

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE
ASPECTOS RELEVANTES DA DEFESA PONTIANA E ALGUMAS
CONSIDERAÇÕES DO INSTITUTO NO NOVO CPC

Karina Celi de Angelis

RA00134022

São Paulo
2015

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE
ASPECTOS RELEVANTES DA DEFESA PONTIANA E ALGUMAS
CONSIDERAÇÕES DO INSTITUTO NO NOVO CPC

Karina Celi de Angelis

RA00134022

Monografia apresentada ao curso de especialização em Direito Processual Civil, da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão – COGEAE – da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como requisito para a obtenção do título de Especialista em Direito Processual Civil, sob a orientação da Professora Mestra Rita Dias Nolasco.

São Paulo
2015

AVALIAÇÃO

Professora orientadora:

Profa. Rita Dias Nolasco

Professor arguidor:

Professor arguidor:

AVALIADA EM ____ / ____ / ____

CONCEITO FINAL: _____

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho primeiramente a Deus, que permitiu que tudo pudesse ser realizado, bem como aos meus pais Diogo e Maria Helena, que além de familiares, são meus amigos e companheiros, que sempre apoiaram e respeitaram minhas decisões, doando amor, carinho, dedicação e exemplo de boas condutas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço à professora e orientadora, Rita Dias Nolasco, por encorajar em mim o interesse pelo estudo do tema, bem como aos demais professores da Pontifícia Universidade Católica, em especial aos mestres da área Processual Civil.

RESUMO

Um estudo sobre a exceção de pré-executividade, instrumento utilizado para incidir sobre os vícios da execução sem a necessidade da realização da penhora ou a oposição de impugnação ou embargos. O presente trabalho propõe uma abordagem da defesa atípica do processo de execução, conhecida como exceção de pré-executividade, analisando a evolução do tema, aspectos doutrinários e jurisprudências, ampliando o conhecimento da matéria originariamente tratada pelo doutrinador Pontes de Miranda, aclarando sobre o histórico do instituto, conceito e natureza jurídica, controvérsias acerca da nomenclatura, cabimento do instituto como meio de defesa na ação de execução, alteração após o advento da Lei nº 11.382/2006 à redação do art. 736, CPC no que concerne à dispensa de penhora para manejar os embargos na execução de títulos executivos extrajudiciais.

Abordará, outrossim, quanto à sua forma e momento, efeitos da apresentação do instituto, sobre a necessidade do contraditório, decisão judicial e os recursos cabíveis, além de eventuais verbas sucumbenciais provenientes do julgamento, efeitos da exceção. Por fim, uma breve análise do instituto junto ao Novo CPC.

Visa-se com o presente estudo uma abordagem à doutrina e jurisprudência face ao instituto, elucidando com zelo questões relevantes deste mecanismo da prática forense, oriundo de criação doutrinária e jurisprudencial, porém sem previsão legal específica.

ABSTRACT

A study on the exception of pre-execution, instrument used to influence the vices of execution without the need to hold the attachment or the challenge of opposition or embargoes. This paper proposes an approach to atypical defense of the implementation process, known as exception of pre-execution, analyzing the evolution of the theme, doctrinal aspects and case law, expanding the knowledge of the subject originally handled by the counselor Miranda Bridges, clarifying on the historical Institute concept and legal nature, controversies about the nomenclature, appropriateness of the institute as a defense in enforcement action, change after the enactment of Law No. 11.382 / 2006 to the wording of art. 736, CPC regarding the lien waiver to manage embargoes in carrying out extrajudicial executive titles.

Address, moreover, in form and momentum, with the display of the institute, about the necessity of contradictory judicial decision and the appropriate resources, as well as any of defeat funds from the trial, except for the effects. Finally, a brief analysis of the institute by the new CPC.

It aims with this study an approach to doctrine and jurisprudence against the institute, elucidating zealously relevant issues of this mechanism of forensic practice, originating from doctrinal and jurisprudential creation, but without specific legal provision.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1. EXPOSIÇÃO SOBRE A EXCEÇÃO DE PRÉ EXECUTIVIDADE	10
2. HISTÓRICO	11
3. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA	12
3.1 Conceito	12
3.2. Natureza Jurídica	13
4. NOMENCLATURA	14
4.1. Exceção ou Objeção de Pré-Executividade	15
4.2. Pré-executividade ou Não-executividade	16
5. CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE COMO MEIO DE DEFESA NA AÇÃO DE EXECUÇÃO	17
6. ALTERAÇÃO À REDAÇÃO DO ARTIGO 736 DO CPC/73 PELA LEI Nº 11.382/2006	18
7. FORMA E MOMENTO PARA APRESENTAÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE	21
7.1. Forma	21
7.2. Momento	22
8. EFEITOS DA APRESENTAÇÃO DA EXCEÇÃO	24
9. O CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO	27
10. SUCUMBÊNCIA NA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE	30
10.1. Extinção da execução em caso de acolhimento <i>da</i> exceção de pré-executividade.....	30
10.2. Prosseguimento do feito por rejeição da exceção.....	32
11. DA DECISÃO JUDICIAL E RECURSOS CABÍVEIS	34
12. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO NOVO CPC	36
CONCLUSÃO	38
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	41

INTRODUÇÃO

O presente estudo possui como objeto a exceção de pré-executividade. Tal instituto é uma criação doutrinária, sem previsão legal dentro do sistema positivo, mas respaldada pela jurisprudência.

Como defesa na ação de execução, o Código de Processo Civil em vigor prevê ao executado a apresentação de impugnação, prevista no §1º do artigo 475-J, bem como os embargos do devedor do artigo 736, os quais condicionavam a defesa à realização de penhora ou depósito.

No entanto, tal situação foi alterada com o advento da Lei nº 11.382/2006, que abriu a possibilidade do executado se defender sem a necessidade de garantia prévia do Juízo, ganhou relevância e utilidade na prática forense.

Será brevemente estudado acerca do histórico do instituto, conceito e natureza jurídica, bem como sobre sua nomenclatura - utilização da palavra exceção ao invés de objeção, além do cabimento do instituto como meio de defesa na ação de execução. Abarcará, ainda, sobre a alteração prática em sua utilização após o advento da Lei nº 11.382/2006 no que se refere à dispensa de penhora para manejar os embargos na execução de títulos extrajudiciais, bem como sua forma e momento.

Ainda, tratará sobre os efeitos, bem como a necessidade do contraditório aventada pela doutrina, decisão judicial e os recursos cabíveis, além de eventuais verbas sucumbenciais provenientes do julgamento, efeitos da exceção. E, E, por fim, uma breve análise do instituto junto ao Novo CPC.

O estudo em tela trará um aprofundamento, e não um esgotamento sobre a matéria, visto que, devido à ausência de previsão legal há num extensão de sua utilização, ensejando diversas interpretações práticas decorrentes de seu uso reiterado.

1. EXPOSIÇÃO SOBRE A EXCEÇÃO DE PRÉ EXECUTIVIDADE

A exceção de pré-executividade é uma criação jurisprudencial relativamente novo no ordenamento jurídico brasileiro e se estrutura somente em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que tem por objetivo inicial, a solução de casos de extremada injustiça na fase de execução, não existindo outro meio legal de resolução.

Cumpra trazer à baila os ensinamentos de Fredie Didier Junior¹:

Não obstante essa disciplina contida no Código de Processo Civil, doutrina e jurisprudência passaram a admitir a possibilidade de o executado, nos próprios autos da execução, apresentar simples petição, com questionamentos à execução, desde que comprovados documentalmente. Trata-se de defesa atípica, não regulada expressamente pela legislação processual, mas que foi admitida pela jurisprudência, em homenagem ao devido processo legal: não seria correto permitir o prosseguimento da execução cuja prova de sua injustiça se pudesse fazer de plano, documentalmente.

O instituto sob comento possibilita, portanto, que a parte executada leve ao conhecimento do magistrado questões relevantes passíveis de ocasionar a extinção da execução, ou a sua adequação, sem a necessidade de garantia do juízo, o que impede prejuízos injustos e desnecessários ao executado.

Assim, trata-se de criação doutrinária, respaldada pela jurisprudência, carecendo, entretanto, de previsão legal específica, restando aos jurisdicionados a sua utilização conforme os ditames consuetudinários, bem como aos Tribunais a sua aceitação, apenas com base nos princípios legais e processuais vigentes, carecendo de segurança jurídica pela ausência de parâmetros confiáveis.

¹ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. V. 5. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 402.

2. HISTÓRICO

A doutrina brasileira é uníssona em atribuir a Pontes de Miranda o primeiro posicionamento a respeito da arguição, pelo executado, de matéria de ordem pública a ser conhecida de ofício pelo juízo da execução, antes mesmo da penhora. Esta posição clássica foi tomada pelo eminente jurista em parecer a respeito do processo falimentar, em 1966, da Companhia Siderúrgica Mannesmann

Mesmo sem obtenção de êxito no pedido de decretação de falência da Companhia, em virtude da nulidade dos títulos reconhecida à época pelo Judiciário, os credores dos supostos títulos ajuizavam ação de execução tomando por base os mesmos títulos executivos.

Entretanto, ajuizadas as mencionadas ações de cobrança, a única forma de a referida companhia questionar a validade dos títulos seria por meio dos embargos do devedor, o que exigia a garantia do juízo, prejudicando assim o exercício regular das atividades da empresa, restando impedida de dispor de seu patrimônio, sensivelmente prejudicado dada a multiplicidade de títulos.

Destarte, o jurista Pontes de Miranda, em seu parecer, ressaltou sobre a desnecessidade da realização da penhora ou da garantia do juízo para que a Companhia Siderúrgica Mannesmann pudesse apresentar defesa, alegando que restava patente no caso a falta de condições da ação executiva, o que deveria por consequência ser conhecido de ofício pelo magistrado.

Nesse sentido, o estudo de Daniel Amorim Assumpção²:

É relativamente tranqüila a doutrina ao apontar um parecer elaborado por Pontes de Miranda em 1966, responsável, senão pelo surgimento, ao menos pela sistematização da chamada “exceção de pré-executividade”. No notório “caso Mannesmann”, o jurista defendeu a possibilidade de o executado alegar incidentalmente no processo de execução, por meio de mera petição, matérias de ordem pública que o juiz deveria conhecer de ofício.

² NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: Método, 2012, p. 1136.

Os fundamentos contidos no parecer de Pontes de Miranda, ainda que se identifiquem situações análogas anteriores à sua apresentação, prevalecem como basilares e norteadores do instituto em sua forma original, em que se almejava atacar questões que deveriam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, não à toa se faz menção à “defesa pontiana”, subtítulo, aliás, do presente estudo.

3. CONCEITO E NATUREZA JURÍDICA

3.1 Conceito

A exceção de pré-executividade é uma criação dos Tribunais sendo sua admissibilidade cabível sempre que se constatar ausência da legitimidade da parte, interesse de agir, possibilidade jurídica do pedido (condições da ação) e faltar ao título executivo seus requisitos básicos.

Como bem esclarece Didier, a exceção de pré-executividade possui três características:

- **atipicidade**, pelo fato de que não existe amparo normativo sobre o instituto;
- **limitação probatória**, apoiada na proibição de dilação probatória,
- **informalidade**, devendo apresentada no processo executivo por simples petição.

Sendo assim, o executado pode opor-se a execução fora dos embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença, por meio desse instituto, seja para esquivar-se da penhora, garantia do juízo ou por já esgotado prazo para apresentar defesa típica, atentando-se sempre para as restrições quanto ao seu fundamento, neste caso quando o executado for alegar matérias de ordem pública, ou seja, conhecíveis de ofício, far-se-á por meio de objeção, quando for alegar matéria defensiva que não pode ser conhecida de ofício pelo juiz e que não demande dilação probatória, o meio adequado é a exceção de pré-executividade.

Exceção ou objeção de pré-executividade é a defesa do executado em face da execução sem prévia garantia do juízo e oposição de embargos. De acordo com a doutrina e jurisprudência predominantes, a exceção de pré-executividade somente é admitida quando verse questão de ordem pública (pressuposto material) e sua solução dispense dilação probatória (pressuposto formal). É neste sentido a Súmula 393 do STJ:

“A exceção de pré- executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”

Sobre o conceito de exceção de pré-executividade já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

“A exceção de pré-executividade é espécie excepcional de defesa específica do processo de execução, admitida, conforme entendimento da Corte, nas hipóteses em que a nulidade do título possa ser verificada de plano, bem como quanto às questões de ordem pública, pertinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação, desde que desnecessária a dilação probatória” (REsp 915.503/PR, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, DJ 26/11/2007).

3.2. Natureza Jurídica

Quanto a sua natureza jurídica, não se pode considerar que tenha natureza de ação assim como os embargos à execução, pois não permite dilação probatória, a doutrina e jurisprudência caminham para o entendimento de que a sua natureza jurídica seja de incidente processual, assim explica Mizael Montenegro (2012, p. 500):

[...] de acordo com o posicionamento quase unânime da doutrina e da jurisprudência, entendemos que a exceção de pré-executividade é incidente processual (assim como a impugnação ao valor da causa, a exceção de incompetência relativa, o incidente de falsidade

documental etc.), processando-se não no interior da execução, mas em instrumento apartado, sendo a decisão que põe fim ao incidente prejudicial em relação à demanda executiva, pela só razão de poder acarretar a sua extinção sem a satisfação do crédito reclamado pelo exequente, que se autointitulou credor.

No mesmo sentido a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da Terceira Região acordaram nos seguintes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NATUREZA JURÍDICA DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MATÉRIAS A SEREM ARGUIDAS EM SEDE DE EMBARGOS.1. Somente é admissível a oposição de Exceção de Pré-Executividade quando tratar de matérias de ordem pública, conhecíveis de plano pelo magistrado, possuindo natureza jurídica de mero Incidente Processual, cuja decisão deve ser combatida por agravo de instrumento ante ao cunho interlocutório, vez não ter posto fim à execução fiscal.2. Precedentes do STJ.3. Recurso desprovido.

(85861 SP 2007.03.00.085861-8, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, Data de Julgamento: 27/04/2009, QUINTA TURMA).

É de suma importância a necessidade de distinguir a natureza jurídica do instituto trabalhado, ao passo que identifica a característica da decisão que resolve a exceção.

Sendo assim, não existem dúvidas ou discordância quando a natureza jurídica da exceção de pré-executividade, a doutrina e jurisprudência compartilham do mesmo entendimento.

4. NOMENCLATURA

A Doutrina se divide quanto à nomenclatura correta, prevalecendo três correntes acerca da terminologia a ser efetivamente adotada: “exceção de pré-

executividade”, “objeção de pré-executividade” e, por fim, “objeção de não-executividade”.

4.1. Exceção ou Objeção de Pré-Executividade

Pontes de Miranda foi quem, no ano de 1966, abordou pela primeira vez a exceção de pré-executividade nos termos em que ela é conhecida atualmente, em célebre parecer por ele elaborado, quando contratado pela Companhia Siderúrgica Mannesmann.

À época em que Pontes de Miranda criou o instituto estava vigente o Código de Processo Civil de 1939 que utilizava o termo “exceção” em seu sentido amplo, significando toda e qualquer defesa do réu.

No entanto, no Código de 1973 o seu significado é restrito, configurando apenas as de ordem processual e que dependem de provocação das partes.

Com o tempo, o campo de incidência do referido instituto se alargou, não se restringindo às matérias de ordem pública, conhecíveis de ofício pelo magistrado, passando a abranger também questões reconhecíveis mediante provocação da parte com a apresentação de prova pré-constituída, razão pela qual a utilização do termo objeção, nesses casos, que se denota equívoca.

Desta forma, o termo “objeção” denota-se correto quanto aplicável às questões de ordem pública, passíveis de serem conhecidas de ofício pelo magistrado, enquanto a utilização de “exceção” demonstra-se correta se a matéria, ainda que não reconhecível de ofício, possa ser aceita quando provocada pela parte, desde que acompanhada de prova pré-constituída.

4.2. Pré-executividade ou Não-executividade

Ambos os complementos estão corretos, “pré-executividade” e “não-executividade”. O primeiro significa aquilo que vem antes dos atos propriamente executivos; o segundo, refere-se à negação da qualidade de executivo do título ou do processo, que se apresentam sob a veste executiva.

Destarte, referida distinção é também delineada no estudo de Daniel Amorim Assumpção³, em que pese o autor não se posicione em sua obra sobre o tema:

Por outro lado, autorizada doutrina não compreende a utilização do prefixo “pré”, considerando que a característica da anterioridade derivada do termo não se explica na defesa incidental elaborada pelo devedor. Nessa crítica não é possível existir algo precedente à executividade, como um processo “pré-executivo” ou um título “pré-executivo”, demonstrando-se claramente que o adjetivo “pré-executivo” não convive harmoniosamente nem como substantivo “processo”, bem com o substantivo “título”.

Observa-se que, parte da doutrina interpreta o termo “pré-executividade” não como algo antes do processo ou do título executivo, mas sim como um instituto anterior aos atos propriamente executivos, ou seja, aqueles que promovem a retirada do patrimônio do devedor, o que justificaria a terminologia.

Nesse sentido, o posicionamento de Alberto Camiña Moreira⁴, que assim especifica: *“Pré-executividade não significa, por evidente, pré-processo de execução, o que representaria atividade extrajudicial, mas sim possibilidade de defesa antes da penhora, antes do gravame, antes da constrição, antes, enfim, dos atos marcadamente executivos”.*

Depreende-se que tanto os complementos “de pré-executividade” quanto “de não-executividade”, ressalvada a divergência doutrinária a respeito,

³ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: Método, 2012, p. 1137.

⁴ MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 35.

podem ser considerados corretos conforme o prisma adotado, porquanto o primeiro significa aquilo que vem antes dos atos propriamente executivos, tidos como os constitutivos do patrimônio do executado, enquanto o segundo refere-se à negação da qualidade de executivo do próprio título ou do processo.

5. CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE COMO MEIO DE DEFESA NA AÇÃO DE EXECUÇÃO

Podemos definir a exceção de pré-executividade como uma das formas de defesa do executado em processo de execução, com o fim de demonstrar falta das condições ou pressupostos da ação de execução sem necessidade de garantir o juízo.

Como se sabe, em que pese não haver previsão específica para o cabimento da exceção de pré-executividade no direito brasileiro, é hoje pacificamente aceita a sua utilização, desde que respeitados os limites das matérias argúveis por esse meio processual.

Segundo posicionamento dominante na doutrina, o principal fundamento que subsidia a exceção de pré-executividade é a nulidade do processo executivo, com o objetivo de erradicar a ação de execução, sem que o devedor seja compelido a penhora, desde que demonstrado a falta dos pressupostos e condições da ação.

Isso porque, negar a exceção de pré-executividade é, ofender o princípio da economia processual, bem como o contraditório e ampla defesa, uma vez que questões processuais e ilegalidades devem ser analisadas de plano no processo de execução.

Neste raciocínio, esta se justifica em hipóteses onde se revela a ausência de condições da ação, como de um título executivo nulo ou inexistente, bem como se o título foi interpretado erroneamente, quando revelada a ilegitimidade do exequente, no geral, aplica-se, quando a matéria enfrentada for de ordem pública, visível de plano e sem maiores indagações. Dito isso, pois a exceção de

pré-executividade não é suscetível de dilação probatória, conforme Súmula 393 do STJ⁵.

Ao verificar-se o enfrentamento de matérias como: pagamento já realizado, ilegitimidade de parte, nulidade do título, prescrição e decadência, é amplamente possível a oposição da exceção visando impedir o prosseguimento da execução e conseqüentemente obter a sua extinção.

Importante mencionar ainda que trata-se de um incidente no processo de execução, e assim não ocorre procedimento apartado, a exceção tramitará juntamente com a execução.

Desta forma, tem-se o cabimento da exceção de pré-executividade sempre e quando a execução proposta contiver vício ou nulidade que possa ser conhecido de ofício ou independentemente de dilação probatória.

6. ALTERAÇÃO À REDAÇÃO DO ARTIGO 736 DO CPC/73 PELA LEI Nº 11.382/2006

Imperioso salientar que, que o sistema civil de execução já havia passado por uma reforma recentemente. A Lei nº 11.232/2005 acabou com a ação autônoma de execução de sentença, introduzindo o cumprimento de sentença e a Lei n. 11.328/2006 regulamentou a ação executiva autônoma, limitada aos títulos executivos extrajudiciais.

Ainda, em razão da nova redação do artigo 736 do Código de Processo Civil de 1973⁶, o legislador ressaltou que uma das vantagens da nova sistemática era a dispensa da necessidade de oposição de exceção de pré-executividade nas execuções de título extrajudiciais, ante a dispensa de garantia do juízo para manejar os embargos à execução, *in verbis*:

⁵ Súmula 393 - A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

⁶ Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos.

d) nas execuções por título extrajudicial a defesa do executado – que não mais dependerá da ‘segurança do juízo’, far-se-á através de embargos, de regra sem efeito suspensivo (a serem opostos nos quinze dias subsequentes à citação), seguindo-se instrução probatória e sentença; com tal sistema, desaparecerá qualquer motivo para a interposição da assim chamada (mui impropriamente) ‘exceção de pré-executividade’, de criação pretoriana e que tantos embaraços e demoras atualmente causa ao andamento das execuções;

No entanto, este posicionamento é bastante controverso na doutrina, principalmente porque, ainda que concedido o efeito suspensivo aos embargos, o que somente ocorre com a garantia do juízo, nos termos do §1º do artigo 739-A do Código de Processo Civil, em sua parte final, tal não impedirá a efetivação dos atos constitutivos, nos termos do §6º do mesmo artigo⁷.

Assim como bem aclarado por Araken de Assis⁸:

Nada mudou com a Lei 11.382/2006. É verdade que desapareceu a necessidade da “garantia do juízo”. O art. 736, caput, reza que os embargos prescindem de “penhora, depósito ou caução”. E o prazo para embargar, que é de quinze dias, flui da juntada aos autos do mandado de citação (art. 738, caput). Sucede que a concessão de efeito suspensivo aos embargos, ope iudicis, implicitamente “não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação de bens” (art. 739-A, § 6.º). Ora, subsiste o interesse (e a necessidade) de o executado, se for o caso, impedir a realização da penhora, por força das relevantes circunstâncias anteriormente expostas.

Ainda, pela manutenção da aplicação do instituto às execuções de títulos extrajudiciais, defende também Cássio Scarpinella Bueno⁹:

⁷ Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. § 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. (...) § 6º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens.

⁸ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 15 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 1231.

(...) trata-se de um mecanismo que decorre do sistema processual civil, forte na concepção de uma maior racionalização da atividade jurisdicional (art.5º, LXXVIII, da Constituição Federal) e que – mesmo para a doutrina amplamente majoritária de que os embargos são e continuam a ser ação – permite que, na execução, o magistrado desenvolva cognição suficiente para, se for o caso, obstar o prosseguimento das atividades jurisdicionais executivas, inclusive por inexistência de fundamento calcado no direito material. Por isto, é irrecusável compreender as tais exceções ou objeções de pré-executividade como verdadeiros mecanismos ínsitos ao sistema processual civil e que não subsistem a ele as Reformas até aqui feitas. Trata-se de instituto, vale insistir, que decorre do sistema processual civil como um todo e não de um específico dispositivo que possa ou tenha sido alterado por alguma lei reformadora.

Ressalta-se, ainda, o ensinamento dos doutrinadores Luiz Rodrigues Wambier, Tereza Arruda Alvim e José Miguel Garcia Medina¹⁰:

(...) continua possível o manejo de exceção de pré-executividade no processo de execução de título extrajudicial, com o intuito de se alegarem matérias a respeito das quais não tenha ocorrido preclusão, ainda que já se tenha exaurido o prazo para a apresentação dos embargos.

Já em sentido oposto lançamos as palavras do ministro Luiz Fux¹¹:

É cediço que em processo, o que é desnecessário é proibido. Consequentemente extraindo-se a razão de ser do dispositivo, juntamente com a interpretação histórica a que conduz a exposição de motivos, veda-se ao executado a apresentação de peças informais nos autos da execução para provocação acerca desses temas, anteriormente enquadráveis na denominada exceção de pré-

⁹ BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 569.

¹⁰ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. p. 194.

¹¹ FUX, Luiz. *O Novo Processo de Execução - Cumprimento da Sentença e a Execução Extrajudicial*. 1 ed. Rio De Janeiro: Forense, 2008, p. 409.

executividade. Interpretação diversa é notoriamente contra a mens legis.

Prevalece, no entanto, a preservação do cabimento do instituto nas execuções de título extrajudicial, em razão da possibilidade de veicular matérias não compatíveis com a estreiteza da defesa prevista para os embargos, bem como por possibilitar a atribuição de efeito suspensivo à execução sem necessidade de penhora, além de ser útil quando o executado perder o seu prazo de Embargos, como instrumento para alegações de questões que podem ser alegadas a qualquer tempo ou de questões supervenientes, desde que a prova seja pré-constituída, de forma que a execução deve se processar da forma menos gravosa possível ao devedor,

Assim sendo, o instituto se mantém válido mesmo após a alteração legislativa, respeitando os princípios constitucionais da efetividade do processo, da celeridade processual, da economia, bem como a princípios processuais, como o da instrumentalidade, e o disposto no artigo 620 do Código de Processo Civil¹².

7. FORMA E MOMENTO PARA APRESENTAÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

7.1. Forma

Dentro do nosso ordenamento jurídico não há dispositivo legal vigente que determine, como, quando e forma de oferecer ou apresentar a exceção de pré-executividade.

Poderá ser interposta mediante simples petição dirigida ao Juiz da execução, fundamentada e objetiva sem a necessidade de dilação probatória, tendo uma exposição do vício que anule ou impeça o processo executivo, não correrá em apartado.

¹² Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

Recebida a manifestação do credor, de plano, independentemente de qualquer instrução ou dilação probatória o juiz deverá proferir a decisão.

7.2. Momento

No que tange ao momento da interposição, prevalece na doutrina que não há prazo para a apresentação da exceção de pré-executividade, que pode ocorrer a qualquer tempo e grau de jurisdição e versar sobre matéria de ordem pública ou não, desde que sejam prejudiciais à execução, uma vez que o magistrado deve solucionar, de ofício ou a requerimento, a qualquer tempo e em qualquer fase do processo, todos os vícios executivos porventura identificados.

No que atine às questões de ordem pública, nada pode impedir que o executado o faça a qualquer tempo, antes ou depois da penhora, pois deve o juiz conhecer de ofício e extinguir o processo a que faltem as condições da ação ou os pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Nesse sentido, os ensinamentos de Rita Dias Nolasco¹³:

Portanto, através da exceção de pré-executividade, poderão ser deduzidas a qualquer tempo e grau de jurisdição as matérias de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, porque não estão sujeitas à preclusão. Então, há possibilidade de apresentar a exceção de pré-executividade a partir do ajuizamento da ação de execução e até mesmo após os embargos à execução e da arrematação.

Entretanto, cumpre ressaltar que não alegando o executado o vício na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento, nos termos do artigo 267, §3º, parte final¹⁴, cumulado com o artigo 22¹⁵, ambos do Código de Processo Civil.

¹³ NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de pré-executividade*. 2 ed. São Paulo: Método, 2004, p. 199.

¹⁴ Art. 267. (...) § 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não

Prevalece que também não existe termo final para deduzir a exceção de pré-executividade, permanecendo viva tal possibilidade enquanto o juiz não extinguir o processo, pois dispensada a exigência de constrição prévia, o requerimento do devedor não se cinge ao prazo de três dias para pagamento do artigo 652, *caput*, do Código de Processo Civil¹⁶, e aos prazos de cumprimento dos demais procedimentos, nem se vincula ao prazo de 15 dias para oferecer embargos (artigo 738¹⁷) ou impugnação (§1º do 475-J¹⁸).

Nas questões relativas à vícios executivos com prova pré-constituída que não se inserem nas matérias de ordem pública, dado o alargamento do objeto da exceção de pré-executividade, há controvérsia acerca dos casos de preclusão, ou seja, se ainda cabe ao executado alegar tais exceções expirado o prazo para embargos, ou impugnação, sem que sejam deduzidos tempestivamente.

Cumprir trazer novamente os ensinamentos de Araken de Assis¹⁹:

Mas, para averbar de preclusa essa via, o problema há de ser enfrentado à luz das três modalidades de preclusão – temporal, lógica e consumativa – defendidas na doutrina brasileira. Pois bem. Em primeiro lugar, inexistente prazo fixado para oferecer a exceção de pré-executividade, e, portanto, perder o direito de praticar o ato em virtude de inércia, conforme estipula o art. 183 do CPC, cuidando da preclusão temporal. Ademais, de incompatibilidade com outros atos (v.g., o requerimento de substituição de bens, a teor do art. 668) e da exceção – preclusão lógica – também não parece razoável cogitar. Preclusão consumativa, sim, poderá existir, mas, aí, se pressupõe o

alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

¹⁵ Art. 22. O réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas a partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios.

¹⁶ Art. 652. O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida.

¹⁷ Art. 738. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação.

¹⁸ Art. 475-J. (...) § 1º 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 quinze dias.

¹⁹ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 15 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 1238.

emprego da própria exceção, com ou sem êxito, excluindo ao executado o direito de aditá-la, completá-la ou renová-la.

Entretanto, para Rita Dias Nolasco²⁰, com fulcro no artigo 22²¹ do Código de Processo Civil, caso o executado excepto deixe de alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo na primeira oportunidade, poderá ser condenado ao pagamento das custas, bem como perder o direito aos honorários sucumbenciais:

Existe outra pena que pode ser aplicada, prevista no art. 22 do CPC, caso o executado deixe de oferecer a exceção de pré-executividade, na primeira oportunidade, para alegar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do exeqüente, mesmo que seja acolhida a alegação, poderá o juiz deixar de condenar o exeqüente em honorários advocatícios.

Prevalece, portanto, no que atine às questões de ordem pública, que inexistente prazo ou qualquer óbice para a sua apresentação, e nas demais matérias, ainda que expirado o prazo para o oferecimento de impugnação ou embargos, podendo esta ser apresentada mesmo após a constrição, que também não haveria qualquer impedimento, pois a exceção não se enquadra em nenhuma das modalidades de preclusão, salvo a consumativa, e nesse caso apenas se já tenha sido apresentada, excluindo-se o direito de aditá-la, completá-la ou renová-la.

8. EFEITOS DA APRESENTAÇÃO DA EXCEÇÃO

No recebimento "exceção de pré-executividade", o processo executivo ficará suspenso até proferida a decisão sobre o acolhimento ou sua rejeição.

²⁰ NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de pré-executividade*. 2 ed. São Paulo: Método, 2004, p. 199.

²¹ Art. 22. O réu que, por não argüir na sua resposta fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor, dilatar o julgamento da lide, será condenado nas custas e partir do saneamento do processo e perderá, ainda que vencedor na causa, o direito a haver do vencido honorários advocatícios.

Assim, a exceção de pré-executividade não trava o trâmite do processo executivo, haja vista os casos de suspensão dos processos em geral, previstos no artigo 265²² do Código de Processo Civil, e da execução em particular, contidos no artigo 791²³ do mesmo Compêndio, encontram-se taxativamente previstos.

Nesse sentido, os ensinamentos de Fredie Didier Junior²⁴:

O ajuizamento da exceção ou objeção de não-executividade acarreta uma paralisação de fato no curso da execução, não significando, segundo alguns, que isso gere, formalmente, uma suspensão, tanto que os prazos eventualmente iniciados não se suspendem. É que a execução somente se suspende em hipóteses previstas legalmente, o que não é o caso da exceção ou objeção de não executividade.

Em sentido contrário, ainda que parcialmente, o entendimento de Olavo de Oliveira Neto²⁵, no sentido de que é inevitável a suspensão do feito executivo se a exceção for oposta antes da penhora, pois seria um desperdício da atividade jurisdicional permitir o andamento da execução, *“porque a matéria a ser decidida seria, ao menos em parte, idêntica à matéria que poderia ser suscitada mediante embargos, o que infringe o princípio da economia processual.”*

²² Art. 265. Suspende-se o processo: I - pela morte ou perda da capacidade processual de qualquer das partes, de seu representante legal ou de seu procurador; II - pela convenção das partes; III - quando for oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz; IV - quando a sentença de mérito: a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente; b) não puder ser proferida senão depois de verificado determinado fato, ou de produzida certa prova, requisitada a outro juízo; c) tiver por pressuposto o julgamento de questão de estado, requerido como declaração incidente; V - por motivo de força maior; VI - nos demais casos, que este Código regula.

²³ Art. 791. Suspende-se a execução: I - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução (art. 739-A); II - nas hipóteses previstas no art. 265, I a III; III - quando o devedor não possuir bens penhoráveis.

²⁴ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. V. 5. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 406.

²⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 127.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça²⁶ admite, em caráter excepcional, a concessão do efeito suspensivo à exceção de pré-executividade:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EFEITO SUSPENSIVO. 1. A exceção de pré-executividade é admitida, em situação excepcional, pelo nosso ordenamento jurídico. É cabível, com o efeito de suspender a execução, somente quando comprovada, de modo indubitável, a existência de prescrição, decadência, pagamento do débito ou outro motivo de ordem pública. (...) 3. Recurso especial provido. (g.n.)

A propósito, acrescenta Araken de Assis²⁷ que, em homenagem ao princípio da eventualidade, resguardando-se na hipótese de rejeição da exceção, o executado deverá adotar todas as providências na defesa de seus interesses:

Por conseguinte, em homenagem ao princípio da eventualidade, o executado deverá tomar as providências que lhe competem na defesa de seus interesses subsidiários, forrando-se da perda de outros direitos, na hipótese de rejeição da exceção. Por exemplo, incumbe ao executado respeitar o prazo para embargos (art. 738, caput), o único remédio que, preenchidos os requisitos próprios, habilita-o a suspender o processo (art. 739-A, § 1.º).

Vallisney de Souza Oliveira²⁸ entende que constituiu um risco o executado apoiar sua defesa somente na exceção de pré-executividade:

Por exemplo, se pedir na exceção a nulidade da execução, arrimado na inexistência de título executivo extrajudicial, e o juiz verificar que a matéria depende de prova ou, desde logo, que existe título judicial, de fato, rejeitará a exceção. Por conseguinte, se essa decisão demorar a ser proferida, o que é muito comum, o executado sofrerá

²⁶ REsp 1.002.031-PE – Primeira Turma, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, j. 20.05.2008, DJe 23.06.2008.

²⁷ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 15 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 1239.

²⁸ OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Embargos à execução fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 101.

prejuízo pela não-propositura da ação que lhe estava legalmente à disposição e que era capaz de suspender a execução fiscal.

Prevalece na doutrina que inexistente a concessão de efeito suspensivo à exceção de pré-executividade, pela ausência de previsão legal, o que não impede a paralisação do processo enquanto pendente o seu julgamento, ressalvada a necessidade do executado se precaver quanto à hipótese de sua rejeição, respeitando os prazos eventualmente iniciados.

9. O CONTRADITÓRIO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

Devemos lembrar que a função jurisdicional se realiza processualmente, portanto o processo enquanto método de exercício do poder jurisdicional que pressupõe a participação efetiva e adequada dos sujeitos interessados ao longo do procedimento.

O contraditório é o principal responsável por instaurar o diálogo no processo entre o juiz e as partes, garantindo a atividade dialética com a qual se assegura a prolação de decisão justa.

O direito à participação efetiva é o direito ao contraditório e há várias oportunidades de defesa do executado (embargos à execução ou impugnação, meios típicos de defesa) e, ainda há a garantia do contraditório através dos incidentes cognitivos que podem surgir porventura ao longo do procedimento executivo, como por exemplo, a alegação de impenhorabilidade de um certo bem, ou a alegação de fraude à execução.

Imperioso se faz frisar que, o princípio do contraditório, nos termos do art. 5º, LV da CF de 1988, tem aplicação em qualquer processo seja judicial ou administrativo.

Desta forma, sendo a execução um processo judicial, aplica o princípio do contraditório. cujas garantias estão asseguradas pela CF, uma vez que

a forma em que será tramitada e julgada é garantia, e como tal deve ser seguida à regra.

Outrora, o contraditório aplicável à execução não é mesmo em intensidade e forma presente no processo de conhecimento. O magistrado não realiza audiência a ambas partes e mas tanto o exequente como executado possuem direitos de ser cientificados dos atos processuais. Podendo ainda recorrer dos pronunciamentos judiciais.

Prevalece na doutrina que, antes de examinar a alegação do executado, o magistrado deverá intimar o exequente a se manifestar, em aplicação analógica à legislação vigente e em atenção ao princípio do contraditório.

Sobre a necessidade do contraditório, cumpre transcrever as palavras do renomado doutrinador Araken de Assis²⁹:

A possibilidade de o executado oferecer exceção de pré-executividade, suscitando questões que o juiz deve conhecer de ofício e, de modo geral, as exceções substantivas dotadas de prova pré-constituída, representa uma expressiva manifestação do princípio da bilateralidade de audiência ou do contraditório. Em contrapartida, também o exequente deve ser ouvido. (...) A falta de observância do contraditório invalida a eventual sentença de extinção, prejudicial aos interesses do credor. Por isso, a exigência constitucional não pode ser ignorada.

Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça³⁰:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO DO INCIDENTE, SEM A OITIVA DO EXEQUENTE. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE CONTRADITÓRIO. 1. É obrigatório o contraditório em sede de exceção de pré-executividade, razão pela qual não é possível que o juízo da execução acolha a exceção sem a prévia oitiva do

²⁹ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 15 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 1239-1240.

³⁰ REsp 1.279.659-MG – Segunda Turma, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, j. 20.10.2011, DJe 27.10.2011.

exequente, ainda que suscitada matéria cognoscível de ofício. 2.
Recurso especial não provido. (g.n.)

Existe controvérsia, entretanto, quanto ao prazo a ser concedido. No entendimento de Araken de Assis³¹, em analogia ao disposto no artigo 327³² do Código de Processo Civil, remissivo ao artigo 301³³, no que atine às matérias de ordem pública deverá ser concedido ao exequente o prazo de 10 (dez) dias para se manifestar nos autos. Quanto às demais matérias, não conhecíveis de ofício, porém respaldadas na apresentação de prova pré-constituída, o prazo para a manifestação deve ser o de 5 (cinco) dias, conforme dispõe o artigo 398³⁴.

Fredie Didier Junior³⁵, entretanto, entende que o prazo deve ser único, de 5 (cinco) dias, desde que outro não tenha sido fixado pelo magistrado, porém por fundamento legal diverso, em analogia ao disposto no artigo 185 do Código de Processo Civil³⁶:

Apresentada a exceção de pré-executividade, deve ser aberto prazo para que o exeqüente se manifeste. Em razão da ausência de prazo legal para essa manifestação, cabe ao órgão jurisdicional fixá-lo. Diante do silêncio do órgão jurisdicional, prevalece o prazo supletivo de cinco dias (art. 185 do CPC).

Deste modo, tendo em vista a controvérsia quanto do prazo a ser concedido ao exequente, bem como ao fundamento legal que o embasa, é

³¹ Idem.

³² Art. 327. Se o réu alegar qualquer das matérias enumeradas no art. 301, o juiz mandará ouvir o autor no prazo de 10 (dez) dias, permitindo-lhe a produção de prova documental. Verificando a existência de irregularidades ou de nulidades sanáveis, o juiz mandará supri-las, fixando à parte prazo nunca superior a 30 (trinta) dias.

³³ Art. 301. Compete-lhe, porém, antes de discutir o mérito, alegar: I - inexistência ou nulidade da citação; II - incompetência absoluta; III - inépcia da petição inicial; IV - perempção; V - litispendência; VI - coisa julgada; VII - conexão; VIII - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; IX - convenção de arbitragem; X - carência de ação; XI - falta de caução ou de outra prestação, que a lei exige como preliminar.

³⁴ Art. 398. Sempre que uma das partes requerer a juntada de documento aos autos, o juiz ouvirá, a seu respeito, a outra, no prazo de 5 (cinco) dias.

³⁵ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. V. 5. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 402.

³⁶ Art. 185. Não havendo preceito legal nem assinação pelo juiz, será de 5 (cinco) dias o prazo para a prática de ato processual a cargo da parte.

primordial a necessidade de sua intimação para a regular manifestação nos autos, sob pena de afronta ao princípio do contraditório.

10. SUCUMBÊNCIA NA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A exceção de pré-executividade trata-se de mero requerimento sujeito à apreciação pelo juiz, de forma que não se poderia cogitar, no caso de rejeição, a imposição de honorários advocatícios sucumbenciais, incidindo apenas quando extinta a execução, ainda que de modo parcial.

Nesse sentido, os ensinamentos de Humberto Theodoro Junior³⁷:

Não passando a exceção de pré-executividade de um simples requerimento de conteúdo sujeito à apreciação ex officio pelo juiz, não há, em princípio, que se cogitar de imposição de honorários advocatícios sucumbenciais. A jurisprudência, seguindo posição assentada também na doutrina, entende, majoritariamente, que somente quando configurada a sucumbência do exeqüente, com o acolhimento da exceção, “deve incidir a verba honorária”, seja total ou parcial seu efeito extintivo sobre a execução.

Dessa forma, far-se-á no presente estudo a devida diferenciação, principalmente jurisprudencial, acerca das duas hipóteses acima suscitadas.

10.1. Extinção da execução em caso de acolhimento da exceção de pré-executividade

Ainda que ocorra a extinção parcial do processo executório, é devida a condenação em honorários na exceção de pré-executividade.

³⁷ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. V II. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 443.

A decisão foi proferida pela 4ª turma do STJ, que confirmou a fixação da verba honorária em favor da parte que contestava a execução, pelo reconhecimento da prescrição de oito de dez cheques executados. No caso concreto, a exceção de pré-executividade foi acolhida parcialmente, arbitrando-se honorários proporcionais.

A 4ª turma do STJ confirmou o entendimento de que são cabíveis honorários advocatícios na exceção de pré-executividade, ainda que parcial o seu acolhimento, nos termos do art. 20, caput, do CPC:

"A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria"

Assim também ficou assentado no julgamento do Recurso Especial 1.276.956-RS pela 1ª Turma, julgado em 4/2/2014.

Desta forma, no caso de acolhimento com a consequente extinção, ainda que parcial, da execução, restará configurada a sucumbência do exequente, de forma que o magistrado condenará o credor nas despesas do processo e em honorários advocatícios, observada, em relação à última verba, o critério de equidade previsto no artigo 20, § 4º³⁸, do Código de Processo Civil.

Nesse sentido, o entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça³⁹:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO. HONORÁRIOS. CABIMENTO. É firme o entendimento no sentido de que a procedência do incidente de exceção de pré-executividade, ainda

³⁸ Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios. Esta verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria. (...) § 4º Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que não houver condenação ou for vencida a Fazenda Pública, e nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidas as normas das alíneas a, b e c do parágrafo anterior.

³⁹ EDcl no AgRg no REsp 1.319.947-SC – Segunda Turma, Relator Ministro HUMBERTO MARTINS, j. 06.11.2012, DJe 14.11.2012.

que resulte apenas na extinção parcial da execução fiscal, acarreta a condenação na verba honorária. Precedentes. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos. (g.n.)

Humberto Theodoro Junior⁴⁰ faz, entretanto, a seguinte ressalva:

A imposição da verba questionada, mesmo no caso de acolhida da exceção de pré-executividade, não está ligada diretamente ao julgamento do incidente. O que a justifica é a “extinção do processo executivo”, conforme se acentua em todos os precedentes do STJ, já invocados. Na verdade, ao ser acolhida a exceção, profere-se “sentença terminativa da execução, onde será o autor condenado nas despesas do processo e nos honorários”. É por isso que não se cogita de honorários se, rejeitada a arguição incidental, a execução prossegue normalmente.

Nestes termos, o acolhimento da exceção de pré-executividade, ainda que parcial, ensejará na extinção da execução intentada, e conseqüentemente no arbitramento dos honorários advocatícios sucumbenciais ao caso concreto.

10.2. Prosseguimento do feito por rejeição da exceção

De acordo com a Súmula 517 do STJ: *"São devidos honorários advocatícios no cumprimento de sentença, haja ou não impugnação, depois de escoado o prazo para pagamento voluntário, que se inicia após a intimação do advogado da parte executada".*

Por sua vez, a Súmula 519 afirma o seguinte: *"Na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, não são cabíveis honorários advocatícios".*

De acordo com o STJ, embora os honorários advocatícios possam ser fixados para a fase de cumprimento de sentença, a sua exigibilidade só é

⁴⁰ THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. V II. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 443.

possível se o devedor não efetuar o pagamento ou o depósito do montante da condenação no prazo de 15 dias previsto no artigo 475-J do CPC, que somente começa a correr após a intimação do advogado do devedor.

Este entendimento foi consolidado na Súmula 517 do STJ, que se atém ao *princípio da causalidade*, pelo qual quem deu causa ao aforamento da demanda é que deve responder pelo pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios.

Assim, arcará com as verbas de advogado quem deu causa à lide, deduzindo pretensão ilegítima ou resistindo à pretensão legítima.

Quando a exceção de pré-executividade é rejeitada, e a execução prossegue em toda a sua dimensão, o entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça⁴¹ é de que descabe a condenação em honorários advocatícios:

PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS NÃO DEVIDOS. 1. Esta Corte firmou o entendimento de não serem devidos honorários advocatícios na exceção de pré-executividade julgada improcedente. 2. Precedente antigo e isolado da Segunda Seção está em desacordo com a posição jurisprudencial da mesma seção, órgão que hoje consagra entendimento firmado em diversos arestos no mesmo sentido do acórdão impugnado. 3. Embargos de divergência conhecidos e não providos. (g.n.)

Nesse sentido é a Súmula 519 do STJ

“Na hipótese de rejeição da impugnação ao cumprimento de sentença, não são cabíveis honorários advocatícios”.

A propósito, Araken de Assis⁴² entende que, mesmo na hipótese de rejeição da exceção, os honorários seriam devidos:

⁴¹ EREsp 1.185.024-MG – Corte Especial, Relatora Ministra ELIANA CALMON, j. 19.06.2013, DJe 01.07.2013.

⁴² ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 15 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 1241.

No caso de rejeição, a exceção de pré-executividade representou um incidente, cabendo ao órgão judiciário condenar o vencido – no caso, o executado – ao pagamento das despesas processuais, a teor do art. 20, § 1.º.

Em que pese o posicionamento doutrinário majoritário, respaldado jurisprudencialmente, acima suscitado, compartilho do entendimento de Araken de Assis, pois o Código de Processo Civil⁴³ dispõe que cabe ao juiz, ao decidir qualquer incidente, condenar nas despesas o vencido, o que é comumente extensivo às custas, não presentes no caso, bem como aos honorários advocatícios, desde que exercido na hipótese o contraditório, com a regular manifestação do exequente.

11. DA DECISÃO JUDICIAL E RECURSOS CABÍVEIS

Quando o magistrado acolhe os argumentos alegados no incidente, verificando a ausência dos requisitos à execução desta forma arguidos, profere sentença terminativa, com fundamento no art. 267, VI do Código de Processo Civil brasileiro.

A doutrina e jurisprudência são uníssonas no sentido de que a exceção de pré-executividade gera um incidente, cuja rejeição se dá por intermédio de decisão interlocutória, passível do recurso de agravo de instrumento, enquanto o seu acolhimento enseja a extinção, ainda que parcial, da execução, mediante sentença extintiva, o que é passível de recurso de apelação.

Nesse sentido, a síntese contida na obra de Araken de Assis⁴⁴:

Deduzindo a exceção de pré-executividade, o devedor cria incidente, cuja rejeição enseja agravo; do acolhimento, porque ato extintivo da execução, cabe apelação. Além disso, cuidando-se de execução fiscal, a sentença sujeitar-se-á a reexame necessário, pois não há

⁴³ Art. 20. (...) § 1º O juiz, ao decidir qualquer incidente ou recurso, condenará nas despesas o vencido.

⁴⁴ ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 15 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013, p. 1240.

dúvida que julgou improcedente, na hipótese de acolhimento de alguma exceção substantiva, a pretensão executória da Fazenda Pública, embora sem o oferecimento dos embargos (art. 475, II).

A propósito, para José Miguel Garcia Medina⁴⁵, havendo recurso de agravo ou de apelação, conforme o caso concreto, do v. acórdão poderá caber ainda recurso especial ou extraordinário, de modo que “*as regras gerais relativas aos recursos, seus princípios, juízo de admissibilidade e de mérito, são totalmente aplicáveis ao processo de execução*”.

Em suma, conforme bem sintetizado por Rita Dias Nolasco⁴⁶:

Não conhecida ou não acolhida a exceção de pré-executividade, prosseguir-se-á normalmente a execução, tendo o ato judicial natureza de decisão interlocutória; assim, o recurso cabível será o de agravo de instrumento. A decisão que acolhe a exceção de pré-executividade e extingue a execução é sentença, impugnável por recurso de apelação. Mas, se acolhê-la, mas não extinguir a execução, é decisão interlocutória, impugnável pelo recurso de agravo de instrumento.

Vale ressaltar que os efeitos daí advindos para o exequente (ou excepto) são a condenação nas custas e honorários de advogado.

Como visto na citação anterior, a decisão que não acolhe a exceção desafia o recurso de agravo, visto que interlocutória em mero incidente processual.

Apesar disto, será facultado ao excipiente, em caso de não provimento de seu incidente, a possibilidade de arguir novamente a matéria por ocasião de eventual oferecimento de embargos.

⁴⁵ MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos no processo de execução - notas sobre alguns aspectos controvertidos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999, p. 389.

⁴⁶ NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de pré-executividade*. 2 ed. São Paulo: Método, 2004, p. 273-274.

12. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO NOVO CPC

O novo CPC trata da Exceção de Pré-Executividade. Na verdade, a medida aparece em diferentes momentos. No artigo 525, §11, quando trata da execução de título judicial, realçando que a arguição pode ser por “simples petição”.

Também no artigo 803, parágrafo único, que aborda a execução de título extrajudicial, determinando que as nulidades ali listadas podem ser decididas por requerimento das partes, independentemente de embargos à execução. E, ainda, no artigo 917, §1º, pelo qual a incorreção da penhora ou da avaliação pode ser impugnada por simples petição. O conteúdo dessas normas corresponde ao entendimento doutrinário e jurisprudencial afim à Exceção de Pré-Executividade.

A criação jurisprudencial e doutrinária foi devidamente regulamentada e não há mais a vinculação à matéria de ordem pública. A objeção de não executividade ficou ampla, mas com prazo de apresentação.

Estende-se a aplicação do artigo 518 a todos os cumprimentos de sentença. Da exegese do artigo 518, verificamos que o legislador não falou em impugnação, mas se trata de defesa por simples petição nos próprios autos.

Art. 518. Todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado nos próprios autos e nestes serão decididas pelo juiz.

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no art. 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

(...)

§ 11. As questões relativas a fato superveniente ao término do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relativas à validade e à adequação da penhora, da avaliação e

dos atos executivos subsequentes, podem ser arguidas por simples petição, tendo o executado, em qualquer dos casos, o prazo de 15 (quinze) dias para formular esta arguição, contado da comprovada ciência do fato ou da intimação do ato.

Aplica-se o disposto do referido artigo a todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado nos próprios autos e nestes serão decididas pelo juiz.

O prazo para apresentar exceção de pré-executividade é o disposto no artigo 525 parágrafo 11:

§ 11. As questões relativas a fato superveniente ao término do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relativas à validade e à adequação da penhora, da avaliação e dos atos executivos subsequentes, podem ser arguidas por simples petição, tendo o executado, em qualquer dos casos, o prazo de 15 (quinze) dias para formular esta arguição, contado da comprovada ciência do fato ou da intimação do ato.

Desta maneira o prazo da exceção de pré-executividade é de 15 dias. Além da impugnação, a parte poderá apresentar a exceção de pré-executividade.

CONCLUSÃO

Com o presente trabalho, verificamos que a exceção de pré-executividade é um instituto processual de origem jurisprudencial, não prevista em lei, que surgiu em 1966, em um parecer do jurista Pontes de Miranda no notório caso “Mannesmann”, empresa siderúrgica que à época beirava à falência devido ao ajuizamento de inúmeras execuções fundadas em falsos títulos executivos.

Foi elaborado pelo lendário Pontes de Miranda, brilhante e famoso parecer, quando contratado pela Companhia, através do qual o jurista alegou em defesa da siderúrgica o direito que tem o executado frente o procedimento de execução de alegar por meio de uma petição incidente questões de ordem pública que o juiz poderia conhecer de ofício. Surge então, o instituto da exceção de pré-executividade que, com seu nascimento uma nova era surge ao direito processual, garantindo ao executado nos parâmetros do artigo 5º, LV da CF, um meio de defesa, independente de embargos à execução ou de uma garantia prejudicial a seu patrimônio.

A nomenclatura utilizada, e aceita até hoje, é tida pela maioria como imprecisa, pois quando falamos em *exceção*, às questões que serão apresentadas em juízo são alegações que só cabem à parte interessada, oferece-las expressamente; Por outro lado, *objeção* trata-se de questões que devem ser apresentadas pela parte, porém, se isto não ocorrer, deverá o juiz reconhecê-las de ofício.

Ademais, trouxemos o cabimento do instituto como meio de defesa na ação de execução, bem como alteração após o advento da Lei nº 11.382/2006 à redação do art. 736, CPC no que concerne à dispensa de penhora para manejar os embargos na execução de títulos executivos extrajudiciais.

Verificou-se também quanto à forma da exceção, em que a apresentação pode ser por petição simples apresentada ao Juiz da execução, visto que em nosso ordenamento jurídico não há dispositivo legal vigente que determine a

forma de oferecer ou apresentar a exceção de pré-executividade e, quanto ao momento, não há prazo para a apresentação da exceção de pré-executividade, que pode ocorrer a qualquer tempo e grau de jurisdição e versar sobre matéria de ordem pública.

Ainda, o estudo abrangeu os efeitos da apresentação da exceção, que em regra não suspende o processo executivo, bem como a obrigatoriedade do contraditório e a sucumbência no julgamento do instituto, tanto no caso de acolhimento quanto no caso de sua rejeição, verificando também quais os recursos cabíveis.

Outrossim, sobre o tratamento da exceção de pré-executividade no novo CPC em que a medida aparece em diferentes momentos, como no artigo 525, §11, quando trata da execução de título judicial, realçando que a arguição pode ser por “simples petição”, no artigo 803, parágrafo único, que aborda a execução de título extrajudicial, determinando que as nulidades ali listadas podem ser decididas por requerimento das partes, independentemente de embargos à execução. E, ainda, no artigo 917, §1º, pelo qual a incorreção da penhora ou da avaliação pode ser impugnada por simples petição.

Contudo, a criação jurisprudencial e doutrinária foi devidamente regulamentada e não há mais a vinculação à matéria de ordem pública. A objeção de não executividade ficou ampla, mas com prazo de apresentação em que o prazo da exceção de pré-executividade é de 15 dias. Além da impugnação, a parte poderá apresentar a exceção de pré- executividade.

Ante o exposto, a conclusão é que a exceção de pré-executividade é importante instrumento de afirmação de matérias que não precluem, conhecíveis de ofício pelo juiz e demonstráveis de plano, e configura, em síntese, forma menos onerosa de defesa do devedor diante de execução nitidamente infundada e injusta.

Ademais, o instituto permanece no ordenamento jurídico brasileiro como relevante meio de defesa do devedor em processo de execução e em fase de cumprimento de sentença que condena ao pagamento de quantia certa, após as

reformulações ocorridas no Código de Processo Civil pelas Leis nº 11.232/2005 e 11.382/2006.

Como vimos, a jurisprudência é praticamente pacífica quanto ao acatamento dessa medida de defesa para atacar título sem força executiva.

Por fim, toda a inovadora sistemática converge para a celeridade processual, inclusive a própria aceitação da exceção de pré-executividade. O que se espera do processo executivo, com essas inovações é que haja uma otimização de seus objetivos, sempre na busca de um modelo ideal de efetividade e justiça, sem descuidar da realização dos preceitos insculpidos na norma constitucional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARRUDA ALVIM, Eduardo. *Exceção de pré-executividade*. In: SHIMURA, Sergio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo de Execução*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 15 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2013.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Curso Sistematizado de Direito Processual Civil: tutela jurisdicional executiva*. São Paulo: Saraiva, 2008.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. 5 ed. V. 5. Salvador: JusPodivm, 2013.

DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual*. V. IV. 3 ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2009.

FUX, Luiz. *O Novo Processo de Execução - Cumprimento da Sentença e a Execução Extrajudicial*. 1 ed. Rio De Janeiro: Forense, 2008.

LEITE, Gisele. Comentários sobre o “reformático” processo de execução. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 71, dez 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6985>.

Acesso em out 2015.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à Execução*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MARCATO, Antonio Carlos. *Procedimentos especiais*. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Recursos no processo de execução - notas sobre alguns aspectos controvertidos*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1999.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. São Paulo: Saraiva, 1998.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz. Temas de direito processual - Sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.

NERY JUNIOR. *Princípios fundamentais - Teoria geral dos recursos*. 5 ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 4 ed. São Paulo: Método, 2012.

NOLASCO, Rita Dias. *Exceção de pré-executividade*. 2 ed. São Paulo: Método, 2004.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. *Embargos à execução fiscal*. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução*. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antônio Fabris, 1996.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.

THEODORO JR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil - Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. V. II. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA José Miguel Garcia. *Breves Comentários à Nova Sistemática Processual civil*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007.