



A OBJEÇÃO COMO INSTRUMENTO DE DEFESA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO

35

OBJECTION AS A DEFENSE MECHANISM PERTAINING TO THE WRIT OF EXECUTION

Bernardo Silva de Seixas
Gabriela Costa de Oliveira Paiva

RESUMO

Trata da exceção de pré-executividade, instituto corolário do processo de execução, utilizado pela parte interessada como instrumento de defesa, com o viés de corroborar os princípios constitucionais do contraditório e ampla-defesa e do direito de petição, manuseado para alegar questões de ordem pública, conhecidas de ofício e que não necessitem de dilação probatória.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Processual Civil; exceção de pré-executividade; princípio do contraditório; ampla-defesa; processo executório; execução.

ABSTRACT

This paper discusses the pre-execution exception as a corollary institute to the writ of execution, referred to by the interested party as a defense system – used for claiming public order issues, known ex officio and requiring no production of evidence – with a view to corroborating the constitutional principle of the adversary system and also the right to counsel and to petition.

KEYWORDS

Civil Procedure Law; pre-execution exception; adversary system (principle); right to counsel; writ of execution; execution.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por delimitação a exceção de pré-executividade como instrumento de defesa no processo de execução, a corresponder ao princípio constitucional do contraditório e da ampla-defesa, constante do art. 5º, LV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Este instituto representa mais do que um direito de petição, é constituído para representar a defesa ao devedor que, em razão de uma execução infundada, não acabe tendo os seus bens constritos.

Criado por Pontes de Miranda no ano de 1966, por meio do seu parecer de n. 95b (*in Dez Anos de Pareceres*) para a Companhia Siderúrgica Mennesman, a grande questão envolvendo o caso “Mennesman”, como era denominado na época, estava voltada para o grande número de ações contra a companhia, todas fundadas em títulos executivos notavelmente falsos, baseados em valores exorbitantes. É um instrumento utilizado para, mediante prova pré-constituída, levar ao conhecimento do magistrado questões de ordem pública que deveriam ser conhecidas de ofício por estar consolidadas em requisitos essenciais à execução, como a certeza, a liquidez e a exigibilidade do título executivo.

A exceção de pré-executividade é um instrumento importantíssimo ao ordenamento jurídico, pois tem o objetivo de fazer com que o executado possa realizar sua defesa de forma imediata, levando ao conhecimento do magistrado matérias relacionadas às nulidades constantes do título executivo que dá início ao processo de execução. Esse meio de defesa tem a finalidade de desconstituir a relação jurídica nula e todos os atos dela decorrentes, podendo o executado por simples petição – e sem a necessidade de aguardar intimação ou até mesmo constrição de seus bens – defender seus interesses por meio das alegações de matérias de ordem pública, ou seja, que deveriam ser reconhecidas de ofício.

[...] a exceção de pré-executividade é um instrumento que tem como objetivo levar ao conhecimento do magistrado nulidades referentes ao processo de execução, tendo, no seu escopo, a desconstituição da relação jurídica [...]

Grande discussão gira em torno de qual denominação é a mais adequada para a exceção de pré-executividade. Entende-se, atualmente na doutrina, que a terminologia “exceção” está reservada às matérias de defesa, que só podem ser conhecidas a partir da alegação da parte interessada, ou seja, aquelas tratadas no âmbito da literalidade do executado, no Código de Processo Civil. Já a terminologia “objeção” refere-se a matérias de ordem pública que devem ser conhecidas *ex officio*, ou seja, a prescrição, a decadência, a ilegitimidade de parte, entre outras.

Com o advento da Lei n. 13.105/15, grandes alterações no diploma do Código de Processo Civil foram feitas, e, com elas, a inclusão de dois dispositivos, quais sejam, o art. 525, § 11, e o art. 803, parágrafo único. Debate-se, atualmente, a hipótese de serem a possível positivação da exceção de pré-executividade. No primeiro, discute-se a defesa do executado na fase de cum-

primento definitivo de sentença que reconhece a exigibilidade de pagar quantia certa; no segundo, versa-se sobre a fase de execução propriamente dita, envolvendo a questão do conhecimento pelo juiz de matérias de ordem pública.

Atualmente a exceção de pré-executividade é mais utilizada quando se fala de um procedimento específico regido pela Lei de Execução Fiscal, procedimento este que se inicia por um título executivo extrajudicial chamado “Certidão de Dívida Ativa”, que constitui o objeto de impugnação por parte do executado, mediante a exceção de pré-executividade. Ao se tratar do processo de execução constante de uma dívida ativa, esses títulos executivos, denominados CDA, por diversas vezes, acabam possuindo vicissitudes que, se não forem alegadas de pronto pelo executado, podem acabar por lhe prejudicar. Muitas das vezes, não se faz justo que a parte executada por um título manifestamente nulo tenha que ter por constritos seus bens ou garantido o juízo por meio de uma penhora para que, somente assim, possa oferecer defesa, sendo nesse aspecto que encontramos a grande importância da exceção de pré-executividade, pois nela não necessita da garantia do juízo para sua interposição, não depende de intimação ou de uma penhora e dispensa a dilação probatória.

Portanto, resta clara a importância do instituto tratado ao longo deste trabalho, pois a sua melhor compreensão pode gerar um grande avanço ao ordenamento jurídico e até mesmo ao jurisdicionado.

2 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E SUAS CARACTERÍSTICAS

A exceção de pré-executividade ou objeção de pré-executividade, como também é conhecida, é um instituto que foi criado por Pontes de Miranda no ano de 1966, no parecer jurídico de n. 95 (*in Dez Anos de Pareceres*) para a Companhia Siderúrgica Mennesman.

A grande questão envolvendo o caso “Mennesman”, como era denominado na época, estava voltada ao grande número de ações contra a companhia, todas fundadas em títulos executivos notavelmente falsos, baseados em valores exorbitantes, não sendo justo que o executado sofresse primeiro a constrição de seus bens, procedimento que era usual na época, para depois afastar a validade do título executivo por meio dos embargos à execução.

A partir disso e ante a falsidade destes títulos executivos, protocolou-se uma petição levando ao conhecimento do magistrado a existência de tal irregularidade, com o objetivo de obstar, de imediato, o prosseguimento daquela execução, não havendo nomeação de bens à penhora, evitando-se assim maiores prejuízos à Siderúrgica. A partir desse cenário, surgiu o que conhecemos por exceção de pré-executividade.

Assim, nos casos em que o magistrado deveria conhecer da matéria de ofício e acabava por não conhecê-la, sofria o executado os efeitos, conforme explica Assumpção Neves (2011, p. 1126): *Apesar de o sistema jurídico da época prever como defesa típica do executado os embargos à execução, não teria sentido obrigar o executado a ingressar com uma ação incidental de embargos para alegar uma matéria que o juiz já deveria ter conhecido de ofício. Realmente não tem nenhum sentido lógico ou jurídico condicionar em termos extremamente formais a alegação de uma matéria que o juiz deve conhecer de ofício.*

Tem-se entendido que o instituto sobre o qual versa o pre-

sente trabalho de curso possui denominação, segundo Siqueira Filho (2000, p. 87): *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 processo até o seu julgamento, mediante procedimento próprio, e que visa à desconstituição da relação jurídica processual executiva e consequente suspensão dos atos de constrição material.*

Tem-se, como possibilidade de alegação, em sede de embargos à execução, os conhecidos por causar defeitos a petição inicial como ausência de pressupostos processuais e condições da ação, a inexistência ou a deficiência do título, porém é certo que, se a irregularidade se mostrar evidente e puder ser conhecida de ofício, sendo de ordem pública e a ponto de dispensar a dilação probatória, pode o executado, de imediato, nos autos da execução, evidenciá-las, fazendo por meio de uma simples petição, sendo esta a exceção de pré-executividade.

Define Olavo de Oliveira Neto (2000, p. 121) a exceção de pré-executividade como sendo um *incidente processual que tem por finalidade trancar o andamento de execuções ilegais ou infundadas mediante cognição exauriente da matéria nele vinculada a ser de plano realizado pelo juiz.*

Constata-se, portanto, que a exceção de pré-executividade é um instrumento que tem como objetivo levar ao conhecimento do magistrado nulidades referentes ao processo de execução, tendo, no seu escopo, a desconstituição da relação jurídica e a sustação de todos os atos decorrentes daquele processo, evitando-se assim maiores prejuízos ao executado.

Ademais, segundo Didier (2002), a exceção de pré-executividade possui três características fundamentais que devem ser ressaltadas: a atipicidade, pelo fato de que ainda não existe um possível amparo normativo sobre o instituto; limitação probatória, apoiada na proibição de dilação probatória; e, por fim, a informalidade, devendo ser apresentada no processo executório por simples petição, sem regras quanto ao estabelecimento de prazos ou rigor em seu procedimento.

Neste sentido, conceitua Darlan Barroso (2007, p. 334): [...] *a objeção ou*

exceção de pré-executividade é um meio de defesa incidental, em que o executado, munido de prova documental e sem a necessidade de dilação probatória, provoca o julgador dentro do processo de execução para arguir questão de ordem pública relativa às condições da ação ou a pressupostos processuais, isso sem necessidade de embargos.

[...] pode então o executado adversar a execução sem a necessidade de preencher os pressupostos processuais exaustivos quanto aos embargos de declaração, como por exemplo, seu prazo de interposição [...]

Discorre também e complementa Hélio Apoliano Cardoso (2009, p. 25): *A exceção de pré-executividade constitui remédio jurídico de que o executado pode lançar mão, a qualquer tempo, sempre que pretenda infirmar a certeza, a liquidez ou a exigibilidade do título por meio de inequívoca prova documental, independentemente sua propositura de prévia segurança do juízo, exigível, conforme a nova ordem processual, apenas para o fim de receber os embargos no efeito suspensivo.*

Dessa forma, pode então o executado adversar a execução sem a necessidade de preencher os pressupostos processuais exaustivos quanto aos embargos de declaração, como por exemplo, seu prazo de interposição, podendo fazer as vezes do instituto da exceção de pré-executividade como via de defesa de imediato, ou também do cumprimento de sentença, podendo utilizar-se deste instituto para se esquivar de uma penhora, sem a necessidade da garantia prévia do juízo.

No que diz respeito à natureza jurídica da exceção de pré-executividade, não se pode dizer que ela tenha natureza de ação, assim como os embargos à execução por exemplo, em razão de não permitir ela a dilação probatória, tendo a doutrina e jurisprudência caminhado no sentido a considerar que sua natureza jurídica é de incidente processual, bem como explica Mizaél 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 inci-*

dente 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 auto-intitulou credor.

No mesmo sentido, a Quinta Turma do Tribunal Regional da Terceira Região acordou: *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.)

Sendo assim, é importante distinguir a natureza jurídica deste instituto para que se possa delinear as características envolvendo a decisão que resolve a exceção. Como ante o exposto, não há dúvidas ou discordâncias acerca do que foi abordado neste tópico do trabalho, compartilhando a doutrina e jurisprudência da mesma percepção.

É indiscutível que as matérias que norteiam a exceção de pré-executividade são as de ordem pública, ou seja, aquelas que são alegáveis e conhecíveis a qualquer tempo ou grau de jurisdição; portanto, incluem-se neste rol as de conhecimento *ex officio* pelo juiz.

Tempestuoso, no entanto, é identificar então o que se enquadraria nas matérias de ordem pública, quais sejam: (a) os

pressupostos processuais de existência: jurisdição, representação do autor por advogado, petição inicial e citação; (b) os pressupostos processuais de validade: juízo com competência, juiz imparcial e não impedido, capacidade e legitimidade processual, petição inicial e citações válidas; (c) os pressupostos processuais negativos: coisa julgada, litispendência, e perempção; (d) as condições da ação: legitimidade *ad causam*, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir.

Em razão de a exceção de pré-executividade não suspender a execução, e o fato de que o tempo é fator crucial para o seu trâmite, deve-se, então, aplicar-se a técnica de cognição adequada. Segundo Luiz Guilherme Marinoni (1996, p. 21), *a técnica da cognição permite a construção de procedimentos ajustados às reais necessidades de tutela*.

A técnica de cognição da exceção de pré-executividade assemelha-se bastante à utilizada no mandado de segurança, com a produção de prova pré-constituída para se demonstrar o direito líquido e certo de impetrante, não havendo espaço, portanto, para a dilação probatória, além dos documentos que devem ser acostados nos autos da ação. Marinoni define essa técnica de cognição como exauriente, ou seja, aquela *secundum eventum probationes*.

Por conseguinte, a cognição da exceção de pré-executividade esvazia-se com a prova da demonstração de sua alegação, podendo eventual dilação probatória ser realizada posteriormente, por meio da interposição dos embargos à execução.

Logo, esses critérios conferem justiça para as partes, tendo em vista que concernem ao princípio do contraditório e ampla defesa, impedindo que se prossiga com uma execução, que liminarmente resta categoricamente viciada e, por conseguinte, não autorizada a produzir efeitos sobre o patrimônio do devedor.

38

[...] as matérias que norteiam a exceção de pré-executividade são as de ordem pública, ou seja, aquelas que são alegáveis e conhecíveis a qualquer tempo ou grau de jurisdição; portanto, incluem-se neste rol as de conhecimento ex officio pelo juiz.

É notório o conhecimento de que o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa surge da máxima de que ninguém será privado de sua vida, liberdade ou de seus bens sem que haja o devido processo legal. Tem-se este uma importante relevância para o ordenamento jurídico pátrio, se não for o de maior relevância e o mais estimado.

Tal princípio encontra-se disposto no art. 5º, LV, da CRFB/88, caracterizado como um direito fundamental, no qual encontra sua petrificação, haja vista ser considerado um direito constante de cláusula pétrea, segundo o art. 60, § 4º, IV, da CRFB/88.

Em paralelo a este princípio, encontra-se outra garantia constitucional constante do art. 5º, XXXVI, da CRFB/88, qual seja, a de que a lei não pode excluir da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Têm-se, de um lado, um credor que deseja ver satisfeito o crédito e garantida a dívida, e, do outro, um devedor que não pode ter constritos os seus bens sem o devido processo legal e muito menos com base em uma execução infundada e notavelmente ilegal.

Em razão disso, tem o executado o direito de contradizer a pretensão, de modo a obter, por meio de vias de defesa, uma tutela jurisdicional negativa do Estado, buscando precaver seu direito de propriedade e a eficácia do devido processo legal.

Em consequência disso, percebe-se que o direito processual tem-se amoldado em virtude desses contornos constitucionais, isto é, a constitucionalização do processo para que seja garantido às partes um processo justo e legítimo, resguardando o direito ao devido processo legal, ampla defesa, contraditório e isonomia.

Em consequência do exposto, resta provada a absoluta legitimidade da exceção de pré-executividade para obstaculizar execuções eivadas de vícios e atos ilegais que possam adentrar o direito de propriedade do particular.

Nestes termos, dispõe Zaneti Júnior (2007, p. 191): *É justamente no contraditório, ampliado pela Carta do Estado Democrático brasileiro, que se irá apoiar a noção de processo democrático, o processo como procedimento em contraditório, que tem na sua matriz substancial a 'máxima da cooperação' (Kooperationsmaxima) [...] O contraditório surge então renovado, não mais unicamente como garantia do direito de resposta, mas sim como direito de influência e dever de debate*.

Levando-se em consideração que as matérias que possam ser arguíveis em sede de exceção de pré-executividade estão relacionadas às de ordem pública e que devem ser conhecidas *ex officio*, ou levado ao conhecimento do magistrado algum fato que, por si só, seja suficiente para obstar o prosseguimento da ação de execução, qual seja, a ausência de condições da ação ou algum outro pressuposto processual específico, é de se convir que a medida pode ser proposta então pelo devedor, pelo credor, por terceiros ou por qualquer pessoa interessada.

Nesse sentido, deve-se alertar o magistrado quanto a qualquer vício que, de alguma forma, ocorra ou tenha ocorrido durante o processo e tenha passado despercebido. Nesta perspectiva, dispõe Marcos Valls Feu Rosa (2000, p. 55): *Alertar para o fato de que recebeu o que não poderia ter recebido, de que deferiu o que não poderia ter deferido, de que determinou o que não poderia ter determinado o juiz consciencioso, presumivelmente, examinará ou reexaminará os requisitos da execução independentemente de quem deu o alerta*.

Em virtude disso, importa é que a nulidade seja levada ao conhecimento do juiz; deste modo, podem fazer as vezes de desvelar tais vícios não só o devedor, mas também o credor, que apesar de deter o maior interesse em ter sanada a dívida, deve contribuir para que a relação processual não se desenvolva de forma patológica, até porque pode existir tal nulidade que venha a prejudicá-lo no futuro processual.

Em relação aos terceiros, deve-se ponderar, na análise, que sua intervenção não se deve a "intervenção de terceiros" na aceção processual do termo, mas, sim a um *aviso ao juiz de que a execução não pode prosseguir, porquanto ausentes os requisitos para o início ou para o prosseguimento da mesma* (ROSA, 2000, p. 55).

Portanto, conclui-se que não importa quem será o sujeito a levar ao conhecimento do juiz a informação de que há um vício que está por macular o processo, o que realmente importa é fazer com que o magistrado consiga enxergar tal nulidade, que

possa examinar a razão de não a ter conhecido de ofício e tome as devidas medidas processuais cabíveis.

Não há necessidade de se observar uma forma específica para arguir a exceção de pré-executividade, basta que esta seja feita por simples petição, assim como entende o Superior Tribunal de Justiça: *a nulidade da execução pode ser arguida por simples petição, em sede de exceção de pré-executividade*.

Como já se evidenciou, a exceção de pré-executividade poderá ser arguida por simples petição (STJ), não sendo necessária a observância dos requisitos dispostos no art. 319 do CPC. Entretanto, aquele que a apresenta em juízo deve observar e juntar todos os documentos necessários às alegações constantes do instituto, porque assim como o remédio constitucional do mandado de segurança, a exceção de pré-executividade não requer a dilação probatória, devendo, no ato de sua interposição, estar tudo pré-constituído.

Uma vez interposta, não pode o magistrado analisar seu conteúdo sem a prévia oitiva do exequente, uma vez que isso viola o princípio constitucional do contraditório e ampla-defesa. Além disso, pode o exequente demonstrar, desde logo, que a razão não se encontra em quem apresentou a exceção de pré-executividade, o que ocasionaria a retomada do curso processual.

A resposta à exceção de pré-executividade deve ser dada da mesma forma, por simples petição, e, como não se tem previsão legal para este ato, deve o juiz fixar o prazo que entender necessário, o qual, consoante Olavo de Oliveira Neto (2000, p. 123), não pode ultrapassar a marca dos 10 (dez) dias, até porque se deve observar os princípios da brevidade e utilidade dos prazos. Tendo transcorrido o prazo, com ou sem resposta do exequente, deve o magistrado decidir.

Tendo o juiz decidido a questão levantada na exceção de pré-executividade, põe fim ao instituto dentro do processo, e, a partir desse momento, levantar-se-ão duas questões: o juiz acolhe o incidente trazido pelo instituto e, em seguida, tranca o andamento da execução, ou o juiz rejeita e determina o curso normal do processo. Vale ressaltar que, nesse momento, deve o magistrado ter a delica-

deza de analisar todo o contexto processual, para que possa evidenciar, desde logo, se a parte faz uso do instituto com o fito de protelar o andamento da execução, aplicando à parte as sanções processuais cabíveis, caso ocorra.

Logo, observa-se que o magistrado possui um papel essencial nesse momento, qual seja, o de filtragem do conteúdo do instituto apresentado pelo devedor, para que a arguição deste não seja utilizada com o mero objetivo de atrasar o andamento processual e prejudicar a lide.

A técnica de cognição da exceção de pré-executividade assemelha-se bastante à utilizada no mandado de segurança, com a produção de prova pré-constituída para se demonstrar o direito líquido e certo de impetrante [...]

Para parte da doutrina, há o entendimento de que a propositura deste instituto processual não suspende o curso do processo por não haver previsão legal para tanto. Porém, o entendimento que predomina é o de que, uma vez arguida a exceção de pré-executividade, deve o processo de execução ser suspenso. Se pararmos pra analisar, faz todo o sentido que se tome como certa a suspensão da execução quando da interposição da pré-executividade, tendo em vista que ela tem o objetivo de adentrar o patrimônio de quem está sendo executado, e se a execução se fundar em um título executivo manifestamente injusto, pode então acabar acarretando inúmeros prejuízos ao devedor.

Nesse sentido, deve, portanto, ser entendido que a arguição da ausência dos requisitos da execução suspende o seu curso por colocar em xeque a possibilidade de início ou prosseguimento da execução, ou, em outros termos, da apropriação (ROSA, 2000, p. 83).

Enfim, a jurisprudência se inclina para o entendimento da suspensão do curso da execução, desde que a exceção de pré-executividade seja devidamente recebida pelo juiz, até para evitar que atos executórios posteriores sejam praticados sem necessidade, colocando em risco também o princípio da economia processual.

3 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE OU OBJEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Passou-se a admitir na doutrina e na

jurisprudência, antes da posituação do instituto pelo Código de Processo Civil, que as matérias de ordem pública que seriam passíveis de conhecimento *ex officio* e, também, qualquer matéria cuja comprovação dependesse de prova pré-constituída, fossem passíveis de conhecimento por meio de simples petição nos próprios autos da execução. Tal modalidade de defesa ficou amplamente conhecida como exceção de pré-executividade.

Na Doutrina, há grande discussão quanto à denominação mais adequada do instituto, havendo quem a denomine

de exceção de pré-executividade, objeção de pré-executividade ou até mesmo de exceção de não-executividade.

Atualmente a expressão “exceção de pré-executividade” é a mais usual pela doutrina, tendo em vista que assim foi denominada por Pontes de Miranda, seu desenvolvedor, na vigência do diploma processual de 1939. Quando tratamos dessa denominação “exceção” queremos dizer as matérias que não poderão ser conhecidas *ex officio*, mas somente por meio da alegação do interessado, ou seja, do executado.

O termo “exceção” passou a ser mais usual com o advento do Código de Processo Civil de 1973, o qual corresponde às defesas processuais, como por exemplo, a suspeição, a incompetência ou o impedimento. Portanto, é correto afirmar que a expressão “exceção”, quando combinada para se fazer referência ao instituto, é tratada no âmbito da literalidade do executado, ao abordar as matérias de defesa do Código de Processo Civil que só o interessado pode alegar.

Segundo Alexandre de Freitas Câmara (2008, p. 389), as possíveis alegações do executado por meio da exceção de pré-executividade seriam: *Da falta de algumas das “condições da ação” (incluindo-se aqui, as questões ligadas à teoria do título executivo, como a falta de liquidez da obrigação ou a inadequação do meio escolhido para a obtenção da tutela jurisdicional executiva [...]) e as referentes à legitimidade das par-*

tes e a possibilidade jurídica da demanda), ou de algum pressuposto processual como, e.g., a falta de capacidade processual ou irregularidade formal da demanda executiva.

Em relação ao termo “objeção”, alguns autores acham que este melhor exprimiu a negativa da executividade, que deveria ter sido de pronto reconhecida pelo juiz, mas que, por não ter sido, acaba dando azo ao executado para apresentar defesa quando tomar conhecimento da execução indevida.

A expressão “objeção” refere-se às matérias que podem ser conhecidas de ofício, ou seja, a prescrição, a decadência, a ilegitimidade de parte, entre outras, segundo versa Barbosa Moreira (2000, p. 585-586): *É de se dizer, nesse momento, que a denominação “exceção de pré-executividade”, muito embora tradicional (e, por tal razão, empregada ao longo do texto), não é das mais apropriadas. Por esse motivo, aliás, é que a grafamos entre aspas. Como se sabe, a denominação exceção foi, tradicionalmente, reservada para aquelas matérias de defesa que só podem ser conhecidas mediante alegação do interessado. Fala-se, neste sentido, em exceção de contrato não cumprido. Para se referir às matérias de defesa que podem ser conhecidas de ofício, a doutrina sempre preferiu reservar o nome objeção, como se tem, por exemplo, na objeção de litispendência ou na objeção de decadência. Além disso, a rigor a questão suscitada não diz respeito ao que é prévio à execução, razão pela qual tampouco é adequado falar-se em pré-executividade.*

Os autores que defendem o uso da expressão “objeção” referem-se a ela como correta porque acreditam que mais adequadamente denomina o instituto, em razão de estabelecer melhor relação com as matérias que serão conhecidas de plano pelo juiz, sem a necessidade de que o interessado as alegue para que sejam apreciadas.

Para Fredie Didier Júnior (2010, p. 394), a denominação preferível seria “exceção de não-executividade”: *Como foi visto atualmente se admite a alegação de qualquer questão em “exceção de pré-executividade”. Partindo da premissa de que o termo “exceção” é, também, sinônimo de defesa, qualquer uma, convém mantê-lo. A opção por “objeção” reduziria indevidamente a abrangência do instituto. O complemento, porém, realmente deve ser extirpado, por não ter sentido. Opta-se, então, pela designação: “exceção de não-executividade.*

Didier Júnior compõe uma parte da doutrina que não faz rejeição ao termo exceção, para ele o termo “objeção” reduziria a abrangência que possui o instituto, em razão de possuir o termo exceção um caráter mais abrangente, haja vista que se remete às questões de defesa processuais que podem ser alegadas pelo executado. Ele entende também que não seria correta a utilização do termo “pré-executividade”, em razão de as questões a serem suscitadas em sede de defesa da utilização do instituto não estarem relacionadas ao que é prévio à execução, no sentido de que não pode nem haver a execução.

O fato é que a nomenclatura do instituto, muito debatida e objeto de muitas discussões, nada muda no fato de ser constantemente utilizada e de possuir tamanha importância ao jurisdicionado. Com a devida vênia aos grandes doutrinadores que delinearão o instituto, entendo como mais correta a denominação “exceção de pré-executividade”, utilizada neste trabalho.

4 O ART. 525, §11 E ART. 803, PARÁGRAFO ÚNICO, DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A POSSÍVEL POSITIVAÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Antes do surgimento da Lei que instituiu alterações no Código de Processo Civil, a exceção de pré-executividade era apenas uma grande construção doutrinária e jurisprudencial, que, até os dias atuais, tem sido fortemente utilizada como instrumento de defesa no processo de execução, porém sem estar tipificada em algum diploma legal.

Com o Código de Processo Civil de 1973, caberia ao executado dentro do processo de execução, defender-se apenas por via dos embargos à execução como um meio para desconstruir o título executivo e apresentar alegações contra o suposto crédito do exequente. No entanto, por mais que fosse uma construção doutrinária e jurisprudencial, a exceção de pré-executividade ainda era utilizada como um meio de defesa, muitas das vezes mais escolhida por se tratar de um meio de defesa simples, com o fito de impedir que o executado sofresse grandes modificações em seu patrimônio decorrentes dos atos constritivos do processo de execução, principalmente pelo fato de existirem erros cruciais nos títulos executivos relacionados à legalidade, prescrição, entre outras matérias de ordem pública, as quais deveriam ser reconhecidas de ofício.

A alteração introduzida no Código de Processo Civil pela Lei n. 13.105/15, no âmbito da própria execução, não trouxe alterações substanciais ao procedimento, sendo mantido em suma aquilo já estabelecido no diploma anterior. O instituto da exceção de pré-executividade, muito utilizado como forma de defesa na fase de execução do processo, que, até o advento do Novo Código de Processo Civil, era apenas uma construção doutrinária, hoje a partir de grandes discussões doutrinárias, encontrou sua implícita positivação.

Entretanto, há de se destacar a inclusão de dois dispositivos que trouxeram uma alteração muito importante para o ordenamento jurídico, os quais têm sido interpretados pela doutrina como a positivação da exceção de pré-executividade, cuja previsão inexistia no CPC, quais sejam, o art. 525, §11 e o art. 803, parágrafo único.

Para que possamos entender essa importante alteração, mais precisamente a que corresponde ao art. 525, §11, do Novo Código de Processo Civil, faz-se necessário que se compreenda a fase de cumprimento definitivo de sentença. Este dispositivo ora mencionado encontra-se no Capítulo III – Do cumprimento definitivo de sentença que reconhece a exigibilidade de pagar quantia certa – e dispõe: *Art. 525. [...] §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* (BRASIL, 2015, grifo nosso).

A fase de cumprimento definitivo de sentença que reconhece a exigibilidade de pagar quantia certa ou já liquidada ocorre quando há o trânsito em julgado da sentença que reconhece o dever do pagamento de quantia certa, tornando-se a obrigação

exigível a partir deste momento, devendo ser iniciada mediante requerimento do exequente.

A partir desse momento, ocorre a intimação do executado para o pagamento da quantia que está sendo executada, no prazo máximo de 15 (quinze) dias, acrescidas as possíveis custas, se houver. Caso o executado perca esse prazo de pagamento, incidirá sobre o valor que pretende o exequente uma multa de 10% (dez por cento) sobre o valor total, a qual tem o objetivo de garantir a maior efetividade e celeridade na prestação jurisdicional, e, caso o executado pague parcialmente a dívida, essa multa incidirá sobre o valor não pago.

Não havendo o pagamento por parte do executado, respeitado o prazo de 15 (quinze) dias para o feito, o juiz determinará que se expropriem os bens daquele, mediante um mandado de penhora e avaliação de seus bens.

No momento em que se decorre o prazo de 15 (quinze) dias para o pagamento, sem que este tenha ocorrido voluntariamente, começa a correr, automaticamente, independentemente de intimação ou da própria penhora, o prazo para que o executado ofereça a impugnação ao cumprimento de sentença. É neste momento que se pode ofertar a exceção de pré-executividade.

Caberá a exceção de pré-executividade, de acordo com o art. 525, §11, quando algum fato superveniente tiver de ser alegado após o prazo de apresentação dos embargos à execução, a exemplo do cumprimento das obrigações após o prazo previsto no art. 523 do NCPC, em que o executado possui 15 (quinze) dias para o pagamento voluntário, transcorrido esse prazo, abre-se novo prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora, apresente, nos próprios autos, sua impugnação. O §11 evidencia, mais precisamente, que, depois de ofertada a impugnação, todas as questões que guardem relação com a higidez e validade dos atos executórios serão formuladas por simples petição, nesse caso, por meio da própria exceção de pré-executividade, que deverá ser apresentada no prazo máximo de 15 (quinze) dias contados da comprovada ciência do fato ou da intimação do ato.

A partir da interpretação deste pri-

meiro dispositivo, já pode-se vislumbrar a positividade da exceção de pré-executividade, agora passaremos à análise do segundo dispositivo, que traz consigo também a positividade do instituto.

O Art. 803, parágrafo único, do Novo Código de Processo Civil encontra-se disposto na parte do código que versa sobre as diversas espécies de execução, o qual dispõe: *É nula a execução se: I – o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível; II – o executado não for regularmente citado; III – for instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrer o termo. Parágrafo único. A nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução* (BRASIL, 2015, grifo nosso).

Da leitura do dispositivo ora mencionado destacamos que este elenca três espécies de vícios insanáveis, ou seja, que geram a nulidade do título executivo: (a) título executivo extrajudicial que não corresponde à obrigação certa, líquida e exigível; (b) o executado não ter sido regularmente citado e (c) quando a execução houver sido instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrer o termo.

O que faz a total diferença neste dispositivo é quando passamos à análise do seu parágrafo único, que assere que as nulidades tratadas no artigo serão pronunciadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução.

Nota-se então a vontade do legislador em reconhecer o instituto da exceção de pré-executividade quando diz que tais matérias podem ser conhecidas de plano pelo magistrado ou que o próprio executado, dado seu interesse, pode alegá-las independentemente de embargos à execução, ou seja, sem a necessidade de garantia do juízo ou que se espere o transcorrer do prazo dos embargos à execução para poder ofertar uma defesa a um título executivo eivado de vícios.

Entende-se que a exceção de pré-executividade tem como finalidade levar ao conhecimento do magistrado questões que deveriam ter sido conhecidas de ofício, e que não necessitam de dilação probatória, em razão do título executivo, e tal previsão encontra-se no art. e art. 803, parágrafo único.

Esses dois dispositivos passaram a versão, não apenas da forma, mas também do tempo e do modo, a ser oposta à exceção de pré-executividade, que, seguida de orientação jurisprudencial, denominou por “simples petição”, o que, para a doutrina trouxe uma flexibilização na análise de seus requisitos de admissibilidade. E se, com o diploma de 1973, não contava com a sua previsão no ordenamento jurídico e, conforme doutrina majoritária poderia ser alegada a qualquer tempo desde que não tenha ocorrido a coisa julgada, com a nova legislação, deixa de ser um instituto “atípico”, ou seja, sem previsão legal e, nas situações dos dois dispositivos ora mencionados, haverá um prazo de 15 (quinze) dias para o executado se valer do instituto para que seja proferida sua defesa. Tal prazo consta do art. art. 525, §11.

Ademais, as questões de ordem pública, que são de extrema importância e devem ser conhecidas de ofício, como por exemplo, a prescrição, a decadência, a ilegitimidade de partes e erros formais quanto ao título executivo que dá origem à própria execução continuam sendo passíveis de alegação a qualquer tempo.

5 A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA LEI N. 6.830/80 (LEI DE EXECUÇÃO FISCAL) E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, A PARTIR DE SUA POSSÍVEL POSITIVAÇÃO NO ART. 525, § 11 E ART. 803, PARÁGRAFO ÚNICO

É importante compreender que a exceção de pré-executividade e sua aplicabilidade nada mais é do que o próprio direito de ação, assim como é também um sinônimo de defesa. A respeito disso leciona Fredie Didier Jr. (2004, p. 56): *Do mesmo modo que se fala do direito de ação como o direito de provocar a atividade jurisdicional, relacionando-o com o autor (demandante), fala-se da exceção como o direito do réu de resistir à postulação que lhe foi formulada, de ser ouvido e de ter, como consequência, uma decisão que aprecie a postulação do autor. Ambos são assegurados constitucionalmente (art. 5.º, XXXV e LV, da CF/1988).*

A cobrança judicial de Dívida Ativa da Fazenda Pública dá-se por meio da Lei n. 6.830/80, mais conhecida como Lei de Execução Fiscal, e subsidiariamente com o Código de Processo Civil.

O rito especial constante da Lei de Execução Fiscal é conhecido como mais célere e eficiente quando pensamos em satisfizer o crédito, contudo, por meio desse procedimento, a defesa do executado se concentrava apenas no uso dos embargos à execução, o qual só poderia ser ofertado com a devida garantia do juízo. Porém, o próprio legislador com o art. 38, *caput*, da Lei de Execução Fiscal, resolveu excepcionar essa regra, autorizando o executado, por meio de ações autônomas, a ter a possibilidade da interposição nos próprios autos da execução da exceção de pré-executividade como defesa, gerando assim um incidente processual.

O procedimento fiscal dá-se com o lançamento do crédito tributário, sendo notificado o sujeito passivo, tendo por esgotado o procedimento administrativo, quando será então inscrito o crédito tributário em Dívida Ativa para que, desse modo, seja dado início à Ação de Execução Fiscal, por meio de um título executivo denominado “Certidão de Dívida Ativa”. Vide o art. 784, IX, NCPC, que dispõe: *São títulos executivos extrajudiciais: [...] IX – a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; (BRASIL, 2015)*

[...] tem o executado o direito de contradizer a pretensão, de modo a obter, por meio de vias de defesa, uma tutela jurisdicional negativa do Estado, buscando precaver seu direito de propriedade e a eficácia do devido processo legal.

42

Este procedimento é regido pela Lei n. 6.830/80, mais conhecida como Lei de Execução Fiscal (LEF), e subsidiariamente utiliza-se, neste ato, o Código de Processo Civil. De acordo com a LEF, em seu art. 2º, § 5º, a Certidão de Dívida Ativa, ou CDA como conhecida, deve conter:

Art. 2º [...] § 5º: O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I – o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II – o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III – a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV – a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V – a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

VI – o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida (BRASIL, 1980).

Estando a CDA regularmente inscrita, superando todos os seus pressupostos para validade, eficácia e liquidez, por força dos mandamentos dispostos no art. 204 do Código Tributário Nacional e o art. 3º da LEF, gozará de presunção de liquidez suficiente para se iniciar o Processo de Execução Fiscal. Contudo,

estando a Certidão de Dívida Ativa composta por vícios que retiram sua liquidez, cabe ao executado o ônus de expungir aquela presunção, por meio de prova inequívoca.

Nesse caso, antes de ser a exceção de pré-executividade instituída pela lei que alterou o Código de Processo Civil com a entrada dos dispositivos novos que a positivaram, somente existia a positivação dos embargos à execução como instrumento manejável pelo executado para se defender de uma CDA eivada de vicissitudes, porém, para se utilizar deste recurso, a parte interessada necessita preencher alguns pressupostos para sua interposição, dos quais garantir previamente o juízo mediante a penhora, depósito ou fiança bancária todos suficientes a cobrir a dívida que foi posta em litígio.

Estando a parte interessada sendo executada por meio de um título composto por vícios e, para poder interpor sua defesa no processo executório, ainda necessitar ter seus bens constrictos não parece uma das alternativas mais razoáveis ou justas. Nesse sentido, a carência de se utilizar da exceção de pré-executividade, que é um meio mais viável no caso, pelo qual o executado, além de não precisar de dilação probatória, não necessitará também de garantia prévia do juízo. Sem esquecer um fator muito importante, que são as matérias que devem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, nas quais o executado não poderá se valer desse esforço para oportunizar sua defesa. Nessa linha, Raphael Madeira Abad (2003, p; 351) dispõe: *[...] a exceção de pré-executividade pode ser defendida como uma mera petição através da qual o executado aponta (e prova) as nulidades do processo executivo ao qual está sujeito e, por independerem de provocação, podem ser reconhecidas de ofício. Assim, não há como impedir que o magistrado tenha acesso a tais informações e, uma vez ciente dos vícios, mesmo que através de meio informal, não há como impedir que tome providências no sentido de regularizar ou extinguir o processo, conforme o caso.*

O procedimento utilizado na interposição da exceção de pré-executividade numa ação de execução fiscal dá-se mediante simples petição nos autos em andamento para que se instale o incidente processual. Segundo Leonardo Greco (2000, p. 199), *para a arguição da exceção não se exige prazo, nem forma ou procedimento especial. Pode ser arguida por escrito ou verbalmente.*

Ao recebimento da exceção de pré-executividade, deve o juiz, respeitando o princípio do contraditório e da ampla-defesa, oportunizar ao exequente prazo para que este se manifeste acerca do que está sendo arguido pelo executado. Nesse caso, o prazo é de livre arbítrio do magistrado, não existindo determinação típica para a sua estipulação.

Durante esse interregno, da impetração da exceção de pré-executividade até uma decisão do juiz, é prudente que o andamento processual da execução seja suspenso, pois seria abusivo e ilegal dar continuidade a uma execução fiscal podendo certamente chegar aos atos de penhora, adentrando o patrimônio do executado, que está justamente se valendo daquela ação para comprovar a inexigibilidade da dívida cobrada. Vale lembrar que esse procedimento de suspensão dos autos deve ser corroborado nos pedidos da exceção de pré-executividade.

Em relação ao recurso cabível no processo de execução para impugnar a exceção de pré-executividade, este vai depen-

der da postura que tomará o magistrado, sendo, no caso de uma decisão interlocutória, interposto um agravo de instrumento e, no caso de já ter sido prolatada uma sentença, caberá apelação, nos moldes do Código de Processo Civil.

Sobre o uso do instituto a partir de sua positivação no Código de Processo Civil, com o art. 525, §11, e art. 803, parágrafo único, acredito que pode ser utilizada, por analogia, como numa ação de execução fiscal, adentrando numa ação de execução comum para combater um título executivo eivado de vícios, fazendo a parte interessada alegações de ordem pública, que deveriam ser reconhecidas de ofício.

6 CONCLUSÃO

Resta clara, como vislumbrado ao longo deste artigo, a grande importância que o instituto da exceção de pré-executividade possui para o ordenamento jurídico. Esta é, sem dúvidas, a observância clara do princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, constante do art. 5º, inc. LV, da CRFB/88, que, nesse caso, advém da ideia de que ninguém será privado de seus bens, vida e liberdade sem o devido processo legal.

Atualmente é um dos meios mais eficazes de extinguir uma ação de execução que está eivada de nulidades, em razão de ser um instrumento de defesa célere e justo. A exceção de pré-executividade foi instituída para que o patrimônio do executado seja resguardado ante uma execução baseada em título executivo eivado de vicissitudes, sem a necessidade de o interessado fazer dilação probatória ou garantir o juízo para que possa adentrar com sua defesa.

Há de se salientar que o instituto pode propiciar a garantia de um princípio de muita importância constante do processo civil, qual seja, o da economia processual, tendo em vista que, para sua interposição, é necessária a prova pré-constituída, mas não somente isso, tem o viés de assegurar ao executado o direito de ter suas alegações devidamente apreciadas pelo Poder Judiciário, por meio do seu direito de petição, impedindo o prosseguimento de ação de execução manifestamente improcedente.

Embora o tema possua muitas ressalvas por parte dos estudiosos do Direito e da Jurisprudência, aos poucos

foi tomando forma no ordenamento jurídico. A recente Lei n. 13.105/15, que alterou o Código de Processo Civil, por sua vez, inovou ao positivizar o assunto com dois de seus dispositivos: art. 525, §11 e art. 803, parágrafo único, que versam, de forma clara, as características do instituto e de sua interposição perante um processo executório. Portanto, o instituto possui, atualmente, uma maior visibilidade a partir da inovação trazida pelo Código de Processo Civil.

Isso posto, acredita-se que, a partir dessas alterações e inovações feitas para propiciar a melhora na utilização do instituto, este seja utilizado não somente nos processos de execução fiscal, mas também nos processos de execução em si, devido a sua relevante importância para a defesa do jurisdicionado.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Arruda. Notas sobre o projeto de novo Código de Processo Civil. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 36, n. 191, p. 299-318, jan. 2011.
- ABAD, Raphael Madeira. et al. *Execução Fiscal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p.351.
- BRASIL. [Código de Processo Civil (2015)]. *Lei n. 13.105, de 15 de março de 2015*. Código de Processo Civil. Brasília, DF: Presidência da República, [2015].
- BRASIL. [Lei de Execução Fiscal (1980)]. *Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1980].
- CÂMARA, Alexandre de Freitas. *Lições de direito processual civil*. 16. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. v. 2.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. O princípio do contraditório. In: *Fundamentos do processo civil moderno*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987. p. 84-100.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno et al. *Curso de Direito Processual Civil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. v. 5. p. 394.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. Teoria da exceção: a exceção e as exceções. *Revista de Processo: RePro*, São Paulo, v. 29, n. 116, p. 54-66, 2004. p. 56.
- GRECO, Leonardo. O princípio do contraditório. In: *Estudos de direito processual*. Campos dos Goytacazes: Ed. Faculdade de Direito de Campos, 2005. p. 547-552.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 19. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 1195.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2015.
- MONTENEGRO FILHO, Misael. *Curso de direito processual civil: teoria geral dos recursos, recursos em espécie e processo de execução*. São Paulo: Atlas, 2012.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz*. Revista Forense, São Paulo, v. 96, n. 351, p. 585-586, set. 2000.
- NERY, Rosa Maria de Andrade; NERY JÚNIOR, Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 410.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*: volume único. São Paulo: Método, 2011. p. 226.
- SOUZA, Demétrius Coelho. Exceção ou objeção de pré-executividade. *Revista Jurídica da Unifil, Londrina*, PR, ano 3, n. 3, p. 46-58, 2006. p. 47.
- SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de. *Exceção de pré-executividade*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2000. Disponível em: http://web.unifil.br/docs/juridica/03/Revista%20Juridica_03-4.pdf. Acesso em: 17 dez. 2016.

Artigo recebido em 14/3/2019.

Artigo aprovado em 30/3/2019.

Bernardo Silva de Seixas é Assessor de Desembargador.

Gabriela Costa de Oliveira Paiva é Advogada.