
EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE COMO DIREITO DE DEFESA

EXECUTION OF PRE-EXECUTIVITY AS THE RIGHT OF DEFENSE

Aluízio Antônio Fortunato, Julio César Cardozo Rolón, Osmair Oliveira dos Santos

RESUMO: A exceção de pré-executividade é considerado o meio para se atingir o tão almejado acesso à Justiça, na seara processual, na medida em que o executado pode participar efetivamente do processo, fulminando a execução antes de ter seus bens atingidos pela segurança do juízo. De natureza, bibliográfica este artigo tem o objetivo de realçar o princípio do devido processo legal e seus corolários contraditório e ampla defesa elevados ao patamar constitucional a partir de 1988, o que acarretou um tom mais aceitável deste dispositivo legal, tornando-o admissível pela doutrina atual. Neste sentido, aduz-se a possibilidade do tema trazer em seu bojo matérias de ordem públicas não dependentes de maior dilação probatória considerando também a possibilidade de haver litigância de má-fé daquele que opõe a exceção de pré-executividade não fundamentada.

Palavra Chave: Execução. Exceção. Segurança. Recursos.

ABSTRACT: The pre-execution exception is considered the means to achieve the longed for access to Justice, in the procedural area, insofar as the executed can effectively participate in the process, fulminating the execution before having his assets affected by the security of the judgment. Bibliographical in nature, this article aims to highlight the principle of due legal process and its contradictory corollaries and broad defense elevated to the constitutional level since 1988, which led to a more acceptable tone of this legal provision, making it admissible by doctrine. current. In this sense, the possibility of the theme bringing public matters not dependent on greater probative delay is added, also considering the possibility of there being litigation in bad faith by those who oppose the exception of unfounded pre-execution.

Keyword: Execution. Exception. Safety. Resources.

1. INTRODUÇÃO

Surgida em meados de 1966, a Exceção de Pré-Executividade a cada dia vem conquistando adeptos na doutrina e ganhando muito espaço em nossa jurisprudência, visto o atual posicionamento de nossos tribunais quanto à aceitação do referido instituto naqueles casos em que o juiz deixa de conhecer de ofício, questões de relevância no que tange aos pressupostos de admissibilidade e seguimento do processo executivo, bem como em caso de ausência de qualquer uma das inafastáveis condições da ação.

Tem-se que o direito de ação constitui um direito subjetivo, público, autônomo e instrumental, garantido constitucionalmente pelo nosso ordenamento jurídico (art. 5º, inc. XXXV, da C.F.). Apesar de não ser unânime tal entendimento, o que torna o direito de ação concreto é a possibilidade do cidadão que teve algum direito seu prejudicado ou ameaçado de acionar o Estado através de sua prestação jurisdicional.

Contudo, nem sempre a pretensão do autor está amparada em nosso ordenamento jurídico, quando não, tal pretensão, muitas vezes se mostra inaceitável, absurda. Isso porque a necessidade de se ter um maior controle sobre os bens a serem juridicamente tutelados, para que se possa obstar que pessoas que não tem qualquer relação com o sujeito ativo da demanda nem mesmo com o objeto daquela, possam sofrer qualquer prejuízo injusto, seja ele patrimonial ou moral.

Surge assim, esse instituto da exceção de pré-executividade que adquire cada dia mais força, uma vez que através desta, poderá o executado apor-se ao processo de execução, que mesmo após passar pelo crivo do juiz foi admitido sem, contudo, apresentar os inafastáveis pressupostos processuais e as condições da ação, os quais serão tratados no decorrer do presente trabalho.

Segundo nosso atual Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, a única via posta à disposição do executado para se defender é a ação de embargos. Segundo Nery Junior (1997), tal prerrogativa para ser efetivamente utilizada terá que ser precedida de segurança do juízo¹, ou seja, constrição sobre os bens que integram o patrimônio do possível devedor, conforme precisa a letra da lei anteriormente citada:

Art. 737 – Não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo:
I – pela penhora, na execução por quantia certa.

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 devedor². Havia muita controvérsia em torno desse instituto, porém, 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 um fundamento legal.

Ora, o processo de execução é espécie de processo judicial, permitindo-se, assim, a defesa do executado dentro do processo de execução, desde que respeitada a natureza jurídica

¹ NERY JUNIOR, Nelson. **Código de Processo Civil Comentado**, 5ª ed., p. 1191: Os embargos somente podem ser opostos depois de seguro o juízo. A segurança do juízo pode ocorrer tanto pela penhora como pelo depósito, na execução para entrega de coisa.

² IDEM, p. 1191 ss: Quando tratar-se de matéria de ordem pública, é dispensável a oposição de embargos do devedor, porque o juiz deve conhecê-la de ofício. Como essa matéria deve ser conhecida de ofício, nada obsta que a parte provoque a manifestação judicial, fazendo-o por meio de *objeção de executividade*. Para tanto, não há a necessidade da segurança do juízo, podendo o devedor opor objeção sem oferecer bens à penhora ou efetuar o depósito. Da mesma forma, quando a matéria for de direito disponível, mas indicar a ilegalidade nulidade ou impertinência de execução, como nos casos de extinção da obrigação comprovada *prima facie, independentemente de dilação probatória, pode o devedor opor exceção de executividade*, sem necessidade de segurar o juízo.

dessa ação. Vale dizer que o princípio constitucional do direito ao contraditório em qualquer processo não pode ser excluído do processo de execução, mesmo que de forma menos abrangente que nos demais processos, em especial o cognitivo.

Para que seja efetivada a aplicação do princípio do contraditório ao processo executivo sem, contudo, desnaturar o referido processo, doutrina e jurisprudência idealizaram um conjunto de regras e atos que devem necessariamente ser observados. Com isso, estabeleceu-se que as matérias passíveis de serem opostas mediante exceção de pré-executividade são as que comportam provas pré-constituídas do alegado, ou seja, desde que a instrução da exceção se dê apenas por prova cabal do mesmo, sem que haja a necessidade de se produzir outras provas, como por exemplo, a testemunha.

A oposição deste incidente defensivo possibilita a discussão antecipada sobre a viabilidade da execução, anteriormente permitida somente na ação incidental de embargos à execução. Cardoso (1998) entende que o instituto da exceção de pré-executividade consiste "na possibilidade de apresentação de defesa em processo de execução – onde se ataca o direito de ação de execução, ou mesmo embargos do devedor – onde se resiste ao direito carregado na ação, sem que tenha havido constrição judicial."³,

Para Col (2000), trata-se de figura que, em sendo admitida, permite ao executado insurgir-se diretamente contra o sustentáculo da execução, sem que se cogite de garantia do juízo ou oposição de embargos do devedor, tidos, até então, como processo incidental característico e exclusivo para tal. Neste sentido, a falar de exceção de pré-executividade não se trata de defesa propriamente dita. Assim se posiciona Col (2000):

Pensamos não se tratar de defesa propriamente dita, mais porque o contraditório é sumário na execução e, embora se permita a manifestação do executado em variadas fases do processo, para assegurar o modo que lhe seja menos gravoso, a lei adjetiva não contempla fase apropriada para o exercício defensivo e nem abre a possibilidade de o executado discutir matéria de mérito em seu bojo.⁴

Identificamos, entre os estudiosos do tema, divergências de ordem terminológica. Enquanto muitos se referem ao instituto como "exceção de pré-executividade", outros preferem a expressão "objeção de pré-executividade", "oposição de pré-executividade", "objeção de não executividade" ou, ainda, "objeção à executividade". Nery Junior (1997) ao utilizar as expressões "objeção de executividade" e "exceção de executividade", alega que a defesa nos

³ Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2330>: **Exceção de Pré Executividade**. Acessado em 23.07.05.

⁴ Disponível em <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2330>: **O Processo como Instrumento de Pacificação da Lide**. Acessado em 23.07.05.

dois casos poderá ser feita sem que haja a segurança do juízo, devendo ser aplicada no primeiro caso, quando se tratar de matéria de ordem pública podendo ser alegada de ofício pelo juiz.

No segundo caso, a utilização se dar quando se tratar de matéria ligada à legalidade da execução, por entender que o termo ‘exceção’ sugere que se trate de matéria de defesa, e, como tal, não passível de ser conhecida de ofício pelo órgão julgador e, além do mais, sujeita a preclusão.⁵ Miranda (1975) foi o primeiro a falar em exceção de pré-executividade em ação de falência da Companhia Siderúrgica Mannesmann que não logrou deferimento pelo Juízo posto que verificou-se a falsidade dos títulos, objeto do requerimento de falência.

Perguntado se havendo execução daqueles títulos para que o devedor pague em vinte e quatro horas sob pena de penhora, pode o executado, alegar a falsidade do título ou dos títulos, independentemente do oferecimento de bens à penhora. Respondeu o parecerista que sim, pois no seu entender, a alegação de inexistência, da invalidade ou da ineficácia da sentença é alegável antes da expedição do mandado de penhora, pois tal ato é de exigir-se para a oposição de embargos do executado e não para oposição de exceções e de preliminares concernentes à falta de eficácia executiva do título judicial ou da sentença.⁶

O vocábulo "pré-executividade", por sua vez, expressa a ideia de ato praticado antes. Contudo, apesar das valiosas ponderações, a questão terminológica é acadêmica e a jurisprudência vem consagrando o uso da expressão "exceção de pré-executividade" para definir o instituto, ora em estudo.

2. ORIGEM HISTÓRICA DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Deve-se Miranda (1975) a adoção deste instituto pelo Direito Processual Civil brasileiro. Foi ele quem o intitulou de “exceção de pré-executividade” e definiu sua finalidade: bloquear o desenvolvimento de uma execução anormal com título inexigível. Traçou as diretrizes da oportunidade da defesa prévia em um parecer confeccionado em 1966 para a Companhia Siderúrgica Mannesmann, que estava sendo executada por títulos extrajudiciais com assinatura falsa de um de seus diretores. Nessas execuções, objetivava-se realizar penhoras sobre rendas e depósitos bancários da empresa, forçando esta a uma total paralisação.

O Parecer n.º 95/1966, a mais importante fonte do trabalho monográfico de Pontes de Miranda, está compilado na coleção *Dez Anos de Pareceres* e, segundo consta, os pedidos de decretação de abertura de falência foram indeferidos pelo Juízo antes da penhora ou do

⁵ JUNIOR, Nelson Nery. **Código de Processo Civil Comentado**, 5ª edição, p. 1187.

⁶ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Dez Anos de Pareceres**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora, 1975, vol. 4, parecer n. 95, p. 127

depósito, sob o fundamento de que os processos eram baseados em títulos falsos.⁷ Eis um trecho do citado disposto.

Quando se pede ao juiz que execute a dívida, tem o juiz de examinar se o título é executivo, seja judicial, seja extrajudicial. Se alguém entende que pode cobrar dívida que consta de instrumento público, ou particular, assinado pelo devedor e por duas testemunhas, e o demandado – dentro das 24 horas – argúi que o instrumento público é falso, ou que a sua assinatura, ou de alguma testemunha, é falsa, tem o juiz de apreciar o caso antes de ter o devedor de pagar ou sofrer a penhora. Uma vez que houve alegação que importa oposição de “exceção pré-processual” ou “processual”, o juiz tem de examinar a espécie e o caso, para que não cometa a arbitrariedade de penhorar bens de quem não estava exposto à ação executiva (...) pode o executado opor-se, legitimamente, à executória, com exceções de pré-executividade do título, exceções prévias, portanto, à penhora, que é medida já executiva⁸.

Segundo Moreira⁹ (1998), Miranda teve como fonte inspiradora o Decreto nº 848, de 11 de outubro de 1890, em que havia a seguinte previsão para o processamento da execução fiscal: comparecendo o réu para se defender antes de feita a penhora, não será ouvido sem primeiro segurar o juízo, salvo se exhibir documento autêntico de pagamento da dívida, ou anulação desta. Percebe-se que em âmbito normativo, o instituto foi previsto, com certa cautela, no Decreto n. 5.225, de 31/12/32, do Estado do Rio Grande do Sul, que modificou alguns dispositivos dos antigos Códigos de Processo Civil e Comercial.

Posteriormente, começou a figurar quase imperceptível na jurisprudência, tendo-se notícia de que um dos mais antigos julgados a tratar do assunto foi o Acórdão nº 80.754/S, do Ministro Moacir Catunda, da 5ª Turma do extinto Tribunal Federal de Recursos. Há de se considerar também que, durante a vigência do Código de Processo Civil de 1939, houve estudos sobre um antigo tipo de defesa chamado na época de “oposição”, que era considerada ação declarativa enxertada no processo de execução, a qual consideram os atuais juristas ser uma fonte legislativa remota da exceção de pré-executividade¹⁰ (MIRANDA, 1975).

Contudo, apesar das anteriores tentativas, foi por meio do aprofundado posicionamento de Miranda (1975) que acabou apresentado ao Direito pátrio o instituto da exceção de pré-executividade. Seja como for, o certo é que até hoje a polêmica em torno da exceção de pré-executividade permanece, o que, todavia, não tem impedido a utilização deste instrumento por advogados, e nem mesmo, o seu acolhimento por juízes e tribunais.

2.1. Conceito

⁷Op. Cit. p., 09

⁸IBID, p. 132

⁹MOREIRA, Alberto Caminã. Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade. São Paulo: Saraiva, 1998.p. 22.

¹⁰PONTES DE MIRANDA, op. cit., p. 36.

Para Rosa (1996) o que tem gerado algumas divergências na doutrina, é a questão conceitual do instituto, sendo, contudo, discussão meramente acadêmica sem qualquer implicância prática, como a mesma específica:

É um instrumento de defesa de origem doutrinária utilizado por qualquer pessoa interessada, mas principalmente pelo executado, no processo de execução antes da penhora ou do depósito, ou a qualquer tempo e grau de jurisdição, onde podem ser suscitadas determinadas matérias que acarretam a carência da ação executiva e podem ser conhecidas inclusive de ofício pelo juiz, assim como o executado pode apresentar fato que extingue, modifica ou impede o direito do exequente, sendo que em todas as hipóteses as matérias arguidas não estão sujeitas a preclusão e podem tornar o título executivo, judicial ou extrajudicial, ineficaz, devendo a prova do alegado ser comprovada de plano, podendo haver dilação probatória, desde que limitada à prova documental.¹¹

Siqueira Filho¹² (1998) define a exceção de pré-executividade como a:

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

Cardoso (1998) entende que o instituto da exceção de pré-executividade consiste na possibilidade de apresentação de defesa em processo de execução – onde se ataca o direito de ação de execução, ou mesmo embargos do devedor – onde se resiste ao direito carregado na ação, sem que tenha havido constrição judicial. Em que pese à ausência de previsão legal expressa, a doutrina moderna reconhece a utilização da exceção de pré-executividade, tendo a jurisprudência não só apreciado e acolhido à medida em alguns casos, principalmente em primeiro grau, mas, também, tem reconhecido casos escandalosos em que se afigura injusto ou abusivo submeter o patrimônio do devedor aparente à penhora por tempo indeterminado, cujos efeitos são, sabidamente, graves.¹³

3. NATUREZA JURÍDICA DO INSTITUTO

Alguns especialistas são categóricos ao afirmarem que a natureza jurídica da exceção de pré-executividade é de objeção, visto não se tratar de instrumento disponível apenas ao executado, mas também poderá ser utilizado pelo exequente, ou ainda por terceiro interessado que possua responsabilidade secundária, cujo patrimônio seja atingido pela execução. As

¹¹ ROSA, Marcos Valls Feu. **Exceção de Pré-Executividade - Matérias de Ordem Pública no Processo de Execução**. Sergio Antonio Fabris Editor: Porto Alegre, 1996, p. 49.

¹² **Exceção de Pré-Executividade**, 2ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 1.998, p. 92.

¹³ Disponível em <[http://www.Jusnavegandi.com.br/doutrina:Exceção de Pré Executividade](http://www.Jusnavegandi.com.br/doutrina:Exceção%20de%20Pré%20Executividade)>. Acessado em 28.07.05

matérias que poderão ser arguidas através da exceção de pré-executividade são de ordem pública, ligadas à validade da relação processual e ao direito de ação, devendo, por isso, ser conhecido de ofício pelo juiz e incorrendo este fato, poderá então o interessado, utilizar-se desse incidente de defesa. Francisco Dantas (2001), assim se manifesta:

No sentido que usualmente se adota entende-se que serve para identificar a defesa que se exerce, independentemente da oposição de embargos e, pois, da prévia segurança de juízo, no corpo mesmo do processo de execução. Creio que se refere mais à defesa direta contra o processo, por envolver a indispensável alegação do desatendimento de matéria de ordem pública, conhecível de ofício pelo juiz. Entendo, também, que diz respeito à alegação das denominadas objeções, que tem a mesma natureza de matéria de ordem pública e, por isso, devem também ser apreciadas de ofício pelo juiz, mas que constituem espécie de defesa indireta - e, portanto, exceção - contra o mérito.

Assim, é o posicionamento que se coaduna com aqueles que vêem no instituto uma objeção, visto que poderá ser alegado pelo devedor ou por qualquer terceiro interessado. Se for considerada exceção, no sentido estrito do termo, se trataria então, de meio de defesa posta exclusivamente ao devedor, como veremos no decorrer do trabalho, isso não ocorre.

4. FUNDAMENTOS

O fundamento principal que ampara a "oposição pré-processual" dentre outros é a nulidade do processo executivo. Configuradas quaisquer das hipóteses previstas no art. 618, combinados com os artigos 586, 652, 736 e 737 do Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015, que autorizam a utilização do instituto da exceção de pré-executividade é possível a suscitação de qualquer matéria em oposição a execução interposta, sem que para tanto seja ofertada a necessária ação de embargos do devedor, desde que, como já dito anteriormente, não tenha que se submeter a matéria alegada à dilação probatória.

Assim, a interposição da chamada "exceção de pré-executividade", dispensa a segurança do juízo, podendo ser dirigida em simples petição, e decidida de plano pelo magistrado, reconhecendo nulidade absoluta e insanável no processo de execução, declarando a inexistência da prova pré-constituída do título executivo, que é condição da execução. Os pressupostos formais do título podem ser examinados no limiar da ação, sem necessidade de aguardarem-se a penhora e os embargos do executado.

Neste contexto, ocorrendo nulidade do título por ausência de liquidez, certeza e exigibilidade, tal fato pode e deve ser arguido tanto pela parte executada como de ofício pelo Juiz, como argumenta Cardoso (1999):

Portanto, a exceção de pré-executividade se justifica em hipótese onde se verifica a ausência de condições da ação, exemplificativamente a possibilidade jurídica afastada por título nulo ou inexistente, hipótese onde sequer se justificaria a realização da penhora, que pressupõe a executoriedade do título. Por igual, quando evidenciado a

ilegitimidade do exequente, por ser outro que não o titular do crédito executado, impõe-se a procedência da exceção de pré-executividade.¹⁴

5. TERMINOLOGIA

Havendo concordância que Pontes de Miranda foi o primeiro a utilizar a denominação "exceção de pré- executividade" ao tratar da arguição da ausência dos requisitos da execução, adverte Rosa¹⁵ (1996):

A utilização da expressão 'exceção', na denominação 'exceção de pré-executividade', deve ser atribuída ao fato de seu autor (da denominação 'exceção de pré-executividade'), Miranda, ter proposto tal denominação sob a égide do Código de Processo Civil de 1.939. É que, àquela época, a expressão 'exceção', abrangia 'toda e qualquer defesa do réu', sendo, por isto, compreensível a utilização da mesma. Com efeito, o termo "objeção" indica matéria de defesa da qual pode o juiz conhecer de ofício, a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, ao passo que "exceção" nos dá ideia de disponibilidade do direito, razão pela qual, não oposta no momento oportuno, ocorre a preclusão.¹⁶

Percebe-se certo inconformismo com a expressão "pré-executividade", alegando que como utilizada, dá a entender que a exceção de pré-executividade só diz respeito ao que fosse anterior à executividade, ou melhor, à formação da executividade. Em outras palavras, a exceção de pré-executividade diria respeito às matérias aferíveis no momento da decisão que analisa a petição inicial, a qual, supostamente, conferiria executividade. Ocorre que nem só na inicial deve o juiz aferir os requisitos da execução. Com efeito, no curso do processo também surgem requisitos da execução válida, que devem ser objeto de exame pelo juiz ¹⁷ (ROSA, 1996).

Assim, a oposição à execução por vício que impossibilitaria sua existência, poderia ser tratada com expressões mais oportunas e técnicas, como: "objeção de não executividade" ou "objeção à executividade", que parecem melhor exprimir a negativa da executividade, que deveria ter sido reconhecida de plano pelo juiz, mas que por não ter sido, pode ser-lhe apontada pelo executado, quando tomar conhecimento da execução indevida. Nesse sentido, Theodoro Junior¹⁸ (1998) se manifesta:

Mostrando-se visivelmente nulo o título executivo ou manifestamente ilegítimo a parte contra quem se intenta a execução fiscal, ou ainda, estando a relação processual contaminada de nulidade plena e ostensiva, cabe o expediente que se vem denominando "exceção de pré-executividade", que nada mais é do que o simples pedido direto de

¹⁴ Disponível em <<http://www.Jusnavegandi.com.br/doutrina>: **Exceção de Pré Executividade**. Acessado em 29.07.05

¹⁵ ROSA, Marcos Valls Feu. **Exceção de Pré-Executividade - Matérias de Ordem Pública no Processo de Execução**. Sergio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1996, p. 69 a 71

¹⁶ IBID, p. 76.

¹⁷ IBID, p. 82

¹⁸ JUNIOR, Humberto Theodoro. **Tutela Cautelar e Antecipatória em Matéria Tributária**, RJ n.º 245, mar/98, pg. 5

extinção do processo, independentemente do uso dos embargos e da segurança do juízo.

Para Wambier¹⁹ (1998):

Seria absurdo que o sistema não contivesse freios, consubstanciados nas decisões negativas de admissibilidade, cujo objetivo é o de evitar que prossiga uma etapa procedimental gerada por um pedido fadado ao insucesso. É justamente a isso que se visa com o possibilitar que o executado alegue certo tipo de ‘defesa’, mesmo antes da citação, principalmente quando se trata de alegações que, se conhecidas e acolhidas, devem gerar necessariamente a extinção daquilo que nem execução chegou a ser.

Da mesma forma, Medina²⁰ (2002), explica de forma clara e concisa o conceito e distinção entre exceção e objeção de pré-executividade, classificando de forma coerente e lógica, o emprego dos vocábulos:

As matérias que devem ser conhecidas de ofício pelo órgão jurisdicional, independentemente de provocação do interessado, são chamadas de objeções, ao lado daquelas matérias que somente merecem ser analisadas se houver provocação pela parte, que são chamadas de exceções.

Ainda na visão de Medina (2002):

Basicamente, o problema se manifesta em relação às nulidades absolutas, referidas no art. 618 do CPC, à ausência de condições da ação e à ausência de pressupostos processuais (por exemplo, a petição inicial deve, na hipótese do art. 614, inc. II, ser instruída com demonstrativo atualizado do débito e tal circunstância pode ser controlada ex-offício, pelo juiz, ex vi do art. 616 do mesmo diploma). Tais matérias, por deverem ser decretadas de ofício pelo órgão jurisdicional, são denominadas objeções. Há, contudo, outra categoria de matérias que, para poderem ser conhecidas pelo juiz, devem ser argüidas pela parte a quem aproveita. Tais matérias são chamadas pela doutrina de exceções (em sentido próprio). As exceções ficam submetidas, em regra, aos efeitos da preclusão, visto que, não sendo oportunamente alegadas, não mais poderão sê-lo no futuro pela parte interessada, ou apreciada pelo juiz; diversamente, as objeções não se submetem a tal efeito preclusivo, podendo ser deduzidas a qualquer tempo, e devendo ser conhecidas de ofício pelo juiz.

6. MOMENTO PARA OPOSIÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Miranda (1975), em seu parecer elaborado sob a óptica do antigo Código de Processo Civil de 1939, já estabelecia o prazo de vinte e quatro horas, a contar da citação, para que o executado apresentasse sua defesa²¹. Considerando que as matérias atinentes aos requisitos da execução não estão sujeitas aos efeitos da preclusão, fica claro que é impossível a fixação de

¹⁹ WAMBIER, Tereza Arruda Alvim *et al.* **Processo de Execução e Assuntos Afins**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 410.

²⁰ MEDINA, José Miguel Garcia, **Execução Civil: Princípios Fundamentais**, São Paulo: RT, 2002 p. 272 e ss.

²¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Dez Anos de Pareceres**. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A., 1975, vol. 4, parecer n. 95, p. 127

prazo para a apresentação da exceção de pré-executividade, sendo certo que poderá ser oferecida desde o ajuizamento da ação executiva (até mesmo, antes da citação).

Portanto, admite-se que a arguição 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, Lei 13.105/2015, *verbis*:

O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e 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.

Na doutrina atual, Pereira (2001) reforça a tese elaborada por Miranda, arrazoando que a arguição de exceção de pré-executividade não está restringida somente as matérias de ordem pública, havendo a possibilidade de oposição de matérias que afastam a executoriedade do título. Assim, assevera Pereira (2001):

A exceção de pré-executividade se originou, principalmente, para impedir a constrição de bem ou bens do devedor, logo, sua oposição após ou simultaneamente aos embargos do devedor não justificaria seu objetivo. Afirmou, ainda, que a exceção de pré-executividade deve ser oposta no prazo de 24 horas a contar da citação; ou até a oposição dos embargos do devedor, mesmo se já realizado ato constitutivo do bem, visto que aceito o incidente defensivo pelo juiz para extinguir a execução, o ato constitutivo fica sem efeito, evitando os danos resultantes da penhora.²²

Todavia, é sabido que não se pode estabelecer uma limitação de prazo à parte, para alegar matérias que não estão sujeitas a preclusão, posto que poderão ser alegadas a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, segundo nosso ordenamento jurídico disposto nos artigos 267, § 3º e 303, inciso III, ambos do Código de Processo Civil.

7. HIPÓTESES DE CABIMENTO E MATÉRIAS ARGUÍVEIS

A exceção de pré-executividade trata-se de uma modalidade excepcional de oposição do executado que visa fulminar de plano uma execução antes de garantido o juízo. É prudente, no entanto, 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.

Matérias de ordem pública podem ser arguidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, podendo ser conhecidas inclusive de ofício pelo juiz. Contudo, as matérias de direito indisponível, que devam necessariamente ser alegadas pela parte, como a prescrição, o

²² Disponível em <<http://www.Jusnavegandi.com.br/doutrina>: **Exceção de Pré Executividade**. Acessado em 30.07.05.

pagamento e a compensação entre outras, estarão sujeitas à preclusão se forem arguidas em exceção de pré-executividade rejeitada, desde que o juiz, em sua decisão, decida o mérito.²³ (PEREIRA, 2001).

São matérias passíveis de arguição em exceção de pré-executividade, a ausência de alguma das condições da ação ou pressupostos processuais, além de outras elencadas pelo Código de Processo Civil, tais como a prescrição, a compensação, a novação, a transação e o excesso de execução. São matérias capazes de tornar nulo o título que embasa a execução e, portanto, havendo a possibilidade de comprovação de plano através de prova documental, podem ser arguidas por exceção de pré-executividade.

A prescrição, desde que superveniente à sentença, pode ser alegada pela parte por exceção de pré-executividade, não podendo ser conhecida de ofício pelo juiz, por se tratar de direito renunciável. O entendimento majoritário na doutrina é que a decadência é matéria de ordem pública que pode ser conhecida de ofício pelo juiz no direito processual civil e tributário. A compensação não pode ser conhecida de ofício pelo juiz, por ser direito disponível, mas pode ser alegada em qualquer fase processual, inclusive em recurso.

No mesmo passo, pode ser apresentada defesa na própria execução, sem segurança do juízo, no caso de falta de condição da ação, dos pressupostos processuais, título sem assinatura do devedor, vencimento antecipado de dívida e mesmo a incompetência absoluta. Da mesma forma, incoorre a exigência de segurança do juízo, na obrigação de fazer, seja de meio ou resultado e não fazer, porque o bem ou a obra depende do comportamento, ou atividade dele, aparecendo imediatamente por consequência do fazer. Só depois de feita é que deve ser entregue. Mas, o de que se cuida, por ocasião da execução, é o fazer e não a coisa.

Portanto, se o executado quiser evitar a penhora, com base na ausência e na nulidade de título, poderá ofertar essas alegações independentemente de oposição de embargos, mediante simples defesa na própria execução, ou até mesmo via embargos, sem obrigatoriedade de penhora, pois se tratam de matérias de ordem pública, isto é, de uma das condições da ação. Questão interessante a ser analisada é se a alegação de validade de cláusula contratual, em processo de execução fundado em título extrajudicial, pode ser alegada em sede de exceção de pré-executividade.

A discussão sobre a invalidade de uma cláusula que torna nulo o contrato não pode ser simplesmente comprovada de plano, pois envolve também discussão acerca do mérito do negócio realizado, o que não tem espaço no processo de execução, uma vez que o contrato foi

²³ Disponível em <<http://www.Jusnavegandi.com.br/doutrina>: **Exceção de Pré Executividade**. Acessado em 30.07.05.

elaborado e assinado pelas partes, aceitando o devedor, no momento da composição do negócio, todas as cláusulas ali contidas.

Evidente que o questionamento de uma cláusula via exceção de pré-executividade, instigaria a desnaturação do processo de execução, que não se presta a exame do mérito do negócio jurídico realizado entre as partes, com pleno consentimento do devedor. Consequentemente, não pode ser arguido em exceção de pré-executividade, que serve somente para arguir matérias que podem ser comprovadas de plano. Tal discussão tem espaço próprio para ser efetivada em sede de embargos do devedor, com extenso debate a respeito do assunto, havendo dilação probatória ampla, sem reservas de provas.

Destaca-se também a possibilidade de exceção de pré-executividade na ação monitória, que é um procedimento especial de jurisdição contenciosa, que propicia ao credor de quantia certa, coisa fungível ou de coisa móvel determinada, possuidor de um documento escrito sem eficácia de título executivo, requerer em juízo que o devedor pague a quantia devida ou entregue a coisa fungível ou o bem móvel. Deferida a petição, o juiz ordena a expedição de mandado monitório. Ao devedor é dada a oportunidade de opor embargos, sem necessidade de garantir o juízo, ou pagar ou entregar o bem. Quedando-se inerte, o mandado monitório automaticamente forma título executivo judicial, sem necessidade de manifestação expressa do juiz nesse sentido.

Assim, na ação monitória não há um título formalmente constituído a embasar uma execução e o suposto devedor é citado para pagar no prazo de 15 dias ou, se quiser, oferecer embargos à ação monitória, sem a necessidade de garantir o juízo para oposição de defesa. Se o objetivo principal da exceção de pré-executividade é instituir um meio de defesa dentro do processo de execução para evitar que o devedor sofra um gravame em seu patrimônio, decorrente de uma execução injusta, não há fundamento concreto para que se utilize desse meio de defesa na ação monitória.

Assim, o devedor, na ação monitória, tem como opção de defesa a oposição dos embargos, sem ônus algum a seu patrimônio. Se por um lado, legitimado para arguir a nulidade, seria a primeira vista, o devedor, por evidente interesse processual, por outro lado, também o credor tem interesse na regularidade do processo, pois nada justifica o prosseguimento de execução nula, que ademais, nenhuma vantagem final lhe traz.

8. FORMA

Não seria exagero admitir que a arguição de nulidade independesse de forma e procedimentos específicos, podendo tomar, até mesmo, feição extrajudicial. É que a exceção de pré-executividade não está prevista em norma legal, não existindo uma forma ou procedimento

especial para sua oposição ou tramitação. Poderá ser oposta por simples petição, bem como oralmente, em audiência (art. 599, I – Código de Processo Civil).

Partindo-se da premissa de que a exceção de pré-executividade consiste em levar ao juiz a notícia da falta dos requisitos necessários à formação e desenvolvimento válido do processo de execução, tem-se como pouco relevante a sua forma. Importa que o juiz seja alertado, a fim de que cumpra com o seu ofício, examinando, ou reexaminando, por via de consequência, a matéria arguida de nulidade. O próprio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que tal arguição dar-se-ia por simples petição nos autos do processo.

Mas, caso o juiz não profira qualquer decisão acerca da arguição de nulidade e prossiga com os atos de constrição, outra via não restará àquele que tenha seus bens ameaçados por penhora senão impetrar mandado de segurança a fim de suspender a execução. De qualquer modo, importa frisar é que a arguição da ausência dos requisitos da execução independe de forma, podendo ser efetivada por escrito ou verbalmente, judicial ou extrajudicialmente.

9. PROCEDIMENTO

A exceção de pré-executividade pode ser interposta por meio de simples petição e é decidida de plano pelo magistrado, a fim de reconhecer nulidade absoluta e insanável no processo de execução, tais como a nulidade e consequente inexistência do título executivo ou mesmo ausência de condições ou pressupostos processuais. A arguição da ausência dos requisitos da execução não tem procedimento específico, devendo ser observadas as peculiaridades de cada caso.

O que irá definir o procedimento adotado no caso de oposição da exceção de pré-executividade será a necessidade ou não de se permitir o debate nos autos, acerca das provas a serem produzidas. Como já dito anteriormente, se entende não ser possível a realização de qualquer prova no processo executivo, mas apenas a produção de provas pré-constituídas. Portanto, havendo nos autos arguição de nulidade lastreada em prova pré-constituída, o juiz deverá apreciá-la.

10. EFEITOS

De acordo com Dinamarco (1994), a simples alegação da nulidade incidentalmente à execução, não autoriza por si só, a suspensão do processo executivo, pois, para esse fim específico, seria necessário o reconhecimento expresso da verossimilhança da nulidade pelo Juízo ou a interposição de embargos. Vê-se então, que a suspensão do curso da execução não se opera de forma automática, única e tão somente pelo fato de ter sido apresentada a exceção,

fazendo-se necessária, ainda que em caráter provisório, a manifestação judicial a respeito da verossimilhança da alegação.²⁴,

Assim, recebida à exceção de pré-executividade e reconhecida pelo Juízo a provável nulidade, inclusive abrindo-se vista à parte contrária para responder a alegação, não se mostra possível alternativa ao magistrado, senão a imediata suspensão do processo executivo, sob pena de não o fazendo, permitir a efetivação de possível e ilegal ato expropriatório. Contudo, a execução há que ser suspensa e não paralisada, pois a primeira palavra é uma parada passageira do processo, enquanto a segunda, o estancamento definitivo do mesmo.

Por outro lado, o reinício do curso da execução opera-se automaticamente, isto é, independentemente da intimação da decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade. De outra forma, a execução somente poderá retomar seu curso a partir da intimação. Estando em curso o prazo para embargos, a arguição de nulidade, por suspender o próprio processo de execução, preenchidos os requisitos expostos, também suspenderia o prazo destes.

Logo, decidida a arguição, recomeça a correr o prazo para embargos a partir da intimação da decisão. Não fluindo prazo algum, ainda assim, parece necessária a intimação para que possa a execução prosseguir. Rejeitada que seja a arguição da ausência dos requisitos da execução pelo juiz, retoma o processo seu curso, efetivando-se os atos cabíveis, determinados em sua decisão.

De toda forma, o reinício da execução, depende, sempre, de intimação às partes quanto ao teor da decisão que rejeita a exceção de pré-executividade. Salienta-se que a arguição extrajudicial da ausência dos requisitos da execução, entretanto, não a suspende, por haver, neste caso, um simples alerta ao juiz, sem caráter algum de formalidade, que, ao seu alvedrio, poderá ou não reexaminar a questão.

11. DECISÃO DO JUIZ

Quanto ao procedimento a ser adotado pelo magistrado a fim de decidir a exceção de pré-executividade, duas possibilidades se afiguram possíveis:

- a) Decidir a questão logo após a apresentação da petição ou;
- b) Permitir a vista dos autos pela parte contrária para que se manifeste a respeito.

A primeira hipótese, por violar flagrantemente o princípio do contraditório, assegurado pela Constituição Federal de 1988, não pode ser aceita. A segunda mostra-se mais adequada com os princípios processuais. Estando presentes todos os requisitos de admissibilidade da ação executiva, a arguição de nulidade será rejeitada, dando-se normal

²⁴ DINAMARCO, Cândido Rangel, **Execução Civil**. 4ª ed. São Paulo. Malheiros, 1994, p.169.

seguimento à execução.

Por outro lado, acolhendo o juiz a exceção de pré-executividade, por ausência de tais requisitos, o processo executivo será encerrado mediante sentença terminativa (Lei nº 13.105/2015, art. 267, VI) e, por via de consequência, os atos de constrição: penhora ou depósitos perderão sua eficácia, e os titulares dos bens voltarão a ter sobre eles ampla disponibilidade. O efeito gerado pela sentença terminativa é o de extinguir o processo, sem julgamento do mérito, razão pela qual não há impedimento para a propositura de nova ação executiva com base no mesmo título.

Isso se dará, desde que observado o disposto no art. 268 da Lei nº 13.105/2015, *verbis*:

Salvo o disposto no art. 267, V, a extinção do processo não obsta a que o autor intente de novo a ação. “A petição inicial, todavia, não será despachada sem a prova do pagamento ou do depósito das custas e dos honorários de advogado”.

Parágrafo único. Se o autor der causa por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no n.º III do artigo anterior, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito.

Acolhida à exceção de pré-executividade, será o autor do processo de execução condenado, por sentença terminativa, nas despesas e honorários advocatícios. Caso contrário, rejeitando-se a arguição formulada na exceção de pré-executividade, o responsável pelas custas acrescidas, se houver, será o arguente.

12. RECURSOS

Sendo acolhida a exceção de pré-executividade, proferindo-se sentença terminativa da execução, cabível será o recurso de apelação, dirigido à instância superior. Caso contrário, ou seja, rejeitando-se a arguição, haverá uma decisão interlocutória, desafiando, portanto, o recurso de agravo. Questionável, entretanto, a necessidade de se interpor o referido agravo, vez que, não estando as matérias de ordem pública sujeitas à preclusão, poderão ser rediscutidas a qualquer tempo.

Logo, afigura-se plenamente possível a apresentação de simples requerimento ao juiz, por meio do qual se objetive a reconsideração de sua decisão. A esse propósito, oportunas as palavras de Nelson Nery Júnior²⁵ (1997):

No caso de não haver preclusão pelo fato de a matéria objeto da decisão ser de ordem pública ou de direito indisponível, a decisão poderá ser revista pelo mesmo juiz ou tribunal superior, ex officio ou a requerimento da parte. Este requerimento poderá ser feito por petitio simplex ou por intermédio de recurso de agravo, se apresentado no primeiro grau de jurisdição. A petitio simplex poderá receber o nome de pedido de

²⁵ NERY JÚNIOR, Nelson. op. cit, p. 133

reconsideração. Somente nesta hipótese entendemos aceitável a utilização desse meio não recursal para provocar o reexame da questão já decidida pelo juiz, sem que seja preciso interpor o recurso de agravo.

Este pedido de reconsideração não terá efeito suspensivo, mas autorizará o juiz a aplicar o procedimento da exceção de pré-executividade, suspendendo a execução, se assim entender. A exceção de pré-executividade tem por objeto alegação de matérias que podem extinguir o processo de execução. Havendo arguição, o curso do processo deve ser suspenso, tendo em vista que se assim não fosse, tudo o que foi relatado sobre o princípio do contraditório e do devido processo legal não geraria efeito algum.

Os juristas contrários a esse entendimento deduzem que não há norma legal prevendo a suspensão da execução quando oposta a exceção de pré-executividade. Ora, é cediço que a Lei nº 13.105/2015, artigo 791 arrola taxativamente as hipóteses de suspensão do processo de execução, bem como o artigo 585, § 1º determina que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título executivo não inibe o credor de promover a execução.

Todavia, os mesmos juristas que admitem a exceção de pré-executividade no nosso ordenamento jurídico, discordam da suspensão do processo de execução quando oposto esse instrumento de defesa, pois não existe norma legal prevendo tal hipótese. Isso é inaceitável, visto que a exceção de pré-executividade também não está inserida no nosso ordenamento jurídico, mas é aceita amplamente pela doutrina e jurisprudência. Ou seja, o mais, que é a utilização da exceção de pré-executividade, pode, mas o menos, que é a suspensão do processo de execução, não.²⁶ (CIOCCARI, 2000).

Oposta a exceção de pré-executividade, se o juiz ordenar a intimação do exequente para que compareça aos autos para se defender, presume-se que conheceu da arguição, devendo, neste momento, decidir sobre a suspensão da execução, que se determinada, será mantida até a exceção ser resolvida em primeiro grau. Em caso de rejeição da exceção, o processo de execução retoma seu procedimento normal.

A dúvida que impera neste momento é se a execução retoma seu curso normal, abrindo novamente o prazo para o executado pagar ou oferecer bens. A resposta mais acertada parece ser aquela que, rejeitada a exceção, o executado será intimado da referida decisão. A partir de sua intimação, começa a correr então o prazo para pagamento ou nomeação de bens à penhora. Em resumo, o juiz poderá pronunciar-se de três maneiras distintas acerca da exceção de pré-executividade:

²⁶ CIOCCARI, Michele. A "objeção de não-executividade" nas execuções fiscais. Disponível em <<http://www.jus.com.br/doutrina/preexe4.html>>. Acesso em julho 2005, p. 4.

- a) acolhendo a exceção de pré-executividade e automaticamente extinguir o processo executivo;
- b) não conhecendo da exceção de pré-executividade, hipótese que será rejeitada logo após sua oposição;
- c) não acolhendo a exceção de pré-executividade, de que conheceu em cognição sumária, para análise das questões expostas pelo devedor.

13. DOUTRINA

A doutrina ao longo dos anos vem se solidificando, recebendo, inclusive, adesões de grandes nomes na defesa da possibilidade de apresentação de defesa e embargos do devedor sem constrição judicial. De fato, é perfeitamente possível e previsível, a defesa e arguição de nulidade de execução por vício fundamental nos próprios autos da execução, conforme disposições expressas nos artigos 267, § 3o., 585, II; 586; 618, I; 267, VI; 586, II da Lei nº 13.105/2015.

Senão, vejamos o que diz Humberto Theodoro Junior²⁷ (1990):

A nulidade é vício fundamental e, assim, priva o processo de toda e qualquer eficácia. Sua declaração, no curso da execução, não exige forma ou procedimento especial. A todo o momento, o Juiz poderá declarar a nulidade do feito tanto a requerimento da parte como ex-offício.

Ainda para Humberto Theodoro Junior (1990):

Para ter acesso ao processo de execução, não basta a exibição de um documento que tenha a forma de título executivo (uma escritura pública, por exemplo). É indispensável, ainda, que o referido título revele a existência de um crédito líquido, certo e exigível. Não é preciso, portanto, que o devedor se utilize dos embargos à execução. Poderá arguir a nulidade em simples petição, nos próprios autos da execução.

A essa orientação se somam, dentre outros, Mendonça Lima²⁸ (1977):

Os incisos I e II, configuram casos de "condições da execução", em paridade com as "condições da ação". A infringência de qualquer deles torna o credor parte ilegítima para mover a ação, porque ele não será titular da prestação executiva. Pelo sistema do código, o Juiz deverá indeferir o pedido de execução extinguindo o processo sem julgamento do mérito.

A execução nula é um mal para o devedor, porque o perturba inutilmente, embora sem vantagem final para o credor, no momento em que a nulidade for declarada. Se viciadamente movida, pode prejudicar o devedor, moral e economicamente, em seus negócios, inclusive sujeitando-o ao ônus de ter de embargar, se o Juiz, ex-offício, não houver trancado o processo, indeferindo o pedido.

Em nota ao art. 618, I, da Lei nº 13.105/2015, Negrão²⁹ (1997), apoiado na

²⁷ In, **Processo de Execução**, 14ª ed., 1990, p. 202.

²⁸, **Comentários ao Código de Processo Civil**, Forense, vol. VI - tomo II, p. 659, cf. disposição do autor capturada no site (<http://www.jusnavegandi.com.br/doutrina>).

jurisprudência, acentua que:

A nulidade da execução pode ser arguida a todo o tempo; sua arguição não requer segurança do juízo (v. art. 737, nota 4), não exige a apresentação de embargos à execução (RT 511/221, 596/146, JTA 53/37, 95/128, 107/230, RJTAMG 18/111). Deve ser decretado de ofício (JTA 97/278).

Como toda e qualquer ação, a execução deverá atender, também, aos requisitos genéricos que condicionam a legitimidade da relação processual e aos específicos que lhe são próprios, entre eles, a liquidez, certeza e exigibilidade do título. Assis (1991), sempre sustentou a possibilidade do executado se defender antes da realização da penhora, podendo se utilizar do instituto sempre que for possível constatar a primeira vista, que a execução imposta encontra-se eivada de vício de nulidade³⁰.

Neste sentido, sabendo que a execução, *ab initio* representa agressão ao patrimônio do executado, há que se cercar de cautela tanto o exequente, ao propor a execução, quanto o juiz, ao proferir o despacho inicial de recebimento da referida ação, onde determina a citação e o ato construtivo (penhora ou depósito). É que a simples distribuição de uma execução já emite carga negativa em relação ao executado, visto que terá o seu nome lançado nos cadastros dos distribuidores e automaticamente, incluídos por estes, nos cadastros de restrições das instituições especializadas de crédito.

Caso o executado seja uma pessoa jurídica, o transtorno será ainda maior, visto que, incluído nos cadastros de inadimplentes, não poderão se quer dar andamento em suas atividades diárias, pois não poderão se utilizar das costumeiras transações bancárias, que apesar de ser a grande causadora de quebras das empresas, na atual situação econômica e financeira pela qual atravessamos, acabam sendo a única opção aos empresários que não tem capital para caminhar com as próprias pernas.

Portanto, se o pseudo credor pode, ajuizar uma execução embasada em título sem os requisitos indispensáveis (certeza, liquidez e exigibilidade), então, é razoável que se aceite que ao suposto devedor deva ser franqueado um instrumento jurídico adequado que impeça, a tempo, a continuidade dos efeitos dessa distribuição. Segundo Nery Júnior,³¹ (1992):

Mesmo antes de opor embargos do devedor, o que somente pode ocorrer depois de seguro o juízo pela penhora, o devedor pode utilizar-se de outros instrumentos destinados à impugnação no processo de execução, notadamente no que respeita às questões de ordem pública por meio da impropriamente denominada exceção de pré-

²⁹ NEGRÃO, Teotonio. **Código de Processo Civil**. ...

³⁰ ASSIS, Araken, in **Curso de Direito Processual Civil**, vol. II, 7ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1.991, p. 864.

³¹ **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 129-130.

executividade... A possibilidade de o devedor, sem oferecer bens à penhora ou embargar, poder apontar a irregularidade formal do título que aparelha a execução, a falta de citação, a incompetência absoluta do juízo, o impedimento do juiz e outras questões de ordem pública, é manifestação do princípio do contraditório no processo de execução.

Greco Filho³² (1996) TECE os seguintes comentários sobre o disposto no art. 618, da Lei nº 5.869/73:

Como os defeitos do art. 618 estão expressamente cominados como nulidades, o juiz pode reconhecê-los de ofício, independentemente de embargos do devedor. A matéria é de ordem pública, podendo ser arguida a qualquer tempo e por qualquer meio. Os embargos são a sede própria para a alegação de nulidades (art. 741), mas nas matérias do art. 618 qualquer oportunidade é válida.

Neste sentido, também admite Theodoro Júnior,³³ (2002):

A nulidade é vício fundamental e, assim, priva o processo de toda e qualquer eficácia. Sua declaração, no curso da execução, não exige forma ou procedimento especial. A todo momento o juiz poderá declarar a nulidade do feito tanto a requerimento da parte como de ofício, não sendo preciso, portanto, que o devedor utilize dos embargos à execução. Poderá arguir a nulidade em simples petição, nos próprios autos da execução.(...) É uma questão de lógica e bom senso. Se o processo de Execução somente pode estar curso dentro da fiel observância de suas condições legais, evidente é que não pode o juiz condicionar a objeção pertinente a estas preliminares à realização dos atos executivos. Somente conhecer das bases da legitimidade do ato depois de consumado afigura-se injusto e mesmo odioso. Soa no mínimo como um contra senso exigir que o demandado se submeta a um ato executivo para poder afirmar que aquele ato não poderia ser praticado. É assim que está assente na doutrina e jurisprudência atuais a possibilidade de o devedor usar da exceção de pré - executividade, independentemente de penhora ou depósito da coisa e sem sujeição ao procedimento dos embargos, sempre que sua defesa se referir a matéria de ordem pública e ligada às condições da ação executiva e seus pressupostos processuais. O que se reclama para permitir a defesa fora dos embargos do devedor é versar ela sobre questão de direito ou de fato documentalmente provado. Se houver necessidade de maior pesquisa probatória, não será própria a exceção de pré - executividade. As matérias de maior complexibilidade, no tocante à análise do suporte fático, somente serão discutíveis no procedimento regular dos embargos.

Para Lacerda³⁴ (1998):

Na defesa do executado, há exceções prévias, lato sensu, que afastam a legitimidade da própria penhora, já que esta, como é notório, pressupõe a executoriedade do título. Se o título não for exequível, não tem sentido a penhora, desaparece seu fundamento lógico e jurídico. O mesmo há de dizer-se, com mais razão, se o título for falso. Seria iniquidade absurda, que o direito e o bom senso não podem acolher, se, em tal hipótese, se impusesse à defesa o grave ônus da penhora... Se o atual CPC exige, no art. 737, I, a segurança prévia do juízo pela penhora, para admissibilidade dos embargos do executado, claro está que a regra pressupõe execução normal com obediência dos pressupostos da ação executória... Se esses pressupostos ou condições inexistem, ou

³² GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 12ª ed. São Paulo. Saraiva, 1996, 1º Vol.

³³ THEODORO JUNIOR, Humberto. **Processo de Execução**. 21 ed. Editora Leud. -São Paulo: 2002, p. 422, 423

³⁴ **Curso de Processo Civil**, vol. 2, Porto Alegre, Sérgio Antônio Fabris Editor, 1.990, p. 23-4

ocorre grave suspeita em tal sentido, constituiria violência inominável impor-se ao injustamente executado o dano, às vezes irreparável, da penhora prévia, ou, o que é pior, denegar-lhe qualquer possibilidade de defesa se, acaso, não possuir ele bens penhoráveis suficientes... Se o direito resultante do título extrajudicial é atacado nos pressupostos da própria executividade, com argumentos sérios e idôneos, despe-se de qualquer sentido lógico ou jurídico, para o conhecimento e decisão dessa matéria, a exigência de prévia segurança de um juízo que não houve.

Da análise dos diversos posicionamentos acerca da exceção de pré-executividade, podemos notar o consenso existente entre os autores quanto aos seguintes pontos:

- a) Ser de ordem pública a matéria arguida por meio da exceção de pré-executividade;
- b) ter a exceção de pré-executividade a natureza de defesa do executado;
- c) inexistir no ordenamento processual brasileiro em vigor, previsão legal da exceção de pré-executividade;
- d) existir contraditório no processo de execução.

À exceção de Lima (1997), não há notícia de outro posicionamento desfavorável à exceção de pré-executividade; ao contrário, com o passar do tempo, a possibilidade do devedor se defender na execução antes de garantir o juízo, é questão pacificada na doutrina.

14. CONCLUSÃO

O processo deve ser instrumento da pacificação social, cujo objeto deve ser o mais lícito possível. Assim, a exceção de pré-executividade, vem contribuir para o transcurso de um processo justo e razoável. Contudo, é preciso distinguir os vícios apreciáveis, sem necessidade de dilação probatória daqueles que necessitam de instrução. Ademais, tratando-se de vício que deva ser observado de ofício pelo juiz, e, este por um lapso não percebe a ausência de determinado requisito indispensável, poderá o executado valer-se do instituto.

A interposição da Exceção de Pré-Executividade é pacífica nos tribunais de todo o país, não havendo mais suporte para o antigo entendimento de que a ausência dos requisitos da execução só pode ser arguida através de embargos, observando que a exceção de pré-executividade só poderá ser oferecida antes ou depois dos embargos, mas não simultaneamente a estes.

Assim, é de se esperar que o juiz vá além do direito positivo, assumindo o poder de interpretar que a legitimidade de uma norma se dá pelo seu grau de justiça e não pelo fato de ter sido legislada. Pois, não poderia se admitir a aplicação rigorosa do art. 737, da Lei nº 5.869/73, exigindo penhora ou depósito em fase preliminar, quando o réu está exatamente questionando a eficácia executiva do título trazido ao processo ou a legitimidade do exequente para fazê-lo, ou seja, em exceção prévia *lato sensu*, a executoriedade desse documento em que se baseia a

petição inicial.

Diante do exposto, conclui-se que este é um instrumento de provocação do órgão jurisdicional, utilizável por quaisquer interessados, por meio do qual se permite arguir a ausência dos requisitos da execução civil, objetivando frear o ato de constrição judicial e a natureza jurídica da exceção de pré-executividade é de *objeção*, posto que as matérias nela argúveis sejam de ordem pública, devendo ser conhecidas *ex- officio* pelo juiz.

Da mesma forma, sendo a arguição da ausência dos requisitos da execução admitida em qualquer tempo e grau de jurisdição, toda e qualquer pessoa pode arguir a ausência dos requisitos da execução. Não há forma rígida para que se alerte o juiz quanto à falta dos requisitos necessários à formação e desenvolvimento válido do processo de execução, devendo ser observadas as peculiaridades de cada caso concreto.

A suspensão do curso da execução não se opera de forma automática, única e tão somente por força da interposição da exceção de pré-executividade. O juiz há que se manifestar neste sentido. Presente todos os requisitos de admissibilidade da ação executiva, a arguição de nulidade será rejeitada, prosseguindo-se com a execução acolhendo o juiz a exceção de pré-executividade, por ausência de tais requisitos, o processo executivo será encerrado mediante sentença terminativa.

A apelação é o recurso cabível caso seja acolhida a exceção de pré-executividade. Rejeitando-se a arguição, cabível é o recurso de agravo. Acolhida a exceção de pré-executividade, será o autor do processo de execução condenado nas despesas e honorários advocatícios. Rejeitando-se a arguição formulada na exceção de pré-executividade, responsável pelas custas acrescidas, se houver, será o arguente.

Dessa forma, tem o devedor a oportunidade de se defender na execução antes de garantir o juízo, conforme o consenso formado entre os doutrinadores pátrios neste sentido, alegando a existência de vícios que afetam o próprio desenvolvimento regular do processo executivo, isto é, sem sombra de dúvidas, fazer valer até as últimas consequências, o princípio de equidade e do contraditório, muitas vezes colocados de lado na aplicação da letra fria da lei.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Curso de Direito Processual Civil**, vol. II, Rio de Janeiro: Forense, 1991.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm>. Acesso em 14/01/2020.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **Exceção de Pré-Executividade**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1.998, p. 92.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **Exceção de pré-executividade e suas particularidades** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 5, n. 48, 1 dez. 2000](#). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/907>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

CIOCCARI, Michele. **A objeção de não-executividade nas execuções fiscais**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 5, n. 48, 1 dez. 2000](#). Disponível em: <<http://www.jus.com.br/doutrina/preexe4.html>>. Acesso em 09 de jul. 2005, p. 4.

COL, Helder Martinez Dal. **A objeção de não-executividade**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 5, n. 48, 1 dez. 2000](#). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/908>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Exceção de pré-executividade: aspectos teóricos e práticos**. Disponível em: <<http://buscalegis.ccj.ufsc.br/arquivos/artigos/a1-excecaoPE.htm>>. Acesso em: 23 mai. De 2001.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**, 6ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1.998.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. **Exceção de Pré-Executividade**, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1.998.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Tutela Cautelar e Antecipatória em Matéria Tributária**. Porto Alegre: Síntese, 1998.

_____. **Processo de Execução**. 21 ed. São Paulo: LEUD, 2002.

LACERDA, Galeno. **Execução de Título Extrajudicial e Segurança do Juízo**, São Paulo: Revista Ajuris, vol. 23, novembro de 1998. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br/doutrina>>. Acesso em: 16 de nov. de 2019.

LIMA, Mendonça. **Comentários ao Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1977.

MEDINA, Luiz Miguel Garcia. **Execução Civil. Princípios Fundamentais**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, Pontes de. **Dez Anos de Pareceres**, vol. 4, Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves Editora S.A., 1.975.

MOREIRA, Alberto Caminã. **Defesa sem embargo do executado: exceção de pré-executividade**. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 22.

NEGRÃO, Theotônio. **Código de processo civil e legislação processual em vigor**. 27ª. Edição. São Paulo: Saraiva, 1997. p. 642.

NERY JUNIOR, Nelson. **Princípios do Processo Civil na Constituição Federal**. 4ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

_____. **Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em vigor**, 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. **Ações prejudiciais à execução**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2001, p. 436-437.

ROSA, Marcos Valls Feu. **Exceção de Pré-Executividade - Matérias de Ordem Pública no Processo de Execução**, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1.996. Disponível em: <<http://www.jusnavegandi.com.br/doutrina>>. Acesso em: 12 de nov. 2019.

WAMBIER. Tereza Arruda Alvim et al. **Processo de execução e assuntos afins**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.