

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Francisco Fernandes de ARAÚJO*

1. A AUTONOMIA DO PROCESSO DE EXECUÇÃO

No sistema do Código de Processo Civil existe o Processo de Conhecimento, o Processo de Execução e o Processo Cautelar, todos com vida própria, embora com aplicação subsidiária de alguns princípios comuns entre eles (arts. 598, 615, III, etc.). A autonomia do Processo de Execução também está bem evidenciada pelo disposto no art. 269, do mesmo estatuto processual, que prevê a extinção do Processo de Conhecimento pelo mérito nas diversas hipóteses enumeradas em seus incisos, e ainda no art. 463, que dispõe ter o juiz cumprido e acabado o ofício jurisdicional ao publicar a sentença, deduzindo-se disso que, para o Processo de Execução é necessária a instauração de nova instância, pelo menos nas ações de natureza condenatória. Essa autonomia também está clara quando da execução de títulos extrajudiciais.

Conforme lapidar lição de Francesco Carnelutti, citado por Alberto Camiña Moreira, “O Processo de Conhecimento transforma o fato em direito, enquanto o Processo de Execução transforma o direito em fato”.¹ Entretanto, afigura-se-nos correto falar em fase de execução e não em Processo de Execução, quando se tratar de execução em ações de natureza declaratória, constitutiva, mandamental ou executiva lato sensu, que não dependem de Processo de Execução, mas apenas de execução.

1.1. O contraditório no Processo de Execução

Alberto Camiña Moreira, em defesa de tese de mestrado pela Faculdade de Direito da Pontifícia

Universidade Católica de São Paulo, agora transformada em livro, abordando a matéria da exceção da pré-executividade, registra que “Acórdão do Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo declarou inexistir contraditório no Processo de Execução, mas é afirmação cada vez mais isolada, embora prepondera, entre nós, o entendimento de que o contraditório, no Processo de Execução, é direito diferido aos embargos, no sentido de que é transferido aos embargos, mas os embargos não formam outro processo, outra relação processual, e, por isso, não se pode falar em diferimento do contraditório”.

Nelson Nery Júnior, prossegue Camiña, “preconiza a obediência do princípio do contraditório no Processo de Execução e dá como exemplo a própria exceção de pré-executividade, embora se insurja contra o nome do instituto. E Cândido Dinamarco também admite a existência de contraditório no Processo de Execução, embora entenda que é assunto a ser aprofundado”. Conclui o mesmo autor que “no direito alemão e italiano a execução não é promovida perante o juiz mas perante um executor judicial não perito em Direito, razão de não existir o contraditório naqueles países. Não obstante, autores, como Francesco Carnelutti e Giuseppe Tarzia, admitem a existência do contraditório no Processo de Execução, sendo que a exceção da pré-executividade só viceja amparada no contraditório”.²

Luiz Peixoto de Siqueira Filho, por sua vez, combatendo posições contrárias sobre a existência do contraditório em Processo de Execução, de Alcides de Mendonça Lima e de Enrico Tullio

(*) Mestrando do curso de Mestrado em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de Campinas.

Liebman, deixou assente que “É comum a estes dois posicionamentos a constatação de que o contraditório entraria ligado à atividade de conhecimento. Observe-se, também, que ambos os argumentos partem da constatação falsa de que inexistia atividade de conhecimento no Processo de Execução”. E mais adiante, assevera que: “... Proposta a demanda, o juiz passa a verificar se estão presentes as condições da ação e os pressupostos processuais, que dizem respeito à viabilidade do processo, mais ainda, ao objeto imediato do pedido... Disto conclui-se estar presente o princípio do contraditório no Processo de Execução, especificamente na matéria relativa à admissibilidade do processo”.³

Também já tivemos a oportunidade de abordar o tema do contraditório em Processo de Execução, há mais de uma década, concluindo pela existência de um **contraditório amplo** quando da oposição de embargos, e de um **contraditório mitigado** quando da defesa do executado sem oposição de embargos, como ocorre no caso da exceção de pré-executividade.⁴

2. A ORIGEM DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO DIREITO BRASILEIRO

O primeiro jurista a traçar os contornos desse meio de defesa foi Pontes de Miranda, em Parecer de 1966, encomendado pela Companhia Siderúrgica Mannesmann, que sofria várias execuções e pedidos de falência em diversas comarcas do País, sempre com base em títulos que continham assinatura falsa de um de seus diretores. Portanto, à luz do Código de Processo Civil de 1939 tal Parecer foi emitido, mas suas conclusões permanecem válidas para o Código de 1973.

Entretanto, Luiz Peixoto de Siqueira Filho alude a que José da Silva Pacheco, em seu Tratado das Execuções, já dizia mesmo antes de Pontes de Miranda, que “a defesa do executado não se esgota nos embargos e que esta poderia revestir-se de defesa imediata com demonstração cabal da impossibilidade do ato executivo, antes da sua concretização”.⁵

Pontes de Miranda sustenta, no referido Parecer que, “... Se o sacador ou aceitante da letra de câmbio, diz que a sua assinatura é falsa, ou que

o nome é igual, ou parecido, porém não foi ele que se vinculou ao título cambiário ou cambiárfome, o juiz tem de decidir quanto a isso, porque está em exame a pretensão à execução, e não o mérito da causa”.⁶

Como primeiros opositores à tese que admitia a exceção, levantaram-se as vozes de Enrico Tullio Liebman e de Alcides de Mendonça Lima, para quem a medida ensejaria indevidas manobras protelatórias do executado e enfraqueceria o próprio objetivo dos embargos. O autor por último citado defendeu sua posição em Parecer encomendado pela Cooperativa Central dos Produtores de Açúcar e Alcool Ltda. - Copersucar.⁷

2.1. Posições doutrinárias e jurisprudenciais

Luiz Peixoto Siqueira Filho,⁸ destaca diversos outros doutrinadores favoráveis à tese, dentre os quais Araken de Assis, Cândido Rangel Dinamarco, Carlos Renato de Azevedo Ferreira, Galeno Lacerda, Humberto Theodoro Júnior, José Alonso Beltrame, José Antonio de Castro, José da Silva Pacheco, Luiz Edmundo Appel Bojunga, Mário Aguiar Moura, Nelson Nery Júnior, Ovídio A. Baptista da Silva, Vicente Greco Filho etc., sendo que, em sentido contrário, foram detectados apenas os dois autores já mencionados, Enrico Tullio Liebman e Alcides de Mendonça Lima.

Mas entre os doutrinadores que se posicionam favoráveis à tese existe divergência quanto a alguns pontos, tais como em relação ao momento da oferta da exceção e à extensão da matéria a ser argüida, questões que serão analisadas em tópicos adiante.

Por outro lado, na jurisprudência pesquisada também boa parte dos tribunais se posiciona favoravelmente ao acolhimento da tese. Assim, decidiu o antigo Tribunal de Alçada Cível do Rio Grande do Sul, hoje incorporado ao Tribunal de Justiça daquele Estado, que pedido sobre a nulidade da execução pode ser feito a qualquer momento do processo.⁹

No mesmo sentido decidiram o Primeiro Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo,¹⁰ o Tribunal de Alçada de Minas Gerais,¹¹ o Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo,¹² o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro,¹³ e o Superior Tribunal de Justiça.¹⁴

Outras decisões no mesmo sentido podem ser encontradas in RT 511/221, 596/146; JTA 57/37, 95/128, 97/278 e 107/230; RJTAMG 18/111; RJTJESP 157/214.

3. QUESTÃO TERMINOLÓGICA. NATUREZA JURÍDICA

Alberto Camiña Moreira registra que “sobre o significado da palavra exceção houve profunda divergência entre os autores. Em relação à exceção de pré-executividade, apesar de o instituto ser pouco conhecido, já há controvérsia sobre a denominação. Nelson Nery Júnior critica o emprego do termo exceção, que encerra idéia de disponibilidade. Propõe o emprego de objeção, já que a argüição do devedor deve conter matéria de ordem pública, decretável de ofício”.¹⁵

Mas Camiña discorda de tal posição, sustentando, a nosso ver com razão, que o pedido de reconhecimento de prescrição em direito disponível, por exemplo, pode ser formulado por simples requerimento e não é matéria decretável de ofício. A propósito, Camiña nos dá a honra de citar em seu trabalho parte de artigo de nossa lavra, publicado na Revista de Processo n. 42, p. 106, nos seguintes termos: “... Bem por isso, Francisco Fernandes de Araújo, ao estudar a atuação do curador especial no processo de execução, concluiu que a matéria ‘pode ser argüida diretamente nos próprios autos da execução, sem oposição de embargos, seja porque há autorização expressa no art. 162 do Código Civil para a argüição a qualquer tempo, seja porque dispensa qualquer formalidade para ser alegada, seja porque sua natureza originária é de defesa”.¹⁶

Aliás, referido autor invoca também os ensinamentos de Couture, no sentido de que “Em su más amplio significado, la excepción es el poder jurídico de que se halla investido el demandado, que lhe habilita para oponerse a la acción promovida contra él”, e de Marcos Valls Feu Rosa, no sentido de que “A exceção de pré-executividade não é nem ‘exceção’, nem ‘pré’, nem de ‘executividade’, muito embora tenha usado essa expressão em sua obra na qual abordou a matéria. Não é ‘pré’ porque ao ser exercitada pressupõe a existência de um processo de execução, e a ‘executividade’ se abre verdadeiramente com o ato construtivo da penhora, mas a exceção poderá ser exercitada a qualquer

tempo, como se verá em outro tópico deste trabalho.¹⁷

Na verdade, prossegue Camiña, “a exceção de pré-executividade tem caráter defensivo, como o seu próprio nome diz; assim, deve ser afastada a idéia de que se trata de ação (Alberto dos Reis) ou processo incidental (Anselmo de Castro). Exceção de pré-executividade é incidente defensivo. Não goza de contemplação normativa, nem precisa, pois é latente no sistema processual. Para Antonio Scarance Fernandes, “o incidente constitui momento novo no processo, formado por um ou mais atos não inseridos na cadeia procedimental prevista pela lei”.¹⁸

Com efeito, a exceção não tem forma nem figura de juízo, resumindo-se a simples petição do executado. Ao contrário dos embargos, a exceção não enseja a produção de prova testemunhal nem pericial.

Ainda sobre a natureza jurídica da exceção de pré-executividade, releva observar que, depois de anotar que continua a existir divergência a respeito da matéria, Luiz Peixoto de Siqueira Filho afirma que “Tanto a exceção quanto a objeção são defesas contra o processo, sua distinção consiste em que, enquanto por meio das exceções são argüidas matérias das quais depende provocação para o conhecimento pelo juiz, por meio de objeção são argüidas matérias apreciáveis de ofício. No mesmo sentido Wellington Pimentel: “Parte da doutrina reconhece a existência de dois tipos de defesa contra o processo. As objeções, assim entendidas as alegações do réu contra o processo, versando a respeito de matéria sobre a qual pode o juiz, de ofício, se pronunciar, e as exceções processuais, entendidas como as que abrangem matéria em que se faz mister a argüição”.

“As matérias argüíveis mediante exceção de pré-executividade são de ordem pública, portanto são passíveis de ser apreciadas de ofício pelo juiz. Tendo isto em conta, chega-se à constatação de que a natureza jurídica da exceção de pré-executividade é de objeção”, arremata Luiz Peixoto.¹⁹

Porém, conforme já demonstrado, a prescrição de direito disponível, não reconhecível de ofício, também pode ser, segundo nosso entendimento, argüida mediante exceção de pré-exe-

cutividade e, então, a divergência sobre a natureza jurídica da exceção continuará a existir.

3.1. Momento para o exercício da exceção de pré-executividade. Prazo

Entende Alberto Camiña Moreira que não existe prazo para a sua prática, porque não contemplada legislativamente, e nem haveria razão de prazo preclusivo porque a natureza das matérias possíveis de serem alegadas não se subordina à peremptoriedade inerente à preclusão. Questões processuais de ordem pública podem ser alegadas a qualquer tempo; da mesma forma a prescrição, a decadência, o pagamento, a novação, a transação e a compensação.²⁰

Luiz Peixoto de Siqueira Filho, por sua vez, igualmente conclui que a arguição de ausência dos requisitos da execução poderá ocorrer em qualquer tempo ou grau de jurisdição, conforme disposto no art. 267, §3º, do CPC, como, aliás, também é o nosso entendimento. E essa autor invoca a posição de diversos outros doutrinadores, no sentido de que também eles se posicionam a favor do exercício da exceção mesmo depois da penhora, ato constitutivo que não pode constitui-se em óbice à utilização da exceção.²¹

Siqueira Filho pondera, no entanto, que não é questão pacífica na doutrina a relativa ao momento em que se poderá, no processo de execução, fazer uso da exceção de pré-executividade, havendo quem, por exemplo, sustente que a exceção deveria submeter-se ao prazo para se opor as demais exceções, que, no caso, seria de 15 dias, conforme dispõe o art. 305, do CPC, prazo esse contado do fato que dá ensejo ao exercício da exceção.²²

4. COMPETÊNCIA

A competência é pressuposto processual de validade e uma das hipóteses de exceção de pré-executividade. O Juízo competente para conhecimento da exceção é, evidentemente, o Juízo da execução. O mesmo regime dos embargos vale para a exceção de pré-executividade; assim, no juízo em que for aforada a execução, o executado oferecerá a sua defesa mediante simples requerimento e a qualquer tempo.

Se houver necessidade de ataque a ato praticado em Juízo deprecado, especialmente os

atos referentes à penhora, lá oferecerá a sua petição o devedor-executado. Assim também entende Alberto Camiña Moreira.²³

5. MEIO DE PROVA ADMITIDO

As fases do processo de execução compreendem a introdutória, a instrutória e a atribuição ou entrega de bens ao credor. A fase instrutória nada mais representa do que o ato de penhora, avaliação e venda de bens, inexistindo, assim, a fase apropriada para a instrução decorrente de discussão sobre o direito material envolvido no processo, já que tolhida esta discussão, de modo a inviabilizar a oitiva de testemunhas e a realização de prova pericial. Portanto, há que conciliar a força do título executivo com os limites da instrução. Por isso, nos limites da exceção de pré-executividade, sem oposição de embargos, a exemplo do mandado de segurança e da ação monitória, admite-se somente a prova documental.

Luiz Peixoto de Siqueira Filho adverte que, não obstante a prova preconstituída seja suficiente para o exame dos requisitos da execução, independente da oposição de embargos, se a exceção de pré-executividade tiver sido oposta antes do prazo para oposição destes, o oponente ainda terá a oportunidade de se valer de outras modalidades de prova no momento da oposição dos embargos, quando a possibilidade do contraditório se mostra ampla e plena.²⁴

5.1. A exceção de pré-executividade e os embargos

A possibilidade da convivência entre os dois institutos defensivos. O executado poderá se valer de uma ou outra via defensiva, ou ambas, conforme as circunstâncias e for de sua conveniência, obedecido sempre o princípio da lealdade processual. Se exercitadas as duas vias defensivas ao mesmo tempo, o juiz deverá apreciar como preliminar dos embargos a exceção de pré-executividade, em regra, conforme lição de Marcos Valls Feu Rosa, um profundo estudioso da matéria, citado por Alberto Camiña Moreira.²⁵ Dizemos 'em regra' porque, de acordo com a natureza da matéria, nem sempre a exceção poderá ser apreciada em primeiro plano. Assim, digamos que ocorra a arguição da prescrição

por meio de embargos, e o pagamento mediante exceção de pré-executividade. Nesse caso, a apreciação dos embargos dar-se-á em primeiro lugar, prejudicada a exceção em caso de procedência.

Mas não se admitem atitudes defensivas simultâneas sobre a mesma matéria, que se excluem por força da preclusão consumativa, de sorte que não é possível argüição de pagamento por meio de exceção e, concomitantemente, por meio de embargos, pois vedado é o "bis in idem". O que se admite é a presença simultânea dos dois institutos, mas versando sobre matéria distinta.

No entanto, se argüida matéria por meio de exceção de pré-executividade, que venha a ser rechaçada pelo juiz, por não se submeter ao regime da coisa julgada material, a mesma questão poderá vir a ser reapreciada em sede de embargos do devedor, se estes ainda puderem ser opostos no prazo legal.

Se os embargos opostos forem julgados pelo mérito, formando-se coisa julgada material, já não poderá a mesma matéria ser apreciada novamente em exceção de pré-executividade, conforme, aliás, se vê do disposto no art. 474, c/c art. 598 do CPC, salvo se se tratar de prescrição, pois o art. 162 do Código Civil permite a alegação dessa matéria "a qualquer tempo", além de outras questões de ordem pública, reconhecíveis igualmente a qualquer tempo (art. 267, §3º, do CPC, por exemplo).

Entende Alberto Camiña Moreira que a existência de recurso pendente sobre a improcedência de embargos não obsta a argüição e apreciação da exceção de pré-executividade em primeira instância, mas não percebemos como possa esse entendimento ter guarida, em razão do disposto no art. 463, c/c art. 598 do CPC, no sentido de que ao publicar a sentença de mérito, o juiz cumpre e acaba o ofício jurisdicional, só podendo alterá-la por meio de embargos declaratórios, nas hipóteses em que estes têm cabimento.

6. PROCEDIMENTO DA EXCEÇÃO

Formulará o executado petição endereçada ao Juízo em que tramita a execução, com exposição das razões com que infirma a pretensão do exequente. Deve o juiz, recebendo a petição, determinar a intimação do credor para se manifestar ou deve desde logo proferir decisão? Em suma, deve

oportunizar o contraditório sobre o incidente ou proferir julgamento no estado do processo?

Considerando que as matérias argüíveis estarão, em regra, compreendidas no disposto dos arts. 301 e 326 do CPC, é razoável que se empregue a analogia (art. 126), e por extensão do art. 598, concedendo o prazo de 10 dias ao exequente para falar sobre o incidente (art. 326 c/c art. 398). O julgamento imediato atenta contra os princípios da igualdade e do contraditório.

Mas cabe aqui a advertência de Luiz Peixoto de Siqueira Filho, no sentido de que "este comportamento põe em risco todo o processo de execução, pois, a todo momento, poderiam ser apresentadas argüições de nulidade com o fim único de perturbação do andamento processual. Por este motivo, caso se configure a mera protelação da execução, caberá ao juiz zelar pelo bom andamento do processo, aplicando a sanção prevista para o caso (arts. 600, II e 601, do CPC).²⁶

Ainda segundo o mesmo autor, que traduz o nosso entendimento, "É necessário ter em conta que, quando o juiz, no momento do despacho inicial, se depara com a ausência de um dos requisitos necessários à execução, ele não pode indeferir de plano a petição inicial. O art. 616 do CPC impõe que, antes desta providência, o autor seja chamado para suprir a deficiência no prazo de 10 dias, e só não atendendo é que se justifica o indeferimento da inicial.²⁷

E se a nulidade for argüida pelo exequente? Neste caso, embora remotíssimo, caberia aplicar o disposto no art. 569, interpretando-se como desistência da execução, mas, de qualquer forma, vale ressaltar que a discussão sobre o procedimento cabível à exceção de pré-executividade é ainda bastante recente, e os argumentos sustentados constituem-se num esforço para a harmonização desta nova figura com o Processo de Execução. Enquanto não se proceda à incorporação da exceção de pré-executividade na legislação, certamente a jurisprudência encarregar-se-á de dar maiores subsídios às especulações dos estudiosos do assunto.

Uma vez oposta a exceção de pré-executividade, entendemos que o processo deva ficar com o andamento em suspenso, por aplicação da analogia, permitida em direito processual (art. 126 c/c art. 598), com fundamento no art. 791, II, do CPC, que remete para as hipóteses previstas no art.

265, III, no sentido de que a execução ficará suspensa quando for oposta exceção de incompetência do juízo, da câmara ou do tribunal, bem como de suspeição ou impedimento do juiz.

6.1. Sanção pela não argüição da exceção da pré-executividade na primeira oportunidade.

A lei não fixa prazo para opor a exceção de pré-executividade, mesmo porque essa categoria de exceção também não está expressa em norma legal, mas nem por isso resulta que o executado não deva fazê-lo na primeira oportunidade em que se manifestar nos autos. Como o artigo 267, §3º, do CPC, é aplicável ao Processo de Execução, não resta dúvida que a sanção aí prevista, na parte final, incide sobre o executado que comparece ao processo e se furta ao ônus de esgotar as alegações que tiver, vedado o acumular de armas para serem utilizadas ulteriormente, em caracterização alicantina e afronta à dignidade da Justiça. Nesse caso, percebendo o juiz que houve intuito de procrastinação indevida, poderá deixar de condenar o exeqüente em honorários advocatícios, mesmo que a exceção seja julgada procedente, com fundamento no art. 22 do CPC, conforme ocorreu em argüição de prescrição feita tardiamente em processo de conhecimento.²⁸

7. MATÉRIAS ARGÜÍVEIS NA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INCIDENTE DE FALSIDADE

O exercício da atividade jurisdicional está condicionado a determinados requisitos. O juiz, quando recebe a petição inicial, deve verificar, de ofício, se estes requisitos estão presentes. Entretanto, a realidade é bem outra, seja em virtude do acúmulo de serviço, ou porque alguns vícios não são facilmente detectáveis, não é incomum escapar do exame inicial a ausência de algum dos requisitos necessários ao desenvolvimento da atividade executiva.

A construção doutrinária do que se convencionou chamar de exceção de pré-executividade, veio dar resposta à situação de impasse criada por falhas no controle da admissibilidade do processo executivo. Antigamente, devido ao mito dos embargos, acreditava-se que, mesmo nos casos de nulidade do processo, seria impossível, àquele que de forma

indevida figurasse no pólo passivo da relação processual executiva, argüir nulidades antes que se procedesse à penhora. Tendo sido superado o tabu da segurança do juízo, vislumbra-se a possibilidade de, por meio de exceção de pré-executividade, se dar notícia sobre a falta de preenchimento de todos os requisitos da execução.

Desse modo, é importante salientar que as matérias argüíveis por meio da exceção de pré-executividade devem ser daquelas que o juiz possa conhecer de ofício, mesmo porque é esse o fato pelo qual fica dispensada a segurança do juízo. São as chamadas matérias de ordem pública. Contudo, como em toda regra existe alguma exceção, entendemos que matérias como a prescrição e a decadência, em direitos disponíveis, o excesso de execução, o pagamento, a compensação, a novação etc., também possam ser argüidas sem a necessidade de oposição de embargos.

Apenas, exemplificativamente, citaremos alguns casos em que se apresenta a oportunidade de defesa por meio de exceção de pré-executividade no Processo de Execução. Assim, na ausência de pressupostos de constituição da execução (art. 267, IV, do CPC), como a falta de jurisdição, falta de sujeito de direitos, falta de petição inicial, falta de citação, falta de capacidade postulatória etc., bem como a ausência de pressupostos processuais de validade, como petição inicial apta, citação válida, juízo competente, juiz imparcial, capacidade processual das partes, etc.

Também os pressupostos processuais negativos são aptos a ensejar a defesa por meio de exceção de pré-executividade (art. 267, V), como a coisa julgada, a litispendência, a perempção e o compromisso arbitral (art. 301, IX), embora sobre este último paire controvérsia a respeito de sua classificação. As condições da ação (art. 267, IV), consubstanciadas na possibilidade jurídica do pedido, na legitimidade das partes e no interesse processual, também darão ensejo à defesa pelo meio mencionado, quando ausentes.

No que concerne à falta de legitimidade "ad causam", podemos enumerar alguns exemplos mais significativos:

a) - a pessoa cujo nome não conste da inscrição da dívida, não bastando a certidão mencionar o nome de um devedor acrescido da expressão "e outros";

b) - na exceção por cheque o executado que, mesmo sendo titular de conta conjunta, não assinou a cártula;

c) - o mandatário executado como responsável tributário, se a Fazenda Pública não apurar previamente sua responsabilidade em processo administrativo fiscal, devendo seu nome constar na certidão de dívida ativa;

d) - o sucessor na execução fiscal por multa, pois o sucessor é responsável pelos tributos pertinentes ao fundo ou ao estabelecimento adquirido, não, porém, pela multa, que, mesmo de natureza tributária, tem caráter punitivo;

e) - o fiador, pois a declaração de locatário da qual não participou o fiador, não é um documento que configure título executivo a legitimar execução contra este.

Já no que diz respeito à falta de interesse de agir, ocorrem situações em que podem ser argüidas igualmente sem oposição de embargos. Assim, se o quanto entranhado com a petição inicial não é título, há carência de ação, há falta de interesse-adequação se a ação executiva estiver lastreada em:

1) - carta de arrematação;

2) - fotocópia de nota promissória ou de cheque, salvo, quanto a este, se houver certidão de que o original permanece em cartório;

3) - nota promissória preenchida incorretamente, com aposição do valor correspondente a OTNs no lugar destinado à indicação do nome do beneficiário;

4) - contrato de financiamento adotando o sistema de cartão de crédito, porquanto não consigna obrigação de pagar quantia determinada;

5) - contrato de alienação fiduciária para execução de saldo devedor, se existir venda extrajudicial do bem, independentemente de prévia avaliação ou da anuência do devedor quanto ao preço, a retirar do contrato a característica de título executivo pela perda da liquidez;

6) - duplicata cujo saque corresponde a ato de novação de dívida, em desconformidade com a fatura, mesmo que aceita;

7) - contrato de comodato;

8) - duplicata extraída com base em contrato de locação de móveis, pois a duplicata com base em

contrato de prestação de serviços supõe obrigação de fazer, enquanto a locação supõe obrigação de dar;

9) - contrato de seguro relativo a responsabilidade civil por furto ou roubo de automóvel, porquanto o inciso III do art. 585 do CPC reconhece como título executivo apenas os seguros de vida e acidentes pessoais de que resulte morte ou incapacidade;

10) - contrato de cessão de direito de uso de linha telefônica, desprovido de força executiva;

11) - certidão de dívida ativa inscrita em repartição diversa da prevista em lei, ou que não discrimina, em se tratando de ICMS relativo a fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes, o preço total da alimentação e o valor integral da bebida, a descaracterizar a liquidez;

12) - instrumento particular de promessa de venda e compra de bem imóvel não-subscrito por duas testemunhas;

13) - contrato de locação mas com a finalidade de respaldar execução direta de verba correspondente a despesas de reparação de danos no imóvel;

14) - certidão de dívida ativa em execução fiscal movida por autarquia que atua como banco. O contrato de mútuo entre a autar-quia-banco e o tomador é título executivo, para execução no rito do CPC e não no rito da Lei 6.830/80, inadmitida a fungibilidade porque a execução estava embasada somente na certidão da dívida ativa;

15) - nota promissória porque o devedor teria adimplido a obrigação em concordata, sendo incerta a existência do crédito ou de remanescente; em sentido semelhante, tendo a Caixa Econômica Federal se habilitado no processo de concordata da devedora, não pode, depois, executar os antigos fiadores para cobrança de importâncias acessórias, não incluídas na habilitação;

16) - borderô de descontos, que não se caracteriza como documento particular, tal como o exige a segunda parte do art. 585, II do CPC;

17) - contrato de abertura de crédito em conta corrente mesmo que acompanhado de extrato de movimentação, por não representar obrigação de pagar quantia determinada;

18) - nota promissória de que não conste a data de emissão;

19) - letra de câmbio sem aceite;

20) - contrato de abertura de crédito e nota promissória, como assinalação, de modo unilateral, d o saldo devedor no verso da cambial; é mister que a inicial venha acompanhada do adequado demonstrativo contábil;

21) - nota promissória emitida com base em compra e venda mercantil, pois, para documentar o saque do vendedor, pela importância faturada, admite-se somente a duplicata;

22) - nota promissória sem indicação do nome do beneficiário, a infringir o art. 75, nº 5, da Lei Uniforme e o art. 54, III, do Decreto nº 2.044/1908;

23) - vale, que é começo de prova de dívida mas não é título executivo;

24) - cheque sem data de emissão;

25) - cheque furtado e com assinatura falsificada; mas se admitiu, como título, cheque furtado e na posse de terceiro de boa-fé;²⁹

26) - duplicata extraída com base em contrato de compra e venda para entrega futura, pois o negócio que enseja a emissão dessa espécie de título tem de ser puro;

27) - duplicata extraída para cobrança de juros e correção monetária de dívida paga pelo valor nominal em cartório de protestos, pois a duplicata é título causal e só pode ser emitida para cobrança de preço de mercadoria ou de serviço, sendo ilegal seu saque quando representativo de juros e correção monetária;

28) - duplicata extraída com base em contrato de "renting" (locação de equipamentos eletrônicos), pois pressupõe a compra e venda mercantil;

29) - duplicata extraída contra a Fazenda Pública, pois entendeu-se que contra esta só é possível execução com base em título judicial;

30) - duplicata extraída contra autarquia municipal, por existir proibição expressa pelos arts. 1º parágrafo único, e 6º da Resolução do Senado Federal n. 62/75, editada em conformidade com o art. 42, VI, da Constituição Federal de 1969;

31) - duplicata aceita por menor, sem a concorrente assinatura do pai;

32) - duplicata emitida com base em diferenças de frete apuradas em reajuste, pois, como título causal que é, só se admite quando vinculada a compra e venda mercantil ou prestação de serviços;

33) - contrato de compra e venda;

34) - duplicata emitida com base em contrato de comissão mercantil (consignação de venda e compra), que não se equipara a compra e venda;

35) - duplicata desacompanhada do comprovante de entrega da mercadoria;

36) - duplicata emitida com base em contrato de promessa de compra e venda de unidade autônoma, que não se equipara a prestação de serviços nem a compra e venda mercantil;

37) - contrato de honorários não-subscrito por duas testemunhas;

38) - duplicata não-aceita, não-protestada e sem comprovação documental da entrega e recebimento da mercadoria, defeito esse que pode ser alegado por intermédio de simples petição e que leva à inversão do ônus da prova;

39) - contrato de apoio à realização de espetáculo artístico, a depender de apuração de fatos, atribuição de responsabilidade e exegese de cláusulas contratuais;

40) - contrato de consórcio, no qual não há obrigação de o devedor pagar quantia determinada, mas prestação mensal a ser estabelecida em função do preço do bem, a depender de complexos cálculos, evidenciando falta de liquidez;

41) - contrato de "leasing" para cobrança do saldo devedor do contrato posterior à reintegração do arrendante na posse do bem, seja porque não há fundamento para cobrança das prestações vincendas posteriores á recuperação de posse do bem arrendado, seja porque a análise da execução não permite verificar sequer qual o número de prestações cobradas, o valor de cada uma, quais se referem às vencidas até a data da reintegração de posse e o abatimento do valor da venda dos veículos e a data até a qual foi feita a atualização ou se está sendo cobrado o valor residual, evidenciando, a um só tempo, falta de título executivo e falta de liquidez;

42) - título ainda não vencido.³⁰

Nessas hipóteses, quase todas elencadas na precitada obra de Alberto Camiña Moreira, é

possível a defesa sem os embargos, por meio de simples petição do executado no próprio processo de execução. Não entraremos no mérito da questão de cada caso apontado, para não alongar demasiadamente o presente trabalho, mesmo porque o nosso objetivo limita-se a demonstrar o vasto campo de possibilidade do exercício da exceção de pré-executividade.

Outrossim, no tocante à impossibilidade jurídica do pedido, como casuística apontamos as hipóteses a seguir, igualmente argüíveis por meio de exceção de pré-executividade:

I) - se a execução estiver baseada em documento assinado pelo devedor e por duas testemunhas reconhecendo uma dívida de jogo;

II) - o pretender-se na execução a expropriação contra a Fazenda Pública;

III) - na execução de obrigação de fazer objetivar coagir o devedor a cumprir especificamente a obrigação;

IV) - a pretensão de execução de crédito recair diretamente na pessoa do devedor e não sobre seus bens.

A discussão da causa “debendi”, admitida em alguns casos, é assunto a ser levado para os embargos. Na exceção de pré-executividade não tem cabimento defesa dessa natureza. A exceção é via hábil para atacar-se defeito do título, desde que não dependa de prova a ser produzida, salvo a documental, e desde que a alegação do executado aponte vício que possa ser verificado com a leitura mais atenta do título.

No que diz respeito ao incidente de falsidade, que tem natureza de ação declaratória, reina controvérsia na jurisprudência sobre a admissibilidade, ou não, no Processo de Execução.³¹ Doutrinadores como Pontes de Miranda e Cândido Rangel Dinamarco admitem-no na execução, conforme observa Camiña, que também é favorável a essa medida.³²

Por outro lado, o renomado jurista João Batista Lopes não admite declaração incidental no Processo de Execução, mas concorda em que o executado possa, nos embargos, fazer pedido declaratório dessa natureza, “já que é perfeitamente possível o surgimento de controvérsia sobre a existência da questão prejudicial de que dependa a

sorte dos embargos”.³³ Este também é o nosso entendimento.

8. QUEM PODE EXCEPCIONAR

De ordinário é o executado (ou seus sucessores) que se opõe à execução. Os titulares dos bens que ficam sujeitos à execução, conforme rol do art. 592 do CPC também têm legitimidade para o mesmo mister.

Marcos Valls Feu Rosa, citado por Luiz Peixoto de Siqueira Filho, entende que o próprio credor tem legitimidade para argüir eventuais nulidades do processo de execução, pois o seu objetivo é unicamente a satisfação do crédito, que só será alcançado se o processo for constituído regularmente e desenvolver-se de acordo com os ditames da lei.³⁴

Também Luiz Peixoto conclui que “estariam legitimados para opor a exceção de pré-executividade o credor, o devedor e terceiros cujos bens fossem ameaçados pela execução. O que significa que, suscitada a nulidade no processo, por quem seja legitimado para tal, obrigatoriamente o resultado será uma decisão do juízo, positiva ou negativa, a respeito da questão... Além do mais, os requisitos da execução são apreciáveis de ofício, independentemente de qualquer provocação. No momento em que se dá a notícia da nulidade no processo, pouco importa quem o faça, podendo mesmo partir do serventuário responsável pelo processo tal notícia”.³⁵

9. DECISÃO DO JUIZ. RECURSOS

O tema não oferece maiores dificuldades. Extinto o processo de execução por sentença definitiva ou terminativa, em decorrência da provocação por meio da exceção de pré-executividade, o recurso cabível é o de apelação.

Se o incidente não logrou êxito, seja por ter sido rejeitado liminarmente, seja porque após regular cognição não convenceu o julgador, o recurso cabível é o de agravo de instrumento. Incabível o agravo retido, posto que não haverá oportunidade para ulterior apelação, diversamente do que ocorre nos embargos.

Observa Luiz Peixoto de Siqueira Filho que “Existe divergência na doutrina a respeito de a

decisão que o juiz tomaria se fosse acolhida a arguição de nulidade. A corrente minoritária defende que mesmo havendo ocorrido a citação do devedor, o caso seria de indeferimento da inicial, enquanto, de outro lado, o entendimento majoritário é de ser impossível o indeferimento da inicial após a efetivação da citação, já que o despacho de citação contém em si o deferimento da inicial; assim, seria pouco técnico e fora de lógica entender ser possível indeferir a inicial após o advento da citação do devedor”.³⁶

Releva observar também que a extinção do processo sem julgamento do mérito, nova execução baseada no mesmo título executivo poderá ser proposta, desde que observado o disposto no art. 268 do CPC, com aplicação ampliada ao processo de execução pelo disposto no art. 598. Mas se o autor der causa, por três vezes, à extinção do processo pelo fundamento previsto no inciso III do art. 267, não poderá intentar nova ação contra o réu com o mesmo objeto, ficando-lhe ressalvada, entretanto, a possibilidade de alegar em defesa o seu direito, conforme está previsto no parágrafo do art. 268.

10. CUSTAS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

O §4º do art. 20 do CPC, com redação dada pela Lei nº 8.952/94, estabelece: “Nas causas de pequeno valor, nas de valor inestimável, naquelas em que 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”. Assim, não resta dúvida que cabem honorários advocatícios nos processos de execução, haja ou não oposição de embargos.

Se houver oposição de embargos, a parte sucumbente arcará com as custas e demais despesas do processo. E no caso de não oposição de embargos, mas de oposição de exceção de pré-executividade, também permitida implicitamente pela expressão “ou não”, e se houver acolhimento com extinção do processo, entendemos que, nesse caso, caberá ao exequente a responsabilidade não só pelas custas e demais despesas do processo, mas também pelos honorários a favor do patrono do executado, e isto por duas razões relevantes: a) os honorários

pertencem ao advogado, por força de seu estatuto (art. 23 da Lei nº 8.906/94); b) e mesmo que assim não fosse, não seria justo que o executado, que não podia estar no processo senão por intermédio de advogado, tivesse de arcar com os honorários de seu patrono.

11. ALGUMAS CONCLUSÕES

a) - O Processo de Execução goza de autonomia em relação aos Processos de Conhecimento e Cautelar.

b) - O princípio do contraditório se aplica plenamente nos embargos à execução e aparece de forma mitigada nos casos de oposição de exceção de pré-executividade ou defesa sem embargos. A propósito do tema, artigo de nossa lavra publicado na Revista de Processo nº 42, ps. 89/113, 1986, onde abordamos a matéria com maior amplitude.

c) - Coube a Pontes de Miranda o primeiro Parecer sobre o exercício prático da exceção de pré-executividade, mas José da Silva Pacheco já doutrinava bem antes sobre a defesa na execução sem embargos.

d) - Predomina o entendimento doutrinário sobre a admissibilidade da exceção de pré-executividade no Processo de Execução, havendo apenas divergências pontuais em relação ao momento e à extensão de sua aplicação. O seu exercício insere-se nas atitudes comprometidas com a efetividade do processo, preocupação dominante dos estudiosos da matéria.

e) - A exceção de pré-executividade tem natureza de objeção porque a maioria das matérias argüíveis por esse meio podem ser decididas de ofício.

f) - A exceção de pré-executividade pode ser argüida a qualquer tempo, mas o excipiente deve fazê-lo na primeira oportunidade que tiver de falar nos autos, para ficar ileso de punição judicial.

g) - A competência para a exceção de pré-executividade é do Juízo da execução, mas também pode ser do Juízo deprecado, quando nele forem praticados os atos que ensejam a sua oposição.

h) - A exemplo do mandado de segurança e da ação monitória, na exceção de pré-executividade só comporta a prova documental preconstituída.

i) - Em regra, o exercício da exceção não impede o uso dos embargos. Se forem concomitantes, aquela deve ser apreciada preliminarmente. Em determinados casos, no entanto, como a argüição de prescrição nos embargos, e a de pagamento na exceção, esta ficará prejudicada se a prescrição for acolhida nos embargos.

j) - Argüida a exceção de pré-executividade, entendemos deva ser aplicado o art. 616 (prazo de 10 dias), por analogia, para o exequente se manifestar. Se houver abuso na argüição, cabe ao juiz aplicar a sanção dos arts. 600, II e 601, do CPC; se a argüição da exceção partir do exequente, situação remotíssima mas possível, deve ser interpretada como desistência da execução (art. 569).

k) - Na esteira de Luiz Peixoto de Siqueira Filho, Ovídio A. Baptista da Silva, Araken de Assis e outros, entendemos que uma vez argüida a exceção deve o processo de execução ter seu andamento suspenso, por aplicação da analogia (art. 791, II).

l) - A injustificada não-argüição da exceção na primeira oportunidade deve levar à sanção de não concessão de honorários, mesmo que a exceção seja acolhida, porque a atitude do executado é incompatível com a lealdade processual (art. 22 do CPC).

m) - As matérias argüíveis na exceção de pré-executividade são de ordem pública, que podem ser decididas de ofícios (pressupostos processuais e condições da ação), e também outras de natureza relevante para a defesa, como a prescrição de direito disponível, o pagamento (objeção substancial), a transação, a compensação (que opera efeitos 'ipso jure' e permite sua dedução) e a decadência (em execução fiscal).

Na esteira do autorizado doutrinador João Batista Lopes, entendemos não caber ação declaratória incidente no Processo de Execução, por meio de exceção de pré-executividade, matéria que poderá, no entanto, ser argüida em sede de embargos, porque nestes se desenvolve plenamente o princípio do contraditório.

n) - Todos os titulares de direitos sobre bens que possam vir a ser objeto de constrição judicial no Processo de Execução têm legítimo interesse para exercer a exceção de pré-executividade. Assim,

legitimados estão o executado, os que têm responsabilidade patrimonial secundárias e alguns terceiros.

o) - Não cabe o recurso do agravo retido em sede de exceção de pré-executividade, porque não haveria depois a possibilidade de sua apreciação pelo tribunal. A matéria, no entanto, ainda carece de um maior e melhor estudo.

12. BIBLIOGRAFIA

ABRÃO, Carlos Henrique, Exceção de Pré-Executividade na Lei nº 6.830/80, Revista Dialética de Direito Tributário, nº 22/11, julho 1997.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de, Revista de Processo nº 42, São Paulo, 1986.

ASSIS, Araken de, Manual do Processo de Execução, Revista dos Tribunais, São Paulo, 4ª edição, 1997.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel, A Exceção de Pré-Executividade, Revista de Processo nº 59/61, São Paulo.

BORGES, José Souto Maior, O Contraditório no Processo Judicial, Malheiros, São Paulo, 1996.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda, Exceção de Pré-Executividade, Aspectos Teóricos e Práticos, Revista Dialética de Direito Tributário, nº 24.

DINAMARCO, Cândido Rangel, Execução Civil, Malheiros, São Paulo, 1997.

, A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, São Paulo, 3ª edição, 1996.

FREITAS, José Lebre de, A ação Executiva à Luz do Código Revisto, Coimbra Editora, Portugal, 2ª edição, 1997. (Nota: CPC português).

LOPES, João Batista, Ação Declaratória, Revista dos Tribunais, São Paulo, 4ª edição, 1995.

MOREIRA, Alberto Camiña, Defesa sem Embargos do Executado, Saraiva, São Paulo, 1998.

ROSA, Marcos Valls Feu, Exceção de Pré-Executividade, Sérgio A. Fabris, Porto Alegre, 1996.

SIQUEIRA FILHO, Luiz Peixoto de, Exceção de Pré-Executividade, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997.

THEODORO JÚNIOR, Humberto, *Processo de Execução*, Editora Universitária de Direito, São Paulo, 18ª edição, 1997.

VITTA, Heraldo Garcia, *Exceção de Pré-Executividade*, *Revista Literária de Direito*, maio e junho de 1997.

NOTAS

- (1) Defesa sem Embargos do Executado, Saraiva, São Paulo, 1998, p. 3.
- (2) Id., ps. 9 e segs.
- (3) Exceção de Pré-Executividade, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997, p. 17.
- (4) ARAUJO, Francisco Fernandes de, *Revista do Processo* n. 42, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1986, ps. 89/113.
- (5) Ob. cit., p. 63.
- (6) MOREIRA, Alberto Camiña, Ob.cit., p. 9 e segs.
- (7) Id., p. 24.
- (8) Ob. cit., ps. 41, 56/60.
- (9) Apelação n. 185037405, 3ª Câmara, acórdão de 4.9.85, rel. Juiz Celso Vicente Rovani.
- (10) Agravo de Instrumento nº 350.619, 4ª Câmara, rel. Juiz José Bedran.
- (11) Apelação n. 23.847, acórdão de 14.2.84, publicado no DJMG em 31.10.84, rel. Juiz Maurício Delgado.
- (12) *Revista do Tribunal de Justiça do Espírito Santo* nº 43/228, 1988.
- (13) *Revista dos Tribunais* nº 511, maio de 1978, ps. 221/2.
- (14) RT 671/187 e *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, n. 40/447.
- (15) Ob. cit., p. 35.
- (16) Ob. cit., p. 152.
- (17) Id., p. 32.
- (18) Id., p. 37.
- (19) *Exceção de Pré-Executividade*, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 1997, p. 84.
- (20) Ob. cit., p. 55.
- (21) Ob. cit., ps. 64/65.
- (22) Id., p. 62.
- (23) Ob. cit., ps. 72 e segs.
- (24) Ob. cit., p. 75.
- (25) Ob. cit., p. 45.
- (26) Ob. cit., p. 76.
- (27) Id., p. 77.
- (28) RJTJERGS n. 150/452.
- (29) RT 645/174.
- (30) RE n. 100.397-9, in JSTF, Lex, vol. 90, ps. 69/96.
- (31) RT 638/116; AI n. 270.537, 3ª Câmara do 1º TACSP, julgado em 6.2.80, rel. Juiz Geraldo Roberto.
- (32) Ob.cit., p. 122.
- (33) Ação Declaratória, *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 4ª edição, 1995, ps. 141/142.
- (34) Ob. cit., p. 66.
- (35) Id., p. 67.
- (36) Id., p. 81.