entrega de coisa certa será aplicado este requisito.

Como pressuposto desta segurança se colocam a expropriação e o desapossamento.

A expropriação consiste na efetivação da penhora, tema a ser tratado a seguir. Nas palavras de Wambier (2002, p. 208) é a transferência forçada de bens do devedor visando à satisfação do direito do exequente.

Do patrimônio do devedor serão individuados bens que possam satisfazer a obrigação assumida.

O desapossamento se traduz no depósito voluntário da coisa (art. 622), quando o executado espontaneamente dela se desfaz para opor os embargos. Também poderá se dar através do depósito compulsório (art. 625), quando o devedor permanece inerte após ter sido citado e sofre o ataque do meio executório.

7.1 - DA PENHORA

O art. 652, do CPC dispõe: “o devedor será citado para no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, pagar ou nomear bens à penhora. Outrossim, o art. 591, define que o patrimônio do devedor responderá por suas obrigações. Surge assim, o primeiro ato executório do processo de execução por quantia certa contra devedor solvente”.

O patrimônio do devedor será individualizado, resguardado e preparado para eventual desapropriação. Isto não implica na perda propriamente da posse ou domínio.

A penhora constitui ato processual, onde os bens ficarão apenas vinculados ao processo. O direito do executado sobre os bens permanece intacto, poderá deles dispor, mas ficarão gravados com o ônus da penhorabilidade, tornando os atos de disposição ineficazes contra o credor, assim entende a doutrina moderna.

Mas, existe entendimento diverso. Alguns afirmam que a penhora gera indisponibilidade dos bens que ficariam a ela vinculados, impedindo o executado deles dispor de qualquer forma. Outros, nessa mesma linha, afirmam que a indisponibilidade se dá porque a posse dos bens passaria ao Estado, na pessoa do depositário.

A penhora poderá ser realizada a termo nos autos, quando o devedor, observando a ordem estabelecida no art. 655, do CPC, ou não, nomear bens a penhora, sendo esta aceita pelo credor. Poderá ser feita através do oficial de justiça, se após 24 horas da citação o devedor não nomear bens, lavrando-se o auto de penhora e depósito.

Efetivada a penhora, serão os bens apreendidos e depositados junto ao devedor, credor ou terceira pessoa. O depósito visa conservar o bem no estado em que se encontra a fim de que não perca seu valor e/ou qualidade. Não poderão, em regra, ser substituídos nem alienados antecipadamente, salvo, neste último caso, aqueles que venham a se deteriorar ou se perder antes de finda a execução².

Outro meio de garantir o juízo, encontra-se estabelecido no art. 653, do CPC, que permite ao oficial de justiça, não encontrando o devedor, arrestar-lhe tantos bens quantos bastem para garantir a execução.

O arresto, chamado por Araken de Assis de pré-penhora, poderá se transformar em penhora. Não se confunde com este, embora a finalidade seja quase a mesma, o arresto tratado no capítulo II, Seção I, do Livro III, do CPC.

² O art. 670, do CPC, prevê a possibilidade de alienação antecipada dos bens quando: I) sujeitos a deterioração ou depreciação; II) houver manifesta vantagem.

Afigura-se necessário para garantir a eficácia da ação de execução por quantia certa, porém tem como requisitos o “periculum in mora” e o “fumus boni iuris”.

7.2 – DOS EMBARGOS DO DEVEDOR E EMBARGOS DE TERCEIRO

Garantido o juízo pela penhora, o devedor terá 10 (dez) dias, para caso queira, opor embargos à execução; assim prevê o art. 736 e seguintes, do CPC.

Nossos legisladores não contemplaram meios de defesa no processo executivo. Presumem não haver matéria litigiosa a ser discutida e elegeram os embargos à execução como único meio para discussão de tal matéria. Porém, tem-se admitido a viabilidade do contraditório em relação a temas que o juiz possa conhecer de ofício (condições da ação e pressupostos processuais) a exemplo da exceção de pré-executividade.

Os embargos do devedor constituem-se num dos meios pelos quais o devedor poderá se opor à execução, “seja para impedir ou desfazer o processo de execução, livrar-se dele ou destruir ou limitar a eficácia do título executivo” (Santos, 2001, p. 400).

7.2.1 - NATUREZA JURÍDICA

Com a oposição de embargos, nasce uma nova relação processual, novo processo, no qual o embargante (devedor) assume a figura de autor, procurando desconstituir o título, negar a execução ou convalida-la, e o embargado (credor) se posiciona como réu.

Entre os doutrinadores pátrios prevalece o entendimento de que os embargos têm natureza jurídica de ação.

Beltrame (2002, p. 41-42) ao discorrer sobre o tema assinala que:

Dada a natureza de certos fatos, eles não poderão ser articulados dentro do processo de execução, sob pena de a autonomia e a independência do título serem feridas. Há que se propor uma ação e esta é a dos

embargos do devedor. Por isso se diz que os embargos do devedor se constituem numa contra-ação do devedor à ação de execução do credor.

Para Wambier (2002, p. 316):

Os embargos do devedor são ação de conhecimento, geradora de processo incidental e autônomo, mediante a qual, com a suspensão da execução, o executado impugna a pretensão creditícia do exeqüente e a validade da relação processual executiva.

Duas são suas características marcantes: o caráter incidental e a autonomia, embora esta última não o desvincula da ação de execução, vez que sua existência dela decorre.

Considerado como ação incidente à execução, será processado em apenso a ela, conservando-se como ação autônoma.

Não se confunde com a contestação tratada noutros procedimentos, conquanto existam posicionamentos isolados que lhe dão tal característica.

O procedimento adotado para julgamento dos embargos será o mesmo dos processos de conhecimento. A cognição far-se-á necessária, todavia, dependendo do título que instruir a execução (judicial ou extrajudicial), percorrerá diferentes caminhos.

Os embargos quando opostos contra execução fundada em título judicial, discriminados no art. 584, do CPC, limitar-se-ão às matérias enumeradas no art. 741, do mesmo codex.

Nele, toda e qualquer matéria já discutida no processo que deu origem ao título executivo não mais poderá ser revista.

Para Santos (2002, p. 1191):

Os embargos, contra a execução fundada em título executivo judicial, apresentam cognição sumária. Eles estabelecem rígidos limites ao conhecimento do juiz e à liberdade das partes na delimitação do objeto litigioso. E não subsiste área incógnita, preservando-se exceções para um processo subsequente, porque a zona em questão foi recoberta pela autoridade da coisa julgada do processo anterior, no qual se criou o título.

Em se tratando de embargos interpostos contra execução fundada em

título extrajudicial (art. 585, do CPC) a motivação terá maior amplitude, podendo ser alegada toda matéria própria de processo de conhecimento.

A legitimidade para opor embargos será do devedor (art. 736), entretanto existem hipóteses em que a responsabilidade patrimonial pela dívida alcança bens de terceiros.

Se a penhora recair sobre bens que se encontram em poder de terceiros, este, demonstrando ter responsabilidade executiva, poderá se valer dos embargos do devedor, mas se negar tal responsabilidade, faculta-lhe a lei a utilização dos embargos de terceiro, previsto no art. 1046, do CPC³.

Busca-se através dele, proteger a posse de terceiro sobre o bem da constrição judicial.

“Trata-se de ação de conhecimento, de caráter possessório, geradora de processo autônomo, cujo objetivo único é o de livrar o bem de terceiro de atos indevidos de apreensão judicial” (Wambier, 2002, p. 345).

7.3 - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

No processo de execução o único meio previsto na legislação pátria para que o devedor se defenda da execução são os embargos, disciplinados no art. 736, do CPC.

Ao credor basta apresentar o título executivo líquido, certo e exigível para ter assegurado seu direito à satisfação do crédito.

Ocorre que nem sempre estes requisitos se encontram presentes no título em posse do credor e mesmo assim, talvez por uma falha do Juiz ou até mesmo em razão do grande volume de trabalho, passam despercebidos, dando início a processos executivos infundados.

No processo de execução não existe igualdade entre credor e devedor, visto que, iniciada a execução, este último somente poderá apresentar sua

³ Quem, não sendo parte no processo, sofrer turbação ou esbulho na posse de seus bens por ato de apreensão judicial, em caso como o de penhora, depósito, arresto, seqüestro, alienação judicial, arrecadação, arrolamento, inventário, partilha, poderá requerer lhes sejam mantidos ou restituídos por meio de embargos

defesa, em sede de embargos, após ter garantido o juízo através da constrição de seus bens.

Mas o que fazer diante de uma execução em que o título não é líquido, não é certo, tampouco exigível? Será mesmo necessário que o devedor, nesta situação, seja obrigado a ver seus bens constritos para ter reconhecido seu direito? Poder-se-ia denominar este processo como sendo legal, assegurando-se o acesso à justiça?

A inércia do legislador não pode retirar do ser humano os seus direitos. Não importa estar ele na posição do autor ou do réu, credor ou executado. Havendo nítida prova de quem está com a razão, deve sempre prevalecer a justiça.

Para suprir esta lacuna legislativa, doutrina e jurisprudência, como forma de assegurar o direito de defesa do devedor sem a necessidade da garantia do juízo, criaram a exceção de pré-executividade.

Na certeza de que a norma sempre deve estar ligada ao fato é que destacamos a necessidade deste remédio ser disciplinado no nosso ordenamento jurídico, vez que já muito utilizado por nossos operadores de direito e discutido entre grandes doutrinadores.

A efetividade do processo só se faz com observância e garantia do direito das partes envolvidas na relação processual.

CAPÍTULO IV – DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

8. CONSIDERAÇÕES HISTÓRICAS

O primeiro a falar sobre exceção de pré-executividade foi Pontes de Miranda, em seu Parecer nº 95, em julho de 1966, examinando o caso em que se pedia a decretação da falência da Siderúrgica Mannesmann.

Na década de sessenta, esta companhia estava sendo executada em São Paulo, Rio de Janeiro e Belo Horizonte, tendo contra si também pedidos de falência. Entretanto os títulos que embasavam estas ações continham assinatura falsa de um de seus diretores.

Diante do sério risco que estas ações traziam às suas atividades, requereu, dentro do prazo de vinte e quatro horas, estabelecido no art. 299, do CPC, vigente à época, a decretação da nulidade da execução. O pedido de falência fora então indeferido, com fundamento de que os títulos realmente eram falsos.

Estudos mostram que a exceção de pré-executividade, embora ainda não tivesse esta denominação, já permeou nosso ordenamento jurídico.

Segundo Moreira (2001, p. 23) o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, da Organização da Justiça Federal já previa: “comparecendo o réu para se defender antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o juízo, salvo se exhibir documento autêntico de pagamento da dívida, ou anulação desta.”

Afirma ainda que, em sede legislativa, tem-se o Decreto nº 5.225, de 31 de dezembro de 1932, do Estado do Rio Grande do Sul, que instituiu a exceção de impropriedade do meio executivo, que dispunha: “a parte citada para a execução de título executivo poderá, antes de qualquer procedimento, opor as exceções de suspeição e incompetência do Juízo ou de impropriedade do meio executivo...”

Atualmente a doutrina e jurisprudência têm admitido o uso desta defesa processual, ante a lacuna existente na ordem jurídica, a qual tem demonstrado ser eficaz no combate aos abusos sofridos pelo executado.

9. TERMINOLOGIA

Exceção de pré-executividade é o nome que deu origem a este instituto e como ele é mais conhecido.

A doutrina não é pacífica quanto ao nome adotado. Para alguns denominou-se exceção, porque quando surgiu, no Código de 1939, esta palavra era usada para designar qualquer defesa do réu.

Alegam alguns autores que a exceção é utilizada para designar a defesa do réu objetivando atacar matérias não conhecíveis de ofício pelo Juiz e sujeitas à preclusão, sistemática adotada pelo CPC, em seu art. 304.

Segundo Oliveira (2001, p. 35) “apud” Fornacciari Jr⁴, são três as características marcantes da exceção: “a) possuírem caráter de disponibilidade; b) faltar poder oficioso do Juiz para conhecer das mesmas (sic); c) serem, por natureza, preclusivas”.

Alerta ainda que estas características não se aplicam com perfeição porque suspeição (art. 135) e impedimento (art.134) devem ser analisados e declarados de ofício pelo Juiz.

Doutrinadores como Nelson Nery Junior a denominam de “objeção de pré-executividade”, porque nela apenas se discutem matérias de ordem pública decretáveis “ex officio” pelo juiz.

Mas, na verdade, também poderão ser alegadas, além destas matérias, aquelas matérias capazes de ilidirem a execução, sem dilação probatória.

Pensamentos isolados a definem como “oposição pré-processual”, forma do executado manifestar seu inconformismo com a execução, vez que o título é viciado. Para alguns doutrinadores, parece não ser o melhor conceito porque se confunde com a modalidade de intervenção de terceiros.

Siqueira Filho (2001, p. 87), que acolheu a nomenclatura Exceção de Pré-Executividade, nos dá o seu conceito:

⁴ Fornacciari Jr, Clito. Da Reconvenção no direito processual civil brasileiro, p.. 16

Argüição de nulidade feita pelo devedor, terceiro interessado, ou credor, independente de forma, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, referente aos requisitos da execução que suspende o curso do processo até o seu julgamento, mediante procedimento próprio, e que visa à desconstituição da relação jurídica processual executiva e conseqüente sustação dos atos de constrição material.

Elegemos a denominação dada por Pontes de Miranda e demais doutrinadores, pela falta de norma jurídica que a defina e por ter se difundido com esta roupagem.

10. NATUREZA JURÍDICA

Outro desafio a que se propõem os doutrinadores é definir a natureza jurídica da Exceção de Pré-Executividade.

Tecendo comentários sobre o assunto, Alberto Camiña Moreira afirma que alguns autores classificam-na como meio de defesa, mas para ele este conceito é bastante elástico, não sendo o mais adequado, porque qualquer atitude do devedor poderia ser interpretada como meio de defesa.

Dizer que é resposta do réu, confundir-se-ia com o processo de conhecimento, que prevê a contestação, exceções e reconvenção (art. 297). Todavia, no processo de execução só se admite as exceções, não cabe reconvenção ou contestação.

Afirma que se aproximaria da contestação porque nela pode ser alegado fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, mas esbarraria nos efeitos da revelia.

Finaliza, asseverando que o mais adequado seria classifica-la como incidente defensivo:

A principal nota da exceção de pré-executividade é ser de caráter incidental, como bem apontado por Anselmo de Castro. A argüição de matérias, pelo devedor, em sua maioria de ordem pública, no curso do processo de execução, sem que haja previsão legal para tal, embora o sistema processual as aceite, leva ao reconhecimento de que tal atitude é de natureza incidental. (p. 42)

Outra parte da doutrina se debate entre ser esta exceção ou objeção.

Ambas são defesas contra o processo, mas o conhecimento “ex officio” é que as distinguem.

As matérias que podem e devem ser conhecidas de ofício, por serem de ordem pública, são suscetíveis através da objeção, enquanto as matérias que exigem uma alegação da parte para que possam ser reconhecidas são argüíveis através da exceção.

Com propriedade Rosa (200, p. 105) disserta:

Diante de tal controvérsia, cumpre esclarecer que a natureza da exceção de pré-executividade depende, antes de qualquer coisa, do conceito de exceção e de objeção. Assim, por exemplo, considerando-se exceção qualquer defesa alegada pelo réu, apesar de não ser este o sentido adotado pelo Código de Processo Civil, tal pode ser a natureza da exceção de pré-executividade. Por outro lado, considerando-se objeção a argüição de matéria de ordem pública, tal deve ser a natureza da exceção de pré-executividade.

Parece-nos mais acertado o conceito dado por Alberto Camiña Moreira, isto porque não se pode dar muita amplitude à defesa, em se tratando de exceção, tampouco delimitar-se as matérias reconhecidas somente de ofício pelo Juiz, em se tratando de objeção.

11. OPORTUNIDADE

O art. 182, do Código de Processo Civil, vigente em 1939, estabelecia o prazo de três dias para oposição das exceções. Pontes de Miranda entendia ser este o momento oportuno para se valer da exceção de pré-executividade.

Entretanto, alguns doutrinadores, ao analisar seu Parecer, afirmam que Pontes de Miranda condicionou o uso da exceção de pré-executividade ao prazo de 24 horas, contado da citação à nomeação de bens à penhora. Atualmente seria o prazo previsto no art. 652, do CPC.

A maioria da doutrina rebate esta idéia. A exceção de pré-executividade não estaria vinculada a este prazo porque não necessita de prévia penhora ou

depósito para ser argüida. Sintetizando o assunto em debate, Oliveira (2001, p. 96) chega a seguinte conclusão:

(...) pode-se dizer que a exceção de pré-executividade pode ser argüida a qualquer tempo se versar sobre matérias de ordem pública. Entretanto, se se tratar de matérias que não podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado, só poderá haver exceção de pré-executividade enquanto não for realizada a penhora de bens do devedor, ou melhor, enquanto não for aberto o prazo para os embargos à execução, sejam eles opostos ou não.

A teor do que dispõe o § 3º, do art. 267, do CPC, compartilhamos do entendimento da maioria da doutrina ao afirmar que a exceção de pré-executividade é argüível em qualquer tempo e grau de jurisdição.

Insta salientar que o devedor deverá alegar a ausência dos requisitos da execução de imediato ou na primeira oportunidade que lhe couber falar nos autos. Portanto, não sendo argüida em 24 horas, correspondente ao prazo previsto no art. 652, poderá fazê-lo em sede de embargos.

12. LEGITIMIDADE

A falta de sistemática jurídica atinente ao assunto levou alguns doutrinadores a estabelecerem critérios diferenciados para qualificar quem está legitimado a argüir a falta dos requisitos necessários à execução, através da exceção de pré-executividade.

De rigor, parece ser unânime que o principal legitimado seja o executado.

Contudo, ressaltamos que executado pode ser ou não o devedor. Já se vislumbrou casos em que, havendo erro do credor ou dos serventuários da justiça, pessoa estranha à relação processual acaba figurando como executado.

Por outro lado, ainda pairam dúvidas se o credor ou terceiros poderiam ser considerados legitimados a argüir tais vícios.

Ao credor não há interesse que a execução seja aniquilada. Parece-nos que é seu dever respeitar o procedimento e requisitos para sua satisfatividade.

Caso esteja eivada de vícios ou necessite ser adequada á ordem jurídica, poderá se valer dos art. 569 e 616, do CPC. Caber-lhe-á desistir da ação ou sanar o seu vício.

12.1 - INTERVENÇÃO DE TERCEIROS

A intervenção de terceiro vem disciplinada nos art. 56 a 80, do CPC. É a participação no processo daquele que, a princípio, não é parte.

Souza (1998, p. 160/161) a conceitua como sendo a intromissão de quem não é parte até então no processo, com ânimo de participação integrativa dele e influenciar no resultado final, desde aquele momento até a solução do processo.

Compreende a oposição, a nomeação à autoria, a denunciação a lide e o chamamento ao processo, figuras definidas nos art. 56, 62, 70 e 77, do CPC, respectivamente.

No processo de execução não há possibilidade de intervenção de terceiros, nestas modalidades.

A nomeação à autoria é o instituto processual pelo qual aquele que detiver a coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o proprietário ou o possuidor.

Descarta-se seu cabimento no âmbito do processo de execução porque próprio do processo de conhecimento, na execução, por regra, não se discute posse e propriedade.

Também não há cabimento para a denunciação à lide e a oposição. Com a denunciação à lide uma das partes, aproveitando-se da lide pendente, pleiteia a condenação do terceiro. Trata-se de uma ação regressiva em face de terceiro que teria dever de indenizar a parte que sucumbir na ação principal. Já a oposição tem lugar quando as partes estiverem disputando direito ou coisa, que, na verdade, pertence ao terceiro e este intervem sustentando que o direito ou coisa que estão discutindo não cabe a nenhum dos dois, mas, sim, a ele, opositor.

Denota-se que estas modalidades dizem respeito à propositura de novas ações de conhecimento, que serão julgadas junto com a ação principal. Não havendo ação principal de conhecimento na execução, ficam descartadas.

No chamamento ao processo o réu amplia o pólo passivo, incluindo-se nele os demais coobrigados. É meio processual invocado para fazer com que o devedor ou fiador, não acionados na inicial, respondam judicialmente pelo débito.

Mostra-se também incompatível com o processo de execução, porque é próprio do processo de conhecimento. Wambier (2002, p. 113), discutindo o assunto, assevera:

Pelo chamamento ao processo, um dos devedores solidários, enquanto réu, chama ao processo os demais devedores solidários, para que eles também figurem no processo como réus, a fim de que a eventual sentença de condenação abranja todos. Vale dizer: é mecanismo destinado a fazer com que o título executivo que poderá vir a se formar abranja pessoas que, de início, ficariam fora do processo. O processo de execução, entretanto, não serve para formar título executivo: já parte de um.

O parágrafo único, do art. 50, do CPC dispõe: “a assistência tem lugar em qualquer dos tipos de procedimento e em todos os graus da jurisdição; mas o assistente recebe o processo no estado em que se encontra”.

Não deixa de ser uma forma de intervenção de terceiros, já que outro que não é parte integra a relação processual, basta que se tenha interesse jurídico em que a sentença seja favorável a alguma das partes.

No processo de execução, em regra, não se discute o mérito, porquanto o direito já se encontra definido. O art. 50 permite que o assistente intervenha na relação processual, auxiliando uma das partes a obter uma sentença que lhe seja favorável. O que demonstra discussão de mérito.

Por estas razões, alguns doutrinadores discordam que a assistência possa dar legitimidade para argüição da exceção de pré-executividade, faltaria interesse jurídico para tanto.

No entanto, há quem diga que a questão é casuística.

Alberto Camiña Moreira (2001, p. 66/72) traz situações em que entende ser possível a intervenção.

Denomina de responsabilidade executória secundária, expressão usada por Liebman, que trazia como exemplos o fiador, o proprietário de bem oferecido em hipoteca; o sócio que responda subsidiariamente pelas obrigações da sociedade; a mulher casada; o proprietário dos bens alienados em fraude contra credores; o terceiro que adquiriu bens submetidos a medidas preventivas.

Outrossim, inclui como legitimados (p. 68/72) o credor do executado, do fiador do executado e dador de hipoteca.

Para Marcos Valls Feu Rosa (2000, p. 55) não importa quem deu conhecimento ao juiz da ausência dos requisitos da execução, se pessoa legitimada ou não. O que interessa é o fato de o juiz ser alertado, e o exame, ou reexame, das questões pendentes.

Diante da falta de previsão legal para o tema, o importante é alertar o juiz para que se manifeste sobre as matérias que lhe cabem conhecer de ofício.

13. FORMA

Não há forma específica para levar ao conhecimento do juiz a falta dos requisitos pertinentes à execução.

Alguns autores admitem seja possível também a argüição da exceção de pré-executividade de forma oral, em audiência.

Têm como fundamento, para esta alegação, a aplicação do inciso I, do art. 599, do CPC, onde o juiz a qualquer momento poderá ordenar o comparecimento das partes.

Difícilmente se observa este procedimento dentro do processo de execução. Na maioria das vezes, tal acontecimento se dá em sede de embargos à execução, que corresponde a outra ação, já alhures tratada.

A argüição através de simples petição tornou-se consenso entre os estudiosos.

O tema não carece de muitas considerações, afirma Rosa (2000, p. 43), porque o próprio CPC previu, através de seus arts. 307 e 312, referentes à exceção de incompetência, impedimento e suspeição, a petição como forma de se dirigir ao juiz.

Conquanto a petição possibilita o contraditório, passa a fazer parte do processo e obriga o juiz a se pronunciar.

14. MATÉRIAS ARGÜÍVEIS

Por força do art. 267, incisos IV e VI, c/c § 3º, do CPC, doutrina e jurisprudência são unânimes em admitir que a exceção de pré-executividade é cabível nas matérias de ordem pública⁵, desde que reconhecíveis de ofício pelo Juiz.

O juiz ao receber a petição inicial da execução tem por obrigação verificar se estão presentes seus requisitos (art. 282) e se se faz acompanhar dos documentos exigíveis pela norma (584 e 585).

Não rara as vezes em que o vício constante do título é imperceptível.

O acúmulo dos trabalhos forenses também contribui para que ele passe despercebido.

Nada mais justo que o devedor ou interessado tenham o direito de alertar o Magistrado da falta de alguns dos requisitos exigíveis da execução.

⁵ Sobre ordem pública nos ensina Acquaviva (2000, p. 801): Os autores admitem, quase unanimemente, a imprecisão e variabilidade do conceito de ordem pública. Pode-se afirmar, contudo, que a ordem pública implica a precedência do interesse geral, público social sobre o individual. Como acentuam Enrique R. Aftalión, Fernando Garcia Olano e José Vilanova, “embora seja indiscutível que todas as leis têm finalidade social, é certo que em algumas a finalidade social aparece num plano ainda mais destacado, p. ex., a legislação sobre o casamento, sobre o serviço militar, até chegarmos ao seu grau máximo, com o estado de sítio e a ditadura constitucional” (Introducción al derecho, 1972, p. 531). A dificuldade de conceituação da ordem pública reside no fato de que esta se assenta na valoração jurídica vigente em dado momento histórico. Do fato de que a ordem pública está indissolúvelmente ligada aos valores sociais vigentes deriva, como consequência natural, sua mutação no espaço e no tempo, destacando-se, nesse sentido, a ampliação moderna do seu conteúdo, paralela ao retrocesso do individualismo liberal, perante as diversas ideologias de tipo “social” próprias do Estado contemporâneo. As leis de ordem pública apresentam os seguintes efeitos: 1) revogando as convenções entre particulares, não valendo, contra elas, a autonomia da vontade individual; 2) contra elas não valem os direitos adquiridos, constituindo tais diplomas, já se vê, exceção ao princípio da irretroatividade da lei.

Por outro lado, ainda encontramos resistência quanto às matérias não reconhecidas de ofício pelo Juiz.

A prescrição é um dos casos que ainda gera controvérsia.

O art. 219, § 5º, do CPC, veda seu reconhecimento de ofício, por se tratar de direito patrimonial.

Mas ela não deixa de ser um vício da execução já intentada.

Os autores que não a admitem afirmam que não se enquadraria nas possibilidades tratadas pelo art. 267, IV e VI c/c § 3º, do CPC.

Adequar a norma à realidade é uma das vertentes do direito.

Pela falta de legislação pertinente, não pode deixar o Magistrado de apreciar pedido baseado em inquestionável prova da inexistência de um dos requisitos da execução.

Entendemos que, uma vez alegada, através da exceção de pré-executividade, acompanhada de prova insofismável, será meio adequado e eficaz para buscar a defesa do executado num processo que lhe seja injusto ou possa lhe trazer graves prejuízos.

Salientamos, contudo, que a petição deve ser acompanhada de prova que não deixe dúvidas quanto ao alegado, visto que se a questão probatória exigir maior complexidade, o meio adequado para discuti-la serão os embargos à execução.

O mesmo ocorre com relação a pagamento do débito. Sem razão de ser, aguardar a garantia do juízo para alega-lo e demonstra-lo, se nos autos o devedor juntou prova indiscutível de sua quitação.

Matérias impeditivas, modificativas ou extintivas do crédito, tratadas no inciso VI, do art. 741, do CPC, tem sido admitidas como fundamento par argüição, desde que comprovadas por provas pré-constituídas, afirma Oliveira (2001, p. 125/126).

O autor, porém, ressalta que por serem matérias expressas no artigo acima citado, poderia levar ao pensamento que a exceção de pré-executividade estaria invadindo o campo legalmente previsto dos embargos.

Propõe distingui-los da seguinte maneira: quando estas causas puderem ser comprovadas através de provas documentais pré-constituídas, tanto a exceção quanto os embargos poderão ser utilizados pelo devedor; quando exigirem produção de outras provas que não as pré-constituídas, como, por exemplo, oitiva de testemunha e perícia, o único meio é dos embargos.

Este é o entendimento da maioria de nossos doutrinadores. Afirma Assis (2002, p. 582) que: “Embora a natureza do processo executivo não seja tão infensa à dilação probatória, pois até audiência o órgão judiciário poderá designar (art. 599, I), a produção de provas mais complexas, a exemplo da perícia, realizar-se-á nos embargos”.

Esse também é o entendimento de Alberto Caminã Moreira (2001, p. 50):

O processo de execução tem cognição eventual, na dependência de provocação do executado. A mais larga e ampla cognição dá-se por meio dos embargos, que não excluem qualquer tipo de prova. Todavia, a mesma solução resta excluída da exceção de pré-executividade, que não comporta o mesmo elastério instrutório.

Uma das características da exceção de pré-executividade é a celeridade. Utilizar-se deste meio para trazer ao processo toda cognição pretendida pelo devedor significaria afrontar o próprio sistema processual eleito para os processos de execução.

Assim, toda vez que for necessária a dilação probatória, tanto em matérias de ordem pública quanto àquelas que refogem a esta característica, a via adequada será os embargos do devedor.

15. PROCEDIMENTO

Na falta de previsão legal, a petição escrita tornou-se o meio adequado para levar a juízo as matérias argüíveis da exceção.

Será ela endereçada ao juiz onde tramita a ação de execução e entranhada nestes autos, não havendo necessidade de ser autuada em apenso.

De plano o Magistrado poderá proferir seu pronunciamento a respeito ou intimar a parte contrária para que se manifeste.

Em analogia aos arts. 326 e 327 c/c o art. 301, todos do CPC, a maioria da doutrina aconselha que o juiz, em respeito ao princípio do contraditório e da igualdade, ouça também o credor, no prazo de dez dias.

Se este, juntar novos documentos, há que se respeitar o art. 398: “sempre que uma das partes, requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias”.

Alberto Camiña Moreira (2001, p. 63) traz ainda a possibilidade da designação de audiência de tentativa de conciliação, reclamada na reforma processual, porém já utilizada por muitos juízes.

Contudo, a questão da prova não deve retirar a celeridade que se busca com este meio de defesa. Sendo complexa, como dito alhures, o meio adequado é os embargos à execução. A prova pré-constituída servirá de supedâneo para a exceção de pré-executividade, incabível, em regra, produzi-la durante o julgamento deste incidente.

Por outro lado, dar-se-á o julgamento sem a necessidade da oitiva da parte contrária, caso o juiz, ao analisar o pedido, reconheça que estão presentes todos os requisitos da ação de execução, permitindo que esta siga seu procedimento normal.

16. EFEITOS

Qual a consequência trazida pela exceção de pré-executividade quanto ao procedimento da execução? Seria ela capaz de suspender ou não este procedimento?

O Capítulo I, do Título VI, do Livro II, do CPC, trata das condições suspensivas do processo de execução.

Baseados neste dispositivo legal, alguns autores afirmam que a argüição da inexistência dos requisitos da execução não tem o poder de suspender os atos executivos, porque não encontra respaldo legal.

Camiña Moreira (2001, p. 193) preleciona: “a suspensão do procedimento não emerge como ato discricionário do juiz, que só faz aplicar a lei. A exceção de pré-executividade, que não goza de contemplação legislativa, não suspende o procedimento, por falta de amparo legal”.

No entanto, este entendimento destoa da maioria da doutrina.

O que se busca com o presente estudo é demonstrar que a exceção de pré-executividade, embora ainda não regulamentada em Lei, é meio eficaz para evitar prejuízos ao devedor, causados por uma execução contaminada.

Ser categórico, afirmando que em nenhuma hipótese poderá levar a suspensão da execução, por falta de amparo legal, com o devido respeito a entendimentos contrários, seria afasta-la de sua própria finalidade.

É certo que não se deve afirmar que a simples argüição do incidente deva automaticamente suspender os atos executivos.

O juiz tem dever de averiguar os requisitos inerentes à execução. Mais que isto, tem o dever de sopesar os prejuízos que uma execução mal conduzida pode acarretar a uma das partes.

Entendemos que sua participação na relação processual deve ser manifesta, efetiva, afastando-se daquela praticada pelo agente público engessado, que só faz aplicar as leis.

Se por alguém foi alertado daquilo que tinha dever de observar, com mais propriedade deverá fazê-lo agora.

Alguns doutrinadores argumentam que o art. 616, do CPC, nada mais é que uma forma do juiz suspender a execução, vez que ausente as condições para que ela possa prosseguir regularmente.

Outros defendem esta tese, ancorados no art. 798, do CPC, que atribui ao juiz o poder geral de cautela, para evitar prejuízos irreparáveis ou de difícil reparação, que podem advir dos atos executórios.

Com grande eloquência Oliveira (2001, pag133) bem demonstra, em sua obra, esta opinião:

(...) De fato, de que adiantaria a exceção possibilitar ao devedor demonstrar que a execução não deve prosseguir, se seus bens continuarem invariavelmente expostos à penhora forçada? Mesmo tendo alegado, com fundamentos sérios e idôneos, que a execução contra ele ajuizada padece de vícios insanáveis e merece ser extinta, caso não ocorresse a suspensão dos atos executórios, de nada aproveitaria ao devedor a exceção oposta, pois ainda estaria sujeito à constrição judicial de seus bens e aos irreparáveis danos dela oriundos, por força de um processo mal conduzido.

Outros sustentam que a suspensão poderia decorrer da aplicação do art 791, do CPC, mais precisamente em seu inciso II, que nos remete às hipóteses previstas no art. 265, inciso III, do mesmo dispositivo legal. Se o processo pode ser suspenso em decorrência da oposição de exceção de incompetência do Juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz, que são matérias ligadas à imparcialidade do juiz e sujeitas a preclusão, com muito mais fundamento cabível seria a suspensão quanto às matérias de ordem pública que não se sujeitam à preclusão.

Oportuno salientar que dependendo da fase em que se encontra o processo de execução, a exceção de pré-executividade não terá o condão de suspender o curso de algum prazo legal. É o que ocorre com o prazo dos embargos. Se já efetivada a penhora, esta não suspenderá tal prazo.

A questão então é casuística. Diante dos argumentos e provas apresentados, sendo estes fortes e insofismáveis, o juiz tem o poder de tomar a decisão, analisando em quais casos convém ou não suspender o andamento da ação de execução.

17. CUSTAS

A exceção de pré-executividade poderá ser acolhida ou rejeitada pelo juiz. Corolário disto será a condenação ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, conforme o caso.

Sendo rejeitada, teremos uma decisão interlocutória⁶, que determinará o prosseguimento da execução, sem, contudo, por fim ao processo.

Neste caso, havendo acréscimo de despesas processuais, o excipiente (devedor) será o responsável, devendo com estas arcar.

O devedor também poderá ser condenado à multa, não excedente a 1% (um por cento) do valor da causa, prevista no art. 18, do CPC, se demonstrada a litigância de má-fé⁷. Isto, se ficar devidamente comprovado que usou deste remédio apenas para conturbar a execução, de modo a procrastina-la.

De outra banda, o acolhimento da arguição de exceção de pré-executividade importará em extinção do processo de execução.

O juiz estará proferindo, se assim o fizer, uma sentença⁸.

Neste caso, doutrina e jurisprudência sufragam a aplicação do disposto no “caput” c/c § 1º, do art. 20, do CPC:

(...) a sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. § 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

Alguns reforçam este argumento, valendo-se do § 4º, do citado artigo, que afirma serem devidos os honorários nas execuções, embargadas ou não. Como a exceção de pré-executividade constitui defesa do devedor, sem garantia do juízo, estaria perfeitamente adequada ao ordenamento jurídico.

A parte final do § 3º, do art. 267, do CPC, dispõe: (...) “o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento”. Equivale dizer que se o devedor não se manifestar até a penhora ou nos embargos, poderá ser condenado ao pagamento das custas pelo retardamento.

⁶ Art. 162, § 2º, do CPC: “decisão interlocutória é o ato pelo qual o juiz, no curso do processo, resolve questão incidente”.

⁷ Art. 17, do CPC: “reputa-se litigante de má-fé aquele que: I(...); II(...); III(...); IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo; V(...); VI - provocar incidentes manifestamente infundados; (...)”

⁸ Art. 162, § 1º, do CPC: “sentença é o ato pelo qual o juiz põe fim ao processo, decidindo ou não o mérito da causa”.

Para Marcus Valls Feu Rosa (2000, p. 53) a condenação às custas somente será possível se a argüição for feita após o julgamento dos embargos, salvo se os requisitos versarem sobre matérias posteriores a ele.

Alberto Camiña Moreira (2001, p. 64) vai mais além. Com fundamento no art. 22, do CPC, afirma que se o retardamento não provocou acréscimo de despesas no processo, nada será devido, mas o juiz poderá deixar de condenar o exeqüente ao pagamento de honorários advocatícios, caso o devedor seja vitorioso na demanda, exceto se não o fez por motivo de força maior ou desconhecimento.

18. RECURSO

A apreciação da matéria argüida na exceção de pré-executividade resultará em um pronunciamento do Juiz, que poderá ser no sentido do seu não conhecimento, acolhimento ou rejeição.

Acolhendo a argüição de nulidade do processo, estaremos diante de uma sentença judicial que porá fim à ação de execução.

O recurso cabível contra esta sentença, sendo ela terminativa ou não, será a apelação, prevista no inciso I, do art. 496, do CPC. Quanto a isto a doutrina é pacífica.

Por outro lado, se o Juiz não conhecer do pedido ou rejeita-lo, estará decidindo uma questão incidental, da qual caberá agravo de instrumento, nos moldes do inciso II, do art. 496 c/c art 522, ambos do CPC.

Neste caso, porém, embora a maioria da doutrina admita ser cabível o agravo, existem algumas divergências.

Alguns doutrinadores afirmam que as nulidades da execução estão relacionadas a matérias de ordem pública, sendo assim, não estariam sujeitas à preclusão, podendo ser reconhecidas em qualquer momento e grau de jurisdição.

Deste modo, defendem que o recurso cabível não é o agravo, pois ele estaria vinculado ao prazo de dez (10) dias, previsto no art. 522; o que não ocorre

quando a questão envolve matérias de ordem pública, porque estas não se vinculam a prazo algum.

O inconveniente é que o devedor, se assim o fizer, poderá perder o prazo para interposição do agravo, caso o Juiz venha despachar somente após o decurso do prazo para este recurso.

Quem defende esta tese, admite que nenhum prejuízo sofrerá o devedor, se perder o prazo para interposição do agravo, isto porque, em se tratando de matérias não sujeitas à preclusão, poderia rediscuti-las a qualquer tempo. (Rosa, 2000, p. 96).

O presente estudo leva-nos a discordar deste entendimento. A constrição que ameaça recair sobre os bens do devedor, até que este possa alegar tais vícios, já é motivo suficiente para lhe causar prejuízos, pois é iminente o risco de ser impedido de exercer os direitos inerentes à propriedade.

Outra postura que poderá ser adotada pelo Magistrado é o não conhecimento do incidente alegado. Nos dizeres de Moreira (2001, p. 208) “não tem sido raro o caso de o juiz recusar-se a apreciar o incidente defensivo do executado, na pretensa justificativa de que há necessidade de penhora e dos embargos”. Isto equivaleria à negativa da existência da exceção de pré-executividade. Conclui ainda que é incabível o agravo retido, posto que não haverá oportunidade para ulterior apelação (p. 207).

O art. 524, do CPC determina que o agravo de instrumento será dirigido diretamente ao tribunal competente. Caberá a ele julgar o incidente. Surge então outra polêmica. O acórdão que acolher o agravo de instrumento tem a mesma força da sentença extintiva da execução, proferida pelo juízo “a quo”?

Alguns doutrinadores afirmam que nos casos em que o Juiz rejeitar a exceção de pré-executividade, houve o conhecimento da matéria argüida, portanto poderá o tribunal se pronunciar sobre a questão aventada, decidindo pela extinção da execução, se for o caso.

Ao revés, se não conhecida a exceção de pré-executividade pelo Juízo “a quo”, o Tribunal deverá devolver-lhe a matéria para que seja apreciada, sob pena de não o fazendo, estar suprimindo grau de jurisdição.

Há quem afirme que inexistente a supressão de jurisdição, se o tribunal decidir pela extinção da execução, em sede de agravo. Compartilha deste entendimento Oliveira (2001, p. 143):

(...) com o devido respeito, discorda-se de tais idéias. Não se vislumbra nenhum empecilho à extinção de processo de execução determinado por acórdão em agravo de instrumento que reconhece vícios ou obstáculos à exordial ajuizada. Tal decisão pode causar certo espanto apenas por ser relativamente nova no ordenamento brasileiro. De fato, não há supressão de instância nem qualquer outro impedimento legal à extinção de processo de execução por meio de agravo. Tanto é que nesse sentido tem se norteado a jurisprudência dos tribunais nacionais.

CAPÍTULO V - PECULIARIDADES DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E EMBARGOS À EXECUÇÃO

Com já visto, através deste estudo, o devedor tem a sua disposição dois meios para argüir a ausência dos requisitos da execução: a exceção de pré-executividade ou os embargos à execução.

Ambos guardam certa similitude, vez que procuram atingir o mesmo objetivo; por fim à execução.

Porém, distanciam-se às vezes na sua forma de manejo, eis que um encontra guarida no ordenamento jurídico (embargos), outro apenas nos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais (exceção).

Traçando as diferenças e semelhanças entre estes dois meios de defesa Moreira (2001, p. 45/46) disserta:

Diferenças: a) os embargos têm natureza de ação incidente no processo de execução, e a exceção de pré-executividade de incidente processual; b) os embargos têm forma a ser obedecida, qual seja, o atendimento aos requisitos exigidos no art. 282 do Código de Processo Civil, de sorte que a infringência às exigências legais leva à inépcia da inicial, enquanto a exceção não tem forma nem figura de juízo, resumindo-se a simples petição do executado; c) os embargos obedecem o prazo preclusivo para o seu ajuizamento e a exceção pode ser oposta em qualquer prazo; d) a exceção não enseja a produção de prova testemunhal nem prova pericial, enquanto os embargos não estão limitados a qualquer espécie de prova; e) os embargos são instrumento de defesa e de contra-ataque, enquanto a exceção é instrumento de defesa.

As semelhanças resumem-se a: a) os dois institutos podem levar à extinção da execução; b) em nenhum deles está obrigado o executado a efetuar o pagamento de custas processuais⁹ (no Estado de São Paulo há lei expressa excluindo a incidência da taxa judiciária no ajuizamento de embargos); c) os dois institutos pode ensejar a condenação do exeqüente em honorários; d) em ambos o executado precisa de advogado para oferecer sua defesa.

⁹A Lei 11.608/2003 dispõe sobre o recolhimento da taxa judiciária no Estado de São Paulo. Capítulo III, art. 5º - O recolhimento da taxa judiciária será diferida para depois da satisfação da execução quando comprovada, por meio idôneo, a momentânea impossibilidade financeira do seu recolhimento, ainda que parcial: (...) IV – nos embargos à execução.

Apontada as características acima, mister se faz a análise do momento em que serão utilizados. Deve-se argüir a exceção antes, após ou simultaneamente aos embargos?

Por se tratar de matérias de ordem pública, a exceção poderá, como já visto, ser argüida em qualquer momento e grau de jurisdição, não se operando a preclusão. Isto já não se aplica aos embargos que, estando fora do prazo, serão rejeitados pelo Juiz, vez que precluso o direito do devedor.

A discussão doutrinara gira em torno da simultaneidade da argüição da exceção e oposição de embargos. Como é sabido, o nosso sistema jurídico não permite a utilização de dois recursos para atingir a um mesmo fim, embora inexista previsão legal proibindo que a exceção seja manejada concomitantemente aos embargos. Uma vez argüida, não trará empecilho para oposição dos embargos, basta que se observe o prazo legal estipulado no art. 738, do CPC.

Ocorrendo a simultaneidade, alguns autores afirmam que o Magistrado deverá optar pela análise dos embargos, porque foi a forma escolhida pelo legislador para possibilitar a defesa no processo de execução e porque nele pode-se discutir, de maneira mais ampla, as matérias aduzidas pelo devedor.

Receber por embargos à execução a petição de exceção de pré-executividade também não seria possível, pois aqueles devem preencher os requisitos para propositura de qualquer ação, por tratar-se de outro processo, o que não ocorre com a exceção que é formulada através de simples petição. Também, estar-se-ia cerceando a defesa do devedor, em razão da exceção, na maioria das vezes, restringir-se apenas aos vícios processuais (ausência de condições da ação e pressupostos processuais) e os embargos abrangerem uma defesa ampla.

Contudo, o devedor deverá acompanhar o tramite da exceção. Se o despacho que a receber determinar a suspensão da execução, matéria já tratada alhures (item 16, do capítulo IV) conseqüentemente o prazo para oposição dos embargos, caso venham a ser utilizados, também estará suspenso. Do contrário, não havendo a suspensão, deverá exercer este direito dentro do prazo legal, sob pena de não o fazendo incorrer na preclusão.

CAPÍTULO VI - A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE FACE AO DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA E DEVIDO PROCESSO LEGAL

As estruturas básicas que sustentam todo ordenamento jurídico derivam dos princípios.

Estes têm por escopo auxiliar os operadores do direito na interpretação das normas, trazendo o sentido para qual foram criadas. Na ausência dessas, preenchem o vazio deixado pelo legislador.

Como supedâneo do direito positivado, a Constituição Federal orienta, ensina, traça diretrizes do direito para que ele se amolde as necessidades sociais.

Daí dizer que dentro do estudo realizado acerca da exceção de pré-executividade, e ante a inexistência de norma que a discipline, é de suma importância a análise de dois princípios constitucionais de grande aplicabilidade no processo civil: o Princípio do Acesso à Justiça e do Devido Processo Legal.

O primeiro se traduz no inciso XXXV, do art. 5º da Constituição Federal que dispõe: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

É o sustentáculo do princípio do acesso à justiça. Este não é mero direito colocado a disposição do credor para buscar, através do Estado, a satisfação de seu crédito. Constitui-se também num direito da parte acionada de aderir ou opor-se a esta pretensão, levando ao conhecimento do mesmo Estado a sua pretensão. Importa, acima de tudo, no direito que as partes têm de acesso ao processo.

Assim, tanto o direito de ação quanto o direito de defesa constituem garantia de acesso à justiça.

É este direito que se pretende seja assegurado ao devedor dentro de uma execução, para que dela se defenda nos casos em que se coloca injusta ou infundada, sem que seja necessário para tanto garantir o juízo.

Nolasco (2003, p. 41) vai além e nos ensina que este princípio deve ser conjugado com outros existentes no texto constitucional para que o processo seja realmente um instrumento de acesso efetivo à ordem jurídica justa; e conclui:

A partir dessa nova visão, pode-se concluir que é perfeitamente possível e adequado admitir-se o exercício do direito de defesa 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, ou quando o título executivo não é na verdade, por qualquer razão, título executivo e em outras hipóteses em que a execução não pode prosperar. É inadmissível exigir em tais casos que o executado tenha que garantir o juízo para propor a ação de embargos.

O segundo está disciplinado no inciso LIV, do citado artigo que dispõe: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Assegura, portanto, que na relação processual devem ser observadas as formalidades inerentes ao processo, e acima de tudo, deve propiciar tratamento igualitário às partes em busca de uma justiça justa. Assim, no processo há que respeitar o juiz natural, a norma a ele aplicado e o procedimento, mas sem desprezar os direitos assegurados constitucionalmente.

Este princípio é complementado pelo inciso LV que estabelece: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Matéria já apreciada no item 5.4 deste trabalho, trazemos novamente à baila o princípio do contraditório e ampla defesa, pois este é reflexo dos acima estudados e com eles se coaduna.

Para Moraes (2001, p. 117):

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal). O devido processo legal tem como corolários a ampla defesa e o contraditório, que deverão ser

assegurados aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, conforme o texto constitucional expresso (art. 5º, LV).

Conclui-se que o Estado, como intermediador da lide, deve zelar para que seu resultado seja justo, dando a cada um o que é seu. O Magistrado não pode ficar preso somente à norma, mas analisar o caso concreto e diante das circunstâncias apresentadas decidir da melhor maneira, dentro de certa razoabilidade.

Sem ter intenção de desestruturar o sistema adotado nos processos de execução que traz grande segurança ao detentor do direito ao crédito, que busca sua satisfação por meio do Estado e sem preterir aos maus pagadores, àqueles que admitem ser imprescindível a garantia do juízo para que se possa alegar a falta dos requisitos da execução ou matérias que de plano exterminariam ou inviabilizariam o processo executivo, colocam-se contrários à Lei Maior e renegam o direito do devedor, também por ela garantido, de acesso à justiça, do devido processo legal e do direito ao contraditório e ampla defesa.

CAPÍTULO VII – CONCLUSÕES

Do estudo realizado acerca da exceção de pré-executividade concluímos que, embora o legislador tenha previsto os embargos do devedor como instrumento legal para defesa na execução, aquele provimento jurisdicional demonstrou ser capaz de alcançar os mesmos efeitos destes, porém, de maneira mais célere.

Destacando-se nos julgados de nossos tribunais, consignou sua eficácia contra execuções que não preenchem os requisitos legais, ou que se colocam infundadas, atingindo, injustamente, a esfera patrimonial e moral do executado.

Por falta de previsão legal, mas que não a impede de ser utilizada, a exceção de pré-executividade nos apresentou com algumas características.

Características estas que esperamos aguçar os sentimentos de mudança na forma engessada que se encontra os modelos tradicionais do processo executivo, para que se dê verdadeiro sentido à norma, que por sua vez, deve se adequar à realidade daqueles que a obedecem.

Destas características destacamos as principais:

- A exceção de pré-executividade, cuja finalidade é alertar o juiz de matérias que deveria conhecer de ofício, não tem forma definida para ser argüida, mas aconselha-se seja manejada através de petição.

- Desnecessária a garantia do juízo, para que se possa argüir a exceção de pré-executividade.

- Instala a cognição ao processo de execução, podendo suspender seu prosseguimento.

- Não se restringe somente às matérias que possam ser conhecidas de ofício, mas contra aquelas que possam inviabilizar o prosseguimento da execução ou levar a sua extinção, a exemplo da prescrição, da comprovação de pagamento, etc...

- Sendo necessária a dilação probatória, a via adequada será os embargos do devedor. Cabível, portanto, somente contra vícios que possam ser demonstrados de plano, através de provas insofismáveis, caso contrário

desestruturaria o procedimento das ações de execução e retiraria seu caráter de celeridade.

- Estão legitimados ao seu uso o executado e aqueles que, por via reflexa, são atingidos pela execução. Quanto ao credor, não haveria o porquê alegar seu próprio erro, vez que lhe é facultado desistir da ação.

- Responderão pelo retardamento aqueles que na primeira oportunidade não a argüiram. Outrossim, quando houver má-fé ou intenção de tumultuar o processo, em havendo prejuízo, arcarão com as despesas decorrentes.

- Sendo admitida a exceção de pré-executividade e proferida sentença que julgue extinta a execução, cabível a condenação ao pagamento de honorários advocatícios daquele que sucumbiu.

- Não impede que as matérias nela argüidas sejam repisadas em sede de embargos, caso o juiz não a receba ou se necessária dilação probatória. A argüição da exceção não obsta a oposição de embargos.

- Tem natureza de incidente, sendo melhor conceituada como exceção e não objeção, por trazer à discussão matérias mais abrangentes, não se restringindo apenas às matérias de ordem pública.

Tudo isto demonstra que a posição privilegiada ocupada pelo credor, não pode suprimir o direito do devedor a um processo justo.

O acesso à ordem jurídica justa, proclamada pela moderna doutrina brasileira, apregoa que a solução só será justa, quando a ambos os participantes do conflito e do processo for assegurado o acesso à justiça.

Exigir a garantia do juízo para exercício da defesa, quando evidente a falta de requisitos da execução, é negar-lhe um direito assegurado por nossa Constituição.

BIBLIOGRAFIA

ACQUAVIVA – Marcus Cláudio – Dicionário Jurídico Brasileiro Acquaviva, 11ª Edição, Editora Jurídico Brasileira, 2000.

ASSIS, Arakem de – Manual do Processo de Execução, 8ª edição, Editora RT, 2002.

BELTRAME, José Alonso – Dos Embargos do Devedor – Teoria e Jurisprudência, Editora RT Revista dos Tribunais, 3ª edição, 2002.

CAHALI, Yussef Said – Código de Processo Civil, 5ª edição, 2003, editora RT.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel - Teoria Geral do Processo, 15ª edição, Malheiros Editores, edição 1999.

CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL, Editora Saraiva, 24ª edição, 2000.

DINAMARCO, Candido Rangel – Execução Civil, 5ª edição - 1997, Malheiros Editores.

FILOMENO, José Geraldo Brito – Manual de Teoria Geral do Estado, 1ª Edição – 1994, Editora Forense Universitária.

MORAES, Alexandre de – Direito Constitucional, Editora Atlas S/A, 9ª edição, 2001.

MOREIRA, Alberto Camiña Moreira – Defesa sem Embargos do Executado, Exceção de Pré-Executividade, Editora Saraiva, 3ª edição, 2001.

NOLASCO, Rita Dias – Exceção de pré-executividade, doutrina, jurisprudência, prática, São Paulo - Método, 2003.

OLIVEIRA, André Luis Garoni de – Defesa na execução sem garantia do Juízo, Editora Brasília Jurídica, 2001.

ROSA, Marcos Valls Feu – Exceção de Pré-Executividade – Matérias de Ordem Pública no Processo de Execução, Sérgio Antonio Fabris Editor, 3ª edição, 2000.

SANTOS, Ernane Fidélis dos – Manual de Direito Processual Civil, Editora Saraiva, volume 2 (Execução e processo cautelar), 3ª edição, 1993.

SANTOS, Moacyr Amaral – Primeiras Linhas de Direito Processual Civil, 1º vol, Editora Saraiva, 21º edição, 1999 e 3ª vol, 2001.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de – Exceção de Pré-Executividade, 4ª edição , 2001, Editora Lúmen Júris, Rio de Janeiro.

SOUZA, Gelson Amaro de – Curso de Direito Processual Civil, 2ª edição, Editora Data Júris, 1998.

STÜRMER, Gilberto – A exceção de pré-executividade nos Processos Civil e do Trabalho, Livraria do Advogado Editora, 2001.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo – Curso Avançado de Processo Civil, vol 2, Processo de Execução, Editora RT, 5ª edição, 2002.

ANEXO - JURISPRUDÊNCIA**- QUANTO À ADMISSIBILIDADE:**

116014880 JCPC.219 JCPC.620 JCPP.620 – EXECUÇÃO FISCAL – PROCESSO CIVIL – PRESCRIÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – POSSIBILIDADE ANTES DOS EMBARGOS DO DEVEDOR E DA PENHORA – LEI Nº 6.830/80 ART. 8º, § 2º CPC, ARTIGOS 219, §§§ 2º, 3º E 4º, E 620 – CTN, ARTIGO 174 E PARÁGRAFO ÚNICO – 1. Denunciada a ocorrência da prescrição, verificação independente da produção ou exame laborioso de provas, não malfez nenhuma regra do Código de Processo Civil o oferecimento da exceção de "pré-executividade", independentemente dos embargos de devedor e da penhora para a prévia garantia do juízo. Condicionar o exame da prescrição à interposição dos embargos seria gerar desnecessários gravames ao executado, ferindo o espírito da Lei de execução, que orienta no sentido de serem afastados art. 620, CPC. Provocada, pois, a prestação jurisdicional quanto à prescrição, pode ser examinada como objeção à pré-executividade. Demais, seria injúria ao princípio da instrumentalidade adiar para os embargos a extinção do processo executivo. 2. A prescrição somente considera-se interrompida efetivando-se a citação e não por decorrência do despacho ordenatório da citação. Interpretação das disposições legais aplicáveis. 3. Precedentes jurisprudenciais. 4. Recurso provido. (STJ – RESP 179750 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Milton Luiz Pereira – DJU 23.09.2002)

16148984 JCPC.585 JCPC.585.I – PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ADMISSIBILIDADE – CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO – TÍTULO EXECUTIVO – INEXISTÊNCIA – ART. 585, II, CPC – I. É possível ao devedor acionado no processo de execução argüir a nulidade da execução, por meio de exceção de pré-executividade e não de embargos, desde que verse sobre matéria que possa ser conhecida de ofício pelo Juízo. II. Precedentes da 4ª Turma. III. O contrato de abertura de crédito em conta corrente, ainda que acompanhado de extratos de movimentação financeira, não constitui título hábil à promoção de ação executiva. IV. Recurso conhecido e provido. (STJ – RESP 224789 – RS – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – DJU 04.02.2002)

139011831 – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – SUA ADMISSÃO POR CONSTRUÇÃO DOUTRINÁRIA E PRETORIANA – HIPÓTESES DE SUA ADMISSIBILIDADE – Embora se trate de forma de defesa não legalmente prevista, a exceção de pré-executividade tem sido admitida pela doutrina e jurisprudência, permitindo ao devedor invocá-la para alegar a inviabilidade ou nulidade da execução, ao invés de fazê-lo via embargos. Todavia, a exceção de pré-executividade somente é admitida em hipóteses excepcionais, ou seja, quando se mostra evidente a ausência de título hábil, quando ocorrer prescrição, ou ainda, quando há prova de quitação do débito. (TJMG – AG 000.207.706-3/00 – 4ª C.Cív. – Rel. Des. Hyparco Immesi – J. 14.12.2001)

39050930 – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ILIQUIDEZ E INEXIGIBILIDADE DO TÍTULO – EXTINÇÃO DO FEITO – Não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares exigidas no

processo de execução, constitui-se em nulidade, como vício fundamental, podendo a parte arguí-la independentemente de embargos do devedor, assim como pode e cumpre ao juiz declarar, de ofício, a inexistência desses pressupostos formais contemplados na Lei Processual Civil. (TJMG – AC 000.226.529-6/00 – 1ª C.Cív. – Rel. Des. Orlando Carvalho – J. 02.10.2001)

150010935 – JCPC.20.4 JCPC.20 EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – CONFISSÃO DE DÍVIDA FIRMADA POR MANDATÁRIO – AUSÊNCIA DE PODERES ESPECIAIS NA PROCURAÇÃO – PRESSUPOSTOS FORMAIS NÃO PREENCHIDOS – TÍTULO INEFICAZ – PROCEDÊNCIA – ADMISSIBILIDADE – HONORÁRIOS – EXECUÇÃO DE VALOR ELEVADO – FIXAÇÃO EM 10% DO VALOR DA CAUSA – MINORAÇÃO – INTELIGÊNCIA DO ART. 20, § 4º, DO CPC – APELO PROVIDO EM PARTE – DECISÃO UNÂNIME – Quando a pretensão do executado envolver matéria de ordem pública, apreciável de ofício pelo juiz, tal qual a nulidade do título executivo, é perfeitamente cabível o manejo da exceção de pré-executividade. Constatado o vício insanável no título embasador do processo construtivo a procedência do pedido veiculado na exceção de pré-executividade é medida imperiosa. Conforme orientação do artigo 20, § 4º, do CPC, nas execuções de valor elevado, em que foi acolhida exceção de pré-executividade, sem maiores esforços dos causídicos, é elevada a fixação de honorários de advogado em 10% do valor da execução, cabendo ao Juiz fixá-los em cifra determinada, em patamar condizente com o trabalho do causídico. (TJMT – RAC 24.907 – Rondonópolis – 3ª C.Cív. – Rel. Des. José Jurandir de Lima – J. 29.08.2001)

- QUANTO A DILAÇÃO PROBATÓRIA:

116016961 – EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – QUESTÃO DEPENDENTE DE PROVA – PRECEDENTES DA CORTE – 1. Já decidiu a Corte que a exceção de pré-executividade não é cabível quando as questões suscitadas dependem de prova. 2. Recurso Especial conhecido e provido. (STJ – RESP 339291 – RJ – 3ª T. – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU 26.08.2002)

16149164 – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – CABIMENTO – APRESENTAÇÃO DE EMBARGOS DE DEVEDOR AGASALHANDO IMPUGNAÇÃO SOBRE A NULIDADE DO TÍTULO – PRECEDENTES DA CORTE – 1. Já decidiu a Corte que a exceção de pré-executividade é cabível quando as questões suscitadas não dependem de prova. No caso, os embargos de devedor que foram apresentados já contêm a impugnação sobre a inépcia da inicial e a impropriedade da via executiva diante da não existência dos comprovantes de depósito, construindo mais um obstáculo para o sucesso da exceção. 2. Havendo contraditório na exceção de pré-executividade, não há razão alguma para afastar o cabimento da verba honorária, configurada a sucumbência diante do julgamento de improcedência. 3. Recurso especial não conhecido. (STJ – RESP 296932 – MG – 3ª T. – Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito – DJU 04.02.2002)

16051884 – PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ADMISSIBILIDADE – HIPÓTESES EXCEPCIONAIS – PRECEDENTES – DOUTRINA – REQUISITOS – INAPLICABILIDADE AO CASO

– AGRAVO DESPROVIDO – I – A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, somente se dá, em princípio, nos casos em que o juízo, de ofício, pode conhecer da matéria, a exemplo do que se verifica a propósito da higidez do título executivo. II – Suscitadas questões, no entanto, que dependeriam do exame de provas, e não dizem respeito a aspectos formais do título executivo, e nem poderiam ser conhecidas de ofício, não se mostra adequada a exceção de pré-executividade. (STJ – AGA 197577 – (199800538275) – GO – 4ª T. – Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira – DJU 05.06.2000 – p. 00167)

174796 – EXECUÇÃO POR TÍTULO EXTRAJUDICIAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – Temática reservada à matéria suscetível de conhecimento de ofício ou à nulidade do título que seja evidente e flagrante. Alegação de questão vinculada à própria exigibilidade do crédito em face dos encargos da dívida. Inadmissibilidade dessa discussão porque dependente do contraditório e dilação probatória. Controvérsia reservada aos embargos do devedor, que se apresentam como a via adequada. Agravo provido. (1º TACSP – AI 1.044.140-8 – 6ª C. – Rel. Juiz Marciano da Fonseca – J. 23.10.2001)

124601 – EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – MATÉRIA RECLAMANDO PRODUÇÃO DE PROVAS – DESCABIMENTO – EMBARGOS DO DEVEDOR – VIA ADEQUADA – A exceção de pré-executividade somente é viável se o título executivo visivelmente não apresentar a aparência de liquidez, certeza e exigibilidade. Do contrário, a descaracterização da executividade do título somente pode ser baseada em sede de embargos do devedor, garantido o Juízo, quando estão poderão ser produzidas as provas eventualmente necessárias para tanto. (2º TACSP – AI 708.425-00/8 – 6ª C. – Rel. Juiz Luiz de Lorenzi – DOESP 19.04.2002)

124089 – EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – MATÉRIA RECLAMANDO PRODUÇÃO DE PROVAS – VIA INADEQUADA – DISCUSSÃO SOMENTE NOS EMBARGOS DO DEVEDOR – Primeiramente, compete anotar que do contrato de locação se pode depreender que os recorrentes o assinaram na qualidade de fiadores do locatário. Em segundo, certo é que a exceção de pré-executividade, por albergar apenas questão de direito, não comporta a abertura de uma fase instrutória. Sucede, que, a alegação dos fiadores de que houve modificação dos termos do contrato primitivo, por aditamentos sucessivos, acarreta na necessidade da produção de prova, principalmente em decorrência dos termos do contrato, no qual os fiadores comprometeram-se a responder pelos alugueres e acessórios, atualizados de acordo com a legislação aplicável (cláusula 17ª), e os alegados aditamentos referem-se, tão somente aos valores dos locativos. Destarte, como a questão trazida para o bojo destes autos demanda a abertura de uma fase instrutória, passível de ser dirimida somente em sede de embargos, incabível a exceção de pré-executividade. (2º TACSP – AI 703.740-00/3 – 1ª C. – Rel. Juiz Amorim Cantuária – DOESP 14.12.2001)

- QUANTO AOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS:

116005611 – PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CONDENAÇÃO – POSSIBILIDADE – 1 – Decretada a extinção da execução, em virtude de acolhimento de exceção de pré-executividade, são devidos honorários advocatícios. 2 – Recurso conhecido e provido para que o Tribunal de origem fixe o quantum que entender condizente com a causa. (STJ – RESP 411321 – PR – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 10.06.2002)

16065339 – HONORÁRIOS DE ADVOGADO – EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – VALOR IRRISÓRIO – É desproporcional o valor de R\$ 3.000,00 para honorários de advogado que suscitou com êxito a exceção de pré-executividade em processo de execução superior a R\$ 2.000.000,00. A só responsabilidade pelo patrocínio de demanda desse valor e a efetiva atuação em juízo justifica a elevação da verba para R\$ 30.000,00. Recurso conhecido e provido. (STJ – RESP 280878 – SC – 4ª T. – Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 12.03.2001 – p. 00149)

- QUANTO A LEGITIMIDADE:

116006696 – PROCESSO CIVIL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – Se o thema decidendum diz respeito à ilegitimidade passiva de um dos executados, (que se inclui entre as condições da ação), e pode ser decidido à vista do título, a exceção de pré-executividade deve ser processada. Recurso especial conhecido e provido. (STJ – RESP 254315 – RJ – 3ª T. – Rel. Min. Ari Pargendler – DJU 27.05.2002)

150036568 – EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ – EXECUTIVIDADE – GARANTIA HIPOTECÁRIA POR TERCEIRO – EXCLUSÃO DO PÓLO PASSIVO – A parte que ofereceu bem para garantia da dívida exeqüenda deve compor o pólo passivo da lide, uma vez que a constrição poderá recair sobre bem de seu patrimônio. (TJMT – RAI 12.929 – Tangará da Serra – 1ª C.Cív. – Relª Desª Margarete da Graça Blanck Miguel Spadoni – J. 19.03.2001)

- QUANTO AOS EFEITOS:

16141518 JCPC.791 – PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – SUSPENSÃO DO PROCESSO – CABIMENTO – CPC, ART. 791 – I – A regra do art. 791 da lei adjetiva civil comporta maior largueza na sua aplicação, admitindo-se, também, a suspensão do processo de execução, pedida em exceção de pré-executividade, quando haja a anterioridade de ação revisional em que discute o valor do débito cobrado pelo credor hipotecário de financiamento contratado pelo S.F.H. II. Recurso especial não conhecido. (STJ – REsp 268532 – RS – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior – DJU 11.06.2001 – p. 00230)

EXECUÇÃO PROVISÓRIA – Exceção de pré-executividade – Efeito suspensivo – Diferenças de aluguel – Locação comercial – Renovatória – Admissibilidade. Havendo verossimilhança da alegação, possível o recebimento de plano da

exceção de pré-executividade com efeito suspensivo até decisão do incidente. (2ª TAC/SP – AI 758.523-00/2 – 11ª Cam. – Rel. Juiz Egídio Giacoia – J. 9.9.2002 – v.u.).

- QUANTO AO RECURSO CABÍVEL DA DECISÃO:

124203 – RECURSO – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA – VIA ADEQUADA – A decisão que rejeita exceção de pré-executividade, cuja natureza jurídica é de simples objeção, não é terminativa, desafiando destarte recurso de agravo de instrumento e não de apelação. (2º TACSP – AI 714.502-00/5 – 4ª C. – Rel. Juiz Amaral Vieira – DOESP 08.02.2002)

- QUANTO A FORMA PARA ARQUIÇÃO:

123677 – EXECUÇÃO – EMBARGOS À EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – CONSIDERAÇÕES – Como regra, a defesa do devedor é exercitada mediante embargos, após seguro o juízo, admitindo-se a oposição da exceção de pré-executividade quando se trata de nulidade da execução – que pode ser questionada por mera petição, sem outra formalidade. (2º TACSP – AI 693.387-00/2 – 8ª C. – Rel. Juiz Milton Gordo – DOESP 28.09.2001)

- QUANTO AS DEMAIS MATÉRIAS ARGÜÍVEIS:

CIVIL. APELAÇÃO. EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL, DESCONSTITUIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PROVA DO PAGAMENTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DEVIDOS. I – o devedor se libera da obrigação quando esta é adimplida, Havendo prova pré-constituída da existência desse fato, é cabível a exceção de pré-executividade, com a extinção da execução. II – extinguindo-se a execução por iniciativa do devedor, ainda que em decorrência de exceção de pré-executividade, devida é a verba honorária. (TJ/RO – Ap. Civ. 01.001191-9 – Câ. Civ. – Rel. Dês. Sérgio Lima – julg, 26/06.01 – v.u.)

EXECUÇÃO. NOTA PROMISSÓRIA. PRESCRIÇÃO. Exceção de pré-executividade. Possibilidade de ser questionada a prescrição de título de crédito por via da defesa excepcional de pré-executividade, criação jurisprudencial destinada a viabilizar, antes da constrição de bens do devedor e dos seus embargos, apreciação judicial de matéria legal de ordem pública ou exclusivamente de direito, dentre as quais se insere a prescrição. Agravo Provido. (TJ/RS – AI n. 70004909404 – 5ª Câ. Civ. – Rel. Marco Aurélio dos Santos Caminha – Julg. 10./10/02).