

A ANÁLISE DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EM FACE DA REFORMA DAS LEIS 11.232, DE 22.12.2005 E 11.382, DE 6.12.2006

Tiago Antunes de Aguiar. Juiz Federal 18ª Vara de Pernambuco

Resumo: O texto trata das noções elementares a respeito da exceção de pré-executividade, como uma das modalidades de defesa do executado, e de sua importância para a garantia do efetivo contraditório e da ampla defesa na execução, além de analisar sua subsistência em face das reformas promovidas pelas Leis n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005 e n.º 11.382, de 6 de dezembro de 2006.

Palavras-chave: Execução, Exceção de pré-executividade, reforma.

Introdução

De antemão, cabe-nos, apresentar uma idéia do que seja a Exceção de Pré-executividade. Podemos conceituá-la como a possibilidade de opor-se uma defesa na execução, sem a garantia prévia do juízo, por meio de uma simples petição, quando a matéria impugnada, a princípio, for de ordem pública, podendo o vício da execução ser declarado de ofício pelo juiz, ou, ainda que tal matéria não seja de ordem pública, seja possível a desconstituição do título executivo mediante prova pré-constituída. Atende-se, assim, ao princípio do Contraditório e da ampla defesa na execução, sem desvirtuar o princípio do devido processo legal.

Para tanto, faremos uma breve incursão: na origem etimológica do termo exceção de pré-executividade; na antiga sistemática dos embargos à execução do código de processo civil de 1973; na aplicação do princípio do contraditório na execução, que fundamenta a pertinência dessa exceção de pré-executividade; no parecer de Pontes de Miranda (a quem se atribui a primeira alusão ao tema); no de Alcides Mendonça Lima (principal defensor da impossibilidade de aplicação deste tema); nas opiniões acerca da natureza jurídica da exceção de pré-executividade; nos entendimentos a respeito das matérias argüíveis via essa exceção e no momento do cabimento da mesma; na sistemática de defesa do executado em face das Leis n.º 11.232/2005 e n.º 11.382/2006, com a subsistência da exceção de pré-executividade e, finalizando, pronunciaremos nossas conclusões obtidas com o trabalho.

1 – Origem etimológica

A origem etimológica do termo “exceção de pré-executividade” ou “exceção pré-processual” é compreendida pelo fato dessa exceção ou argüição, *a priori*, referir-se a falta de requisitos de executividade do título, que são enumerados pela lei *previamente*; como, por exemplo, a regular assinatura do sacador em uma letra de câmbio (requisito específico enunciado pela lei Uniforme de Genebra) ou mesmo a falta de algum dos requisitos gerais do título executivo¹, previstos no art. 586 do Código de Processo Civil: certeza, liquidez e exigibilidade.

Deve-se atentar que, inicialmente, a exceção de pré-executividade foi argüida em relação a títulos executivos extrajudiciais (como veremos no caso do parecer n.º 95 de Pontes de Miranda), sendo que alguns destes como a letra de câmbio e o cheque, por exemplo, têm requisitos específicos para que se tornem certos e, conseqüentemente, executáveis previstos previamente em lei especial. Por isso afirma-se que “as exceções que versarem sobre os requisitos de admissibilidade do processo executivo de títulos extrajudiciais serão pré-processuais, dado o fato de se tratar a executoriedade do título de questão de direito material e não processual.”²

Explicando o termo, afirma Pontes de Miranda:

O direito pré-processual é que diz se o título extrajudicial é título executivo ou não. Os requisitos que o direito pessoal ou real há de ter para que a pretensão à condenação que lhe corresponde possa ser exercida simultaneamente com a pretensão à execução são pressupostos da tutela jurídica (...) O juiz, examinando a petição, já tem cognição incompleta do mérito e atende ao que o direito pré-processual concedeu ao título extrajudicial. Não é o seu despacho que confere a executividade; preexistia, e o mandado já se expede em deferimento da parte da petição em que se exerceu a pretensão à execução (adiantada).³

2 – Da antiga sistemática dos embargos à execução do Código de processo Civil de 1973

A execução, manifestada em um processo autônomo (no caso das atuais execuções de título extrajudicial, fiscal e contra a fazenda pública) ou em fase do processo de conhecimento (atual cumprimento da sentença previsto nos artigos 475-I a 475-R do CPC), pode ser conceituada como uma série de atos coordenados que visam a satisfazer a pretensão do exequente, munido de um título executivo, o qual contém uma obrigação certa, líquida e exigível.

Desde logo, acentuou-se na doutrina tradicional⁴ a idéia de uma posição privilegiada do exequente frente ao executado, visto que o primeiro já detém um título certo, líquido e exigível ao qual deve se submeter o segundo, dentro do devido processo legal, através dos atos do processo executivo que, diferentemente dos atos do processo cognitivo, consistem e uma série de atos materiais (ex: penhora, arrematação, adjudicação) que buscam a efetivação da obrigação do devedor que deveria tê-la cumprido espontaneamente.

Entretanto, a execução tem seu início justamente com o ato de expropriação do patrimônio do executado – a penhora. Para tanto, deve observar o juiz se todos os pressupostos da execução (obrigação certa, líquida e exigível) e as condições da ação estão presentes para o ordenamento da medida constritiva; respeitando o princípio do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV).

A *priori*, o contraditório na execução parece ser diferido para o momento de apresentação dos embargos à execução ou da impugnação do cumprimento da sentença; esta última criada pelos artigos 475-J, 475-L e 475-M do Código de Processo Civil (incluídos pela Lei n.º 11.232/2005), sobre a qual discorrer-se-á em momento posterior no presente trabalho.

Pela antiga sistemática do artigo 737 do Código de Processo Civil de 1973 (revogado pela Lei n.º 11.382/2006), só eram admissíveis os embargos à execução após seguro o juízo pela penhora (na execução por quantia certa) ou pelo depósito (na execução para entrega de coisa).

Com tal dispositivo, o Código provocava uma aparente incompatibilidade, a ser resolvida, entre a garantia constitucional da ampla defesa e o regular desenvolvimento do processo executivo, de modo a não desvirtuar a sua essência como processo de coação com suas características próprias. Neste sentido, afirmou Francisco Wildo Lacerda Dantas:

A defesa por excelência no processo de execução se procede através dos embargos e, como já se disse, exige-se como pressuposto

específico para esse exercício a prévia garantia de juízo. Isso provoca o dilema a ser resolvido: autorizar-se a agressão do patrimônio do cidadão, antes que esse possa defender-se, sem exigir que, para o exercício da garantia constitucional, sofra constrações em bens do seu patrimônio e, ao mesmo tempo, não desfigurar a execução como processo para satisfação do direito anteriormente reconhecido⁵.

A interpretação literal do artigo 737 do Código de Processo Civil, antes da sua revogação pela Lei n.º 11.382/2006, poderia levar a conclusão de que não se admitia qualquer manifestação de defesa do devedor antes de seguro o juízo⁶. Na verdade, o revogado artigo 737 deveria ser interpretado de forma sistêmica com outros dispositivos do mesmo código, como o artigo 586 (a execução deve ser fundada em título certo, líquido e exigível – atualmente obrigação certa, líquida e exigível), o 618 (que se refere à nulidade da execução) e o 295 (indeferimento da inicial), e com o ordenamento jurídico como um todo, principalmente em harmonia com os princípios constitucionais, sobretudo do artigo 5º de nossa Carta Magna. Os embargos, mesmo antes das reformas das Leis n.º 11.232/2005 e n.º 11.382/2006, não poderiam ser considerados a única forma de impugnação a uma execução, manifestamente nula, podendo o executado argüir a nulidade e devendo o juiz, até mesmo de ofício, declarar sua nulidade extinguindo o processo com ou sem o julgamento do mérito, dependendo da hipótese.

Há tempos, já afirmava Cândido Dinamarco: “é preciso debelar o mito dos embargos, que leva os juízes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento à oposição destes. Dos fundamentos dos embargos (CPC, art. 741), muito poucos são os que não se pode conhecer de-ofício, na própria execução”⁷.

3 – Execução e contraditório

O princípio do contraditório pode ser resumido no binômio ciência e participação. É conceituado como a ciência do que se faz e ou se pretende que seja feito no processo, pelas partes envolvidas, e ao mesmo tempo a possibilidade de cooperar ou de contrariar⁸. Assim, além da ciência dos atos processuais a ambas as partes, é necessário, para que este princípio se efetive, que se possibilite a real participação dos sujeitos processuais no desenrolar do processo.

Havia posicionamentos em parte da doutrina⁹ em afirmar que o processo executivo não é contraditório¹⁰, ou seja, que não se trata de um processo dialético, de um meio de discutir e acertar o direito das partes, mas apenas um meio de sujeição do devedor à realização da sanção a que se deve adequar para o cumprimento da obrigação já contida em um título certo, líquido e exigível. Negava-se a presença deste princípio constitucional na execução ou afirmava-se haver nesta apenas um contraditório eventual, inexistindo nesse processo o equilíbrio entre as partes, como afirma Amílcar de Castro, citado por Cândido Dinamarco¹¹.

Segundo Luiz Edmundo Appel Bojunga, “Seguramente, a noção de inexistência de contraditório na execução remonta àquelas idéias de Köler, segundo as quais, não se tem um progredir na relação processual de execução, mas simples retrato de um direito já criado no primeiro ato executivo, excluindo-se, por conseguinte, a estrutura contraditória e a própria oralidade”¹².

Contudo, parece ser inquestionável que tais argumentos de parte da doutrina não mais se sustentam¹³, não podendo se confundir a especificidade do processo autônomo de execução em relação ao processo cognitivo com a ausência de contraditório. O executado não é um mero sujeito passivo que deve se submeter inerte a todos os atos da execução. À exigência político-jurídica e social do cumprimento das obrigações e conseqüentemente da lei pelo executado, nos termos pactuados no título executivo se contrapõe o princípio da não prejudicialidade do devedor, consagrado no artigo 620 do CPC, que aduz que a execução será promovida pelo meio menos oneroso possível ao devedor¹⁴, bem como o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, inciso III, da CF). Não se concebe hoje, como o era no Direito Romano, uma execução cruel e desumana, vingativa e que possa recair sobre o próprio corpo do devedor. A execução há de ser real, sobre o patrimônio do executado.

O que acontece é que o processo de execução não é um “processo de sentença”, predisposto para a discussão do mérito, ele é um “processo de coação”, no sentido de que se concentra no título executivo; mas, na atividade jurisdicional do processo executivo o Estado não é parcial a favor do exeqüente, no sentido de atuar a lei a seu favor a todo custo. Existe aquela idéia central de que sacrifício algum deve ser imposto ao executado, além do necessário e razoável. Por isso, o juiz é seguidamente chamado a proferir juízos de valor no processo de execução – seja acerca dos pressupostos processuais gerais e específicos da execução e ou das condições da ação. Ora, para fazê-lo é imperativo constitucional a oferta

de possibilidade a ambas as partes para dizerem sobre o ato a praticar, já que o executado não é como em tempos idos, mero sujeito passivo da execução¹⁵.

Creemos que, ao menos desde a Constituição da República de 1988, frente ao seu artigo 5º, inciso LV, não resta dúvida sobre a abrangência do princípio do contraditório aos acusados em geral tanto no processo judicial, incluindo obviamente o processo executivo, quanto no processo administrativo. Mas resta a discussão sobre o grau de sua intensidade na execução.

Autores como Moacyr Amaral Santos¹⁶ e Luiz Edmundo A. Bojunga¹⁷ consideravam os embargos à execução como o único meio de manifestação do contraditório e da defesa do executado e terceiros interessados no processo executivo. Todavia, a partir das observações feitas acima, o contraditório existe dentro da execução, seja ela na forma de processo autônomo ou fase incidental do processo de conhecimento, não se podendo pensar que ele é somente garantido com o exercício da defesa através dos embargos, que tem natureza de ação relativamente autônoma, ou mediante a recente impugnação do cumprimento de sentença.

Ao contrário, deve-se admitir o exercício do direito de defesa e do contraditório na execução, independentemente da oposição de embargos, sobretudo quando se alega a inexistência dos pressupostos processuais exigíveis à constituição de toda a relação processual ou das condições de ação¹⁸.

Segundo Cândido Dinamarco¹⁹, são manifestações do contraditório no processo executivo: a necessidade de citação do executado, a exigência de intimação da penhora, a possibilidade de se impugnar a avaliação, de opor-se ao pedido de reforço da penhora, de remir o bem penhorado, de recorrer das decisões desfavoráveis, de usar correição parcial, entre outras.

Do exposto, denota-se que o princípio do contraditório é imprescindível para a fundamentação da possibilidade de se interpor a chamada exceção de pré-executividade, já que é instrumento hábil para a garantia do efetivo exercício desta prerrogativa constitucional na execução.

4 – Parecer de Pontes de Miranda

Atribui-se comumente na doutrina a Pontes de Miranda, com seu parecer n.º 95, a criação do termo exceção de pré-executividade, que acreditamos ser o mais difundido para atribuir-se a impugnação do título executivo quando este não guardar seus pressupostos processuais específicos: certeza, liquidez e exigibilidade. A título apenas de observação, o

autor não se refere em seu parecer à palavra exceção de pré-executividade e sim à “exceção pré-processual ou processual”²⁰.

Em 1966, Pontes de Miranda elaborou o citado parecer a Companhia Siderúrgica Mannesmann que o teria requisitado devido a problemas com pedidos de falência da mesma, tendo o juiz as negado, por serem falsos os títulos apresentados. Com o insucesso dos pedidos de falência da empresa, algumas execuções foram propostas por portadores desses títulos falsos.

Devido a grande quantidade de execuções ajuizadas e a necessidade de se garantir o juízo destas para alegar suas nulidades, comprometendo injustamente grande quantidade de capital de giro da empresa, foi requisitado o parecer que entre as questões levantadas perguntava: “pode o juiz exigir a penhora dos bens da empresa demandada antes de se pronunciar sobre a falsidade dos títulos?”. A resposta, nas palavras do autor, foram: “Uma vez que houve alegação que importa em oposição 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”²¹.

O parecer de Pontes de Miranda foi elaborado em três partes: Os Fatos, onde o autor narra o acontecido com a empresa; Os Princípios, onde há o embasamento do parecer; e A Consulta e as Respostas, onde são respondidas questões feitas pelo cliente como a acima referida.

Na parte do parecer denominado Os Princípios, o autor se refere à necessidade de que para que haja executividade, é preciso que se repute título executivo ou que haja sentença com carga suficiente de executividade, ou seja condenatória (o que atualmente perde um pouco o sentido tendo em vista que até a sentença declaratória pode ser executada, a teor do artigo 475-N, I, do CPC). Enuncia, da mesma forma, que se alguém cobra uma dívida que consta em um título extrajudicial, como uma letra de câmbio, e o demandado argüi que a sua assinatura é falsa, ou que o nome é parecido, porém não foi ele que se vinculou ao título, tem o juiz que apreciar o caso antes de ter o devedor de pagar ou nomear bens a penhora, pois trata-se de negação de executividade do título, tendo o juiz que decidir de ofício quanto a isso, porque está em exame a pretensão à execução, e não o mérito da causa²².

Ainda atinente a esta parte do parecer, Pontes de Miranda delinea a característica fundamental da exceção de pré-executividade (à época em que era indispensável a penhora para que o executado pudesse se manifestar nos autos) de prescindir da garantia do juízo para sua interposição, visto ser uma “exceção” dentro do processo executivo: “A penhora ou o

depósito somente é de exigir-se para a oposição de embargos do executado; não, para a oposição das exceções e de preliminares concernentes à falta de eficácia executiva do título extrajudicial ou da sentença.”²³

O desfecho da obra do autor se dá com “a consulta e as respostas”, onde são apontadas as soluções para os questionamentos da Companhia Mannesmann. Inicialmente, Pontes de Miranda reafirma a necessidade de serem os títulos líquidos e certos para que possam ser executados e no caso da consulta o estatuto da empresa exigia a assinatura de dois diretores, sendo que os possíveis títulos apresentados para a execução apresentavam uma das assinaturas falsa. Assim, “se o demandado nas vinte e quatro horas, alega e prova que não é a pessoa vinculada, contra a qual se poderia propor a ação executiva, tem de haver decisão do juiz antes de se expedir mandado de penhora”²⁴. Conclui, afirmando que verificada a falsidade dos títulos o juiz deve indeferir o pedido de execução, pois, segundo o autor, o despacho do juiz, na petição inicial é revogável e tem de ser revogado se a alegação é procedente.

5 – Parecer de Alcides de Mendonça Lima

Em contraposição à tese da exceção de pré-executividade, apareceu na doutrina Alcides de Mendonça Lima, expressando suas idéias sobre a impossibilidade da alegação de vícios à execução senão através dos embargos, em parecer elaborado a pedido da COPERSUCAR – cooperativa central do produtos de açúcar e álcool do Estado de São Paulo.

A cliente era exequente em processo movido contra a Central Paulista de Açúcar e Alcool Ltda., cobrando-se três notas promissórias, sendo que duas ainda não vencidas, mas consideradas vencidas pela credora nos termos do contrato entre as partes. O juiz despachou a inicial mandando pagar em 24 horas ou nomear bens a penhora, tendo a executada interposto agravo contra essa decisão, considerando que a credora não portava título líquido, certo e exigível que foi provido parcialmente, suspendendo a execução quanto às duas promissórias ainda não vencidas²⁵.

As questões levantadas ao autor foram: “1- Se o despacho inicial da execução pode ser atacado por agravo, sem a penhora anterior?; 2 – A penhora é indispensável para ensejar a impugnação da devedora pelo agravo ou, normalmente, por via de embargos?”²⁶

Alcides Lima fundamenta suas respostas dando ênfase, logo no primeiro parágrafo de que a questão deve ser resolvida a partir da análise do direito processual brasileiro, fora disso é mera discussão acadêmica, longe da realidade de nosso ordenamento jurídico, afirmando

que o único meio de opor-se a pretensão do exequente é através dos embargos à execução. Repudia, desde logo, a possibilidade de se interpor exceção de pré-executividade, visto que está não encontra previsão legal, em nossa legislação²⁷.

Mostrou-se, o citado jurista, impregnado do preconceito de uma antiga doutrina em não admitir o contraditório na execução, revelando a idéia de que o credor tem uma posição de prevalência sobre o devedor, podendo-se falar em contraditório apenas em relação ao processo executivo lato senso, ou seja, com o oferecimento da ação dos embargos, só sendo permitido ao executado opor-se a pretensão do exequente através destes²⁸.

Aduziu, o autor, que o parecer de Pontes de Miranda serve como subsídio para reforma do código, desde que suas idéias se materializem em lei, fixando os casos com precisão em que o devedor poderá opor-se a execução sem oferecer bens à penhora. Se assim não for, os embargos do devedor, praticamente, sempre poderão ser opostos sem a penhora, que é medida de constrição de vasta utilidade para a garantia do cumprimento da execução. Conseqüentemente, o parecer 95 de Pontes de Miranda, para Alcides Lima, serve de base para questões de política legislativa ou mesmo acadêmicas e não encontra adequação à previsão legal de nosso sistema processual²⁹.

Com essas considerações, o escritor, responde as perguntas formuladas pela cliente, dizendo ser indispensável para a impugnação da execução a prévia garantia do juízo e impossível o devedor sustar a ação executiva com a alegação e prova da extinção do crédito (ex: pagamento, prescrição), sem penhora e sem embargos, por ser imperativo legal de nosso ordenamento, ao contrário da Itália onde a penhora não é condição do conhecimento e processamento do embargos do devedor³⁰.

6 – Matérias argüíveis e momento de argüição

Através do parecer de Pontes de Miranda, chega-se a uma conclusão de que o eminente jurista quando fundamentou a possibilidade de se oferecer a exceção pré-processual ou processual, referia-se a matérias processuais e de ordem pública, mas não a matérias argüíveis que adentrassem diretamente no mérito da execução. Assim, ele afirma: “Se o sacador ou aceitante da letra de câmbio diz que a assinatura é falsa(...), o juiz tem de decidir quanto a isso, porque está em exame a pretensão à execução, e não o mérito da causa.”³¹ (grifos nossos).

A doutrina e a jurisprudência evoluíram para aceitar que fossem argüidas na exceção de pré-executividade matérias indiretas de mérito (como o pagamento, a prescrição, transação com remissão e renúncia), mesmo que o juiz não as possa conhecer de ofício, desde que fosse desnecessária a dilação probatória, ou seja, houvesse prova pré-constituída dos fatos argüidos, a exemplo do que ocorre com o mandado de segurança.³²

Entretanto, autores como Eduardo Talamini e Araken de Assis foram além, defendendo que é possível a interposição de exceção de pré-executividade, ainda que seja necessária a dilação probatória.

Enquanto Araken de Assis defende de modo irrestrito a possibilidade de interposição de exceção de pré-executividade, ainda que seja necessária a dilação probatória³³, Talamini argumenta que a necessidade de prova pré-constituída só pode ter aplicação em relação às matérias indiretas de mérito (como pagamento, transação e renúncia), tendo em conta que essas só podem ser conhecidas de modo indireto e sumário. Indireto, por que só são conhecidas para o fim de extinção do processo, nas hipóteses do artigo 794 do CPC, e sumário, porque devem estar evidenciadas de plano, sem a necessidade de uma análise profunda.³⁴

Já no que se refere às matérias processuais de ordem pública (pressupostos processuais executivos, condições da ação executiva, nulidade absoluta de atos executivos), para que não haja resultados incompatíveis com os fundamentos do contraditório na execução, o autor citado defende a possibilidade de dilação probatória no bojo do processo executivo ou na fase incidental do cumprimento de sentença, a exemplo da produção de prova testemunhal para se comprovar a impenhorabilidade de um bem.³⁵

Não nos parece acertada a idéia de que seja possível a interposição da exceção de pré-executividade, quando o executado necessitar de produção de prova em juízo, sob pena de se desvirtuar a execução, seja como processo autônomo, seja como procedimento incidental do processo de conhecimento. Para um exame mais profundo de questões de fato, o executado tem a seu dispor a impugnação ao cumprimento da sentença e os embargos ao processo de execução autônomo. A aceitação de petições durante o curso da execução, requerendo provas testemunhais ou periciais após passado o prazo para a apresentação dos embargos ou da impugnação, por exemplo, findaria por transformar em chicana o desenrolar da marcha rumo a satisfação do crédito do exequente, violando o princípio da efetividade da execução, consagrado de forma implícita nas reformas das Leis n.º 11.232/2005 e n.º 11.382/2006.

A necessidade de prova pré-constituída como requisito para a interposição da exceção de pré-executividade é, inclusive, defendida por autores como Fredie Didier Jr.³⁶, Leonardo José Carneiro da Cunha³⁷, Fernando Rister de Sousa Lima³⁸ e Lucas Rister de Sousa Lima.³⁹ Da mesma forma, este é o entendimento que vem prevalecendo no Superior Tribunal de Justiça.⁴⁰

Quanto às matérias argüíveis na exceção de pré-executividade, é importante ressaltar que a prescrição, a partir da edição da Lei n.º 11.280/2006, pode ser decretada de ofício pelo juiz, tornando-se matéria de ordem pública, razão pela qual é incontestável a possibilidade de sua veiculação por exceção de pré-executividade, além de ser possível a sua alegação pelo motivo de ser matéria indireta de mérito, a qual pode ser comprovada de plano pelo executado.

Por outro lado, discute-se a possibilidade de argüição, via exceção de pré-executividade, da alegação de inexigibilidade do título executivo por estar fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou fundado em interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição Federal, prevista nos artigos 475-L, §1º, do CPC.

Talamini discorre não ser possível o tratamento de tal assunto por exceção de pré-executividade sob o fundamento de que, apesar de se tratar de matéria de ordem pública no processo cognitivo, é logicamente anterior ao trânsito em julgado do título judicial, encontrando anteparo (barreira) no título executivo judicial. Nas palavras do autor, “mesmo as matérias processuais atinentes à fase cognitiva do processo e que eram de ordem pública ficam sepultadas com a formação do título executivo (ressalvadas apenas as relativas à inexistência do processo cognitivo ou da sentença, que implicam na própria inexistência do título)”⁴¹. Como a declaração de inconstitucionalidade não implica na decretação da inexistência da sentença proferida, a qual existe e produziu efeitos, a inexigibilidade por inconstitucionalidade da sentença do processo executivo só poderia ser argüida pela impugnação prevista nos artigos 475-J, 475-L, 475-M, do CPC.⁴²

Comungamos, neste ponto, com Araken de Assis, ao defender que “a inconstitucionalidade superveniente (art. 475-L, §1º) pode ser alegada, a qualquer tempo, no processo em que se executa o título atingido pela ineficácia”⁴³. A exceção de pré-executividade evoluiu para que fosse possível argüir qualquer matéria indireta de mérito ou de ordem pública, desde que por prova pré-constituída, não havendo sentido em negar seguimento a tal petição quando seu fundamento for a inexigibilidade do título por declaração

de inconstitucionalidade proferida pelo STF, tendo em conta ser sumária e indireta a cognição de tal petição pelo juiz, bastando a análise do julgado do pretório excelso em face da sentença proferida no processo de cognição.

Ressalte-se que o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que quando uma norma é declarada inconstitucional pelo STF não mais se faz necessária dilação probatória e assim pode a questão ser argüida em exceção de pré-executividade.⁴⁴

Cabe, ainda, neste tópico, considerações quanto ao momento em que se pode apresentar a exceção de pré-executividade na execução. Na concepção de Pontes de Miranda a exceção de pré-executividade deveria ser interposta dentro do prazo fixado para as exceções normais que, naquela época (código de 1939), era de três dias. Observa-se que este jurista via como objetivo da exceção de pré-executividade o de impedir a penhora, com o que concorda Carlos Renato de Azevedo Pereira⁴⁵.

Entretanto, é questão há muito tempo superada pela doutrina que impedir a efetivação da penhora era uma consequência da exceção de pré-executividade (antes da entrada em vigor das Leis n.º 11.232/2005 e n.º 11.382/2006, as quais não mais exigem a garantia do juízo como requisito para interposição dos embargos ou da impugnação ao cumprimento de sentença) e não um objetivo e que a efetivação da penhora não pode evitar que seja utilizada esta exceção, tenha essa como fundamento matérias de ordem pública ou matérias indiretas de mérito que sejam comprovadas de plano, sem dilação probatória. Assim, não há prazo para interposição da exceção de pré-executividade quando as matérias argüidas sejam de ordem pública, por isso não sujeitas a preclusão.

Quanto às matérias indiretas de mérito e possíveis de comprovação de plano, caberá ao executado argüi-las na primeira oportunidade em que vier falar nos autos, sob pena de não mais poder fazê-lo durante o trâmite da execução, tendo em conta a preclusão.⁴⁶

7 – Sistemática de defesa do executado em face das Leis N° 11.232/2005 e N° 11.382/2006 e subsistência da exceção de pré-executividade

Com a edição das Leis n.º 11.232, de 22 de dezembro de 2005 e n.º 11.382, de 6 de dezembro de 2006 houve uma profunda modificação na execução civil brasileira e, conseqüentemente, na sistemática de defesas do executado.

O processo de execução autônomo fundado em título executivo judicial foi transformado em procedimento ou fase incidental do processo de conhecimento, denominado

de cumprimento de sentença, sendo a ação de embargos à execução de título judicial substituída pela impugnação ao cumprimento de defesa, com natureza jurídica de defesa e interposta dentro do próprio incidente de cumprimento de sentença, como simples petição, ainda que instruída em autos apartados no caso de não lhe ser prestada efeito suspensivo (artigo 475-M, §2º, do CPC).

A execução fundada em título executivo extrajudicial, a contra a fazenda pública e a fiscal continuam como processos de execução autônomos, continuando a ação de embargos à execução como o principal meio de defesa do executado.

A execução contra a fazenda pública remanesce, nos termos do artigo 730 do CPC, com a necessidade de citação da executada para embargar no prazo de 30 dias, não sendo exigido qualquer tipo de garantia do juízo para a proposição dos embargos, em face da impenhorabilidade dos bens públicos e da necessidade de trânsito em julgado da sentença que os rejeite ou do decurso de prazo sem a apresentação destes, para a expedição da requisição de valor ao presidente do tribunal competente (art. 100 da CF/88).

Na execução fiscal, por sua vez, além de permanecerem os embargos como meio de impugnação do título executivo, ainda persiste a necessidade de se garantir o valor da execução como requisito para o ajuizamento da ação incidental com finalidade de defesa, a teor do artigo 16 da Lei n. 6.830/80.

Entretanto, o artigo 736 do CPC, com aplicação direta na execução fundada em título executivo extrajudicial, teve sua redação alterada para não mais se exigir a segurança do juízo como requisito para interposição dessa modalidade de defesa do executado.

As principais questões que se desencadearam em relação à defesa do executado, após a reforma, são as seguintes: a) é necessária a efetivação da penhora para que se maneje a impugnação ao cumprimento da sentença?; b) ainda persiste o instituto da exceção de pré-executividade com a criação da impugnação ao cumprimento da sentença e com o fim da necessidade de garantia do juízo para a propositura dos embargos a execução?

Assim, dispõe o artigo 475-J, §1º, do CPC, incluído pela Lei n. 11.232/2005: “Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de 15 dias.”

Por sua vez, dispõe o artigo 736 do CPC, com redação dada pela Lei n.º 11.382/2006: “O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos”.

A leitura do primeiro dispositivo acima transcrito poderá resultar na idéia de que é necessária a penhora para que se interponha a impugnação ao cumprimento de sentença ou, ao contrário, chegar-se-á a conclusão de que o dispositivo apenas indica que o prazo final para o protocolamento da impugnação é de 15 dias a contar da intimação da penhora, não sendo vedada sua utilização em momento anterior à penhora e sendo esta última apenas requisito para que tal impugnação possa ser recebida com efeito suspensivo, a teor da aplicação sistemática do artigo 739-A, §1º (o qual determina que para que os embargos sejam recebidos no efeito suspensivo é necessária a garantia da penhora de bens), ao procedimento de cumprimento de sentença.

Com o primeiro entendimento, doutrinadores como Araken de Assis⁴⁷, Ana Maria Scartezzini⁴⁸, Fernando Rister de Sousa e Lucas Rister de Sousa⁴⁹ defendem a necessidade de penhora como requisito para o ingresso da impugnação ao cumprimento de sentença, aduzindo que tal exigência termina por justificar a subsistência da exceção de pré-executividade na fase de cumprimento de sentença, uma vez que esta não demanda tal requisito.

Na segunda linha de interpretação, a qual nos parece ser mais acertada, autores como Leonardo da Cunha⁵⁰ e Rafael Guimarães⁵¹ vêm no artigo 475-J, §1º, do CPC, apenas uma limitação temporal de quinze dias para o oferecimento da impugnação, contados da intimação da penhora, não sendo a constrição de bens do devedor requisito de ajuizamento da defesa do executado.

A esta última linha de idéia, some-se a concepção de Fredie Didier JR.⁵² de que a efetivação da penhora no cumprimento de sentença é apenas um pressuposto para a concessão de efeito suspensivo à impugnação. Ora, se a simples impugnação do cumprimento da sentença sem a garantia do juízo não tem o condão de suspender o procedimento incidental, não haverá prejuízo ao credor, bem como seria muito mais salutar termos uma regra uniforme para a execução de título judicial e extrajudicial no que concerne a desnecessidade de constrição de patrimônio do executado, com condição para a apresentação da sua defesa (seja impugnação ou ação de embargos).

Quanto à subsistência do instituto da exceção de pré-executividade, após as reformas do processo de execução civil, parece que seus fundamentos permanecem, ainda que se admita ou não a garantia do juízo no cumprimento de sentença, bem como após revogação da norma que exigia a mesma garantia para o ajuizamento dos embargos a execução.

Para os que persistem na idéia de que a impugnação ao cumprimento da sentença exige prévia penhora de bens, a exceção de pré-executividade terá um terreno bastante fértil para se argüir todas as matérias de ordem pública ou matérias indiretas de mérito que possam ser provadas sem necessidade de dilação probatória, citadas em momento anterior no presente trabalho. Mesmo para aqueles que entendam como nós pela dispensabilidade da garantia do juízo para o oferecimento da impugnação, ainda assim a exceção de pré-executividade pode ser utilizada quando se tenha perdido o prazo para a impugnação e a matéria argüida seja de ordem pública ou sendo matéria indireta de mérito não tenha havido a preclusão de sua alegação nos autos e esta possa ser provada sem dilação probatória.

Na execução fundada em título executivo extrajudicial, o raciocínio é idêntico. Apesar de não se exigir a garantia do juízo para a proposição dos embargos, haverá sempre matérias de ordem pública que poderão ser argüidos em momento posterior, bem como matérias indiretas de mérito que não tenham sido aventadas e, portanto, sobre as quais não tenha ocorrido a preclusão.

Verifica-se, no entanto, que a utilização da citada exceção, após a reforma, encontra-se bastante esvaziada, ante a desnecessidade de garantia do juízo para a apresentação de defesa pelo executado, tanto no cumprimento de sentença, quanto no processo de execução autônomo fundado em título executivo extrajudicial, uma vez que essa sempre foi a grande utilidade da exceção de pré-executividade: possibilitar a defesa em juízo do executado sem uma indevida constrição de bens, quando de plano é evidente a falta de executividade do título.

Todavia sua utilização encontra vasto campo na execução fiscal, tendo em conta que, a teor do artigo 16 da Lei n. 6.830/80, subsiste a necessidade de garantia da execução mediante penhora como requisito para a propositura dos embargos à execução promovida pela fazenda pública, sendo certo que a morte de tal instituto não parece ter data certa.

8 – Conclusões

A exceção de pré-executividade, apesar de sua confusão terminológica, é o termo mais utilizado para se referir ao oferecimento de simples petição nos autos de processo autônomo de execução ou em procedimento incidental de cumprimento de sentença, como defesa do executado, para a argüição de matérias de ordem pública ou matérias indiretas de mérito que não demandem dilação probatória, com a finalidade de fulminar o título executivo.

Quando em vigor a antiga sistemática dos embargos à execução do código de processo Civil de 1973, com a necessidade de garantia prévia do juízo como requisito para a proposição de tal ação incidental, a exceção de pré-executividade era um instrumento indispensável para garantir a defesa do executado que não precisaria se submeter a uma constrição indevida no seu patrimônio quando possuía elementos para extinguir a execução de plano.

A idéia de que o princípio do contraditório não incide na execução encontra-se superada há tempos idos, sendo fundamental a compreensão de tal princípio para fortalecer a utilização da exceção de pré-executividade, sem a desvirtuação do devido processo legal e do princípio da efetividade na execução.

Os pareceres de Pontes de Miranda e Alcides de Mendonça Lima são emblemáticos para a reconstituição histórica da exceção de pré-executividade, a fim de se entender a origem e a evolução do instituto.

As matérias argüíveis na exceção de pré-executividade evoluíram daquelas de ordem pública (as quais podem ser conhecidas de ofício e fundamentavam a razão de ser do instituto quando da sua criação doutrinária) para qualquer matéria indireta de mérito, como o pagamento e a transação, desde que não haja necessidade de dilação probatória. Da mesma forma, seu momento de oferecimento em juízo evoluiu do instante anterior à penhora, para qualquer tempo ou grau de jurisdição, tanto em relação às matérias de ordem pública quanto no que concerne às matérias indiretas de mérito, desde que não tenha havido preclusão em relação a estas últimas.

Com a entrada em vigor das Leis n.º 11.232/2005 e n.º 11.382/2006, a execução fundada em título judicial foi transformada de processo autônomo para procedimento incidental do processo de conhecimento, tendo sido criada a defesa de impugnação ao cumprimento de sentença, subsistindo a ação incidental dos embargos à execução em relação ao processo executivo fundado em título executivo extrajudicial.

Tanto a impugnação ao cumprimento da sentença, quanto os embargos à execução fundada em título extrajudicial dispensam a garantia do juízo como requisito de suas proposições.

A exceção de pré-executividade subsiste de forma plena na execução fiscal (a qual continua exigindo a garantia da execução como pressuposto de admissibilidade dos embargos) e tem sua área de atuação diminuída com a reforma da execução civil. Porém, referida defesa do executado continua sendo importante para as hipóteses em que este tenha perdido o prazo

para a impugnação ou para os embargos ou mesmo quando tenha deixado de suscitar matéria fundamental para a extinção da execução nessas oportunidades.

Referências

- ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A Exceção de Pré-Executividade. *Ajuris*. Vol. 14, n.º 55, jul/set, 1989, pp. 62-70.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Exceção de Pré-Executividade: Aspectos Teóricos e Práticos. *Revista Dialética de Direito Tributário*. N.º 24, set, 1997, pp. 21-29.
- DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1987.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. Exceção de Pré-Executividade. Revista dos Tribunais. Vol. 79, n.º 657, jul, 1990, pp. 243-246.
- LIMA, Alcides de Mendonça. Ação Executiva. Agravo do devedor contra o despacho inicial, sem oferecer bens à penhora. Alegação de não serem títulos executivos, por falta de liquidez e exigibilidade – Matéria somente argüível em embargos do devedor, após a penhora – Interpretação do arts. 586, 652, 736 e 737 do CPC. Revista dos Tribunais. Ano: 72, vol. 575, set, 1983, pp. 63-71.
- MACHADO, Schubert de Farias. Execução Forçada. Defesa Antes da Penhora. Interpretação do arts. 618 e 737 do Código de Processo Civil. *Repertório IOB de Jurisprudência (Civil, Processual, Penal, Comercial e Administrativo)*. n.º 22, 2ª quinzena de novembro, 1990, pp. 453-456.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dez Anos de Pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.
- SANTOS, Ernando Fidélis do; WAMBIER, Luiz Rodrigues; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords.). *Execução Civil – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007.
- SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. Vol. III. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. *Exceção de Pré-Executividade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *A reforma da execução do título extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II: Processo de Execução e Processo Cautelar. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

Notas

¹ Tais requisitos, a partir das Leis 11.232/2005 e 11.382/2006, passaram a ser denominados de fundamentos da obrigação reconhecida pelo título, tendo em conta que qualquer sentença proferida no processo civil que reconheça uma obrigação (mesmo a meramente declaratória) é título executivo, podendo ser executada, de acordo com o artigo 475-N, I, do CPC.

² SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. *Exceção de Pré-Executividade*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998, p.30.

³ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dez Anos de Pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, p. 129.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. II: Processo de Execução e Processo Cautelar. 21ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.7.

⁵ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Exceção de Pré-Executividade: Aspectos Teóricos e Práticos. *Revista Dialética de Direito Tributário*. N.º 24, set, 1997, p.25.

⁶ MACHADO, Schubert de Farias. Execução Forçada. Defesa Antes da Penhora. Interpretação do arts. 618 e 737 do Código de Processo Civil. *Repertório IOB de Jurisprudência (Civil, Processual, Penal, Comercial e Administrativo)*. n.º 22, 2ª quinzena de novembro, 1990, p. 456.

⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 451.

⁸ *ibidem*. p. 171.

⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *op. cit.*, 1998, p. 6.

¹⁰ Confira-se a obra *A reforma da Execução do título extrajudicial*, da editora forense, ano 2007, página 181, onde Humberto Theodoro Júnior defende a possibilidade da exceção de pré-executividade no processo autônomo de execução e no procedimento incidental do cumprimento de sentença.

¹¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, 1998, p. 170.

¹² BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A Exceção de Pré-Executividade. *Ajuris*. Vol. 14, n.º 55, jul/set, 1989, p. 65.

¹³ Neste mesmo sentido, confira-se TALAMINI, Eduardo. *Execução Civil – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. A objeção na execução (“exceção de pré-executividade”) e as leis de reforma do código de processo civil. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, pp. 576-577.

¹⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, 1998, p. 166.

¹⁵ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1987, p. 95.

¹⁶ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras linhas de Direito Processual Civil*. Vol. III. 17ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p.399.

¹⁷ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *op. cit.*, p. 66.

¹⁸ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. *op. cit.*, p. 23.

¹⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. *op. cit.*, 1987, p. 96.

²⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *op. cit.*, p. 138.

²¹ *ibidem*. p. 138.

²² *ibidem*. p. 128.

²³ *ibidem*. p. 132.

²⁴ *ibidem*. p. 137.

²⁵ LIMA, Alcides de Mendonça. Ação Executiva. Agravo do devedor contra despacho inicial, sem oferecer bens à penhora. Alegação de não serem os títulos executivos, por falta de liquidez e exigibilidade – Matéria somente

argüível em embargos do devedor, após a penhora – Interpretação dos arts. 586, 652, 736 e 737 do CPC. *Revista dos Tribunais*. Vol. 575, ano 72, set, 1983, pp. 63-64.

²⁶ *ibidem*. p. 64.

²⁷ *ibidem*. pp. 64-65.

²⁸ *ibidem*. p. 65.

²⁹ *ibidem*. p. 65.

³⁰ *ibidem*. p. 66.

³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *op. cit.*, p. 128.

³² LIMA, Fernando Rister de Sousa; LIMA, Lucas Rister de Sousa. *Execução Civil – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Aspectos práticos e teóricos da distinção entre a exceção de pré-executividade e a impugnação no sistema de cumprimento de sentença. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, p. 596.

³³ ASSIS, Araken. *Cumprimento da sentença*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 307.

³⁴ TALAMINI, Eduardo. *op. cit.* p. 579

³⁵ *ibidem*. p. 578-579.

³⁶ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil*. 3. ed. Salvador: editora JusPODIVM, 2008, p. 545.

³⁷ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *Execução Civil – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro*. As defesas do Executado. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, p. 656-657.

³⁸ LIMA, Fernando Rister de Sousa; LIMA, Lucas Rister de Sousa. *Execução Civil – estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. Aspectos práticos e teóricos da distinção entre a exceção de pré-executividade e a impugnação no sistema de cumprimento de sentença. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, pp. 596-597.

³⁹ *ibidem*. pp. 596-597.

⁴⁰ CF. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Agravo regimental no agravo de instrumento n.º 1051891. Processo: 200801132049 UF: SP Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Relator: Min. Castro Meira. Brasília, 23.09.2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 21.11.2008.

⁴¹ TALAMINI, Eduardo. *op. cit.* pp. 578-579.

⁴² *ibidem*. pp. 580-581.

⁴³ ASSIS, Araken. *op. cit.* p. 307.

⁴⁴ Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n.º 871764. Processo: 20060164237-9. UF: RJ. Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA. Relator: Min. Eliana Calmon. Brasília, 06.05.2008. Disponível em <http://www.stj.jus.br>. Acesso em 21.11.2008

⁴⁵ SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto. *op. cit.*, p. 62.

⁴⁶ LIMA, Fernando Rister de Sousa; LIMA, Lucas Riser de Sousa. *op. cit.* p. 598.

⁴⁷ ASSIS, Araken. *op. cit.* pp. 307-308.

⁴⁸ SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi Flaquer. *Execução Civil - estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro*. Breves Considerações sobre a imperiosa ampliação da admissibilidade da objeção de pré-executividade. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, p. 575.

⁴⁹ LIMA, Fernando Rister de Sousa; LIMA, Lucas Rister de Sousa. *op. cit.* p. 594.

⁵⁰ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. *op. cit.* p. 647.

⁵¹ GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. *Execução Civil - estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro*. A objeção de pré-executividade após as reformas do processo de execução. São Paulo: editora revista dos tribunais, 2007, p. 696-697.

⁵² DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *op. cit.* p. 541-542.

THE ANALYSIS OF PRE-FORECLOSURE EXCEPTION IN RELATION TO THE REFORMS PROMOTED BY THE LAWS NUMBER 11,232, OF DECEMBER 22, 2005 AND NUMBER 11,382, OF DECEMBER 6, 2006.

Abstract: The text deals with the basic notions about pre-foreclosure exception, as one of the methods of defense of the debtor, and its importance to the guarantee of the effective contradictory and of the ample defense in the process of execution, besides analyzing its subsistence in relation to the reforms promoted by the Laws number 11,232, of December 22, 2005 and number 11,382, of December 6, 2006.

Keywords: process of execution, pre-foreclosure exception, reform.