

O FIM DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE?

Jaime Loureiro - Juiz de Direito

1. Origem e Fundamento

Introduzida em nosso direito por Pontes de Miranda, a exceção de pré-executividade, teve sua denominação criticada por alguns, também sendo intitulada exceção de não-executividade, objeção de pré-executividade ou objeção de não-executividade.

Ao longo dos anos ganhou força na doutrina e na jurisprudência pátria, recebendo guarida inclusive em julgados do Colendo Superior Tribunal de Justiça – STJ.

Sua finalidade é permitir que o executado se oponha à execução sem a necessidade de submeter seu patrimônio à penhora, evitando que permaneça constricto durante a longa espera que pode ocorrer pela decisão dos embargos à execução, em razão do notório acúmulo processual na grande maioria dos juízos. Especialmente quando há argumento que conduza à procedência dos embargos.

Todavia sua admissibilidade é limitada ao exame dos pressupostos processuais, condições da ação ou matérias cuja prova seja pré-constituída, não se admitindo dilação probatória, consoante reconhecido na decisão abaixo que se transcreve *ipsis litteris*:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - ART. 618, I, DO CPC - PREQUESTIONAMENTO AUSENTE - LIQUIDEZ DO TÍTULO DE JUDICIAL - NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

1. O meio de defesa do executado são os embargos à execução, podendo, excepcionalmente, ser admitida a exceção de pré-executividade.

2. A exceção de pré-executividade restringe-se às matérias de ordem pública e aos casos em que o reconhecimento da nulidade do título possa ser verificada de plano, sem necessidade de dilação probatória. Precedentes.

3 - Agravo regimental improvido.

(Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 585619/RJ (2004/0021239-2), 2ª Turma do STJ, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins. j. 13.12.2005, unânime, DJ 20.02.2006).

Relevante considerar que, embora defendida pela doutrina e pela jurisprudência, a exceção de pré-executividade não possui fundamento legal específico, não possuindo procedimento definido, delimitações legais quanto ao seu cabimento ou acerca de seus prazos.

2. A Exceção de Pré-Executividade após a Reforma do Código de Processo Civil

Com a nova redação dada aos artigos 736 e 738, aliada à revogação do artigo 737, ambos do Código de Processo Civil, pela Lei nº 11.382/2006, não mais se exige a garantia do juízo para a oposição de embargos pelo executado. Vejamos:

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

Parágrafo único. Os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado, e instruídos com cópias (art. 544, § 1º, in fine) das peças processuais relevantes.

Art. 738. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação. (JURIS PLENUM OURO, 2009).

Assim, não havendo mais a necessidade de garantir o juízo através de penhora ou caução para que o executado oponha seus embargos, não haveria mais razão para se lançar mão da exceção de pré-executividade, podendo os argumentos ser apresentados através dos embargos sem que ocorra constrição judicial de qualquer bem.

O mesmo se aplicaria à impugnação ao cumprimento da sentença prevista nos artigos 475-J, § 1º, e 475-L da supracitada Lei Adjetiva Civil, que se dá através de simples petição e não de ação (embargos).

O referido artigo 475-J, § 1º, do Código de Processo Civil assim dispõe:

§ 1º Do auto de penhora e de avaliação será de imediato intimado o executado, na pessoa de seu advogado (arts. 236 e 237), ou, na falta deste, o seu representante legal, ou pessoalmente, por mandado ou pelo correio, podendo oferecer impugnação, querendo, no prazo de quinze dias. (JURIS PLENUM OURO, 2009).

Não obstante, haja a previsão do prazo de 15 (quinze) dias para a impugnação a contar da intimação do auto de penhora e avaliação, nada impede que o impugnante se antecipe e apresente sua defesa antes da garantia do juízo.

Em outras palavras, é direito do executado ser intimado da penhora para que tenha a oportunidade de impugnar, contudo, tomando conhecimento do pedido de cumprimento da sentença, é lícito apresentar sua impugnação antes mesmo da efetivação da constrição.

Importante salientar que não há matéria passível de oposição através de exceção de pré-executividade que não possa também ser aduzida por meio de impugnação ao cumprimento de sentença ou de embargos à execução sem a necessidade de garantia do juízo.

Na realidade, matérias de ordem pública devem ser apreciadas de ofício pelo magistrado, podendo a parte valer-se até mesmo de uma simples petição para suscitá-las em qualquer fase

processual.

Ademais, ao contrário da exceção em tela, que não possui previsão legal e a jurisprudência exige prova pré-constituída, a impugnação e os embargos admitem a dilação probatória por todos os meios de prova em direito admitidos, tais como perícias e depoimento de testemunhas.

Uma vez impugnada ou embargada a execução sem a garantia do juízo, caso eventualmente venham a surgir, após a penhora, questões que necessitem ser abordadas e guerreadas, nada obsta a apresentação de nova impugnação ou embargos, como admitido nos casos de reforço de penhora ou de nova constrição decorrente de anulação de penhora anterior.

As matérias a serem argüidas, no entanto, se limitariam a circunstâncias surgidas ou direitos violados por ocasião da penhora, não se admitindo a reiteração de argumentos apresentados na manifestação original.

3. A Sobrevivência da Exceção de Pré-Executividade

A principal razão de ainda subsistir a exceção de pré-executividade se verifica em relação às execuções fiscais, uma vez que o artigo 16, §1º, da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/1980) permanece a exigir a garantia do juízo para a oposição de embargos, sendo o Código de Processo Civil fonte subsidiária de caráter geral que não prevaleceria frente à norma de caráter especial.

Porém a matéria não é unânime e a interpretação sistemática ou mesmo futuras reformas da legislação certamente conduzirão à admissão, mesmo nos executivos fiscais, da oposição de

embargos sem a garantia prévia do juízo, fulminando ainda mais a utilidade da exceção de pré-executividade.

Também é de se consignar que as decisões de nossos Tribunais ainda sustentam o amplo manejo da exceção de pré-executividade, não obstante a atual sistemática processual possuir meios próprios para atingir os mesmos fins.

Em verdade, a exceção de pré-executividade, assim como não possui previsão legal, também não possui vedação legal e permanece a ser amplamente empregada e defendida.

Nas palavras de Adriano Perácio de Paula, advogado, Doutor em Direito pela UFMG e professor de Direito Processual Civil:

“Também por conta disso, a perda de objeto é o que se afigura a exceção de pré-executividade. A esse respeito, clara a Exposição de Motivos do Projeto de Lei que redundou na presente Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006, deixando confessado este propósito:

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

Desse modo, é preciso salientar que não haverá prejuízos a quem busque exercitar o pleno contraditório e a ampla defesa, e como não há necessidade de segurança do juízo da execução pela penhora, o executado não tem que dispor de seu patrimônio para promover a discussão reputada necessária.

Especialmente tendo em vista que oposta a exceção de pré-executividade, esta não suspendia

qualquer ato executivo, e ainda deixava certas perplexidades no ar, pois quando acolhida, o recurso cabível era o de apelação; ao passo que, se rejeitada, a interposição pertinente a atacar o ato decisório era o agravo de instrumento.

Conquanto, é preciso ter em conta que este vaticínio do legislador pode não se realizar na prática forense, que já adotou e conduz a exceção de pré-executividade de maneira até natural. Além do que, existe o hábito brasileiro já sedimentado de que somente se admite a revogação de um determinado instituto quando vem declinado expressamente. Mas, não se deve esquecer que a exceção de pré-executividade não pode ser revogada por lei, uma vez que não é por lei que ela se criou.”

Destarte, embora a intenção do legislador fosse de banir a exceção de pré-executividade de nosso sistema processual, quando da reforma do Código de Processo Civil, a maioria dos operadores do direito continuam a valer-se de seu emprego, não obstante a previsão expressa em lei de outros meios para promover a defesa dos direitos a que esta se destina.