

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA ATIVIDADE
EXECUTIVA**

Juliana Iacia Silva

Presidente Prudente/SP
2006

**FACULDADES INTEGRADAS
“ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA ATIVIDADE
EXECUTIVA**

Juliana Iacia Silva

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Paulo Eduardo D'Arce Pinheiro.

DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA ATIVIDADE EXECUTIVA

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

Paulo Eduardo D'arce Pinheiro

Gilmara Pesquero Fernandes Mohr Funes

Marcos Roberto Cândido

Presidente Prudente/SP, 24 de novembro de 2006.

DEDICATÓRIA

Dedico a presente pesquisa aos meus familiares, em especial meus pais Josemilson e Márcia e irmã Janaína, pela compreensão e incentivo.

Ao meu namorado Eduardo, por me apoiar e compartilhar de todos os momentos difíceis na elaboração deste trabalho.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos aqueles que direta e indiretamente contribuíram para a realização do presente trabalho, em especial ao ilustre Professor Mestre Paulo Eduardo D'arce Pinheiro pela dedicação, orientação e amizade.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo demonstrar a viabilidade da exceção de pré-executividade como uma das formas de defesa do devedor na atividade executiva, não obstante a lacuna legislativa a respeito do tema. Inicialmente versa sobre a atividade executiva em todos os seus aspectos, a saber os princípios que a norteiam, sua realização nas relações jurídicas processuais, bem como a dicotomia cognição-execução e sua constante relativização com as alterações realizadas no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista a iminência de efetividade da tutela jurisdicional. Feito isto, são promovidos breves comentários a respeito das formas de defesa do executado na atividade executiva, em especial no processo de execução e processo sincrético, introduzido recentemente pela Lei 11.232/2005. Admitindo-se a utilização da exceção de pré-executividade em aludidas relações jurídicas processuais, necessário abordar o instituto apresentando suas características e as principais discussões doutrinárias e jurisprudenciais que nele se concentram.

Palavras-chave: Atividade executiva. Formas de defesa do executado. Exceção de pré-executividade.

ABSTRACT

This work aims to show the viability of the pre-execution exception as a means of defense of the debtor in the executive activity, notwithstanding to the legislative lacuna related to this theme. First, explain about the executive activity in all of its aspects, with the sources that it guides, its realization in a judicial relation process besides the cognition-execution dichotomy and its realizations with the changes performed in the brazilian juridical ordering, because the imminence of effective of the jurisdiction tutoship. Then, briefs commentaries are performed in point of the means of defense of the executed in an executive activity, in particular in the execution and syncretism process, recently introduced by law 11.232/2005. by the use of de pre-execution exception in alluded juridical relation process, it is necessary to board the institute presenting its features and its mains doctrines and jurisprudence discussions concentrated in it.

Key words: executive activity. Means of executed defense, pre-execution exception.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 ATIVIDADE EXECUTIVA	10
1.1 Processo de conhecimento, atividade cognitiva, processo de execução e atividade executiva	10
1.2 Princípios norteadores da atividade executiva	12
1.2.1 <i>Princípio da realidade da execução ou patrimonialidade</i>	13
1.2.2 <i>Princípio do resultado ou da máxima utilidade da execução</i>	14
1.2.3 <i>Princípio do menor sacrifício do executado</i>	15
1.2.4 <i>Princípio da disponibilidade</i>	17
1.2.5 <i>Princípio do respeito à dignidade humana</i>	18
1.2.6 <i>Princípio do título</i>	19
1.2.7 <i>Princípio do contraditório</i>	21
2 DAS FORMAS DE DEFESA NA ATIVIDADE EXECUTIVA	23
2.1 Processo de execução	23
2.1.1 <i>Da defesa incidental: embargos à execução</i>	24
2.1.2 <i>Da defesa prejudicial ou heterotópica: ações autônomas e prejudiciais ao processo de execução</i>	27
2.1.3 <i>Da defesa endoprocessual: exceção ou objeção de pré-executividade</i>	29
2.2 Processo sincrético	29
2.2.1 <i>Da defesa endoprocessual: impugnação</i>	33
2.2.2 <i>Da defesa prejudicial ou heterotópica: ações autônomas e prejudiciais ao “cumprimento de sentença”</i>	36
2.2.3 <i>A exceção de pré-executividade como defesa endoprocessual</i>	38
3 DA EXCEÇÃO OU OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE	39
3.1 Considerações históricas	41
3.2 Terminologia	44
3.3 Natureza jurídica	46
3.4 Oportunidade	48
3.5 Forma	49
3.6 Legitimidade	50
3.7 Matérias Argüíveis	53
4 CONCLUSÕES	59
BIBLIOGRAFIA	61

INTRODUÇÃO

O processo civil brasileiro vem passando por importantes reformas legislativas a fim de se obter maior celeridade na prestação da tutela jurisdicional.

Com a nova visão de um processo civil de resultados e a incessante busca pela efetividade do processo, instrumentos foram propostos por ilustres processualistas e alguns foram introduzidos na legislação processual civil brasileira como *v.g.* o Juizado Especial Cível.

A preocupação com a efetividade tomou maiores proporções quanto ao processo de execução brasileiro, cujo modelo proposto pelo Código de Processo Civil obsta a rapidez e eficácia do mesmo. Daí surgirem os institutos da tutela antecipada, tutelas de urgência e mais recentemente o procedimento de “cumprimento de sentença”.

Entretanto, como dito alhures, o processo civil é de resultados e compreende efetividade para ambos os sujeitos da relação jurídica processual executiva. Dessa forma, é dado ao exeqüente obter a satisfação de seu direito de forma célere, bem como ao executado ver-se livre de processo em que é demandado injustamente.

Desse modo, buscou-se demonstrar neste trabalho a possibilidade de defesa do executado em atividade executiva, sem a necessidade de embargos ou impugnação e conseqüentemente sem a necessidade de segurança de juízo. É a exceção ou objeção de pré-executividade.

Inicialmente, foram realizados breves comentários a respeito do binômio cognição-execução e dos princípios norteadores da atividade executiva. Além disso, pretendeu-se de forma sucinta apresentar as várias formas de defesa do executado em aludida atividade.

Por fim, apresentou-se a exceção ou objeção de pré-executividade como defesa reconhecida pela doutrina e jurisprudência, a ser manejada pelo executado em atividades executivas.

Abordou-se referido instituo quanto suas origens históricas, terminologia, natureza jurídica, oportunidade, forma, legitimidade e matérias veiculáveis por meio do mesmo, sempre focando os posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais a respeito do tema.

A pretensão da pesquisa realizada não é impor medida exageradamente protetiva ao exeqüente ou executado e muito menos imprimir verdades absolutas a respeito do tema. Objetiva-se sim, ajustar a relação jurídica processual executiva ao modelo constitucional que lhe foi proposta, ou seja, instrumento por intermédio do qual se presta tutela jurisdicional adequada, tempestiva e efetiva.

1 ATIVIDADE EXECUTIVA

1.1 Processo de conhecimento, atividade cognitiva, processo de execução e atividade executiva

O direito brasileiro, ao seguir a doutrina contemporânea adotou a diferenciação da prestação jurisdicional em processo de conhecimento e processo de execução.

Essa diferenciação baseia-se simplesmente na espécie de atividade preponderantemente realizada nesses processos. O processo de conhecimento seria aquele destinado a declarar a existência de um direito mediante uma atividade cognitiva do juiz, enquanto que o processo executivo é voltado para a realização de direitos já declarados.

Dessa forma, no processo de conhecimento, segundo Liebman (1986, p. 43), o juiz examina a lide proposta em juízo, “para o fim de descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso”. Daí falar que no citado processo o juiz “transforma fato em direito”.

A atividade cognitiva implica em verdadeira atividade intelectual. O juiz investiga fatos ocorridos anteriormente e define a norma jurídica que lhe é aplicável. O magistrado chega a ser comparado pela doutrina a um historiador que “reconstrói e avalia atos do passado”.

Nos dizeres de Kazuo Watanabe (2000, p.58-59):

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo o resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.

A função cognitiva prepondera no denominado processo de conhecimento; que detém cunho declaratório de direitos, declaração esta embasada em vasta análise dos elementos expostos no referido processo. Aliás, “na abertura da demanda se mostra impossível dá-la logo como procedente, *a priori*, e com razão o autor, o que dependerá do desfecho favorável da causa, de juízo enunciado *a posteriori*”. (ASSIS, 2000, p. 64)

Por outro lado, prepondera no processo executivo a denominada atividade executiva, compreendida como uma atividade prevalentemente material, onde se busca um resultado prático, fisicamente concreto. Não há discussão sobre procedência da pretensão do exequente, ou seja, não ocorrerá análise de mérito.

A atividade do juiz visa “produzir na situação de fato as modificações necessárias para pô-la de acordo com a norma jurídica reconhecida e proclamada no título executivo”. (THEODORO JÚNIOR, 2005, p. 50)

Nesse sentido, Liebman (1986) entende que aludida atividade consiste em operações práticas e necessárias para efetivar o conteúdo da norma jurídica aplicável ao caso. A partir desse entendimento se pode concluir que no processo executivo o juiz “transforma direito em fato”.

Consoante Araken de Assis:

Tem o ato executivo de peculiar, distinguindo-o, destarte, dos demais atos do processo e dos que do juiz promanam, a virtualidade de provocar alterações no mundo natural. Objetiva a execução, através de atos deste jaez, adequar o mundo físico ao projeto sentencial, empregando a força do Estado (art. 579 do CPC). Essas modificações fáticas requerem, por sua vez, a invasão da esfera jurídica do executado, e não só do seu círculo patrimonial, porque, no direito pátrio, os meios de coerção se ostentam admissíveis. A medida do ato executivo é seu conteúdo coercitivo.
(ASSIS, 2000, p. 84)

Importante sublinhar que é possível a existência de atividade executiva fora do processo executivo e atividade cognitiva fora do processo de conhecimento, ainda que neste último caso em menor grau. Tais atividades podem também estar aglutinadas num mesmo processo.

Desse modo, há atividade executiva fora do processo executivo no caso das ações que tratam das tutelas específicas das obrigações de fazer e não fazer previstas no art. 461 do Código de Processo Civil.

A contrario senso, existe certa atividade cognitiva no processo executivo quando da oposição de exceções ou objeções de pré-executividade, defesa endoprocessual através da qual pode o executado argüir matérias cognoscíveis de ofício pelo magistrado, assunto a ser abordado com mais destreza adiante.

E por fim, denota-se a coexistência dessas duas atividades em uma única relação jurídica processual, no caso, v.g. da ação executiva *lato sensu*. Trata-se de ação em que a efetivação da sentença de procedência dispensa nova

demanda; sua execução tem vez no próprio processo em curso, independentemente até de requerimento do interessado (WAMBIER, 2000).

Assim, é correto afirmar que a dicotomia “processo de conhecimento – processo de execução” está sofrendo certa relativização. Para Kazuo Watanabe (2000, p. 49):

[...] os processos de conhecimento e de execução não podem ser considerados em compartimentos estanques. Como ficou acima salientado, em vários processos de conhecimento (mandamental e executivo lato sensu, v.g.), os atos de atuação do direito declarado são realizados no mesmo processo em que se deu a cognição, havendo neles, portanto, a aglutinação do conhecimento e da execução.

Com a moderna e iminente necessidade de se atribuir maior efetividade ao processo executivo a legislação processual vem passando por algumas reformas que relativizam ainda mais o binômio processo de conhecimento – processo de execução.

Atualmente, com a criação das denominadas tutelas específicas das obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa, e do novo procedimento de execução de sentença condenatória, as atividades cognitiva e executiva são realizadas em uma mesma relação jurídica processual, homenageando-se a efetividade e celeridade do processo.

1.2 Princípios norteadores da atividade executiva

Em todos os ramos do direito, inclusive no processual, existem regras gerais que norteiam uma boa aplicação do direito material para a solução de conflitos. Esses valores são pré-estabelecidos consensualmente em determinado sistema. São os denominados princípios.

Ao tratar da atividade executiva imprescindível analisar os princípios a ela inerentes, sem, entretanto, excluir os princípios gerais do direito.

Segundo Araken de Assis (2000), a doutrina brasileira traz distinção entre princípios informativos e fundamentais. Os primeiros são invariáveis, de ordem universal. Os últimos, no entanto, possuem carga ideológica, suscetíveis a mudanças em seus respectivos ordenamentos concretos.

Os princípios a serem analisados abaixo fazem parte do segundo grupo, espelhando valores específicos da atividade executiva, adquiridos ao longo do tempo e de sua aplicação em diversos modelos processuais.

1.2.1 Princípio da realidade da execução ou patrimonialidade

Desse preceito esculpido no art. 591 do Código de Processo Civil extrai-se uma única idéia: toda execução é real, salvo casos excepcionais de coerção pessoal previstos em nosso ordenamento jurídico.

A palavra real é utilizada no sentido de *res*, coisa. Desse modo, toda execução recai sobre o patrimônio do devedor, tanto o presente quanto o futuro para a integral satisfação da obrigação.

Trata-se de grande evolução do Direito, que nos remonta às regras de direito romano que não eram favoráveis ao devedor. As sanções aplicáveis ao devedor eram corporais e desumanas. Segundo Dinamarco (2000, p. 32):

Os romanos, ao menos no período arcaico de seu direito processual (período da *legis actiones*, que perdurou até o século II a. C.), não haviam aprendido a distinguir entre o corpo e o patrimônio das pessoas, de modo que, por exemplo, aquele que se obrigara mediante o *nexum* ficava ligado ao credor por um estreitíssimo vínculo pessoal; no caso de quebra da palavra empenhada, deveria responder pela infidelidade.

Atualmente, a atividade executiva sofre uma série de limites em função dos valores que a norteiam, os chamado direitos da personalidade. Essa concepção é resultado de longos anos de influência de ideais cristãos e sociológicos no direito e na mentalidade dos povos.

Desse modo, “ao cumprir sua tarefa nas várias espécies de execuções, os órgãos do poder judiciário devem, com formas e meios diferentes, afetar o patrimônio do devedor no propósito de satisfazer à sua custa o direito do credor.” (LIEBMAN, 1968, p. 28).

Denota-se que o devedor é impelido a satisfazer a obrigação com incidência de constrição sobre seu patrimônio pessoal. O objeto da execução, dessa forma, são os bens do devedor, “compreendido este conceito em seu sentido mais amplo, como qualquer valor jurídico capaz de ser transferido do patrimônio do obrigado para o patrimônio do credor [...]” (SILVA, 2002, p. 70)

Entretanto, conforme a parte final do citado artigo, “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presente e futuros, *salvo as restrições estabelecidas em lei*”. Isso implica dizer que este princípio sofre mitigação frente situações legalmente previstas.

Uma delas é a prevista no inciso LXVII do art. 5º da Carta Magna. O legislador constituinte estabelece forma de coerção pessoal em casos de “[...] inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia [...] e depositário infiel”.

Nesses casos o inadimplente poderá ser compelido a cumprir sua obrigação através da prisão civil.

1.2.2 Princípio do resultado ou da máxima utilidade da execução

A atividade executiva deve ser útil ao credor, promovendo a satisfação de seu direito. Isto implica dizer que a atividade executiva se destina a obter um resultado mais próximo do que se teria, caso o devedor cumprisse sua obrigação espontaneamente.

Segundo Luiz Rodrigues Wambier (2000, p. 128-129), aludido princípio nada mais é do que corolário lógico da garantia da inafastabilidade da tutela jurisdicional:

Normalmente se aponta como peculiaridade do processo executivo a diretriz pela qual a execução deve redundar em proveito do credor, no resultado mais próximo que se teria caso não tivesse havido a transgressão de seu direito. Essa orientação, porém, não é mais do que desdobramento do princípio da máxima utilidade da atuação jurisdicional, sintetizada na célebre afirmação de que o processo deve dar a quem de direito tudo aquilo e exatamente aquilo a que tem direito, inerente à garantia da inafastabilidade da adequada tutela jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV).

Desse modo, o processo executivo é um processo de “desfecho único”¹, ou seja, tem por escopo a satisfação do crédito do exeqüente. Consoante Dinamarco esse é um traço marcante na diferenciação entre processo executivo e cognitivo:

1 Importante ressaltar que essa idéia de “desfecho único” sofre verdadeira mitigação, notadamente quando da ausência de pressupostos necessários à realização da execução. Nesses casos o processo executivo se frustra e não produz satisfação de direitos de qualquer das partes, extinguindo-se anormalmente.

A tutela executiva quando efetivamente produzida, reverte exclusivamente em favor do demandante, que é o exeqüente (ou credor, segundo o Código de Processo Civil). Essa é uma grande diferença funcional entre o processo executivo e o de conhecimento, sabendo-se que neste prepondera a nota da bipolaridade, segundo a qual a tutela jurisdicional cognitiva será concedida ao autor e ao réu, conforme tenha razão um ou outro; a execução forçada tem desfecho único, porque ou produz uma tutela jurisdicional ao exeqüente (entrega do bem, satisfação do direito) ou se frustra e não produz tutela plena a qualquer das partes[...]
(DINAMARCO, 2004, p. 54)

Para Luiz Rodrigues Wambier, pode-se obter a efetivação desse princípio através de algumas medidas previstas no Código de Processo Civil, como a imposição de multa diária, na execução das obrigações de fazer e não fazer (arts. 644 e 645); o arresto de bens do devedor não localizado (art. 653); sanção ao devedor que age deslealmente (art. 600).

A máxima utilidade funciona como diretriz genérica para todos os momentos do processo executivo, limitando os seus atos a uma maior rigorosidade. Nenhum ato inútil, como por exemplo, a penhora de bens cujo resultado seja totalmente absorvido pelo pagamento das custas da execução, pode ser realizado (art. 659, §2º do Código de Processo Civil).

Nesse diapasão pode-se dizer que a execução é específica, dar-se-á ao credor aquilo que ele efetivamente tem direito, atingindo-se a máxima utilidade do processo executivo.

1.2.3 Princípio do menor sacrifício do executado

Como já dito anteriormente, o processo executivo objetiva a satisfação do crédito do exeqüente. Para que isso se efetive, em regra, passa-se a constrição do patrimônio do executado. Contudo, ao lado da preocupação com a efetividade da execução, deve-se buscar sempre o caminho menos oneroso para o devedor.

A grande maioria desses pressupostos, sendo matéria de ordem pública sobre a qual as partes não têm disponibilidade, são passíveis de controle *ex-officio* pelo juiz. Podem também ser invocados por meio de exceção ou objeção de pré-executividade, assunto a ser abordado posteriormente.

Assim, como se admite, ainda que excepcionalmente, defesa dentro do processo de execução, o desfecho do mesmo pode ser a sua extinção e não a satisfação de direitos.

Consoante art. 620 do Código de Processo Civil, “quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo meio menos gravoso para o devedor”.

Assim, dentre os meios utilizados para resguardar seu direito, o exeqüente deve buscar aquele que importar menor sacrifício ao executado, tendo em vista que não se almeja a sua punição.

Trata-se de limitações impostas pelo ordenamento para que a execução seja equilibrada. Nesse sentido:

Constituem também limite político à execução o disposto no art. 620 do Código de Processo Civil e o conjunto de disposições que gravitam em torno da idéia fundamental de torná-la tão suportável quanto possível ao devedor e seu patrimônio.

É em nome dos valores humanos, éticos, políticos e econômicos alojados à base do sistema executivo (esp. os direitos da personalidade: v. supra, n. 184) que a lei busca o adequado equilíbrio entre os interesses das partes em conflito, para que a execução seja tão eficiente quanto possível, com menos sacrifício possível ao patrimônio do devedor[...].

(Dinamarco, 2000, p. 307)

Para Luiz Wambier (2000), o disposto no art. 620 nada mais é do que uma manifestação do princípio da proporcionalidade, que norteia todo direito. Por este princípio, sempre que houver necessidade de detrimento de um direito em benefício de outro se deve levar em conta os limites do estritamente necessário.

Existem mecanismos no ordenamento jurídico processual através dos quais denota-se claramente a influência desse pensamento, também tratados por Wambier (2000, p. 131):

(I)o direito de o devedor nomear bens à penhora(...);

(II) o direito de o devedor pedir a substituição do bem penhorado por dinheiro, a qualquer momento (art.668);

(III) o direito de o devedor ficar como depositário dos bens penhorados [...];

(IV) a proibição de arrematação de bens do devedor por preço vil (art. 692);

(V) a impenhorabilidade de certos bens do devedor (arts. 649 e 650; Lei 8.009/90), etc.

Todavia, é necessário cautela na aplicação desse princípio, afinal, não se deve negar tutela jurisdicional àquele que tem seu direito insatisfeito, ou seja, o

credor, sob pena de “afrouxamento do sistema executivo”, nos dizeres de Dinamarco. Para ele:

É preciso distinguir entre o devedor infeliz e de boa-fé, que vai ao desastre patrimonial em razão de involuntárias circunstâncias da vida, e o caloteiro chicanista, que se vale das formas do processo executivo e da benevolência dos juízes como instrumento a serviço de suas falcatruas. Infelizmente, essas práticas são cada vez mais freqüentes nos dias de hoje, quando raramente se vê uma execução civil chegar ao fim, com a satisfação do credor. Quando não houver meios mais amenos para o executado, capazes de conduzir à satisfação do credor, que se apliquem os mais severos.
(DINAMARCO, 2004, p. 58)

O disposto no art. 620 do Código de Processo Civil deve ser interpretado à luz da garantia constitucional de acesso à justiça, prevista no art. 5º, inciso XXXV, sob pena de levar o processo executivo a total ineficiência e violar referida garantia.

Necessário, portanto, que se encontre equilíbrio entre o direito do credor, que almeja a satisfação de sua pretensão, e a preservação ao patrimônio do devedor, que não deve ser sacrificado além do necessário.

Ademais, relevante ressaltar que é exatamente em razão do princípio em exame, que se permite, em situações excepcionais, a veiculação de defesas por parte do executado, ainda que tais defesas inexistam no ordenamento jurídico brasileiro.

Segundo Shimura (1997, p. 72), “nas situações que se mostram evidentes a ilegalidade e impertinência da demanda executiva, não é justo permitir-se a invasão ao patrimônio do devedor”, para tão somente depois abrir-se possibilidade de defesa.

É o caso da objeção ou exceção de pré-executividade, reconhecida pela doutrina e jurisprudência. Por meio desta, permite-se que o executado, sem a necessidade de garantia de juízo, suscite questões passíveis de controle *ex officio* pelo magistrado.

1.2.4 Princípio da disponibilidade

Tendo o processo executivo como fundamento a satisfação integral do direito do credor, é lógica a idéia de que pode ele dispor do mesmo quando bem

entender. Diferentemente do que ocorre no processo cognitivo, onde o réu também tem interesse na solução do litígio e na extinção das incertezas, a execução objetiva o benefício exclusivo do credor.

Este princípio encontra-se expresso no art. 659, “caput”, do Código de Processo Civil, o qual, nos dizeres de Araken de Assis (2000, p. 103) “torna ineficaz objeções do devedor à desistência formulada pelo credor da execução ou de alguma medida executiva”. Isso ocorre porque a lei, consubstanciada nos princípios norteadores da atividade executiva, conferiu ao exeqüente amplos poderes de disposição.

Importante ressaltar que a extinção do processo decorrente de desistência por parte do exeqüente não implica em renúncia ao crédito, portanto, não impede a proposição de nova execução baseada no mesmo título executivo.

Entretanto, o credor que desistir da ação arcará com as despesas processuais e honorários advocatícios, em favor do executado, os quais serão arbitrados pelo juiz, nos termos do art. 20, § 4º.

Vale dizer, que a desistência da ação deverá ser homologada pelo juiz, conforme art. 158, parágrafo único do Código de Processo Civil.

1.2.5 Princípio do respeito à dignidade humana

Evidente que como toda e qualquer relação jurídica processual, o processo executivo deve respeitar a dignidade humana, princípio consagrado constitucionalmente no art. 1º, III.

O art. 649 do Código de Processo Civil, consubstanciado nesse princípio traz algumas limitações quanto à penhorabilidade dos bens do devedor. A intenção do legislador processualista foi dar sim, efetividade à execução, porém, sem ofender à dignidade do devedor que é humano.

O processualista moderno está cada vez mais preocupado em garantir às partes a efetiva aplicação das garantias constitucionais no processo civil brasileiro. Por isso, também há falar da aplicação desse princípio ao credor, que por muitas vezes tem sua dignidade violada pela patente ineficácia da execução

E é nesse sentido que Marcelo Lima Guerra (2003) se posiciona, entendendo que o credor possui como direito fundamental uma tutela executiva efetiva, bem como a uma duração razoável do processo.

Direito fundamental a tutela executiva, significa que esta deve ser prestada com a finalidade de se obter um resultado mais próximo do que se teria, caso o devedor cumprisse sua obrigação espontaneamente, satisfazendo-se integralmente o direito consagrado no título executivo.

[...] o que se denomina direito fundamental à tutela executiva corresponde, precisamente, à peculiar manifestação do postulado da máxima coincidência possível no âmbito da tutela executiva. No que diz com a prestação de tutela executiva, a máxima coincidência traduz-se na exigência de existam meios executivos capazes de proporcionar a satisfação integral de qualquer direito consagrado em título executivo. (GUERRA, 2003, p. 102)

No tocante ao segundo direito fundamental citado, a razoabilidade da duração do processo será determinada caso a caso, consubstanciando-se na complexidade da causa, comportamento das partes e atuação dos órgãos estatais.

Portanto, somente com a prestação de tutela executiva efetiva e tempestiva para o exeqüente, observando-se os limites do estritamente necessário para não onerar excessivamente o executado, é que se atingirá o equilíbrio perfeito entre as partes e o cumprimento da garantia constitucional da dignidade humana.

1.2.6 Princípio do título

Princípio consagrado nos arts. 583 e 618, inciso I do Código de Processo Civil, traduz-se no conhecido brocardo latino *nulla executio sine titulo*, o que nada mais quer dizer que é nula a execução sem título executivo que a anteceda.

Entende-se que a necessidade de existência de um título executivo coopera para que se implemente uma das condições da ação. Conforme Dinamarco (2004, p. 200):

O binômio inadimplemento – título, cultivado pelo Código de Processo Civil, encaixa-se na teoria processual mediante assimilação ao binômio necessidade – adequação, porque sem o inadimplemento nenhuma tutela é admissível, por ser desnecessária e sem o título poderá ser admissível alguma tutela, mas não será executiva. Daí dizer-se que o título coopera para a caracterização da condição conceituada como interesse de agir e, mais precisamente, para a configuração do interesse adequação.

Nesse sentido, também entende Greco Filho (2000, p. 23) que:

O título é essencial a qualquer execução (*nulla executio sine titulo*). O credor (ou pretense credor) que proponha a execução sem título dela é carecedor por falta de interesse de agir, porque só o título torna adequado o processo de execução e suas medidas executivas.

Entretanto, Araken de Assis (2000) preleciona que se trata apenas de pressuposto específico de validade do processo de execução. Este sempre se baseará em um título executivo; sua ausência gera invalidade. Dessa forma, deve o credor exhibir um dos documentos contidos no rol dos arts. 584 e 585 do Código de Processo Civil, sob pena de ter decretada a inépcia de sua exordial.

Não obstante discussões a respeito, é inequívoco que, com as mudanças ocorridas no processo civil brasileiro, o princípio em questão está em crise. Para melhor compreensão, se faz necessário tecer alguns comentários.

É sabido que, consoante à classificação das ações, o processo de conhecimento se destina a declarar a existência de um direito afirmado por uma das partes, ou seja, diz “quem tem razão”. Já o processo de execução visa a concretizar tais direitos anteriormente declarados.

A tutela executiva, dessa forma, necessitaria de anterior declaração do direito do credor, ou da coisa julgada material. Por isso ideou-se o princípio da *nulla executio sine titulo*, para deixar evidente que não poderia existir execução sem título, onde estaria declarado o direito.

Segundo Marinoni (2000, p. 23), atrás de aludido princípio “está escondida a idéia de que a esfera jurídica do devedor não pode ser atingida sem a realização plena do princípio do contraditório.”

Ademais, pressupõe a idéia de que a execução depende de anterior cognição exauriente, pois apenas com esta se alcança a certeza jurídica, pressuposto “lógico-jurídico” para a instauração da execução.

Notou-se, todavia, que esse procedimento não se apresentava adequado e hábil à solução de todas as pretensões de direito material propostas pelos cidadãos perante o Judiciário. Dessa maneira, foi necessário criar tutelas de urgência, que permitem que o processo atinja sua finalidade precípua; ser eficaz.

Frente a essas novas exigências de provimento jurisdicional o princípio em exame não é mais absoluto. Atualmente, faz-se distinção entre atividade

executiva e processo de execução. Aquela é expressão mais ampla do processo de execução, sua essência é a modificação da realidade para a satisfação de direitos.

Toda vez que existir modificação da realidade para satisfação de direitos, há atividade executiva. Todavia, algumas ações, embora não sejam de execução, tem atividade executiva. Assim, é possível que ocorra atividade executiva sem a existência de um título executivo.

As novas exigências de tutela jurisdicional, responsáveis inclusive, pela transformação da tutela cautelar em técnica de sumarização, transformaram o princípio da *nulla executio sine titulo* em mito. Recorde-se que a tutela antecipatória, em diversos casos, antecipa a execução forçada[...]

Não há qualquer razão, digna de consideração, que impeça que um provimento sumário constitua título executivo. Abrir a via executiva a um direito não é uma consequência da sua existência, mas uma simples opção pela sua realização prática. Assim, é certo, a tutela jurisdicional passa a ser muito mais execução do que declaração e coisa julgada material.

(MARINONI, 2000, p. 24-25)

Portanto, é correto afirmar que a imprescindibilidade do título executivo não é mais requisito para a existência de atividade executiva, visto que esta pode ser realizada inclusive em processos que não são de execução.

1.2.7 Princípio do contraditório

Superada está a noção de processo executivo sem contraditório. O equívoco da antiga idéia residia em não se perceber que não há análise do mérito do crédito do exequente no processo em questão, ou seja, o juiz não analisa se o exequente ao afirmar seu crédito tem razão ou não.

Joaquim Munhoz de Mello em nota a Enrico Tullio Liebman (1986, p.44), expõe que:

O autor não deve ser mal interpretado quando afirma não haver contraditório na execução. Refere-se ao contraditório sobre o direito do credor, estampado no título, que só pode ser objeto de discussão “em novo processo de cognição de caráter incidente”, a que os embargos do devedor dão lugar.

Destarte, há que se reconhecer a existência de contraditório na execução. Trata-se de condição indispensável para efetividade do princípio do menor sacrifício do devedor. Impossível sustentar que se assegura ao executado a não imposição de onerações excessivas, e em contrapartida não lhe são dados instrumentos para exercer esse direito.

Ademais, a possibilidade de qualquer das partes suscitarem questões cognoscíveis de ofício pelo juiz encontra-se fundada na existência do contraditório na execução. Para Luiz Rodrigues Wambier (2000, p. 132):

Seria ilógico dizer que o juiz pode conhecer dessas matérias na execução, mas a parte não têm direito de suscitá-las: todo poder conferido ao agente público traz consigo o dever de seu exercício (função) – e as partes têm o direito de provocar o cumprimento desse dever.

Por outro lado, também é dado ao exeqüente participar de todos os atos e etapas do processo executivo, tendo em vista a presença do contraditório.

Por fim, importante destacar que é em homenagem a efetivação desse princípio que a doutrina e a jurisprudência têm admitido o manejo de formas de defesa pelo executado diversas dos embargos à execução, como v.g., as exceções ou objeções de pré-executividade.

2 DAS FORMAS DE DEFESA NA ATIVIDADE EXECUTIVA

Defesa é palavra derivada do latim *defensa*, é aplicada em sentido amplo para indicar todos os meios que assistem a cada pessoa para contrapor-se aos ataques dirigidos à sua pessoa ou a seus bens, em virtude dos quais opõe justa repulsa às ofensas físicas ou jurídicas, pelos mesmos intentados.

Na técnica processual, por defesa entende-se toda produção de fatos ou dedução de argumentos apresentada por uma pessoa em oposição ao pedido ou alegado por outrem, numa causa ou acusação. Compõe-se, assim, de alegações que procuram destruir as pretensões de outrem, quando investem contra o direito, ou anular as acusações, quando são imputadas a alguém.

Denota-se, que tanto em seu sentido mais amplo, quanto no sentido “processual” de seu significado, a defesa pressupõe prévio “ataque”. Daí, ser ato inerente ao pólo passivo da relação jurídica processual.

Dessa forma, o executado, ao ser acionado pelo exeqüente pode exercer o seu direito de defesa. Inicialmente, reconhecia-se como único meio de defesa os embargos, precedidos de segurança do juízo. Atualmente pode-se dizer que outras maneiras de opor-se à execução vêm sendo instituídas e utilizadas.

Segundo Sandro Guilbert Martins (2002), aludidas maneiras podem ser classificadas em defesa própria e defesa imprópria, que utiliza como critério a existência ou não de disciplina específica no ordenamento jurídico.

O grupo da defesa própria engloba apenas os embargos à execução em todas as suas modalidades, que pode ser denominada simplesmente como *defesa incidental*. O grupo da defesa imprópria é composto pela exceção ou objeção de pré-executividade ou *defesa endoprocessual* e pelas ações autônomas e prejudiciais à execução ou *defesa heterotópica*.

São maneiras distintas de opor-se à execução e se apresentam de forma concorrente, assegurando ao executado seu direito de defesa, sem, contudo, permitir incidentes protelatórios.

2.1 Processo de execução

Consubstanciando-se na idéia de que o contraditório se faz presente no processo executivo é que surge a discussão a respeito das formas de defesa do

executado.

Sabe-se que em todo processo, há, imprescindivelmente, duas partes; uma que invoca para si proteção do Poder Judiciário e conseqüentemente prestação jurisdicional que lhe seja favorável – autor – e em face de quem – réu – essa proteção e prestação é exigida. Ao convocar o réu a participar do processo, o autor define o pólo passivo do processo. Aquele se sujeitará aos efeitos deste processo.

Nesse contexto, percebe-se claramente o exercício do direito de ação e defesa. Ambos, pelo modelo proposto constitucionalmente são atividades equivalentes e garantias do devido processo legal, devendo ser respeitados².

Não obstante tais considerações, importante ressaltar que ao se mencionar processo de execução, essas garantias devem ser compatíveis com essa espécie de processo. Nesse sentido:

Atua o Estado, na execução, como um substituto, promovendo uma atividade que competia originariamente ao devedor exercer e que consiste na satisfação da prestação a que tem direito o credor. Logo, se a característica fundamental deste processo é a realização, está ele comprometido com a efetividade que dele se espera. De outro lado, deve ser permitida a defesa para o executado – que também tem direito a uma tutela jurisdicional –, desde que o exeqüente não venha a sofrer com a possibilidade de o executado obstaculizar o processo de forma vil, abusando do seu direito de defesa.
(MARTINS, 2002, p. 77)

Portanto, necessário buscar equilíbrio entre o resultado que se espera do processo executivo – satisfação do exeqüente – e a possibilidade de defesa do executado assegura constitucionalmente.

2.1.1 Da defesa incidental: embargos à execução

De início importante ressaltar que perante as inovações trazidas pela Lei 11.232, de 22 de dezembro de 2005, os embargos à execução somente têm

² O que se denomina *tutela constitucional do processo*. “A tutela constitucional do processo tem o significado e escopo de assegurar a conformação dos institutos do direito processual e o seu funcionamento aos princípios que descendem da própria ordem constitucional”. (DINAMARCO, 2000, p. 25)

cabimento no processo de execução de título extrajudicial e no processo de execução contra a Fazenda Pública.

No tocante à execução de título judicial nova forma de defesa foi disciplinada por referida lei o que será abordado mais detalhadamente adiante.

A palavra embargo, derivado do verbo *embargar*, que se atribui originado do baixo latim *imbarricare*, em sentido amplo significa todo e qualquer *impedimento, obstáculo* ou *embaraço* posto em prática por uma pessoa, a fim de que evite que outrem possa agir ou fazer alguma coisa, que não é de seu interesse ou que lhe contraria o direito.

“No uso comum dos operadores do direito o vocábulo *embargos* designa a iniciativa do executado que se opõe à execução, mas designa também o processo que se forma a partir dessa iniciativa” (DINAMARCO, 2004, p. 637)

Isso implica dizer que no ordenamento jurídico brasileiro os embargos à execução ou embargos do executado são utilizados como forma de defesa no processo executivo por iniciativa do executado-embargante, sujeito um procedimento próprio e com seu término marcado por sentença que aprecia a pretensão do embargante.

Consoante Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 637):

Ele é mais precisamente, um processo de conhecimento, uma vez que os resultados a serem produzidos virão de uma sentença de mérito – sendo notório que só no processo de conhecimento se produzem sentenças sobre o mérito, ou seja, sentenças decidindo sobre a existência, inexistência ou modo de ser de uma relação jurídica. O mérito do processo é a pretensão oposta pelo executado como resistência à execução, a qual nem sempre coincide com o mérito da própria execução.

Daí surge a celeuma a respeito da natureza jurídica³ dos embargos. Não obstante entendimento contrário, predomina na doutrina o entendimento de que os embargos constituem verdadeira ação, cujo exercício se dá incidentalmente ao processo de execução.

3 Para Alberto Camiña Moreira (2001, p. 14-15) os embargos não formam outra relação processual, mas se apresentam de forma incidental, fazem parte daquilo que incidem, isto é, “[...] passam a fazer parte do processo de execução, que, assim, tem sua cognição dilatada, ampliada.” “[...] o fenômeno que se detecta é o da ampliação da cognição, latente em todo o processo de execução, mormente nos processos de execução de título extrajudicial.”

Dizia Liebman (1986, p. 216) que trata-se de “*ação incidente do executado* visando anular ou reduzir a execução ou tirar ao título sua eficácia executória.” (grifo nosso)

A natureza de ação caracteriza-se por constituir verdadeiro processo, com procedimento próprio e término depois de proferida sentença de mérito. Ademais, é um processo incidental porque tem como razão de ser um outro processo – o de execução – e produzirá efeitos que incidirão sobre este.

Para admissibilidade dos embargos a lei impõe pressupostos gerais – condições da ação e pressupostos processuais – e específicos que devem ser atendidos, como a segurança do juízo⁴ (CPC, art. 737) e tempestividade⁵ (CPC, art. 738).

No tocante ao objeto de cognição dos embargos, pode-se analisar o instituto subdividindo-o.

Ao tratar dos embargos à execução fundada em título judicial contra a Fazenda Pública o Código de Processo Civil disciplinou de forma restrita as matérias argüíveis. Isso porque não se pode abordar matérias que foram ou deveriam ter sido objeto do procedimento que levou à formação do título.

Essas matérias estão previstas no art. 741 do diploma legal acima mencionado. Consoante Humberto Theodoro Júnior (2005), esses fundamentos, basicamente, podem ser de conteúdo formal – como por exemplo vícios da citação, incompetência – bem como material, quando relacionado com a existência do próprio crédito, como *v.g.* pagamento.

Quanto aos embargos à execução fundada em título extrajudicial toda e qualquer matéria de defesa que seria lícita deduzir no processo de conhecimento, pode ser veiculada por meio do instituto (CPC, art. 745), inclusive as previstas no

4 A eficácia abstrata do título executivo em razão da qual a execução tem início sem se fazer qualquer verificação da existência do crédito, é o suporte sistemático da técnica empregada nos sistemas executivos em geral, consistente em primeiro exercer uma constrição sobre o bem, para só depois autorizar-se a oposição de embargos pelo executado. Essa é uma linha de equilíbrio elaborada ao longo da história do direito executório, mediante a qual não se tolhe ao executado o exercício da defesa, constitucionalmente garantida, mas também não se debilita a eficácia do título, o que ocorreria se os embargos antecedessem os atos de constrição. (DINAMARCO, p. 647)

5 O prazo para a propositura dos embargos é de 10 (dez) dias, contados a partir dos termos iniciais previstos no próprio art. 738 do Código de Processo Civil. Trata-se de prazo próprio, ou seja, sua inobservância gera preclusão da faculdade de embargar. E Araken de Assis (2000, p. 1073) acrescenta que “o prazo é peremptório, ou seja, inalterável, para mais ou menos através de convenção das partes (art. 182, *caput*, 1ª parte), ressalva feita à dilação ordenada pelo juiz, que poderá prorrogá-lo até sessenta dias, ou mais.”

art. 741 do Código de Processo Civil. Dessa forma, como nesses casos o direito do credor ainda não foi discutido em juízo, admite-se defesa mais ampla⁶.

E por fim, necessário destacar o efeito suspensivo⁷ dos embargos à execução. Estes ao serem recebidos, promovem de imediato a suspensão do processo executivo (CPC, art. 739, § 1º).

Suspender a execução significa que nenhum ato executivo deve ser realizado enquanto perdurar a suspensão, sob pena de ineficácia dos atos praticados. Todavia, o próprio Código de Processo Civil disciplina que as “providências cautelares urgentes” podem ser ordenadas pelo juiz mesmo durante a suspensão do processo.

2.1.2 Da defesa prejudicial ou heterotópica: ações autônomas e prejudiciais ao processo de execução

É cediço que o processo de execução comporta forma de defesa direta como a exceção de pré-executividade e outra forma incidental denominada embargos do devedor.

Não obstante a existência de referidas defesas, pode o executado, por vezes, não se opor contra a execução por não atender os requisitos de uma ou outra defesa.

Situação que demonstra claramente essa possibilidade é aquela em que o devedor cumpriu a obrigação constante no título executivo, no entanto, não possui recibo da quitação e, ainda, não possui bens para garantia do juízo. O executado, desse modo, não poderá fazer uso das exceções de pré-executividade, tendo em vista que será necessário um grau de cognição que não se permite no processo de execução e muito menos dos embargos à execução perante a ausência de um de seus requisitos de admissibilidade; a segurança do juízo.

⁶ Segundo Luiz Rodrigues Wambier (2000, p. 308), referidos embargos são mais amplos, pois, “não tendo havido oportunidade de exercício de contraditório em juízo, antes da formação do título, seria inconstitucional qualquer limitação à matéria argüível [...]”

⁷ Os embargos quando opostos sempre têm efeito suspensivo, independentemente do fundamento utilizado pelo embargante e nos dizeres de Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 692) “o efeito suspensivo dos embargos é uma mitigação da *eficácia abstrata do título executivo*, a qual legitima a prática dos atos iniciais de constrição sobre bens sem qualquer prévia verificação da existência do crédito pelo juiz da execução [...]”

No caso em exame, é permitido o uso de defesas denominadas heterotópicas. Sandro Gilbert Martins (2002, p. 104-105) optou por denominar dessa forma aludidas defesas, pois estas não se encontram disciplinadas no Livro II que trata do processo de execução, mas sim em tópicos próprios.

É também denominada de defesa prejudicial pois essas ações versam, basicamente, sobre questões prejudiciais à execução. Vale dizer que o resultado da execução ficará condicionado ao teor do julgamento dessas questões prejudiciais⁸.

O manejo da defesa heterotópica também é questionado nos casos em que o executado deixou transcorrer o prazo dos embargos sem opor o mesmo – seja por perda do prazo ou por ter optado em não opor os embargos – ou opondo-os tenha deixado de argüir alguma matéria de defesa e queira assim proceder posteriormente. Conforme leciona Sandro Gilbert Martins (2002, p. 103):

É evidente, pois, que os embargos e a exceção de pré-executividade são meios de defesa que ainda se apresentam insuficientes a bem conferir uma tutela em favor do executado, visto as situações que permaneceriam a descoberto, as quais poderiam proporcionar injustiças ao executado que não mereça sofrer os reflexos dos atos executivos.

E é da interpretação de alguns dispositivos legais que se extrai a autorização para o manejo dessas defesas. O artigo 38 da Lei de Execuções Fiscais – 6.830/80 – admite expressamente a discussão da obrigação contida no título executivo – Certidão de Dívida Ativa – por meio de outras ações, como a ação anulatória de título executivo.

O Código de Processo Civil também dispõe a respeito, mesmo que de forma indireta, no § 1º do artigo 585, quando permite ao executado “a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo.”

Inevitável então reconhecer que o ordenamento jurídico vigente admite outras possibilidades de o executado opor-se à execução, que é propriamente o uso das ações autônomas, que em última análise possuem os mesmos objetivos dos embargos, quais sejam o fim da execução ou a sua adequação aos limites do título executivo.

⁸ Nesse contexto, pode-se falar da existência de duas questões; a questão prejudicial e a prejudicada. Aquela é antecedente lógico e necessário a esta. Isso quer dizer que a solução da questão prejudicada será influenciada pelo que antes foi determinado na análise da questão prejudicial.

2.1.3 Da defesa endoprocessual: exceção ou objeção de pré-executividade

Como tema central desse trabalho o assunto será abordado mais especificadamente no capítulo III do mesmo.

2.2 Processo sincrético

Relevante tecer algumas considerações históricas e basilares a respeito do assunto a ser abordado.

A Constituição Federal como norma fundamental de todos os institutos previstos no ordenamento jurídico brasileiro, trouxe um modelo processual civil que está claramente estampado nas várias referências que faz a institutos processuais em diversos artigos.

Destarte, vincula o legislador infraconstitucional e o intérprete da lei processual civil e esse modelo.

Ao consagrar em seu artigo 5º, XXXV, o princípio do acesso à justiça indicou vetores a serem seguidos na forma de se garantir esse acesso. A afirmação de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, indica que é garantido a todo e qualquer cidadão tutela jurisdicional.

Essa tutela, porém, deve ser *efetiva, adequada e tempestiva*, sob pena de não se efetivar o princípio constitucional acima mencionado. Em última análise a tutela jurisdicional destina-se à solução de conflitos e pacificação social.

Kazuo Watanabe (2000, p. 30) leciona que:

O princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional inscrito no inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de denegação da justiça e também acesso à ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado, e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos na sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução.

O Código de Processo Civil Brasileiro teoricamente é muito bem estruturado, entretanto, na prática, esta construção teórica se mostrava insuficiente para resolver os problemas do jurisdicionado.

Sabe-se que ao exercer função jurisdicional o juiz pratica basicamente atividade cognitiva – conhece dos fatos apreciando as provas que lhe são apresentadas – , atividade executiva – ato preponderantemente material, onde se busca um resultado prático, fisicamente concreto – e atividade assecuratória, o que implica em assegurar resultado prático e eficiente de um outro processo.

Essa foi a sistemática adotada pelo Código de Processo Civil. O legislador optou por separar de forma radical a atividade do juiz em atividades distintas e em processos distintos⁹, contemplando-os, inclusive em livros distintos.

Assim, proclamou-se a autonomia dos processos e conseqüentemente do processo de execução.

Com a evolução da doutrina processual, adotando-se o que se denomina direito processual constitucional¹⁰ e a visão instrumentalista¹¹ do processo, percebeu-se que o modelo constitucional brasileiro exigido, ou seja, um processo civil de resultados¹², não foi atendido.

9 Na concepção tripartida preconizada por Enrico Túlio Liebman os processos se classificariam em processo de conhecimento, de execução e processo cautelar.

10 Conforme Cândido Rangel Dinamarco (2000, p. 26), a idéia fundamental que está alicerçando essa moderna visão dos processualistas “[...] consiste na preocupação pelos valores consagrados constitucionalmente [...]. Para ele, “[...] o processualista moderno adquiriu a consciência de que, como instrumento a serviço da ordem constitucional, o processo precisa refletir as bases do regime democrático nela proclamados[...]”.

11 A respeito, necessário destacar a evolução do direito processual como ciência. Até a primeira metade do século XIX a fase denominada sincrética ou imanentista caracterizou-se pela não diferenciação entre os planos material e processual do ordenamento jurídico. Os imanentistas consideravam o direito material essencial.

Esse sincretismo jurídico começou a ruir por volta da segunda metade do século XIX, tendo em vista o surgimento de vários questionamentos levantados em torno do instituto da ação e a formulação de teorias da relação processual. A partir de então, chegou-se à plena consciência da autonomia científica do direito processual em relação ao direito material. O marco dessa nova postura autonomista deu-se com a publicação da obra do jurista alemão Oskar Von Bülow, em 1868, denominada *Dieh Lehre Von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* (Teoria das Exceções e dos Pressupostos Processuais).

O direito processual civil, após fundada a ciência, delimitado o seu objeto e estabelecida suas premissas, encara atualmente uma postura instrumentalista. Os processualistas buscam atingir um processo civil de resultados; processo que mais do que instrumento de aplicação do direito substancial objetiva cumprir seus escopos sociais, políticos e jurídicos.

12 Marcelo Lima Guerra (2003, p. 102) entende que no caso da execução, esse processo de resultados se denomina direito fundamental à tutela executiva. Este, corresponde “[...] à peculiar manifestação do postulado da máxima coincidência possível [...]”. esta nada mais é do que a exigência de que existam meios executivos capazes de promover a satisfação do direito consubstanciado no título executivo. “[...] É a essa exigência, portanto, que se pretende

Aliás, um dos maiores obstáculos existentes para a efetividade da atividade executiva está na exigência da formação de uma nova relação jurídica processual após atividade cognitiva já realizada, isto é, a forma de execução de sentença condenatória contribui para a inefetividade do processo, o que contraria mandamentos constitucionais (MARTINS, 2002, p. 33).

Percebida a crise pela qual passava o processo executivo, o sistema processual começou a sofrer reformas que relativizou a sua total autonomia.

Com o objetivo de se atingir resultados justos, passou-se a acolher a possibilidade de aglutinação de cognição e execução em uma mesma relação jurídica processual, como por exemplo, os institutos da tutela antecipada (CPC, art. 273) e tutela específica (CPC, arts. 461 e 461-A) das obrigações de fazer, não fazer e de entrega de coisa.

Nesses casos adotou-se um modelo de *processo sincrético*, onde o juiz além de proferir sentença, dispõe de instrumentos para efetivá-la sem a necessidade de instauração de um novo processo. Isso quer dizer que o processo não mais se encerra com a sentença, mas com a satisfação do demandante. Destarte, a execução passa de um processo autônomo para uma mera fase lógica e complementar em um *processo sincrético*.

Para o professor Jesualdo Eduardo de Almeida Júnior (2006):

Nesta linha, supera-se, em certas situações, a dicotomia processual até então prevalecente pelo processo clássico, com a possibilidade de satisfação, através de atos executivos, no próprio processo de conhecimento. Através destas técnicas há um sincretismo processual: simultaneidade de cognição e execução no mesmo processo.

Recentemente, com a edição da Lei 11.232 de 22 de dezembro de 2005, ocorreu a ruptura final do binômio processo de conhecimento – processo de execução. Houve uma realocação de todas as atividades executivas relacionadas à sentença condenatória que antes faziam parte do Livro II – Do Processo de Execução – para o Livro I – Do Processo de Conhecimento.

‘individualizar’, no âmbito daqueles valores constitucionais englobados no ‘*due process*’, denominando-a *direito fundamental à tutela executiva* [...].”

É a denominada fase do cumprimento de sentença¹³, compreendida entre os artigos 475-I a 475-R do Código de Processo Civil. Em suma, seguem as principais inovações no que diz respeito ao procedimento dessa fase executiva.

Uma vez transitada em julgado a sentença condenatória – líquida ou promovida sua liquidação – que determine o pagamento em pecúnia, o devedor terá o prazo de quinze dias¹⁴ para efetuar o pagamento, sob pena de terem início as providências descritas nos parágrafos do art. 475-J do referido diploma legal.

O que se extrai de mencionado dispositivo é que o devedor, ciente de que se não realizar o pagamento no prazo legal, terá de fazê-lo acrescido de 10%, a título de multa. Em caso de pagamento parcial a multa dar-se-á na parte não observada.

A atividade executiva terá início por simples requerimento do credor nos autos, mediante apresentação da memória de cálculo e indicação de bens à penhora, sem a necessidade de citação do devedor. Denota-se que no procedimento em debate foi abolida a possibilidade de o executado indicar bens à penhora, o que agora fica a cargo do exeqüente.

Realizada a penhora e avaliação¹⁵ dos bens indicados pelo exeqüente, o executado deverá ser intimado (CPC, art. 475-J, §1º) na pessoa de seu advogado, observado o disposto nos artigos 236 e 237. Caso não seja possível, o executado será intimado pessoalmente ou na pessoa de seu representante legal.

13 Segundo Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 66), não se trata de qualquer sentença. As regras voltadas ao cumprimento da mesma são bem mais restritas. “[...] Elas se voltam, basicamente, ao cumprimento de uma específica classe de sentença, aquela que determina o pagamento em dinheiro [...]” Em se tratando de sentença que determine o cumprimento de uma obrigação de fazer ou de não fazer, bem como uma obrigação de entrega de coisa diversa de dinheiro, aplicar-se-á a esses casos as regras constantes nos artigos 461 e 461-A do Código de Processo Civil. Contudo, isso não significa dizer que nenhuma das novas regras introduzidas pela Lei 11.232/2005 poderão ser utilizadas no cumprimento dessas sentenças, como a impugnação do cumprimento de sentença.

14 O prazo de quinze dias para o pagamento voluntário, embora a lei não seja clara, deverá fluir a partir do momento em que a sentença condenatória ou acórdão a serem cumpridos reúnam eficácia suficiente, mesmo que parcialmente. Nos dizeres de Cássio Scarpinella Bueno (2006, p.77), “[...] desde que seja possível promover-se, [...] a ‘execução’ do julgado, este prazo de quinze dias tem fluência. Inclusive quando a hipótese comportar ‘execução provisória’.”

15 A lei inovou mais uma vez estabelecendo que incumbe também ao oficial de justiça a avaliação dos bens penhorados. Para Cássio Scarpinella Bueno (2006, p.90), é como se “a Lei 11.232/2005 tivesse inserido mais um inciso no art. 143, deixando bem claro que, dentre as diversas atribuições do oficial de justiça contidas naquele dispositivo, a ele cabe também a avaliação dos bens penhorados.”

Devidamente intimado, o devedor terá o prazo de quinze dias para oferecer impugnação, que se processará nos próprios autos ou em autos apartados, caso o juiz lhe tenha atribuído efeito suspensivo.

Nada impede, entretanto, que o executado maneje objeção ou exceção de pré-executividade, tema central do presente trabalho e que será abordado mais detalhadamente no próximo capítulo.

Por fim, o exeqüente terá “vista dos autos” para opor-se à impugnação. O juiz proferirá decisão a respeito, que desafia recurso de agravo de instrumento, exceto em caso de extinção da execução, onde o recurso cabível é o de apelação.

Esclarecidas as principais inovações no tocante ao procedimento de execução de sentença condenatória, importante observar que a efetividade do processo de execução somente será alcançada se ao lado das reformas o operador do direito tiver conduta compatível com os objetivos idealizados.

2.2.1 Da defesa endoprocessual: impugnação

Ao reformar o procedimento de execução de sentença condenatória o legislador processual contemplou uma nova forma de defesa do executado, a qual designou impugnação.

Nada obstante aludida impugnação tenha sido disciplinada no capítulo referente ao cumprimento de sentença proferida em execução por quantia certa, a doutrina entende possível a utilização dessa forma de defesa nos provimentos executivos instaurados para as obrigações de fazer, não fazer e entrega de coisa (CPC, arts. 461 e 461-A), conforme destaca Cássio Scarpinella Bueno (2006, p. 66):

[...] não significa dizer que nenhuma das novas regras não possa ser utilizada quando instado o devedor ao cumprimento daquelas outras sentenças. Penso que, em homenagem ao princípio do contraditório e da ampla defesa, o disposto nos art. 475-L e 475-M, que dizem respeito à impugnação do cumprimento de sentença, podem e devem ser utilizados também nos casos do art. 461 e 461-A.

Logo, permite-se ao executado utilizar-se da impugnação para opor-se à execução de sentença independentemente da obrigação nela contida.

O prazo estabelecido em lei para a apresentação da impugnação é de quinze dias, a contar da intimação da penhora e avaliação realizada. A penhora é indispensável, tendo em vista que para o manejo dessa defesa continua a se exigir segurança do juízo.

Embora seja tema que ainda suscita dúvidas, a doutrina já faz algumas considerações a respeito da natureza jurídica do instituto. Há entendimentos como o de Sandro Gilbert Martins (2006, p. 175) de que a impugnação, ainda que processada em apenso, possui a natureza de *defesa endoprocessual incidental*, visto que será sempre resolvida na mesma relação processual em que se desenvolve a fase executiva.

Isso implica dizer que para que o devedor se volte contra os atos executivos não será necessário a instauração de nova ação, mediante novo processo que tramitaria paralelamente ao processo de execução.

Entretanto, observa Arruda Alvim (2006, p.46) que a natureza jurídica da impugnação é de ação, assim como a dos embargos do executado, tendo em vista que “os resultados práticos possíveis em decorrência do acolhimento dos embargos do devedor e de uma impugnação não se distanciam, senão que, no substancial, tem necessariamente de coincidir.”

Assevera ainda que a única diferença existente entre os dois institutos é o fato de que, como regra geral, a impugnação não deverá ter efeito suspensivo em relação à prática dos atos executivos. Todavia, trata-se de diferença apenas procedimental que não exerce influência em sua natureza jurídica.

Já para os Professores José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (2006, p.399) não é correto afirmar que por terem os embargos à execução de sentença natureza de ação autônoma, a impugnação teria a mesma natureza.

A natureza jurídica da impugnação, portanto, será identificada de acordo com o conteúdo da mesma, ou seja, de acordo com a matéria a ser alegada por meio da mesma.

Desse modo, tratando-se de matérias que podem ser examinadas *ex officio* pelo magistrado a impugnação teria função semelhante à das preliminares da contestação nas ações de conhecimento, ou à da exceção de pré-executividade, sendo sua natureza a de mera defesa incidental.

No entanto, quando se veicular matérias que, o juiz não pode delas conhecer de ofício, ou o seu reconhecimento dependa de dilação probatória, a impugnação terá natureza de verdadeira ação, embora ajuizada incidentalmente.

Observa-se, que em qualquer dos casos, porém, a impugnação realiza-se incidentalmente à execução, podendo ou não tramitar separadamente.

No que se refere às matérias veiculáveis em sede de impugnação não há grande diferença das matérias que antes constavam no artigo 741 do Código de Processo Civil. Na realidade houve apenas uma “realocação” das matérias antes veiculadas por meio de embargos para a impugnação. Assim:

[...] a matéria que antes constava do art. 741 – “dos embargos à execução fundada em sentença” – passa, agora, a ocupar espaço mais coerente com as finalidades da lei reformadora. Assim, ao mesmo tempo em que o art. 475, a partir da letra ‘A’, volta-se, a disciplinar a forma de cumprimento de sentença, na sua letra ‘M’ volta-se, especificamente, à forma pela qual o devedor pode questionar a correção dos atos executivos em seu sentido mais amplo. A função que, antes da Lei n. 11.232/2005, era desempenhada pelos ‘embargos à execução fundada em sentença’ é, agora, desempenhada pela impugnação a que se refere o art. 475-L.
(BUENO, 2006, p. 104)

No tocante a possibilidade de suspensão ou não dos atos executivos quando da utilização da impugnação, a lei estabeleceu que essa determinação ficará a cargo do magistrado. O art. 475-M disciplina o seguinte:

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

Em síntese, o legislador condicionou a suspensão das atividades executivas à presença do *fumus boni iures* e *periculum in mora* e mais uma vez permitiu ao juiz o exercício do poder geral de cautela previsto no artigo 798 do Código de Processo Civil, mesmo fora do processo cautelar.

Assim, caso o executado sinta-se ameaçado quanto ao direito que reputa ser titular, deverá requerer o efeito suspensivo da impugnação demonstrando os dól requisitos exigidos no *caput* do artigo 475-M.

Caso não seja deferido o efeito suspensivo da impugnação esta será documentada em apartado, o que não significa que se constituirá processo

autônomo. Se ocorrer o contrário tramitará nos próprios autos em que foi proferida a sentença condenatória.

Por último, importante frisar que a decisão da impugnação desafiará recurso de agravo de instrumento, exceto quando essa decisão tenha o condão de extinguir a execução, onde será cabível o recurso de apelação.

2.2.2 Da defesa prejudicial ou heterotópica: ações autônomas e prejudiciais ao “cumprimento de sentença”

Conforme já exposto anteriormente no item 2.1.3, a defesa heterotópica ou prejudicial se apresenta por qualquer ação autônoma ou prejudicial ao processo de execução, que pode ser manejada pelo executado, mesmo este dispondo de outras formas de defesa, mas sem condições de utilizá-las.

Em se tratando do novo procedimento de “cumprimento de sentença”, há que se analisar o cabimento de referida defesa e os limites de sua atuação.

Consoante destaca Paulo Henrique dos Santos Lucon (2006), a defesa prejudicial em questão poderá ser manejada ou não, levando-se em conta a natureza jurídica processual que se atribuir à figura da impugnação.

Entendendo-se que o instituto da impugnação tem natureza jurídica de defesa, o executado deverá aduzir todas as matérias que entende lícitas – limitadas às previstas no artigo 475-L do Código de Processo Civil – no prazo de quinze dias imposto pela lei, impugnando-se especificamente toda matéria surgida após o título executivo. Essa regra advém da aplicação do artigo 302, *caput* e parágrafo único do Código.

Com efeito, sem a apresentação da impugnação no prazo acima declinado, ocorreria preclusão *pro iudicato*, não se admitindo mais deduzir qualquer matéria relativa ao débito exeqüendo, salvo questões de ordem pública. A ausência de impugnação gera efeitos extraprocessuais, coibindo toda e qualquer ação autônoma ou prejudicial. (LUCON, 2006, p. 449)

Dessa forma, estaria se identificando a natureza da impugnação como sendo contestação, o que não parece adequado.

A contestação é forma de resposta do réu, feita de modo direto às pretensões deduzidas pelo autor em sua petição inicial. Considerando-se estar

em um *processo sincrético*, a contestação é própria da fase cognitiva, onde se forma a certeza jurídica.

A impugnação é forma de defesa utilizada na fase executiva, onde o executado opõe-se à realização de atividades próprias dessa fase e, portanto, segundo Sandro Gilbert Martins (2006, P. 177), não se assemelha à contestação por razões lógicas:

A tendência, pois, numa execução *sine intervallo* é que a impugnação seja processual. Nela insere-se a alegação sobre defeito na fase de formação da sentença (inexistência por falta de citação etc.); sobre irregularidades ou nulidades dos atos executivos (penhora, avaliação, etc.); [...]; isto é, em sintonia com a natureza satisfativa desta fase. Assim, não impugnar não significa que se aplique ao executado o principal efeito da revelia (CPC, art. 319) que só encontra aplicação no processo de conhecimento. É de se afastar, igualmente, a incidência do princípio da eventualidade. Além de este não alcançar as matérias de ordem pública não sujeitas à preclusão, se aplicado fosse nas demais, permitiria eventuais execuções injustas, em que o exequente recebesse a satisfação de algo que não merecia. [...]

Logo, pela não incidência do artigo 302, *caput* e seu parágrafo único nesse momento processual, caso a impugnação não seja apresentada no lapso temporal devido ou mesmo apresentada deixe de alegar algumas matérias, estas não serão atingidas pela preclusão, podendo ser aduzidas via ação autônoma ou prejudicial.

Por outro lado, continua Paulo Henrique dos Santos Lucon, que ao considerar a impugnação como ação – assim como nos antigos embargos à execução de título judicial – a sua não oposição ou não dedução de algumas matérias em seu bojo, não implica em consequência extraprocessuais.

Isso significa que a preclusão com força de coisa julgada não ocorrerá, “[...] os efeitos serão unicamente endoprocessuais. Por esse motivo, se não for oferecida impugnação, o executado poderá promover ação cognitiva autônoma, nela apresentando razões que venham a inquinar o crédito exequendo.” (LUCON, 2006, p. 450)

Não obstante respeitáveis posições, parece-nos mais correto que as ações autônomas podem ser perfeitamente utilizadas na fase de execução de título judicial, mesmo concluindo-se pela natureza de defesa da impugnação, até porque isso não implica aplicar-lhe as disposições referentes à contestação.

2.2.3 A exceção de pré-executividade como defesa endoprocessual

Como já mencionado no item 2.1.4, trata-se de tema central desse trabalho e será abordado no capítulo III do mesmo, seja no que diz respeito ao processo de execução, seja no que tange ao cumprimento de sentença.

3 DA EXCEÇÃO OU OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Em linhas gerais, trata-se de uma forma de defesa do executado, oposta nos próprios autos do processo executivo.

Por não se encontrar expressa previsão legal a respeito, o tema suscita várias discussões quanto a limites para a sua utilização. Parece-nos que o legislador perdeu ótima oportunidade de regulamentar o instituto com a nova disciplina da execução de título judicial – Lei 11.232/2005 –, denominada cumprimento de sentença.

Todavia, existem respeitáveis entendimentos no sentido de que não há lacuna legislativa, pois é possível extrair da lei, com auxílio de boa hermenêutica, respostas para tais questões.

[...] Na medida em que simples regra de interpretação sistemática, quase de mecânica aplicação, dá ensejo à exceção de pré-executividade, não se pode admitir a existência de lacuna. Não há incompletude insatisfatória no seio do todo processual.

[...]

Lacuna inexistente, entendemos que não há necessidade de lei a reger a exceção de pré-executividade, dada sua presença no sistema processual. Além disso, a jurisprudência torce, aprimora, alteia e lima o instituto, para que saia da oficina sem um defeito, para nos valermos do verso de Olavo Bilac.

(MOREIRA, 2001, p. 35)

Destarte, a defesa em debate pode ser manejada no processo de execução, bem como no novo procedimento de “cumprimento de sentença”. Nestes casos, não obstante a existência dos embargos do executado e da impugnação como formas de defesa do executado, será cabível a exceção de pré-executividade.

Persistirá assim, uma dualidade de defesas, em especial pela exigência de segurança de juízo para a utilização dos embargos e da impugnação pelo executado. Alguns doutrinadores entendem que tal exigência apresenta-se de forma um tanto quanto onerosa, daí admitir-se ainda, a utilização da exceção ou objeção de pré-executividade, visto que dispensa qualquer segurança de juízo para que seja processada.

Nessa linha, diz Sérgio Shimura (1997, p. 72):

Afigura-se injusto e mesmo odioso submeter o devedor **aparente** a uma violenta constrição patrimonial por tempo indefinido, conquanto curial o abuso do sedizente credor. O depósito da coisa ou a penhora, como *conditio sine qua non* do remédio dos embargos, às vezes é inútil, já que pode acarretar uma terrível e fatal paralisação das atividades econômicas do devedor e produzir conseqüências imprevisíveis. Nessas hipóteses, mostra-se viável a oposição do devedor ao processo de execução fundada nos pressupostos processuais chama *objeção de pré-executividade*, porque fulmina no nascedouro o *praeceptum* e o ato executivo de constrição. **(grifo nosso)**

No tocante ao novo procedimento de cumprimento de sentença com a figura da impugnação Donald Armelin expõe que:

Logo, embora a impugnação apresente a mesma natureza endoprocessual da exceção de pré-executividade, esta não terá seu uso suprimido por aquela. Persistirá, assim, uma dualidade de esferas defensivas ao executado, o que poderia ter sido evitado e, com isso, as oscilações jurisprudenciais e divergências doutrinárias, que não permitem uma orientação segura dos operadores do direito. (ARMELIN apud MARTINS, 2006, p.175)

Para José Miguel Garcia Medina, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier (2006, p. 404):

As matérias mencionadas nos incisos do art. 475-L (especialmente as referidas nos incisos I a V) podem ser conhecidas ex officio pelo juiz. Por isso nada impede que este seja provocado pelo executado antes da oportunidade processual própria para a apresentação da impugnação, através de exceção de pré-executividade. Assim, não obstante o Código estabeleça que o executado deva apresentar a impugnação após a penhora, nada impede que, intimado para o cumprimento da sentença, o executado alegue, por exemplo, que a sentença é juridicamente inexistente, em razão da ausência de citação (CPC, art.475-L, I) Caso o executado não tenha apresentado impugnação, nada impede que a ausência de requisitos para a execução ou invalidade de atos executivos seja argüida através de exceção de pré-executividade mesmo após o prazo estabelecido no art. 475-J, § 1º, do CPC.

Nesse mesmo sentido:

Após a apresentação do requerimento por parte do exeqüente e antes da penhora, poderá o executado apresentar matérias de ordem pública, que podem e devem ser conhecidas de ofício pelo julgador, bem como matérias relativas ao mérito da execução, desde que demonstradas por meio de provas pré-constituídas. O seu objetivo é claro: evitar uma constrição ilegal, que causa grandes transtornos a quem legitimamente não deve. Decorrido *in albis* o prazo para impugnação, em relação às matérias de ordem pública, o executado terá sempre a possibilidade de alegá-las, já

que há um interesse do Estado no seu reconhecimento.
(LUCON, 2006, p. 452)

Confirmando as concepções acima, Cássio Scarpinella Bueno (2006) leciona que na medida em que a doutrina e a jurisprudência entendem ser perfeitamente cabíveis as exceções ou objeções de pré-executividade como forma de alerta ao magistrado para as questões de ordem pública presentes na fase executiva, não há como recusar a incidência dessa diretriz, mesmo sob a égide da nova Lei 11.232 de 2005.

Embora aqui se defenda plenamente a possibilidade de utilização do instituto há que se estirpar os exageros em sua aceitação. O credor-executado, assim como lecionado anteriormente, também possui sua dignidade que por vezes é ofendida ao ver retardamento além do razoável em obter sua tutela executiva. Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 715) compartilha dessa idéia:

No afã de preservar o executado e seu patrimônio, os tribunais vêm cometendo exageros na aceitação de objeções de pré-executividade, fazendo-o um pouco desordenadamente e ainda sem fixar de modo sistemático critérios e limitações com suficiente grau de maturidade científica; mas, como sucede com tantas coisas no sistema executivo, a admissibilidade deste meio de defesa deve ser regida por uma razoável linha de equilíbrio entre os interesses do exeqüente e os do executado, sem comprimir exageradamente o patrimônio deste, mas também sem retardar além do razoável a tutela jurisdicional devida àquele.

Dessa forma, visto que o legislador ainda não tratou expressamente o assunto, cumpre-nos realizar estudos a respeito, abordando o instituto em seus principais aspectos e incidência no processo de execução e na fase de cumprimento de sentença, a fim de preservar equilíbrio entre as partes.

3.1 Considerações históricas

Primeiro é necessário destacar as origens do instituto, mesmo que embrionárias, no direito liso-brasileiro e direito comparado.

Em Portugal, a Ordenação Manuelina dispunha em síntese, que a segurança do juízo ou penhora prévia como requisito para oposição de embargos, só seria exigida em execuções de títulos judiciais. cujo procedimento sumário era denominado de *assinção de dez dias*.

Conforme Galeno Lacerda (1982, p. 168), de modo semelhante referido procedimento foi mantido pelas Ordenações Filipinas, com efeito, não havia nenhuma exigência de penhora para manejar os embargos do executado na execução acima mencionada. Em seu artigo *Execução de título extrajudicial e segurança do “juízo”*, transcreve um trecho das Ordenações onde entende-se claramente o procedimento da assinação de dez dias:

Porque as demandas, que são fundadas em scripturas publicas, devem brevemente ser acabadas, mandamos que tanto que alguma pessoa em juízo demandar outra por razão de alguma cousa, ou quantidade, que lhe seja obrigada dar, ou entregar, e o autor amostrar scriptura pública da obrigação, ou Alvará feito, e assinado por tal pessoa, a que se deva dar tanta fé como a scriptura pública, o Juiz, que de tal cousa conhecer, assine logo termo de dez dias peremptórios ao réo, a que pague ao autor todo o na dita scriptura, ou Alvará conteúdo, e prove dentro nos ditos dez dias qualquer outra razão de embargos, que tiver a não pagar, ou cumprir o que assi per a scriptura, ou Alvará se mostrar ser obrigado.

Aludido procedimento ocorria da mesma forma no direito comum europeu, sob a denominação de procedimento monitório.

O ordenamento jurídico brasileiro admitiu essa diferenciação entre embargos opostos em execução de título judicial e os opostos em execução de título extrajudicial no Regulamento 737, de 25 de novembro de 1850.

Na Europa o direito evoluiu consideravelmente a favor da possibilidade de defesa do executado, de sorte que a penhora prévia já não era mais exigida para os embargos nas execuções de sentença. Nesse mesmo sentido, os Códigos Português, Alemão e Italiano, embora com suas peculiaridades, não impediam a oposição de aludido instrumento de defesa do executado.

Uma dessas peculiaridades existentes no Código Português referia-se ao efeito suspensivo dos embargos e a forma de seu processamento. Em suma, quando fossem argüidas nulidade do processo, da sentença, com prova constante dos autos ou neles oferecida, bem como outros casos previstos em lei, os embargos teriam o condão de suspender a execução e seriam processados nos próprios autos. E:

Dentre as causas de nulidade da execução até a penhora, cumpre destacar a falta de legitimação das partes e dos pressupostos de exeqüibilidade.

Um dos pressupostos fundamentais da exiqüibilidade é a liquidez. Sem ela não pode haver constrição executória.

Isto significa que, na defesa do executado há exceções prévias, *lato sensu*, que afastam a legitimidade da própria penhora, já que esta, como é notório, pressupõe a executoriedade do título. Se o título não for exeqüível, não tem sentido a penhora, desaparece seu fundamento lógico jurídico.

O mesmo há de dizer-se, com mais razão, se o título for falso. Seria iniquidade absurda, que o direito e o bom senso não podem acolher, se, em tal hipótese, se impusesse à defesa o grave ônus da penhora. (LACERDA, 1982, p. 171)

Daí surgem os primeiros contornos da exceção de pré-executividade; embora a defesa do executado ainda se operasse através dos embargos, estes eram processados nos mesmos autos e a penhora era dispensada.

O germe da discussão mais recente acerca desta modalidade de defesa pode ser encontrado em Pontes de Miranda, que, em 1966, ao emitir o parecer nº 95, por solicitação da Companhia Siderúrgica Manesmann.

A empresa sofria várias execuções em Belo Horizonte, São Paulo e Rio de Janeiro, fundadas em títulos executivos extrajudiciais com assinatura falsa de um de seus diretores. Cumulativamente pedia-se a decretação da abertura da falência da Companhia.

Objetivava-se realizar penhoras sobre rendas e depósitos bancários da empresa, levando esta a total paralisação de suas atividades e de qualquer atividade social.

Perante a situação de urgência, defendeu a oposição de exceções e de preliminares concernentes à falta de eficácia executiva do título, seja judicial ou extrajudicial, no prazo que medeia a citação e a penhora de bens, sem a necessidade de efetivação desta e conseqüentes embargos.

Segundo Pontes de Miranda (1975, p. 134), “a execução confina com interesses gerais, que exigem do juiz mais preocupar-se com a segurança intrínseca (decidir bem) do que com a segurança extrínseca (ter decidido) [...]”

E leciona que:

Uma vez que houve alegação que importa em exceção pré-processual ou processual, o juiz tem de examinar a espécie e o caso, para que não cometa a arbitrariedade de penhorar bens de quem não estava exposto à ação executiva.

(MIRANDA, 1975, p. 138)

O instituto em exame já integrou o ordenamento jurídico brasileiro. Alberto Camiña Moreira (2001, p. 23) cita em sua obra o Decreto nº 848, de 11 de outubro

de 1890, que estabelecia para o processo de execução fiscal a defesa do executado antes da segurança do juízo caso este tivesse em poder “documento autêntico de pagamento da dívida, ou anulação desta.” E ainda que “a matéria de defesa, estabelecida a identidade do réu, consistirá na prova da quitação, nulidade do feito e prescrição da dívida [...]”.

Outra previsão igualmente importante existia no Decreto nº 5.225, de 31 de dezembro de 1932, do Estado do Rio Grande do Sul. A parte poderia opor exceções de suspeição e incompetência do juízo ou de *impropriedade do meio executivo*, logo após sua citação.

Com o passar do tempo, a doutrina e a jurisprudência passaram a admitir cada vez mais a exceção de pré-executividade no direito brasileiro. Atualmente, embora não exista regulamentação legal do instituto, os juízos singulares e Tribunais acolhem referida defesa como forma de impedirem a perpetuação de execuções injustas.

Portanto, cabe aos nobres juristas brasileiros realizar profundos estudos a respeito, delimitando a forma, legitimidade, natureza jurídica e matérias argüíveis através da exceção de pré-executividade.

3.2 Terminologia

A primeira divergência a respeito reside na própria terminologia. Qual seria o termo corretamente empregado, “exceção de pré-executividade” ou objeção de pré-executividade”? Ademais, por que utilizar a expressão “pré-executividade” ao invés de “não-executividade”?

Conforme já abordado acima, o ilustre jurista Pontes de Miranda, admitiu a utilização de defesas (exceções) meramente processuais e prévias à penhora, que é uma atividade executiva, na antiga ação executória. Por isso as denominou de exceções de pré-executividade.

Com o passar dos anos estudos foram realizados, como o de Galeno Lacerda que reafirma que a matéria a ser oposta por meio dessas exceções limita-se a questões processuais como o controle dos pressupostos processuais e condições da ação. São questões de ordem pública, suscetíveis a qualquer tempo, bem como cognoscíveis de ofício pelo magistrado.

Perante tais considerações a doutrina faz críticas à terminologia empregada.

A palavra exceção, derivada do latim *exceptio* possui vários significados. Mas na técnica processual e em um sentido propriamente jurídico, é indicativo de toda *defesa* articulada por uma das partes para opor-se ao direito adverso ou para excluir a ação.

Nesse sentido o uso do termo exceção não parece incorrer em erro, posto que o instituto é tratado como uma das formas de defesa do executado. Entretanto, parte da doutrina¹⁶ entende que a expressão é impropriamente utilizada, pois encerra a idéia de disponibilidade, o que significa que não oposta a exceção ocorrerá preclusão. Dinamarco (2004, p.715) destaca que toda exceção sempre depende de alegação da parte e por isso não seria o termo corretamente empregado.

Juntamente com Nery Júnior indica o emprego do termo objeção, já que a arguição do devedor deve limitar-se à matéria de ordem pública, decretável de ofício pelo juiz e insuscetível de preclusão.

Porém, conforme assevera Sérgio Shimura (1997, p. 70) existem algumas matérias que embora exijam alegação da parte não dependem de dilação probatória, podendo ser veiculadas por meio da defesa em questão.

Alberto Camiña Moreira (2001, p. 36-37) entende que pedidos como o de reconhecimento de prescrição “[...] pode ser formulado por simples requerimento e não é matéria decretável de ofício, não se coadunando com a noção de objeção quando se tratar de direito patrimonial [...]” Para ele, o nome a ser utilizado é exceção de pré-executividade, tendo em vista que, em suma exceção é alegação articulada pelo réu como forma de defesa.

Afora essa discussão, outra celeuma gira em torno da terminologia. A expressão “pré-executividade” também é alvo de ataques pela doutrina. Athos Gusmão Carneiro entende que:

O fato de se tratar de defesas a serem opostas antes de qualquer constrição judicial, consistentes em alegar a inexistência de requisitos para executar, não significa que se trate de uma executividade prévia, ou pré-executividade; melhor seria dizer objeção de não-executividade. (CARNEIRO apud DINAMARCO, 2004, P. 715)

16 Nelson Nery Júnior, 1999, p.137.

Nesse sentido, o Professor José Carlos Barbosa Moreira (2001, p. 120) entende que a expressão “exceção de pré-executividade” é uma denominação completamente inadequada, tendo em vista que o que se pretende é impedir a realização de atividades executivas em um processo ou fase processual que não possui os requisitos necessários para o seu regular desenvolvimento. Assim, melhor seria falar em “não-executividade”.

Mirando através do inoportuno biombo verbal, percebemos o que se quer sustentar aí: é que o processo, instaurado sob vestes executivas, não preenche os requisitos indispensáveis para usar essa indumentária; ou, em passaporte regular para o ingresso na via da execução. Em palavras diferentes: o que se pretende é negar à executividade, aí, direitos de cidadania. Não se está pensando em qualquer coisa que a preceda, que lhe seja anterior: o que se pretende dizer, em última análise, é que ela, apesar das aparências não existe. Melhor seria, então, falar em ‘não-executividade’ que em ‘pré-executividade’ – locução desprovida de força negativa e impregnada de uma conotação temporal capaz de induzir em falsa pista o comum dos mortais. O problema não é de ‘antes’ ou ‘depois’: é de ‘sim’ ou ‘não’, e é essa alternativa, não a outra, que tem de refletir-se na nomenclatura.

Há ainda quem entenda que deve se adotar a expressão genérica “defesa endoprocessual” da qual são espécies as exceções e objeções de pré-executividade.

Portanto, cabe aquiescer com a doutrina no tocante à má formulação da terminologia adotada, procurando-se denominação mais precisa.

3.3 Natureza jurídica

Interessante, nesse momento, depurar a natureza jurídica da exceção de pré-executividade.

Como já observado anteriormente, a primeira idéia que se abstrai do instituto em estudo é de que se apresenta em nosso ordenamento como forma de resposta do executado. Entretanto, melhor é o entendimento no sentido de que se trata de forma de defesa, pois a idéia de *resposta* deve ficar restrita ao processo de conhecimento.

Apesar de não ser propriamente contestação, tendo em vista que esta não existe no processo de execução ou cumprimento de sentença, Alberto Camiña

Moreira, consubstanciado em julgado proferido pelo antigo 2º Tribunal de Alçada Cível de São Paulo¹⁷, leciona que a exceção aproxima-se bastante dela, principalmente quando a contestação contém dedução de fatos impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, todavia não há falar em revelia.

Para Marcelo Lima Guerra (1998, p. 148-149) a exceção de pré-executividade existe para “*romper* ou pelo menos *minimizar*” a rigidez do sistema processual, permitindo-se ao devedor que, *nos próprios autos da execução se volte contra ela*, assegurando-lhe o contraditório.

Justamente por tratar-se de defesa direta contra a execução, manejada na mesma relação processual em que se praticam as atividades executivas é que se fala em *defesa endoprocessual*.

Não obstante seu caráter endoprocessual, possui como nota característica a incidentalidade. A palavra incidente, derivada do verbo incidir, significa algo que cai em ou sobre algo. Incidente processual em sentido lato, portanto, caracteriza-se pela superveniência de fato ou questão jurídica, que recai sobre processo em andamento, podendo interromper ou obstar seu desenvolvimento.

Sabe-se que o incidente processual, por disposição legal, ou por sua própria natureza, pode exigir formação de procedimento apartado para sua solução, bem como pela sua menor complexidade ser resolvido nos próprios autos do processo, o que é o caso da exceção.

Sandro Guilbert Martins optou por classificá-la em defesa endoprocessual não descartando, porém, sua natureza incidental, e explica que:

[...] Na verdade, tal classificação está desapegada da boa técnica, pois o instituto tem natureza jurídica de incidente processual. Incidente processual, em sentido lato, é o fato jurídico novo, voluntário ou involuntário, que cai sobre processo que já existe e está em movimento, podendo interromper, obstaculizar seu curso normal.
[...]

17 O julgado está assim ementado: EXECUÇÃO. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. INICIATIVA DO DEVEDOR EM APRESENTAR CONTESTAÇÃO. POSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO DA MATÉRIA COMO EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, DADO QUE SE ARGÜIU QUESTIONAMENTO A RESPEITO DE MATERIA DE ORDEM PUBLICA. AGRAVO PROVIDO. Tendo o executado apresentado contestação à execução, expressamente afastando o interesse de opor embargos, é de ser conhecida a argüição, como exceção de pré-executividade, exatamente porque versa sobre matéria de ordem pública.(2º TACSP, AI 651.215-00/6, Rel. Juiz Antônio Rigolin, j. 15/08/2000)

Segundo o ilustre Relator, o nome dado pelo executado equivocadamente à peça por ele apresentada não impede o seu recebimento como exceção de pré-executividade, tendo em vista a matéria por meio dela alegada.

A exceção de pré-executividade é incidente que se resolve no próprio processo de execução, não exigindo, como os embargos, a formação de um procedimento lateral. Daí, mesmo reconhecida a identidade de natureza jurídica (incidental) de ambas as referidas formas de defesa de que dispõe o executado, ter-se optado por sistematizar a classificação denominando a exceção de pré-executividade como defesa endoprocessual.
(MARTINS, 2002, p. 89-90)

Inegável, desse modo, a natureza defensiva e incidental da exceção de pré-executividade que oposta como defesa pelo executado na mesma relação jurídica processual em que se praticam os atos executivos, permite dedução de matérias que incidirão sobre a mesma.

3.4 Oportunidade

Insta apreciar a oportunidade para a utilização da exceção de pré-executividade. Oportunidade, aqui, traduz-se no momento processual adequado para se manejar referida forma de defesa, ou seja, o prazo para seu oferecimento.

Devido a ausência de regulamentação legal do instituto, não existe prazo para que o executado ofereça exceção de pré-executividade. Ainda que fosse previsto prazo em lei, a sua não observância não implicaria em preclusão, pois as matérias passíveis de alegação não são peremptórias. (MOREIRA, 2001, p. 63)

Assim, conforme entendimento majoritário doutrinário e jurisprudencial, pode o executado oferecer aludida exceção fundamentada em questões processuais, de ordem pública, a qualquer tempo e grau de jurisdição¹⁸, bem como se fundamentada nas questões de prescrição, decadência, pagamento e compensação¹⁹.

Embora não exista prazo fixado em lei para o exercício desse direito, cabe ao executado deverá fazê-lo na primeira oportunidade em que se manifestar nos autos, sob pena de lhe ser aplicada a consequência prevista no § 3º do artigo 267

18 O Ministro-relator Ruy Rosado em acórdão proferido pela 4ª Turma do STJ, entende que “a defesa que nega a executividade do título apresentado pode ser formulada nos próprios autos do processo da execução e independe do prazo fixado para os embargos de devedor.” (STJ, Resp. 220.100, j. 25/10/1999)

19 Importante ressaltar que há consagrados posicionamentos no sentido de que matérias atinentes à prescrição, decadência, pagamento e compensação não são objeto da exceção de pré-executividade, atendo-se esta a suscitar apenas aquelas matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado, isto é, aquelas relativas a pressupostos processuais e condições da ação. A respeito, vide item 3.8 deste trabalho.

do Código de Processo Civil, que o obriga ao pagamento das custas do retardamento do feito.

Alberto Camiña Moreira (2001, p. 64) entende que “o executado que pretenda valer-se do remédio ora em estudo não pode fazê-lo por conta-gotas, senão em dose única [...]”

Destaca ainda que, caso o executado não ofereça exceção de pré-executividade, no primeiro momento em que se manifestar nos autos, alegando fatos impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, importa em conseqüências mais severas, levando à perda de honorários advocatícios para a parte argüinte. (MOREIRA, 2001, p. 65)

Entretanto, a aplicação dessa penalidade condiciona-se ao fato de a parte conhecer, quando do oferecimento da defesa, uma das referidas circunstâncias, ou se motivo de força maior obstarem a argüição.

3.5 Forma

Mais uma vez, como não existe previsão legal, deve-se socorrer ao entendimento dos ilustres juristas e da prática forense.

A exceção de pré-executividade pode ser oferecida através de simples petição na mesma relação processual em que se praticam as atividades executivas, isto é, sem a necessidade de procedimento em apartado.

Será a petição, endereçada ao juízo em que tramita o processo de execução ou o procedimento de cumprimento de sentença, com exposição das razões que atacam as pretensões do exeqüente.

Uma vez recebida a petição, tendo o executado alegado fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do executado, ou quando argüir quaisquer das preliminares previstas no artigo 301 do Código de Processo Civil, o exeqüente deve ser ouvido no prazo de dez dias, por analogia ao disposto nos artigos 326 e 327 do referido diploma legal. (MOREIRA, 2001, p. 62)

A juntada de documentos pelo exeqüente, leva à intimação do executado para manifestar-se a respeito. Nada impede também, a designação de audiência de tentativa de conciliação, permitida pelo Código a qualquer tempo e em qualquer procedimento. Após, estará apto o juiz a proferir decisão a respeito.

O pronunciamento que acolhe essa modalidade de defesa impedirá, total ou parcialmente, o prosseguimento da atividade executiva. Em função disso, a parte ativa da relação processual (credor ou exequente na terminologia do processo de execução) será condenado a pagar honorários. A rejeição da defesa não implica condenação em honorários, pois estes já foram fixados no início da fase executiva ou do processo de execução.

3.6 Legitimidade

Inequívoco o fato de que é o executado que se opõe à execução. Uma vez demandado, defende-se atacando a execução executiva com argumentos que entende pertinentes. Desse modo, incontestemente a legitimidade para opor a exceção de pré-executividade.

A legitimação passiva na atividade executiva está estampada no título executivo e dele decorre. Nos dizeres de Araken de Assis (2001, p. 228), “o título executivo virtualmente identifica os legitimados, ou no mínimo, sinaliza a chave de uma resposta hábil a quesito deste teor.”

Não se pode ignorar, todavia, a existência de pessoas que embora não sendo partes, têm interesse na execução. Segundo Liebman (1986, p. 95), essas pessoas detêm “responsabilidade executória secundária”. Esta se dá em certos casos que “pelas relações existentes entre as partes e outras pessoas, estas respondem com seus bens para aquela finalidade. Acontece então que a responsabilidade se separa da obrigação e vai alcançar terceiro não devedor.” É o caso do fiador, o proprietário do bem oferecido em hipoteca, o sócio que responda subsidiariamente pelas obrigações da sociedade, dentre outros.

Para Dinamarco (2004) essas pessoas são terceiros responsáveis que apesar de não serem devedores serão legitimados à execução pela citação, o que é indispensável para que seus bens possam ser constritos. Araken de Assis (2001) entende também legitimados os que assim foram determinados em lei (CPC, art. 592)

Alberto Camiña Moreira (2001) explica que independentemente de as pessoas mencionadas serem legitimados ou não para a execução, estão legitimadas a manejar a exceção de pré-executividade; aquele que detém responsabilidade patrimonial pode opor exceção.

Quanto aos terceiros à ação executiva, importante tecer considerações a respeito.

A doutrina majoritariamente entende não ser possível certas formas de intervenções de terceiros na atividade executiva. São fenômenos típicos do processo de conhecimento.

Excluem-se, em razão da índole satisfativa da demanda executória, as formas intervencionais típicas do processo de conhecimento. Não comporta a execução, a par dos atos executivos, operando no mundo físico, a simultânea resolução de lide trazida por uma das partes. É bem o caso, p. ex., da denúncia da lide, que constitui ação regressiva, in *simultâneos processus*, pela qual o autor ou o réu veiculam pretensão de reembolso contra terceiros, se algum deles sucumbir na ação principal, criando título executivo (art.76). E também o do chamamento ao processo, pelo qual o réu amplia o pólo passivo da demanda, fazendo todos suportarem a condenação (art. 86). Em última análise, portanto, os dois institutos visam a criação de título executivo. Ora, no bojo da relação processual executiva semelhante escopo se afigura impertinente e esdrúxulo, pois o título antecede e baseia a execução. Por isso, a natureza dessas modalidades de intervenção de terceiros desautoriza, nada obstante o silêncio do Código, sua admissibilidade na execução.

(ASSIS, 2001, p. 233/234)

Assim como não são factíveis na execução a denúncia da lide e o chamamento ao processo, a oposição não é cabível. Esta última importa, basicamente, em propositura de nova ação de conhecimento simultaneamente contra o autor e réu da ação principal, sustentando que o bem discutido litigiosamente lhe pertence; o opositor. Não havendo ação principal de conhecimento na execução, não há falar nessa forma de intervenção.

De igual sorte, descarta-se o cabimento da nomeação à autoria. Trata-se de instituto processual através do qual aquele que detém coisa em nome alheio, sendo-lhe demandada em nome próprio, deverá nomear à autoria o verdadeiro proprietário ou possuidor. Justamente por versar sobre posse ou propriedade não se aplica na execução.

Embora o assunto ainda seja polêmico²⁰, alguns doutrinadores admitem uma única forma de intervenção de terceiros na ação executiva; a assistência. O

20 Divide-se a doutrina pátria a propósito do tema. Enquanto alguns admitem-na sem reservas, forte corrente se inclina pelo cabimento da assistência exclusivamente nos embargos do executado, porque ação do 'processo de conhecimento'. As opiniões contrárias à figura brandem dois argumentos de peso: primeiro, o art. 50, *caput*, do CPC cinge o escopo da intervenção do assistente à obtenção de uma sentença favorável ao assistido e 'sentença' deste conteúdo inexistente em sede executiva, esvaziando, assim, a finalidade precípua do instituto; ademais, não se

argumento que embasa esta posição é o de que a assistência “serviria para o terceiro auxiliar uma das partes a obter resultado prático, que refletiria juridicamente na esfera dele” (WAMBIER, 2000, p.106)

Exemplo interessante a esse respeito é a intervenção do fiador como assistente do credor, na execução contra devedor principal.

Da mesma forma, por motivos semelhantes aos expostos acima, tem se admitido somente a figura da assistência nos embargos à execução.

Dessa feita, se um terceiro está legitimado a participar de certa forma na ação executiva, bem como nos embargos, nada impede que esse mesmo terceiro venha, em alguns casos, opor-se às atividades executivas por meio de exceções, objeto do presente estudo.

Alberto Camiña Moreira (2001) expõe casos em que o terceiro pode fazer uso das exceções de pré-executividade. O primeiro deles seria a legitimidade do credor do executado, ou mais especificamente, do fiador do executado. Pelo artigo 837 do Código Civil, “o fiador pode opor ao credor as exceções que lhe forem pessoais, e as extintivas da obrigação que competem ao devedor principal [...]” (grifo nosso)

Portanto, constatada a prescrição – para aqueles que admitem a arguição de tal matéria em sede de exceção de pré-executividade – da ação executiva, por exemplo, esta poderá ser suscitada pelo fiador por meio de exceção de pré-executividade, tendo em vista que o artigo 193 do mesmo Código Civil permite a sua alegação pela parte a quem aproveita.

Ainda nesse caso, o autor vislumbra a possibilidade de o fiador opor ao credor do afiançado, através da exceção de pré-executividade, compensação de dívidas a que tenha direito com relação a este último, extinguindo-se assim sua co-responsabilidade.

Destarte, a legitimidade do executado para manejar exceção de pré-executividade é indefectível, podendo esta legitimidade alcançar terceiros à ação executiva em casos específicos como os expostos acima.

configura o interesse capaz de levar alguém a coadjuvar uma das partes da demanda executória. (ASSIS, 2001, p. 254)

3.7 Matérias Argüíveis

O maior celeuma existente em torno das exceções de pré-executividade, sem dúvida, consiste na delimitação das matérias argüíveis por intermédio das mesmas.

Por ainda não haver unanimidade a respeito, o presente item se destinará a apresentar os principais posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que se formaram ao longo da prática forense, bem como nosso parecer, objetivando sempre o que se apresenta razoável no caso concreto.

Não obstante o caráter satisfativo da atividade executiva, é certo que esta, assim como todo processo ou fase procedimental, submete-se a um controle de admissibilidade para seu regular desenvolvimento.

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas (1998, p. 25) conceitua o controle de admissibilidade da seguinte forma:

Por conseguinte, o juízo de admissibilidade impõe-se como uma espécie de 'mecanismo de filtragem', separando, dentre os pedidos que batem às portas do Judiciário, aqueles que se apresentam como passíveis de exame substancial, dos que podem, de pronto, ser descartados, já por questões respeitantes à existência e validade do processo, apenas, através do qual se desenvolve a ação, já por motivos que prenunciam ser esta mesma insuscetível de levar a uma decisão de fundo sobre o direito invocado.
(DANTAS, 1998, p. 25)

Esse controle deve ser realizado de ofício pelo magistrado, bem como pelas partes ao alertá-lo da inexistência de requisitos imprescindíveis a uma ação executiva regular, obstando-se o seu desenvolvimento. Por isso, deve-se assegurar ao executado, meios efetivos para alegação dessas matérias de ordem pública. Cândido Rangel Dinamarco (2004, p. 711) assevera que:

Embora destinado a produzir resultados práticos e não julgamentos, nem por isso o processo executivo é um conjunto de atividades cegas ou regidas por um automatismo irracional, sem qualquer controle de justiça ou de regularidade. Por isso, no curso do procedimento executivo o juiz é muitas vezes chamado a decidir, proferindo autênticas *decisões interlocutórias* indispensáveis, de um lado, para impor severamente a efetiva realização dos direitos e, de outro, para evitar excessos. Esse poder de controle deve ser efetivamente exercido, no processo executivo como em qualquer outro, de modo muito particular quando se trata de pontos relacionados com a *admissibilidade do provimento jurisdicional postulado*, cuja verificação não pode ficar

condicionada a formais iniciativas das partes porque constituem matéria de ordem pública e nessa parte o Estado não transige.

Portanto, vem se consolidando cada vez mais na doutrina e jurisprudência, o entendimento de que o devedor pode, a qualquer tempo, alegar no bojo da própria execução, independentemente de garantia de juízo matérias relacionadas à admissibilidade da atividade executiva, que são matérias de ordem pública.

Para Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier (1998), estabelecendo-se analogia entre processo de conhecimento e ação executiva, o que é permitido pelo próprio Código de Processo Civil, os mesmos requisitos de admissibilidade exigidos por lei para regular constituição e desenvolvimento daquele se exigem neste.

Os requisitos de admissibilidade encampam, desse modo, os pressupostos processuais positivos e negativos além das condições gerais e específicas²¹ de determinadas ações. Inexistindo tais requisitos, a execução não atingirá sua principal finalidade, que é a satisfação do exeqüente.

A doutrina e jurisprudência são uníssonas quanto à possibilidade de se suscitar referidas matérias por intermédio de exceção de pré-executividade, visto que em síntese é atribuição do magistrado analisar a presença de tais requisitos, não sendo justo impedir o executado de alertá-lo quando falhar ao realizar esse controle de admissibilidade. Ademais, não pode o executado ter sua esfera patrimonial invadida por atos constritivos determinados em atividade executiva inválida.

Seguem respeitáveis posicionamentos:

Em princípio, o elemento comum às hipóteses de exceção reside na iniciativa de conhecimento da matéria, que toca ao juiz, originariamente, cabendo ao devedor suprir sua ocasional inércia. Exemplo de exceção desta natureza se depara na alegação do executado de que o exeqüente se despiu da legitimidade ativa cedendo o crédito a outrem antes da demanda, que originou a Súmula do extinto TARS. (ASSIS, 2001, p. 503)

21 Marcelo Lima Guerra leciona que a prestação da tutela executiva condiciona-se a requisitos genéricos, que seriam os pressupostos processuais e as condições da ação executiva – condições exigidas em qualquer espécie de tutela jurisdicional – como requisitos específicos de toda execução; o título executivo e o inadimplemento do devedor. (1998, p. 73) Quanto ao título executivo, sua imprescindibilidade não é mais requisito para realização de atividades executivas (a respeito ver item 1.2.6)

Admitem-se em princípio, pela via da objeção de pré-executividade, todas as defesas fundadas nos requisitos da execução que o juiz deveria conhecer de ofício – porque, como é óbvio, tudo que o juiz pode e deve decidir espontaneamente ele pode decidir quando provocado pela parte.
(DINAMARCO, 2004, p. 716)

Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier (1998) destacam que além de a matéria ser ligada à admissibilidade da execução e, portanto, conhecível de ofício a qualquer tempo, deve haver fácil perceptibilidade do vício apontado. São critérios cumulativos, isto é, ambos devem estar presentes para que se admita a exceção de pré-executividade.

Dizem ainda que essa perceptibilidade é verificável toda vez que for “possível ao juiz detectar a existência de vício que inviabilize a execução a partir do próprio material constante do processo, com o qual o credor, aliás, instrui a execução.”

Com efeito, com a prolação de expressivo acórdão pela 1^a Turma do Superior Tribunal de Justiça notou-se certo alargamento nas matérias que poderiam ser argüidas. Segue respectiva ementa, *in verbis*:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE DE ALEGAÇÃO, ANTES DA PENHORA DE FATOS EXTINTIVOS DO DIREITO (PRESCRIÇÃO). EMBARGOS INFRINGENTES PARCIAIS. LIMITES DE SUA APRECIÇÃO.

Inexistindo bens penhoráveis, circunstância certificada pelo meirinho (e, em conseqüência, suspenso o processo de execução), desnecessária e prejudicial espera para que o juiz se manifeste sobre a extinção do crédito, em face da prescrição, cuja decretação foi requerida pelo executado, se este se encontra na absoluta impossibilidade de oferecer embargos.

A execução forçada se ultima com a satisfação do seu objeto, que e o pagamento ao credor. Pode, porém, estancar diante de empecos inarredáveis, como, *ad-exemplum*, nos casos de extinção do próprio direito do crédito do exeqüente, podendo, em hipóteses excepcionais, o juiz extinguir o processo executório, antes mesmo de seguro o juízo, com a penhora. (grifo nosso)

Consoante preceito da lei processual (art. 530), cabe embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos a matéria objeto da divergência. In caso, no voto discrepante (no julgamento da apelação) não se fez questionamento sobre a extinção do crédito tributário (prescrição). Descabia, pois, ao órgão julgador, desbordar-se para o julgamento da prescrição, em seu mérito, questão jurídica que não foi objeto do *decisum* (na apelação). Ainda que os embargos infringentes, excedam o limite do voto vencido, seu conhecimento deve ser limitado ao alcance deste, de acordo com o princípio: "*utile per inutile non vitiatur*".

Recurso a que se dá provimento, em parte. decisão indiscrepante.

(STJ, 1ª Turma, Resp. 59.351-4, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 11.04.1996)

A partir de então, a alegação de algumas matérias, como v.g. a prescrição, que embora não sejam conhecidas de ofício pelo magistrado, passou a ser admitida por parte da jurisprudência e doutrina, desde que não existissem bens à penhora.

Com essa ampliação das matérias veiculáveis por intermédio de exceção, denota-se o acerto da terminologia tradicional no lugar da restritiva expressão “objeção”. Admitidas referidas matérias, que dependem de manifestação da parte o uso da expressão “exceção” não padece de crítica alguma. (ASSIS, 2001, p. 504)

Sérgio Shimura (1997, p. 70-71) dispõe que as matérias versadas durante a execução podem ser classificadas em:

- a) matérias que podem e devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, isto é, matérias de ordem pública (pressupostos processuais e condições da ação); tais defesas são argüíveis por meio de *objeção de pré-executividade*;
- b) matérias que devem ser objeto de alegação da parte, sendo, porém, desnecessária qualquer dilação probatória para sua demonstração; podem ser veiculadas pela chamada *exceção de pré-executividade*;
- c) matérias que devem ser alegadas pela parte, cuja comprovação exige dilação probatória; nesse caso, mister se faz a oposição dos respectivos *embargos do devedor*²².

As matérias versadas no item “b”, embora não decretáveis de ofício, para aludido doutrinador, podem ser discutidas e decididas independentemente de prévia penhora e instauração de procedimento de embargos ou impugnação. Impõe para tanto, que essas matérias apresentem-se de forma inequívoca, sem a necessidade de produção de provas.

Seria o caso da prescrição, antes da reforma introduzida pela Lei 11.280, de 16 de fevereiro de 2006. Esta, por ser no caso em exame, de ordem patrimonial, não poderia ser decretada de ofício – antiga redação do § 5º do art. 219 do Código de Processo Civil –; necessário portanto, manifestação da parte, o

²² Acrescente-se, frente as inovações da Lei 11.232/2005, a utilização da impugnação em se tratando de cumprimento de sentença.

que para alguns doutrinadores impediria o manejo das exceções de pré-executividade para alegá-la.

Conquanto, se da simples análise do título executivo abstrair-se a ocorrência da prescrição, seria ilógico obstaculizar o uso de referida defesa sem prévia segurança de juízo.

Atualmente, nos termos do mesmo § 5º acima mencionado, o juiz poderá pronunciar de ofício a prescrição. Embora existam severas críticas à nova disposição, admitindo-se a decretação *ex officio*, também será possível dedução de prescrição através da exceção de pré-executividade para aqueles que restringiam a matéria às cognoscíveis de ofício.

No tocante ao pagamento, denota-se que, apresentando o executado prova inequívoca – recibo fornecido pelo credor – do mesmo, desnecessária a prática de atos de constrição ao seu patrimônio a fim de permitir-lhe defesa que em suma terá o mesmo fundamento. Não exige ilustre jurista, entretanto, a inexistência de bens a penhorar para manejos de aludida defesa, como exigia os Ministros do Superior Tribunal de Justiça na decisão descrita acima.

Observa Araken de Assis que:

[...] na hipótese de o executado alegar pagamento, ao juiz somente será possível conhecer da exceção mediante prova documental; [...]. 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 embargos²³.
(ASSIS, 2001, p. 504)

Dessa forma, o critério utilizado para a admissão dessas matérias por intermédio de exceção de pré-executividade é o da “intensidade da cognição, em sua perspectiva horizontal.” (SHIMURA, 1997, p. 81). Porventura, se necessário exame mais aprofundado de provas, a análise deve ser feita via embargos do executado ou impugnação.

Por derradeiro, necessário ressaltar que, ao nosso ver a exceção de pré-executividade é, dentre outras, forma eficaz de defesa do executado, manejada nos próprios autos da execução, através da qual é possível a alegação de

23 Vide nota 7.

matérias de ordem pública, bem como matérias que prescindam de dilação probatória.

Independentemente do posicionamento a ser adotado dentre o acima exposto, necessário destacar que o jurista sempre deve ter em mente a razoabilidade, objetivando equilíbrio entre as partes durante a atividade executiva, não onerando demasiadamente o executado, nem dilatando ao máximo a prestação jurisdicional devida ao exeqüente.

4 CONCLUSÕES

O estudo realizado autoriza formular as seguintes observações:

A. O modelo processual civil brasileiro pautava-se sobre a separação radical das atividades cognitiva e executiva, sendo estas praticadas predominantemente nos processos de conhecimento e de execução respectivamente. A primeira consiste em atividade intelectual do juiz, onde investiga os fatos e lhes aplica a norma jurídica que entende cabível. A segunda implica em ato material, onde o magistrado realiza o direito.

B. É possível a existência de atividades executiva fora do processo executivo e cognitiva fora do processo de conhecimento. Tais atividades podem também coexistir em uma mesma relação jurídica processual. Desse modo, há atividade executiva fora do processo executivo no caso das denominadas tutelas de urgência. Existe também certa atividade cognitiva no processo executivo quando da oposição de exceções ou objeções de pré-executividade. E por fim, denota-se a coexistência dessas duas atividades, no caso, v.g. da ação executiva *lato sensu*. Correto afirmar, portanto, que o binômio cognição-execução sofreu relativização.

C. Com o advento da Lei 11.232/2005 houve a ruptura final de aludido binômio. Em homenagem a efetividade e celeridade da tutela jurisdicional adotou-se um modelo de *processo sincrético*, onde o juiz além de proferir sentença, dispõe de mecanismos para concretizá-la, sem a necessidade de instauração de um novo processo. Assim, a execução de título executivo judicial passa de um processo autônomo para uma fase lógica e complementar em um *processo sincrético*. No tocante à execução de título extrajudicial e execução contra a Fazenda Pública não foram realizadas alterações.

D. Ao executado é dado defender-se das atividades executivas, sejam elas realizadas em processo de execução ou em fase de “cumprimento de sentença”. Pode exercer seu direito por meio de defesas incidentais, endoprocessuais e heterotópicas.

E. A exceção de pré-executividade, tema da presente pesquisa, é forma de defesa endoprocessual, isto é, defesa manejada nos próprios autos do

processo em que se realiza a atividade executiva. Embora não exista previsão legal a respeito, a doutrina e a jurisprudência admitem sua utilização.

F. A terminologia “exceção de pré-executividade” é corretamente empregada por trazer à baila discussões tanto de matérias de ordem pública como matérias que dependem de alegação da parte para que possam ser apreciadas.

G. Pode ser oferecida por intermédio de simples petição a qualquer tempo no processo em que se realiza a atividade executiva. No entanto, incumbe ao executado, ao saber de eventuais vícios, utilizá-la no primeiro momento em que se manifestar no processo, sob pena de responder pelo retardamento do feito.

H. Estão legitimados ao uso da exceção de pré-executividade o executado e terceiros que de certa forma são atingidos pela execução, como *v.g.* o fiador do executado.

I. Trata-se de instrumento de oposição a execuções inviáveis para o qual não se exige prévia segurança do juízo, visto que veicula matérias de ordem pública – ausência dos requisitos de admissibilidade exigidos pela lei –, bem como matérias que possam obstar o prosseguimento da atividade executiva ou levar a sua extinção, a exemplo da comprovação de pagamento. Essas alegações somente se autorizam se demonstradas de plano, não se admitindo dilação probatória.

BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA JÚNIOR, Jesualdo Eduardo de. A terceira onda de reforma do Código de Processo Civil. Leis nº 11.232/2005, 11.277 e 11.276/2006. **Jus navigandi**, Teresina, ano 10, n. 959, 17 fev. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7982>>. Acesso em: 01. maio. 2006.

ALVIM, Arruda. A natureza jurídica da impugnação prevista na Lei 11.232/2005 – A impugnação do devedor instaura uma ação incidental, proporcionando o exercício do contraditório pelo credor; exige decisão, que ficará revestida pela autoridade da coisa julgada. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da nova execução, 3**: de títulos judiciais, Lei 11.232/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, cap. 3, p. 44-50.

ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 6.ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz. In: _____. **Temas de direito processual**: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 119-121.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 220100**. Execução. título extrajudicial. Iniciativa do devedor em apresentar contestação. Possibilidade de conhecimento da matéria como exceção de pré-executividade, dado que se argüiu questionamento a respeito de matéria de ordem pública. Agravo provido. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Brasília, DF, 2 de set. 1999. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/scon/jurisprudencia/doc.jsp?orgao=quarta+turma&data=%40dtde+%3e%3d+19990901+e+%40dtde+%3c%3d+19990902&&b=acor&p=true&t=&l=10&i=18>>. Acesso em: 23.ago.2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n.º 220100**. Processual civil. execução. Possibilidade de alegação, antes da penhora de fatos extintivos do direito (prescrição). Embargos infringentes parciais. Limites de sua apreciação. Relator: Ministro Demócrito Reinaldo. Brasília, DF, 11 de abr. 1996. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/scon/jurisprudencia/doc.jsp?orgao=primeira+turma&data=%40dtde+%3e%3d+19960411+e+%40dtde+%3c%3d+19960412&&b=acor&p=true&t=&l=10&i=11>> Acesso em: 23.ago.2006.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização do texto por Antônio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 7-84.

_____. **Código de processo civil**. Organização do texto por Antônio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Lívia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 395-478.

BRASIL. **Código civil**. Organização do texto por Antônio Luiz de Toledo Pinto; Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 162-317.

BUENO, Cássio Scarpinella. Cumprimento da sentença. In: _____. **A nova etapa da reforma do código de processo civil**: comentários sistemáticos às Leis n. 11.187, de 19-10-2005, e 11.232, de 22-12-2005. São Paulo: Saraiva, 2006, cap. 3, p. 65-181. v. 1.

DANTAS, Marcelo Navarro Ribeiro. Admissibilidade e mérito na execução. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 12, n. 47, p. 24-39, jul./set.. 1987.

DEFESA. In: SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 245.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**: execução forçada. 4.ed. São Paulo: Malheiros, 2004. v. 4.

_____. Perspectivas metodológicas atuais do direito processual. In: _____. **A instrumentalidade do processo**. 8.ed. São Paulo: Malheiros, 2000, cap. 1, p. 17-57.

EMBARGO. In: SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 19.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 297.

GRECO FILHO, Vicente. Teoria geral da execução. In: _____. **Direito processual civil brasileiro**. 14.ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2000, cap. 1, p. 7-52. v. 3.

GUERRA, Marcelo Lima. Defesas do devedor no interior do processo de execução. In: _____. **Execução forçada**: controle de admissibilidade. 2.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, cap. 6, p. 148-152.

_____. Os direitos fundamentais e o credor na execução. In: _____. **Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, cap. 7, p. 82-105.

LACERDA, Galeno. Execução de título extrajudicial e segurança do juízo. In: GRINOVER, Ada Pellegrini (Coord.). **Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques**. São Paulo: Saraiva, 1982, p. 167-176.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Processo de execução**. 5.ed. Com notas de atualização, nos termos do Código de Processo Civil de 1973, pelo Prof. Joaquim Munhoz de Mello. São Paulo: Saraiva, 1986.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. Nova execução de títulos judiciais e sua impugnação. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da nova execução, 3**: de títulos judiciais, Lei 11.232/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, cap. 18, p. 442-463.

MARINONI, Luiz Guilherme. A falsidade do princípio da *nulla executio sine titulo* diante do conflito brutal entre o direito à tutela tempestiva e o direito à cognição definitiva. In: _____. **Tutela antecipatória, julgamento antecipado e execução imediata de sentença**. 4.ed. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, cap. 4, p. 22-25.

MARTINS, Sandro Gilbert. A defesa do executado. In: _____. **A defesa do executado por meio das ações autônomas**: defesa heterotópica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, cap. 3, p. 73-105.

_____. Apontamentos sobre a defesa do executado no “cumprimento de sentença”. **Revista de Processo**, São Paulo, ano 29, n. 116, p. 169-180, jun./ago. 2004.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Sobre a impugnação à execução de título judicial (arts. 475-L e 475-M do CPC). In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Aspectos polêmicos da nova execução, 3**: de títulos judiciais, Lei 11.232/2005. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, cap. 15, p. 396-415.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do executado**: exceção de pré-executividade. 3. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2001.

PINHEIRO, Paulo Eduardo D’arce. Separação da atividade cognitiva e executiva. In: _____. **Cognição e execução à luz da efetividade do processo**. 2001. 270 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2001, cap. 5, p. 179-224.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. Parecer nº 5. In: _____. **Dez anos de pareceres**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, p. 125-139. v. 4.

SHIMURA, Sérgio. Noções Introdutórias. In: _____. **Título executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997, cap. 1, p. 1-82.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Responsabilidade patrimonial. In: _____. **Curso de processo civil**: execução obrigacional, execução real, ações mandamentais. 5.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, cap 7, p. 69-78. v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Execução forçada. In: _____. **Processo de execução**. 23.ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2005, cap. 1, p. 33-68.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A defesa do devedor. Incidentes da execução. In: _____. **Processo de execução**. 23.ed. rev. e atual. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2005, cap. 24, p. 437-172.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (Coord). **Curso avançado de processo civil: processo de execução**. 3. ed. rev. , atual. e ampl. São Paulo: Revista do Tribunais, 2000. v. 2.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. Sobre a objeção de pré-executividade. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (Coord.). **Processo de Execução e Assuntos Afins**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, cap. 18, p. 404-412.

WATANABE, Kazuo. A efetividade da tutela do direito e a instrumentalidade do processo. In: _____. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Bookseller, 2000, cap. 1, p 19-34.

_____. Cognição e sua importância como técnica processual. In: _____. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Bookseller, 2000, cap. 2, p. 35-52.

_____. Conceito de cognição e motivação. In: _____. **Da cognição no processo civil**. 2.ed. São Paulo: Bookseller, 2000, cap. 3, p. 53-70.