

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

- FLÁVIA DO CANTO PEREIRA -

INTRODUÇÃO

O instituto jurídico da exceção de pré-executividade é relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro, e se estrutura somente em entendimentos doutrinários e jurisprudências. Não há lei que o regule.

O principal meio de defesa do executado no processo de execução é deduzido via ação autônoma, fora do processo de execução, e somente após a segurança do juízo, que é requisito essencial para a oposição de tal demanda, qual seja, a de embargos à execução.

Todavia, em determinados casos, a efetivação da penhora pode provocar graves prejuízos ao executado. Isto ocorrerá nos casos que a execução tiver sido ajuizada com ausência de algum dos pressupostos processuais, de alguma das condições da ação, vícios ou falhas relacionadas com seus requisitos de admissibilidade. Para obviar eventuais prejuízos decorrentes de ação de execução assim proposta, permite-se o uso da exceção de pré-executividade.

Esse instrumento de defesa dentro do processo de execução surgiu para mitigar a rigidez da lei processual civil e admitir a defesa do executado diretamente no processo de execução, evitando o ato de constrição do bem, que é requisito obrigatório para oposição dos embargos do devedor.

Um parecer de Pontes de Miranda, datado de 1966, em favor da Companhia Siderúrgica Mannesman, foi o marco inicial desse instituto. Pedidos de decretação de abertura de falência haviam sido indeferidos pelo Juízo, antes da penhora ou do depósito, sob o fundamento de que baseados em títulos falsos. A relevância do caso residia no fato de que os indeferimentos haviam ocorrido antes da penhora ou do depósito. No entender do parecerista, *“a alegação de inexistência, da invalidade ou da ineficácia da sentença é alegável antes da expedição do mandado de penhora.”*¹ Contudo, são poucas as obras doutrinárias a respeito da exceção de pré-executividade, havendo muitos textos em periódicos especializados.

A controvérsia em torno desse instituto persiste até os dias atuais, o que não obsta sua utilização por advogados, com bom acolhimento na jurisprudência pátria, que o tem apontado como meio de defesa do executado nas ações executivas, quando há possibilidade de arguição de matérias específicas.

Com o advento da Constituição Federal de 1988 e a aplicação do princípio do contraditório em todos os processos judiciais e administrativos, a exceção de pré-executividade passou a ter fundamento legal. Isto porque o processo de execução é

¹MIRANDA, Pontes. **Dez Anos de Pareceres**. 4v., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S. A., 1975. p. 137.

espécie de processo judicial, permitindo-se, assim, a defesa do executado dentro do processo de execução, desde que respeitada a natureza jurídica dessa ação.

Por tais motivos, foi idealizado um conjunto de regras e atos que devem necessariamente ser aplicados, a fim de evitar que a exceção de pré-executividade desnature o processo de execução, cuja finalidade é realizar o direito do credor munido de título executivo, bem como que os embargos tenham sua função esvaziada. Restou estabelecido que as matérias passíveis de oposição mediante exceção de pré-executividade são as que comportam provas pré-constituídas do alegado, *i.e.*, desde que a instrução do incidente defensivo se limite a prova documental.

Toda a ação, para ser processada, deve preencher os requisitos processuais e as condições gerais e específicas da ação. Assim não ocorrendo, a ação não pode prosseguir. A exceção de pré-executividade surge como opção mais viável para impedir os atos constritivos sobre os bens do devedor desprovidos de legalidade, e opor defesa durante a própria execução.

A oposição deste incidente defensivo possibilita discussão antecipada acerca da viabilidade da execução, anteriormente permitida somente na ação incidental de embargos à execução.

A defesa do devedor, na exceção de pré-executividade, é feita através de prova pré - constituída do alegado, ou ainda, pode-se argüir por meio de exceção matéria

de ordem pública, como as relativas a condições da ação², vícios ou falhas no título executivo que embasa a execução, sem que se dê margem à desnaturação do processo de execução e, tampouco, retire-se da ação de embargos do devedor sua função de defesa do executado.

1. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A exceção de pré-executividade se consubstancia num mecanismo de defesa do executado que prescinde de segurança prévia, revelando-se como instrumento de justiça desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência e de aceitação pacífica entre os operadores do direito.

Trata-se de saudável construção que os processualistas pátrios engendraram, para propiciar, ao coagido por execução irregular, resistir aos atos executórios, trazendo à apreciação do juízo as nulidades que maculam o procedimento executivo. De modo simplista, trata-se de pedido direto de extinção do processo, independentemente do manejo dos embargos e da segurança do juízo.

1.1 CONCEITO

²Art. 267. VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual.

Mesmo com o surgimento dos primeiros estudos acerca da exceção de pré-executividade, não houve esforço dos autores para se chegar a uma conceituação técnica do instituto. A matéria era analisada superficialmente, quando se examinava o controle da admissibilidade do processo de execução.

Porem, atualmente, após uma fase de grandes questionamentos, a doutrina e a jurisprudência vêm se posicionando de forma uníssona pela aceitação do incidente.

Como exemplo, Araken de Assis posiciona-se da seguinte forma:

Embora não haja qualquer previsão legal explícita, se o órgão judiciário, por lapso, tolerar a falta de algum pressuposto, é possível o executado requerer seu exame, quiçá promovendo a extinção da demanda executória, a partir do lapso de vinte e quatro horas. Tal provocação de matéria passível de conhecimento de ofício pelo juiz prescinde a penhora, e, *a fortiori*, do oferecimento de embargos.³

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery dizem:

É o meio de defesa que prescinde da segurança do juízo para ser exercido, justamente porque versa sobre matérias de ordem pública, a respeito das quais o juiz deve pronunciar-se de ofício. Se a ação de execução não poderia ter sido proposta em virtude de, por exemplo, faltar eficácia executiva ao título, não se pode onerar o devedor com a segurança do juízo para poder se defender.⁴

Não é outro o entendimento Clito Fornaciari Júnior:

A chamada exceção de pré-executividade nada mais é, do que a alegação de vícios que comprometem a execução e que deveriam ter sido constatados pelo juiz no nascedouro do processo, prescindindo de forma própria, de prazo e da segurança prévia do juízo com a realização da penhora. Bastaria, pois, uma simples petição antes da penhora ou depois desta, até quando se perdeu o prazo para os embargos de devedor.⁵

³ASSIS, Araken. Op. cit., p. 577.

⁴JÚNIOR, Nelson Nery. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 4ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 1185.

⁵JÚNIOR, Clito Fornaciari. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. 1v.,n.1, set./out., Porto Alegre: Síntese, 1999. p. 30.

Danilo Knijnik, sustenta a exceção de pré-executividade, que deve ser acolhida toda vez em que em que falte requisitos de admissibilidade da execução. Assim leciona o autor:

A exceção de pré-executividade é fruto do labor teórico processual e representa, apenas, uma revelação parcial de um fenômeno bem mais amplo: uma revelação do *officium iudicis*. Ela atende, apenas à admissibilidade da execução e não pode ser utilizada para controlar ocorrências processuais internas, próprias da fenomenologia do executivo.⁶

No mesmo sentido é a posição de Anita Flávia Hinojosa: “exceção de pré-executividade é o meio de defesa do devedor através do qual lhe é possibilitado apontar ao juízo matérias que, embora sejam de ordem privada e de seu exclusivo interesse, fulminam a pretensão executiva, impedindo seu prosseguimento.”⁷

Cândido Rangel Dinamarco, em prol da exceção de pré-executividade, apresenta o seguinte texto:

(...)a inépcia da inicial executiva ou a presença de qualquer óbice ao regular exercício da jurisdição *in executivis* constituem matéria a ser apreciada pelo juiz da execução, de ofício ou mediante simples objeção do executado, a qualquer momento e em qualquer fase do procedimento(...).⁸

No mesmo sentido a lição de Humberto Theodoro Júnior:

Não apenas por meio de embargos o devedor pode atacar a execução forçada. Quando se trata de acusar a falta de condições da ação de execução, ou a ausência de algum pressuposto processual, a arguição pode se dar por meio de simples petição nos próprios autos do processo executivo.(...) Entre os casos que podem ser cogitados na exceção de pré-executividade figuram todos aqueles que impedem a configuração do título executivo ou que privam a força executiva, como por exemplo, as questões ligadas à falta de liquidez ou exigibilidade da obrigação, ou ainda à inadequação do meio escolhido para obter a tutela jurisdicional executiva.⁹

⁶ KNIJNIK, Danilo. **Exceção de pré-executividade**. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 194.

⁷ HINOJOSA, Anita Flávia. **Objecção e Exceção de pré-executividade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003. p. 78.

⁸ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 4ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995. p.447.

⁹ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit., p. 278.

A jurisprudência sobre a sua aceitação é pacífica, como demonstra o presente julgado do TRF da 4^o região:

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – HIPÓTESES DE CONHECIMENTO – PRESCRIÇÃO – ARQUIVAMENTO – ART. 18, § 2º, DA LEI Nº 10.522/02 – 1. A utilização, nos feitos executivos fiscais, pelo executado, da denominada exceção de pré-executividade, meio de defesa que dispensa a garantia do juízo, tem caráter excepcional, exatamente pelo fato de ser muito restrito o seu âmbito cognitivo. Assim, a exceção de pré-executividade, conforme vêm entendendo a doutrina e a jurisprudência pátria, somente pode versar sobre questões verificáveis *ex officio* pelo juiz da execução, como é o caso de ausência de condições da ação ou de pressupostos processuais para o desenvolvimento regular do processo executivo, bem como sobre questões relativas a nulidades formais da CDA, prescrição, decadência e quitação do débito. 2. Se as questões debatidas na exceção de pré-executividade exigirem dilação probatória, estas somente encontram espaço em sede de embargos do executado. 3. Desse modo, alegação de prescrição dos créditos pode ser veiculada em exceção de pré-executividade, quando, para sua verificação, não se exigir dilação probatória.(...)¹⁰

Os demais Tribunais do país tem julgado no mesmo sentido:

PROCESSO CIVIL – EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ADMISSIBILIDADE – HIPÓTESES – A exceção de pré-executividade não está prevista em Lei, mas é admitida em nosso direito em razão de construção doutrinário-jurisprudencial. É permitida nos casos em que o juízo conhecer, de ofício, a matéria alegada e quando houver prova documental inequívoca capaz de demonstrar a nulidade da execução.¹¹

O STJ, no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – ADMISSIBILIDADE – CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO – TÍTULO EXECUTIVO – INEXISTÊNCIA – ART. 585, II, CPC – NOTA PROMISSÓRIA – I. É possível ao devedor acionado no processo de execução argüir a nulidade da execução, através de exceção de pré-executividade e não de embargos, desde que verse sobre matéria que possa ser conhecida de ofício pelo Juízo (4ª Turma, RESP nº 180.734/RN, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, unânime, DJU de 02.08.1999). II. O contrato de abertura de crédito em conta corrente, ainda que acompanhado de extratos de movimentação financeira, não constitui título hábil à promoção de ação executiva. III. A nota promissória vinculada ao contrato de abertura de crédito não goza de autonomia por restar descaracterizada, em tal situação, a sua natureza como título executivo. IV. Precedentes da 2ª Seção. V. Recurso conhecido e provido.¹²

¹⁰TRF 4ª R. – AI 2003.04.01.009423-5 – RS – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares – DJU 04.06.2003 – p. 524.

¹¹TRF 1ª R. – AG 01000416840 – PA – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Cândido Ribeiro – DJU 02.05.2003 – p. 74.

¹²STJ – RESP 268031 – SP – 4ª T. – Rel. Min. Aldir Passarinho Junior – DJU 31.03.2003.

Pelos exemplos acima expostos, bem se vê que a exceção de pré-executividade passou a ser aceita após um período de divergências, como forma de defesa no processo executivo independentemente da constrição da penhora de bens por parte do devedor.

1.2 NATUREZA JURÍDICA

Há na doutrina várias posições acerca da natureza jurídica da exceção de pré-executividade, porém a maioria tem entendido ter ela caráter incidental, por estabelecer uma relação de causalidade entre a solução do incidente e o êxito da execução. Para Marcos Feu da Rosa “... é um pedido para que o juiz cumpra o seu ofício (...) é instrumento de provocação do órgão jurisdicional através do se requer manifestação acerca dos requisitos da execução”.¹³

Na Análise Alberto Caminã Moreira, a exceção de pré-executividade tem caráter incidental, aproximando-se da contestação, mesmo quando há a alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do autor.¹⁴

Para Luiz Peixoto de Siqueira Filho, as matérias argüíveis mediante de exceção de pré-executividade são de ordem pública, portanto passíveis de serem apreciadas

¹³ROSA, Marcos Valls Feu. **Exceção de pré-executividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 98.

¹⁴MOREIRA, Alberto Caminã. **Exceção de pré-executividade: Defesa Sem Embargos**. 2ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2001. p. 41.

ex officio pelo juiz, chegando-se a constatação de que sua natureza jurídica é puramente de objeção.¹⁵

Anita Flávia entende que o instituto não passa de instrumento incidental para a alegação de matérias cogentes, seja pelo devedor, seja credor ou por terceiros juridicamente interessados, aplicável de imediato, e alegável a qualquer tempo, já sujeita a preclusão.¹⁶

O Ministro Franciulli Netto do STJ entende que a natureza jurídica da exceção de pré-executividade é de incidente processual, como se vê deste voto:

Colocada a questão nestes termos, merece rememorar que a exceção de pré-executividade consiste num incidente processual para a defesa do executado, admitida pela doutrina e pela jurisprudência, sem a necessidade de segurança do juízo. Conforme magistério de Sandro Gilbert Martins, *"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 o seu curso normal. A seqüência de atos destinados para a solução desse fenômeno incidental – situação nova que cai, que incide sobre algo preexistente - pode exigir "situações menos ou mais complexas no procedimento principal e também pode ser estruturalmente destacado deste, conquanto apresente incontestado vínculo de funcionalidade, que por sua vez decorre do indissociável caráter acessório do incidente. Percebe-se, pois, que o incidente processual pode, pela sua natureza ou por opção legislativa, exigir a formação de um procedimento lateral, distinto do principal, para ser resolvido. Ou, de outro lado, em razão de sua menor complexidade, pode o incidente tomar corpo no próprio procedimento do processo principal. 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 (infra 3.6). Daí, mesmo reconhecida a identidade de natureza jurídica (incidental) de ambas as referidas formas de defesa do executado, ter-se optado por sistematizar a classificação denominando a exceção de pré-executividade como defesa endoprocessual."* (cf. "A Defesa do Executado por meio de Ações Autônomas - Defesa Heterópica", Coleção de Estudos de Direito de Processo Enrico Tullio Liebman, Vol. 50, Editora Revista dos Tribunais, ps. 89/90) Verifica-se que para a defesa do executado a regra são os embargos. É admissível, entretanto, a apresentação de um incidente que nada mais é que a exceção de pré-executividade.¹⁷ (grifado)

¹⁵FILHO, Luiz Peixoto de Siqueira. **Exceção de pré-executividade**. 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. p. 84.

¹⁶HINOJOSA, Anita Flávia. Op. cit., p. 80.

¹⁷STJ – RESP 493818 – MG – 2ª T. – Rel. Min. Franciulli Netto – DJU 26.05.2003 – p. 358.

Em sintonia com esse modo de pensar, ensina Araken de Assis que "*deduzindo a exceção de pré-executividade, o devedor cria incidente, cuja rejeição enseja agravo.*"¹⁸

É bem verdade, que não unanimidade sobre a natureza jurídica do instituto, mas o entendimento majoritário é no sentido de que a exceção de pré-executividade tem natureza de incidente processual, porém pode ser considerada também como objeção, isto porque é forma de defesa, cabendo à parte que está sendo executada valer-se ou não do instituto .

1.3 PRESSUPOSTOS

Como já referido, a exceção de pré-executividade constitui instituto excepcional de oposição do executado, que visa a fulminar de plano, antes de garantido o juízo, execução que não apresente algum dos requisitos legais.

Destarte, é prudente que não se faça interpretação ampliativa das hipóteses em que este incidente possa caber, só podendo trazer em seu bojo matérias que tenham o poder de extinguir *ab initio* essa execução, ou seja, matérias que possam ser reconhecidas de ofício pelo magistrado, a qualquer tempo e que não necessitem de dilação probatória muito aprofundada, portanto certa cognição sumária, tais como: a ausência de pressupostos processuais, de condições da ação como a

¹⁸ASSIS, Araken. Op. cit., p.506.

possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual ou até mesmo a inexigibilidade do título que ampara a execução.¹⁹

Portanto, devem ser obedecidos dois critérios para a oposição da exceção de pré-executividade: “*a matéria a ser alegada deve estar ligada à admissibilidade da execução, portanto, conhecível de ofício,*”²⁰ o vício apontado deve ser demonstrado *prima facie*, não dependendo de instrução longa e trabalhosa, ou seja dilação probatória. Parte minoritária da doutrina admite instrução para demonstração de fatos inviabilizadores da execução ou do título, tal como sua quitação.

É possível alegar, na exceção de pré-executividade: ausência de pressupostos processuais de constituição e de validade; ausência de condições da ação; vícios do título executivo; nulidades da ação executiva; excesso de execução; pagamento; prescrição; decadência; compensação e novação.

Cabe referir, neste passo, voto do Desembargador Federal Dirceu de Almeida Soares do TRF da 4ª região:

A utilização, nos feitos executivos fiscais, pelo Executado, da denominada *exceção de pré-executividade*, meio de defesa que dispensa a garantia do Juízo, tem caráter excepcional, exatamente pelo fato de ser muito restrito o seu âmbito cognitivo. **Assim, a exceção de pré-executividade, conforme vêm entendendo a doutrina e a jurisprudência pátria, somente pode versar sobre questões verificáveis *ex officio* pelo Juiz da execução, como é o caso de ausência de condições da ação ou de pressupostos processuais para o desenvolvimento regular do processo executivo, bem como sobre questões relativas a nulidades formais da CDA, prescrição, decadência e quitação do débito.** Ademais, cabe sinalar que, se as questões debatidas na exceção de pré-executividade exigirem dilação probatória, estas somente encontram espaço em sede de embargos do executado.(...) **Verifico que, em conformidade com o acima exposto, a alegação de prescrição dos créditos executados é possível em sede de exceção de pré-executividade, quando sua aferição possa ocorrer de**

¹⁹ Art. 586 A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível.

²⁰ ROSA, Marcos Valls Feu. Op. cit., p. 93.

imediate, independentemente de dilação probatória. Frente ao exposto, dou provimento ao agravo de instrumento e julgo prejudicado o agravo regimental, para que seja conhecida da exceção de pré-executividade, consoante a fundamentação *supra*.²¹ (grifado)

O STJ entende que não há necessidade da segurança do juízo para apresentação de defesa, quando o título apontar algum vício, como se vê do seguinte voto do Ministro Luiz Fux:

(...)Como se sabe, é da essência do processo de execução a busca da satisfação rápida e eficaz do credor. Por esse motivo, o nosso sistema processual estabeleceu como condição específica dos embargos do devedor a segurança do juízo, capaz de tornar útil o processo após a rejeição dos embargos. Contudo, a doutrina e a jurisprudência, diante da existência de vícios no título executivo que possam ser declarados de ofício, vêm admitindo a utilização da exceção de pré-executividade, cuja principal função é a de desonerar o executado de proceder à segurança do juízo para discutir a inexecutabilidade de título ou a iliquidez do crédito exequendo. Forçoso advertir, todavia, que a exceção de pré-executividade só deve ser utilizada em hipóteses especialíssimas, não sendo cabível quando o vício apontado não se refira ao título nos seus aspectos formais ou ao crédito exequendo.(...)²²

Porém, o STJ entende que não cabe exceção de pré-executividade após a penhora, e, sobretudo, depois de rejeitados os embargos, como se vê do seguinte julgado:

(...)A prática judiciária criou a denominada 'exceção de pré-executividade', nome pomposo dado pelos causídicos à petição em que pedem ao juiz a apreciação de questões evidentes em si mesmas que possam extinguir a execução em seu nascedouro. O nome decorre de o pedido ser feito antes do momento próprio para apresentação da defesa, evitando um prosseguimento inútil e o constrangimento da penhora em bens do devedor; por isso a 'pré-executividade' que consta dessa criativa denominação. **É um contra-senso falar em 'exceção de pré-executividade' após a realização da penhora e após, como se vê neste caso, a rejeição dos embargos opostos pela devedora. A execução já está aparelhada e não há 'pré-executividade' a analisar. A 'exceção de pré-executividade' não pode ser conhecida: é extemporânea, pois apresentada após a efetivação da penhora e a rejeição dos embargos.(...)²³(grifado)**

²¹TRF 4ª R. – AI 2003.04.01.009423-5 – RS – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Dirceu de Almeida Soares – DJU 04.06.2003 – p. 524

²²STJ – AGA 470086 – SP – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 02.06.2003 – p. 195

²³STJ – AGA 470702 – SP – 1ª T. – Rel. Min. José Delgado – DJU 24.02.2003.

Quando a demanda exige dilação probatória, prevalece o entendimento de que não cabe exceção de pré-executividade, devendo o executado valer-se dos embargos do devedor, como demonstra o seguinte julgado:

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – PRESCRIÇÃO – O meio adequado para se insurgir contra as ações de execução fiscal são os embargos à execução. A exceção de pré-executividade é o meio apropriado para flagrantes nulidades e para as questões de ordem pública que podem ser conhecidas de ofício, como no caso, a prescrição. Não é possível, contudo, argüir-se a exceção de pré-executividade sem prova inequívoca do alegado. **Não há como pretender dilação probatória, sob pena de desvirtuar-se a intenção do legislador.**(...)²⁴(grifado)

Roborando a tese, o voto da Desembargadora Federal do TRF da 3ª Região Consuelo Yoshida:

A exceção de pré-executividade, criação doutrinária-jurisprudencial, é modalidade de defesa do executado que consiste na possibilidade de se submeter ao conhecimento do Juiz da execução, antes da realização de penhora ou interposição de embargos, matérias passíveis de serem conhecidas de plano, independentemente de dilação probatória. Referida exceção somente é admissível em hipóteses excepcionais, relacionadas à falta de requisitos formais do título executivo. O objetivo da exceção de pré-executividade é impedir uma invasão injusta no patrimônio do executado. **Portanto, tratando-se de matéria que necessita de dilação probatória, não é cabível a oposição da exceção de pré-executividade, devendo o executado valer-se dos embargos à execução, os quais, para serem conhecidos, exigem a prévia segurança do Juízo, através da penhora ou do depósito do valor discutido.**²⁵ (grifado)

Ao tratar da dilação probatória na exceção de pré-executividade, Humberto Theodoro Júnior é bastante criterioso, quando aduz, textualmente, o seguinte:

É claro, porém, que tal incidente só pode ser eficazmente promovido quando a causa de nulidade ou de inviabilidade da execução for absoluta e notória, pelos próprios elementos dos autos. **Se para alcançá-la for necessário revolver fatos e provas de maior complexidade, somente por via dos embargos a defesa será argüível. Não é admissível que, a pretexto de exceção de pré-executividade, pretenda o devedor a instauração de uma dilação probatória contenciosa, sem observar os pressupostos dos embargos da execução.**²⁶(grifado)

²⁴TRF 4ª R. – AI 2003.04.01.002063-0 – PR – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Wilson Darós – DJU 07.05.2003 – p. 639.

²⁵TRF 3ª R. – AG 161954 – (2002.03.00.035988-4) – 6ª T. – Relª Desª Fed. Consuelo Yoshida – DOU 16.05.2003 – p. 353.

²⁶JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. Cit., p. 279.

Pode-se concluir que só serão admitidas alegações por meio da exceção de pré-executividade em dois casos: quando passíveis de conhecimento de plano, e quando não necessitarem de dilação probatória, sob pena de descaracterizar seu objetivo de celeridade processual e de desvirtuamento da natureza satisfativa do processo de execução.

1.3.1 CONDIÇÕES DA AÇÃO E PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS

A apresentação da exceção de pré-executividade deve ser feita somente em casos excepcionais, como por exemplo, quando o juiz não reconhecer de ofício matérias como as condições da ação ou pressupostos processuais. Imprescindível, portanto, que se faça uma análise pormenorizada sobre as condições da ação.

A partir de 1905, como decorrência da Constituição republicana de 1881, surgiram os estatutos processuais estaduais, havendo a reunificação do processo civil somente em 1939, com o primeiro Código de Processo Civil brasileiro, em vigor até 1973.

Influenciado pela doutrina de Liebman, surgiu o Código de 1973, que está em vigor até hoje, tendo sofrido algumas modificações. Era natural que, na vigente lei processual brasileira, prevalecesse a teoria eclética, prevendo como condições genéricas de toda e qualquer ação o interesse de agir, a legitimidade para a causa e a possibilidade jurídica do pedido.

A conseqüência imediata da ausência de uma condição da ação, no direito brasileiro, é a prolação de sentença processual que, em regra, extingue o processo, conforme preceitua o artigo 267, IV, do CPC, declarando-se judicialmente, *ex officio* ou a requerimento do réu, a carência de ação, expressão hoje positivada em nosso direito no artigo 301, X.²⁷

No início da construção de sua teoria, Liebman mencionava três condições da ação, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimação e o interesse de agir, mas esta orientação permaneceu somente até a segunda edição do seu *Manuale*, pois na seguinte resolveu excluir a possibilidade jurídica do pedido.²⁸

Liebman também se expressou favoravelmente à adoção de um quarto grupo de condições da ação, consistente na ausência de fatos extintivos da ação, como a coisa julgada e a perempção da ação conseqüente a três absolvições da instância, e de fatos suspensivos da ação.

A possibilidade jurídica do pedido, no entendimento de Eduardo Arruda Alvim, “é instituto processual e significa que ninguém pode intentar uma ação sem que peça uma providência que esteja, em tese (abstratamente), prevista no ordenamento jurídico, seja expressa, seja implicitamente.”²⁹

²⁷O Código atual adota o ensinamento de Liebman, no de que a carência de ação é fruto exclusivamente da ausência de uma das condições da ação.

²⁸FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da Ação**. 1ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 66.

²⁹ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de Direito Processual Civil**. 1v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 317.

Nelson Nery Júnior, versa da seguinte forma sobre a possibilidade jurídica do pedido: 'O pedido é juridicamente possível quando o ordenamento não o proíbe expressamente. Deve entender-se o termo "pedido" não em seu sentido estrito de mérito, pretensão, mas conjugado com a causa de pedir.'³⁰

Há quem entenda, todavia, que a possibilidade jurídica do pedido integra o próprio mérito da causa, pois, apesar, de se poder afirmar que, ao considerar o pedido juridicamente possível, o juiz não estará proferindo, no mérito, julgamento favorável ao autor. Dizer que o pedido é juridicamente impossível significa o mesmo que, no mérito, julgar este pedido manifestamente improcedente.

Nesse sentido posiciona-se Calmon de Passos, ao afirmar que a impossibilidade jurídica, bem examinada, é um problema de não incidência, por conseguinte, um problema de mérito, de acolhimento ou rejeição da *res judicio deducta*, indevidamente erigido em condição da ação, por se tratar de uma forma de improcedência *prima facie*.³¹

Todavia, apesar do acerto doutrinário de tal posição, esta não é a orientação do atual direito positivo brasileiro, que considera a possibilidade jurídica do pedido uma condição de ação, requisito de admissibilidade para o julgamento do mérito da causa.

³⁰JÚNIOR, Nelson Nery. Op. Cit., p. 730.

³¹PASSOS, José Joaquim Calmon. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3v. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense Universitária, 1961. p. 63.

Por legitimidade das partes, ou ainda legitimidade *ad causam*, entende-se que as partes litigantes devem ser as mesmas da relação de direito material que gerou a controvérsia a ser analisada e decidida pelo Poder Judiciário. Excepcionalmente, no processo de execução, certos títulos cambiais, ou seja, títulos de crédito possuem circulação livre, podendo não haver vinculação da pessoa que participou da relação de direito original com o exequente, que vem a Juízo cobrar a dívida.

A legitimidade *ad causam* é condição da ação e diz respeito exclusivamente à relação jurídica material afirmada em juízo, diferentemente da legitimidade *ad processum*, que é pressuposto processual e não depende desta relação substancial hipotética.

Conforme Nelson Nery Júnior,

Parte, em sentido processual, é aquela que pede (parte ativa) e aquela em face de quem se pede (parte passiva) a tutela jurisdicional. Os demais participantes da relação processual (juiz) ou do processo *lato sensu* (advogados, MP, auxiliares da justiça etc.) não são parte.³²

A existência de um título executivo é uma condição específica do processo de execução, pois a sua inexistência implica o indeferimento da ação. Além do mais, exige-se, mesmo que em tese, os três atributos legais – certeza, liquidez e exigibilidade, por força do artigo 586 do CPC.³³

No que tange aos pressupostos processuais, pode-se dividi-los em subjetivos e objetivos. Quanto aos primeiros, há de se observar quanto as partes; a *legitimatío ad processum* e a capacidade postulatória; quanto ao juiz; a competência,

³²JÚNIOR, Nelson Nery. Op. cit., p.729

³³Art.586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível.

imparcialidade e jurisdição; quanto aos objetivos, além da existência de pedido e de causa de pedir, os extrínsecos à relação processual, a saber, os pressupostos negativos da perempção, da litispendência e da coisa julgada.

Perempção é a perda do direito de ação em virtude de o processo, tendo em vista a mesma demanda, ter sido extinto por três vezes pelo motivo do CPC artigo 267, III.³⁴ Ocorrendo a perempção, a quarta ação objetivando a mesma pretensão tem de ser extinta sem o julgamento do mérito

Dá-se a litispendência quando se repete ação idêntica a uma que se encontra em curso, isto é, quando a ação proposta tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, devendo a ação ser extinta sem o julgamento do mérito.

A coisa julgada ocorre quando a repetição da mesma ação ocorre relativamente a uma que já se encontra acobertada pela coisa julgada material, devendo também o processo ser extinto sem o julgamento do mérito.

Oportuno se torna citar o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior:

As condições da ação, como categorias intermediárias entre os pressupostos processuais e o mérito da causa, apresentam-se como requisitos que a lei impõe para que a parte possa, numa relação processual válida, chegar até a solução final da lide. Sem as condições da ação, portanto, o promovente não obterá a sentença de mérito ou o provimento executivo, ainda que o processo se tenha formado por meio de uma relação jurídica válida.³⁵

³⁴ Art. 267. Extingue-se o processo, sem julgamento do mérito; III - quando, por não promover os atos e diligências que lhe competir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias.

³⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Op. cit., p. 29.

Por fim, deve-se dizer, que faltando algum ou alguns dos pressupostos processuais, o processo não se encontra regular. Portanto, caso o juiz não tenha detectado de ofício alguma das condições da ação ou a ausência de algum dos pressuposto processuais, o devedor do processo de execução poderá valer-se da exceção de pré-executividade.

1.4 EFEITO

O entendimento doutrinário é no sentido de que a exceção de pré-executividade deve ter efeito suspensivo sobre o processo de execução, sob pena de não ser atendida a principal característica do instituto, que é de evitar a penhora.

Nesse sentido, Ovídio Baptista da Silva afirma que o devedor poderá, perfeitamente, paralisar a execução demonstrando a ausência do requisito do inadimplemento, neste caso, nos autos do próprio processo executivo.³⁶

Não é outro o entendimento de Marcos Feu da Rosa:

Deve, portanto, ser entendido que a arguição da ausência dos requisitos da execução suspende o seu curso por colocar em xeque a possibilidade de início ou prosseguimento da execução, ou, em outros termos, da expropriação.³⁷

³⁶SILVA, Ovídio A. Baptista. Op. cit., p. 23.

³⁷ROSA, Marcos Feu. Op. cit., p. 77.

Luiz Peixoto de Siqueira Filho entende da mesma forma, porque, negado o efeito suspensivo, restaria evidente a possibilidade de ocorrência de privação dos bens sem a observância do devido processo legal.³⁸

Anita Flávia, sobre o assunto, diz:

Entendemos ser incongruente a afirmação de que o instituto a que nos voltamos não tenha sobre si o efeito suspensivo, sob pena da exceção de pré-executividade poder vir a perder sua principal característica – evitar a indevida constrição de bens do patrimônio do executado, muito embora não possa ser relegado o fator de paralisação da ação executiva, que pode ser amenizado mediante um procedimento célere da exceção de pré-executividade.³⁹

Porém, a jurisprudência tem entendido que não pode ser atribuído efeito à exceção de pré-executividade, por ausência de norma legal nesse sentido, como demonstram os seguintes julgados:

EXECUÇÃO – SUSPENSÃO DO FEITO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – AÇÃO REVISIONAL ANTECEDENTE À EXECUÇÃO

– 1. A exceção de pré-executividade não tem, como pretende o recorrente, o efeito de suspender a execução. Não há amparo legal a esta pretensão, nem justificativa plausível. 2. A ação revisional do contrato intentada por parte da agravante e antecedentemente à execução distribuída, em que pese não configurada hipótese de conexão, tipifica-se como prejudicial externa a autorizar a suspensão do feito executivo, após a formalização da penhora, funcionando, praticamente, como embargos prévios. É que, se está a se discutir, inclusive, o valor efetivamente devido, e a execução proposta pelo agravado reclama crédito incontroverso, sendo inafastável o reconhecimento de prejudicialidade. Agravo de instrumento a que se dá parcial provimento de plano, com espeque no art. 557, § 1º-a, do CPC.⁴⁰

27223261 – AGRAVO DE INSTRUMENTO – DECISÃO MONOCRÁTICA – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

– Manejo que tem por fito fulminar, ab initio, haja vista a existência de nulidade flagrante, o feito executivo. Pretensão alinhada na via excepcional que tem por escopo, em última análise, rediscutir a relação jurídica material existente entre os litigantes. Pretensão essa viável se ser conhecida em demanda revisional que se proposta, em tese, não tem o condão de suspender a execução. Dicção do art. 585, §1º do CPC. Negado seguimento ao agravo de instrumento.⁴¹

³⁸FILHO, Luiz Peixoto de Siqueira. Op. cit., p. 78.

³⁹HINOJOSA, Anita Flávia. Op. cit., p. 75.

⁴⁰TJRS – AI 70005656772 – 2ª C.Cív.Esp. – Relª Desª Marilene Bonzanini Bernardi – J. 20.12.2002.

⁴¹TJRS – AGI 70005765490 – 2ª C.Esp.Cív. – Relª Desª Marta Borges Ortiz – DJRS 21.01.2003.

Mas o instituto da exceção de pré-executividade deve comportar o efeito suspensivo, mesmo sem lei que o regule, porque perde o seu principal objetivo, se, após a sua apresentação, o devedor sofre a penhora.

1.5 FORMA

A arguição da ausência dos requisitos da execução constitui alerta, ao juiz, para que cumpra o seu ofício, explica Luiz Peixoto de Siqueira Filho, motivo por que não se exigem maiores formalidades. O que interessa é o fato de o juiz ser alertado para a ausência dos requisitos da execução proposta, com conseqüente exame, ou reexame, dessas matérias.⁴²

Argüi-se a exceção por mera petição, dando-se os motivos de fato e de direito pelos quais o devedor entende ser incabível ou ilegal a execução. A petição deve conter pedido de extinção da execução ou de alteração de seu valor, se o pagamento tiver sido parcial, e deve ser acompanhada de eventuais documentos comprobatórios das alegações do devedor - excipiente.

À guisa de exemplo, pode-se citar esta decisão do STJ: *“Consiste a pré-executividade na possibilidade de, sem embargos ou penhora, argüir-se na execução, por mera petição, as matérias de ordem pública ou as nulidades absolutas.”*⁴³

⁴²FILHO, Luiz Peixoto de Siqueira. Op. cit., p. 68.

⁴³STJ – RESP 475106 – SP – 2ª T. – Relª Min. Eliana Calmon – DJU 19.05.2003 – p. 219.

No entendimento de Marcos Feu da Rosa, o incidente pode ser apresentado, ainda, tanto extrajudicialmente como verbalmente em audiência,⁴⁴ prevista no art. 599, I do CPC.⁴⁵

Não admite-se dilação probatória na exceção, razão pela qual a prova é documental e pré-constituída. Havendo necessidade de dilação probatória (prova testemunhal, pericial, etc.) o devedor não poderá opor a exceção, pois o caso será de oposição de embargos do devedor. Como é meio de defesa não regulado expressamente pelo CPC, a exceção de pré-executividade deve ser processada nos autos principais, não devendo ser autuada em separado.

Em homenagem ao contraditório, recebida a exceção, o juiz deverá dar oportunidade para que o credor-excepto se manifeste sobre o incidente, fixando prazo razoável para tanto. Passado o prazo para manifestação do credor, o juiz julga a exceção.

1.6 RECURSOS

Sendo acolhida a exceção de pré-executividade, estar-se-á diante de prolação de sentença terminativa, portanto, o recurso cabível será o de apelação à instância superior.

⁴⁴ROSA, Marcos Feu. Op. cit., p. 50.

⁴⁵Art. 599. o juiz pode a qualquer momento do processo: I – ordenar o comparecimento das partes.

Se, no caso contrário, for rejeitada a arguição, caberá agravo de instrumento, pois se estará diante de decisão interlocutória. De acordo com Luiz Peixoto de Siqueira Filho, *“devolvida a questão ao Tribunal, ou se provê o recurso, dando-se por encerrada a execução , ou se julga este improcedente e se retoma o curso normal do processo.”*⁴⁶

Marcos Feu da Rosa ensina que a finalidade do agravo, no caso de rejeição da arguição da ausência dos requisitos da execução, é de reverter a decisão; assim, o provimento implica acolhimento da arguição da ausência dos requisitos da execução, o que, leva à prolação de sentença terminativa da execução.⁴⁷

1.7 PRAZO

Considerando que as matérias atinentes aos requisitos da execução não estão sujeitas aos efeitos da preclusão, Marcos Feu da Rosa entende que se afigura impossível a fixação de prazo para a apresentação da exceção de pré-executividade, sendo certo que poderá ser oferecida desde o ajuizamento da ação executiva, permanecendo viva a possibilidade enquanto o juiz não extinguir o processo.⁴⁸

⁴⁶FILHO, Luiz Peixoto de Siqueira. Op. cit., p. 82.

⁴⁷ROSA, Marcos Feu. Op. cit., p.90.

⁴⁸Ibidem, p. 46.

Portanto, admite-se que a argüição da ausência dos requisitos da execução pode ser feita em qualquer tempo e grau de jurisdição, a teor do disposto no § 3º do artigo 267 do Código de Processo Civil.⁴⁹

Caso o devedor, citado, deixe de argüir *incontinenti* a ausência dos requisitos da execução, antes inclusive da penhora, deixando para fazê-lo nos embargos, não poderá, *ipso facto*, responder pelas custas de retardamento, por ser justamente a oportunidade dos embargos a primeira em que lhe cabe falar nos autos. Por isto, torna-se inaplicável, neste particular, a parte final do § 3º do artigo 267 do Código de Processo Civil.

Essa deverá ser aplicada, entretanto, ao devedor que não argüiu a nulidade nos embargos, deixando para fazê-lo por ocasião do julgamento, na própria execução, salvo se a ausência dos requisitos disserem respeito a matérias ulteriores à oposição dos embargos.

1.8 HONORÁRIOS

Tem-se interpretado o parágrafo 1º do art. 20 do CPC⁵⁰, dizendo-se que por "despesas", deve-se considerar apenas custas processuais, não se incluindo verba a título de honorários advocatícios, ou seja, em incidentes processuais não há

⁴⁹ Art.267.§3 - O juiz conhecerá de ofício, em qualquer grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos incisos IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

⁵⁰ Art. 20.§1 - O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

condenação em honorários advocatícios, tal como ocorre na impugnação ao valor da causa.

Resta a dúvida se a aplicação de tal entendimento seria utilizado na exceção de pré-executividade, já que a sua natureza jurídica é definida como sendo a de um incidente processual, segundo Luiz Peixoto de Siqueira Filho.⁵¹ Ou ainda, na hipótese de extinção da execução fiscal, em virtude de alegações veiculadas em exceção de pré-executividade, do art. 26, da Lei de Execuções Fiscais.⁵²

Quanto à primeira questão, deve-se levar em conta que a exceção de pré-executividade não pode ser equiparada aos demais incidentes processuais no que tange à condenação em honorários advocatícios, pois essa verba é fixada, via de regra, em sentença, ou seja, no momento da sucumbência.

Dessa forma, decidindo o juiz, por exemplo, exceção de incompetência, ele apenas condenará o excipiente derrotado em verba honorária, se ele também for sucumbente no julgamento da causa principal, situação definida na sentença.

Na Exceção de pré-executividade, o juiz não tem que aguardar o momento de proferir sentença, pois, se ausentes alguns dos requisitos indispensáveis da execução o juiz proferirá, imediatamente, sentença pela extinção do processo sem julgamento do mérito.

Cumprido examinar, neste passo a lição de Yussef Said Cahali:

⁵¹FILHO, Luiz Peixoto de Siqueira. Op. cit., p. 84.

⁵²Art.26. Se, antes da decisão de primeira instância, a inscrição de Dívida Ativa for, a qualquer título, cancelada, a execução fiscal será extinta, sem qualquer ônus para as partes.

(...)tratando-se de exceção de pré-executividade, com que o devedor antecipa a sua defesa antes de estar seguro o juízo, postulando a nulidade da execução, tem-se que a sua pretensão se equipara à do embargante sem o depósito da coisa devida, no seu confronto com o credor exequente; instaura-se entre eles um incidente caracteristicamente litigioso, de modo a autorizar a imposição aos vencidos dos encargos advocatícios da sucumbência.⁵³

Não é outro o entendimento de Luiz Peixoto de Siqueira Filho: *“Havendo acolhimento de exceção de pré-executividade caberá ao autor do processo de execução o pagamento das despesas do processo e dos honorários advocatícios.”*⁵⁴

Marcos Valls Feu da Rosa, o mesmo entendimento: *“Se a arguição formulada for acolhida , deverá ser proferida sentença terminativa da execução, onde será o seu autor condenado nas custas processuais e nos honorários, os quais, por óbvio, só serão devidos se houver causa para tanto.”*⁵⁵

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem o seguinte entendimento:

EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CASO CONCRETO – O sistema processual civil vigente, em sede de honorários advocatícios, funda-se em critério objetivo, resultante da sucumbência. Extinguindo-se a execução por iniciativa dos devedores, ainda que em decorrência de exceção de pré-executividade, devida e verba honorária (RESP n.º 195.351-MS, 4ª Turma, STJ). Os honorários advocatícios devem ser condizentes com o trabalho exigido e produzido pelo profissional. Apelo provido em parte.⁵⁶

Do voto condutor do julgado, extrai-se o seguinte trecho, eis que elucidativo ao entendimento da questão:

Primeiramente, quanto à impossibilidade de condenação ao pagamento dos ônus sucumbenciais na exceção de pré-executividade não procede o recurso, pois a parte restou obrigada a contratar profissionais para defender seus interesses na lide, ademais, ocorreu a instauração de um incidente

⁵³CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 992.

⁵⁴FILHO, Luiz Peixoto de Siqueira. Op. cit., p. 83.

⁵⁵ROSA, Marcos Feu. Op. cit., p. 90.

⁵⁶TJRS – REC. 70004504254 – 15ª C.Cív. – Rel. Juiz Vicente Barrôco de Vasconcellos – DJRS 02.10.2002.

tipicamente litigioso, o que enseja a condenação, dos vencidos, ao pagamento de verba honorária advocatícia.(...)

(...)Ora, se para desistir da execução contra quem era efetivamente o devedor, o credor se obriga a pagar as custas e os honorários, com muito mais razão quando a demanda executória foi mal endereçada contra quem sequer era devedor, e que acabou se obrigando a contratar advogado para articular sua defesa.

E não se diga que o uso da exceção de pré-executividade, no caso, poderia justificar a ausência de condenação nas verbas honorárias, na medida em que, na verdade, a matéria argüida, seja, a ilegitimidade de parte, acabou sendo acolhida, tanto por parte do credor, quanto pelo MM. Juízo, com a substituição processual do devedor, pessoa física, pela pessoa jurídica, quando deveria ter havido a extinção da execução em relação à pessoa do ora agravante, com todas as conseqüências daí advindas.”(...)

Registre-se ainda o voto do Desembargador Federal Wellington de Almeida, referente a questão:

No caso *sub judice*, verifica-se que a quitação do débito foi reconhecida pelo exequente em 19.01.1988, tendo sido requerida a baixa e arquivamento do feito. Após 10 (dez) anos, a autarquia previdenciária vem pleitear o andamento do feito com a citação da executada e penhora de bens juntando Confissão de Dívida Fiscal (CDF) referente a parcelamento concedido em 1990 e contendo débitos outros que não aqueles das CDAs. **Desta forma, perfeitamente cabível a condenação da exequente ao pagamento de honorários advocatícios à executada, à medida em que esta, tendo sido demandada em juízo por valores indevidos, viu-se compelida a constituir Procurador nos autos, apresentando defesa, a qual foi julgada procedente para o fim de extinguir a execução com base no artigo 794, I, do CPC.**⁵⁷(grifado)

Os demais julgados sobre a matéria tendem no mesmo sentido, como demonstra o TRF da 1ª Região:

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – DESISTÊNCIA – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS
– A fixação de honorários em desfavor da exequente é justa, à medida que a executada efetuou gastos, inclusive na contratação de advogados para se defender, via exceção de pré-executividade, de um suposto débito fiscal posteriormente reconhecido como indevido pela exequente(...).⁵⁸

De igual forma entende o STJ:

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – CONDENAÇÃO – POSSIBILIDADE – 1 – Decretada a extinção da execução, em virtude de

⁵⁷TRF 4ª R. – EDcl-AI 2002.04.01.044338-9 – 1ª T. – Rel. Des. Fed. Wellington M de Almeida – DOU 14.05.2003 – p. 824.

⁵⁸TRF 1ª R. – AC 01001187769 – MG – 4ª T. – Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz – DJU 06.03.2003 – p. 160.

acolhimento de exceção de pré-executividade, são devidos honorários advocatícios. 2 – Recurso conhecido e provido para que o Tribunal de origem fixe o quantum que entender condizente com a causa.⁵⁹

Em relação à incidência do art. 26, da Lei 6.830/80, deve-se atentar para a parte final do dispositivo que fala "*sem qualquer ônus para as partes*", ou seja, o dispositivo não exime apenas a Fazenda pública do pagamento das despesas processuais (*lato sensu*), mas também, o devedor.

Aplicando-se o princípio da causalidade no tocante aos honorários advocatícios, outra conclusão não se chega senão a de que a Fazenda Pública, quando extinta execução fiscal, em consequência da apresentação de exceção de pré-executividade pelo executado, deve ser condenada a bancar todas as despesas realizadas pelo devedor, incluindo-se entre aquelas os honorários advocatícios.

No entendimento do STJ, a Fazenda Pública deve arcar com os ônus sucumbenciais, ainda que fixados de forma eqüitativa pelo juiz:

PROCESSUAL CIVIL – TRIBUTÁRIO – RECURSO ESPECIAL – AGRAVO REGIMENTAL – EXECUÇÃO FISCAL – DÉBITO EXTINTO POR PARCELAMENTO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO – HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – FAZENDA PÚBLICA – LIMITES DO § 3º DO CPC – INAPLICABILIDADE – 1. Vencida a Fazenda Pública, a verba honorária pode ser fixada em percentual inferior àquele mínimo indicado no § 3º do artigo 20, do Código de Processo Civil, a teor do que dispõe o § 4º do citado artigo, porquanto o referido dispositivo processual, estabelece a fixação dos honorários de forma eqüitativa pelo juiz, não impondo limites mínimo e máximo para o respectivo quantum. 2. Agravo Regimental improvido.⁶⁰

Por fim, a redação do art. 20, § 4º⁶¹, admitindo a condenação em honorários advocatícios em execuções, embargadas ou não, deixa estreme de dúvidas o acerto

⁵⁹STJ – RESP 411321 – PR – 6ª T. – Rel. Min. Fernando Gonçalves – DJU 10.06.2002.

⁶⁰STJ – AGRESP 479906 – MG – 1ª T. – Rel. Min. Luiz Fux – DJU 23.06.2003 – p. 260.

⁶¹Art.20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado

daqueles que defendem a condenação da Fazenda Pública na verba honorária, quando a execução fiscal for extinta, com ou sem julgamento do mérito, em defesa apresentada pelo executado, através de exceção de pré-executividade.

2. USO INAPROPRIADO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Como ficou demonstrado ao longo deste trabalho, o instituto processual da exceção de pré-executividade é cabível somente em casos excepcionais. A matéria a ser posta em questão pela objeção, necessariamente tem que ser conhecida de ofício pelo juiz, não podendo, ainda, necessitar de dilação probatória.

Outra característica do incidente é a não necessidade da penhora por parte do devedor para sua apresentação, preservando-o assim dos efeitos⁶² diretos que a constrição traz a seu patrimônio. Portanto, a exceção de pré-executividade propicia algumas vantagens ao devedor, se comparada aos embargos previstos no art. 736 do CPC.⁶³

Por esse motivo, o instituto é utilizado, em alguns casos, sem o seu verdadeiro propósito, que é de alertar o juiz sobre uma matéria que deveria ser conhecida de

funcionar em causa própria. §4º. Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação eqüitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

⁶²Cf. Seção, 1.1

⁶³ Art.736. O devedor poderá opor-se à execução por meio de embargos, que serão autuados em apenso aos autos do processo principal.

ofício, mas passou despercebida, sendo utilizado para expedientes meramente protelatórios, o que só abarrotava ainda mais o sistema judiciário.

Tal ocorre quando o excipiente vale-se do instituto para discutir o mérito da demanda, o que deveria sê-lo através da via processual adequada, quais sejam: os embargos do devedor.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul decidiu:

EXECUÇÃO DE SENTENÇA – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – Pretensão de levar a liquidação questão já definitivamente esclarecida e resolvida em decisão transitada em julgado. Litigância de má-fé. Embora seja admitida a exceção de pré-executividade para arguir vícios processuais, antes de qualquer ato construtivo, não pode ser admitida como expediente meramente protelatório, mormente, quando decisão precedente, transitada em julgado, definiu, com clareza, a questão invocada para fulminar a execução, qual seja, os excessos recebidos pela agravante e outras sócias, inclusive, no que respeita aos valores que cada uma deve trazer a colação. Condenação como litigante de má-fé mantida. Agravo improvido.⁶⁴

Outras decisões no mesmo sentido:

EXECUÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – INEXISTÊNCIA NO DIREITO PROCESSUAL – EXCEPCIONALIDADE ADMISSÍVEL NA NULIDADE ABSOLUTA – MAU USO – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – CARACTERIZAÇÃO – A exceção de pré-executividade não representa direito de defesa reconhecido no direito processual, que somente pode ser levantada em embargos do devedor, garantido o juízo da execução. O mau uso da exceção, destinada às nulidades absolutas do título, declaráveis de ofício, caracteriza litigância de má-fé. Decisão mantida. Recurso improvido, com a aplicação da penalidade, por litigância de má-fé.⁶⁵

EXECUÇÃO – CARTA PRECATÓRIA – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – INADMISSIBILIDADE – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – Versando a exceção de pré-executividade sobre a nulidade da execução ou sobre a desconstituição do título exequendo, não pode tal incidente processual ser dirigido diretamente ao juízo deprecado. Litigância de má-fé da excipiente. Aplicação da multa, mesmo ex officio, conforme previsão expressa no art. 18 do CPC. Agravo improvido. Decisão unânime.⁶⁶

⁶⁴TJRS – AGI 70005113022 – 5ª C.Cív. – Rel. Juiz Marco Aurélio dos Santos Caminha – DJRS 07.11.2002.

⁶⁵2º TACSP – AI 677.568-00/9 – 2ª C. – Rel. Juiz Felipe Ferreira – DOESP 18.05.2001.

⁶⁶TJPE – AI 64058-0 – Rel. Des. Márcio Xavier – DJPE 27.02.2003.

PENHORA – QUANTIA CERTA SOB PENA DE PENHORA – APRESENTAÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTORIEDADE – DESCABIMENTO – A execução de pré-executividade, que já se perde pelo nomen, eis que o que pretende é ser exceção prévia de não executoriedade, não existe na processualística, mas apenas em construção, e toda a argumentação em torno de sua utilidade jurídica (que só poderia ser válida de jure constituendo), perde alcance quando se tenha percepção de que, como a decisão que manda citar para a execução por quantia certa contém em si gravame, implicando em ordem de penhora, independentemente de qualquer outra providência judicial, é agravável, e portanto dispõe o executado, dentro do arcabouço jurídico, de meio próprio para insurgir-se contra ela desde logo, e sem prejuízo de oportunamente embargar no cabível. Rejeição liminar, imposta sanção por litigância de má-fé, que se confirma.⁶⁷

Por esse motivo, e por todo exposto durante o presente estudo, entende-se que deveria ser editada lei específica de modo para regular o instituto, justamente para não ocorrer situações como a narrada.

⁶⁷TJSP – AI 194.255-4/0 – 9ª CDPriv. – Rel. Des. Marco César – J. 12.06.2001.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, conclui-se que, havendo a existência de contraditório no processo de execução, deve-se possibilitar ao devedor, em determinados casos, defender-se no próprio processo de execução, independentemente da apresentação de embargos e da conseqüente segurança do juízo, através da exceção de pré-executividade.

A exceção de pré-executividade é criação doutrinária e jurisprudencial. Permite-se, em nosso ordenamento jurídico, a defesa do devedor, no próprio processo de execução, independentemente do oferecimento de embargos, quando o mesmo apresenta comprovante de quitação do título, ou alega nulidade do feito.

Pontes de Miranda foi o primeiro a utilizar-se da “expressão exceção de pré-executividade”, em parecer realizado em 1966, no qual propugnava pela nulidade de execuções baseadas em títulos falsos. No entanto, admitia apenas o seu oferecimento no exíguo prazo de 24 horas que antecedia a realização da penhora. Hoje admite-se a qualquer tempo.

A doutrina nacional, bem como a jurisprudência, vem acolhendo a defesa através da exceção de pré-executividade, principalmente quando por meio dela são argüidas questões que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, como os pressupostos processuais e as condições da ação.

A natureza jurídica da exceção de pré-executividade é de incidente processual, pois é ato não previsto no processo de execução, recaindo e devendo ser resolvido no curso deste.

A exceção de pré-executividade deve ser oferecida, por tratar-se de incidente processual, nos próprios autos do processo de execução, independe de maiores questionamentos acerca da legitimidade e forma, vez que o seu objetivo é alertar o juiz para a ausência dos requisitos da execução proposta.

Poderá a exceção de pré-executividade ser oferecida a qualquer tempo e grau de jurisdição, já que, em regra, as matérias por meio dela alegadas podem ser conhecidas de ofício, não se submetendo, com isso, à preclusão.

O meio de prova admitido na exceção de pré-executividade é o da prova documental pré-constituída, pois não há espaço no processo de execução para a dilação probatória, devendo a parte que oferecer a exceção, comprovar de plano o seu direito, mediante os documentos a ela acostados.

Não se admite a utilização da exceção e dos embargos concomitantemente.

Têm legitimidade para oferecer exceção de pré-executividade todos aqueles que têm legitimidade para propor embargos.

A exceção de pré-executividade não suspende o curso da execução, por ausência de regra legal nesse sentido.

Também pode o exeqüente valer-se da exceção de pré-executividade, já que este também tem interesse no desenvolvimento válido do processo. O seu interesse manifesta-se de forma clara, principalmente quando a matéria argüida for objeção, que deve ser conhecida de ofício pelo juiz, independentemente de quem a alegue.

Em regra, a decisão que acolhe a exceção de pré-executividade, leva à extinção do processo de execução, sendo cabível, à parte sucumbente, o recurso de apelação.

A que denega a exceção é interlocutória, sendo cabível agravo, que terá de ser necessariamente de instrumento, podendo o agravante requerer a concessão de efeito suspensivo, nos termos do art. 558 do CPC.

Em certos casos, a decisão que acolhe a exceção de pré-executividade, é interlocutória, recorrível, portanto, por meio de agravo, como nas hipóteses em que se alega, através da exceção, nulidade da penhora ou da arrematação.

Poderá haver formação de coisa julgada material no processo de execução, quando argüidas por meio da exceção de pré-executividade matérias como a

prescrição, o pagamento e a decadência. Nesses casos, cabível será a propositura de ação rescisória.

As despesas ocasionadas pelo oferecimento da exceção de pré-executividade são devidas pelo vencido, com fundamento na regra prevista no § 1º do art. 20 do CPC. Também deve o juiz condenar o vencido ao pagamento dos honorários advocatícios, com fundamento no § 4º do artigo anteriormente citado.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, Eduardo Arruda. **Curso de Direito Processual Civil**. 1v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 3 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ASSIS, Araken. MALACHINI, Edson Ribas. **Comentários ao Código de Processo Civil do Processo de Execução arts 736 a 795**. 10v. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

CAHALI, Yussef Said. **Honorários Advocatícios**. 3ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 4ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

FILHO, Luiz Peixoto de Siqueira. **Exceção de pré-executividade**. 3 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

FREIRE, Rodrigo da Cunha Lima. **Condições da Ação**. 1ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Fábio. **Carência de Ação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

HINOJOSA, Flávia Anita. **Objecção e Exceção de pré-executividade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

JÚNIOR, Nelson Nery. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 4ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JÚNIOR, Clito Fornaciari. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. 1v.,n.1, set./out., Porto Alegre: Síntese, 1999.

JÚNIOR, Humberto Theodoro. **Curso de Direito Processual Civil**. 34ed., 2v., Rio de Janeiro: Forense, 2003.

KNIJNIK, Danilo. **Exceção de pré-executividade**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

LIEBMAN, Enrico Túlio. **Processo de Execução**. 3ed., São Paulo: Saraiva, 1968.

MARQUES, José Frederico. **Manual de Direito Processual Civil**. 2 ed., 4v., Campinas: Millennium, 1998.

MIRANDA, Pontes. **Dez Anos de Pareceres**. 4v., Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S. A., 1975.

MOREIRA, Alberto Caminã. **Exceção de pré-executividade: Defesa Sem Embargos**. 2ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2001.

NEVES, Celso. **Comentários ao Código de Processo Civil arts. 646 a 795**. 7ed., 7v., Rio de Janeiro: Forense, 1999.

PASSOS, José Joaquim Calmon. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 3v. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense Universitária, 1961

ROSA, Marcos Valls Feu. **Exceção de pré-executividade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

SILVA, Ovídio A. Baptista. **Curso de Processo Civil, - Execução Obrigacional, Execução Real, Ações Mandamentais**. 3 ed., 2v., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil do Processo de Execução arts. 566 a 645**. 8v., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

