

**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
NÚCLEO DE PÓS-GRADUAÇÃO E EXTENSÃO
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO
COORDENAÇÃO: PROF. VALTON PESSOA
26 DE OUTUBRO DE 2009**

**DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO
DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO**

CAMILA GUIMARÃES LOPES¹

RESUMO

A exceção de pré-executividade surgiu em 1969, por intermédio de Pontes de Miranda. A natureza jurídica da exceção de pré-executividade é de incidente processual. A apresentação da exceção dispensa a necessidade de garantia do juízo. A exceção de pré-executividade não tem forma rígida, podendo ser apresentada através de petição simples. Após a apresentação da exceção, as partes serão o excipiente e excepto, anteriormente executado e exequente, respectivamente. A apresentação da exceção de pré-executividade pode ocorrer a qualquer tempo. Mesmo se tratando de instituto não previsto em lei, de construção doutrinária e jurisprudencial, a exceção de pré-executividade tem sido empregada no Direito Processual do Trabalho. A doutrina se divide com autores que limitam a abrangência da exceção às matérias de ordem pública e, de outro lado, com aqueles que conferem maior amplitude à mesma. Acertada é a constatação de que a exceção é admitida em qualquer caso em que se verifique a possibilidade de demonstração imediata da matéria alegada, sem dilação probatória, independentemente de se tratar de questão de ordem pública. A exigência para validade da matéria argüida na exceção é que a mesma possua prova pré-constituída. É cabível a exceção em sede de execução fiscal. Não obstante a ausência de previsão legal, para que a defesa sem constrição garanta efeito suspensivo à execução, necessário que a mesma seja apresentada no prazo de garantia do juízo, em caráter de urgência. O incidente utilizado após a penhora não terá o condão de suspender a execução, a menos que sobrevenha determinação judicial nesse sentido. O julgamento da defesa sem constrição pode resultar em decisão com natureza interlocutória, terminativa ou definitiva. Sendo aceita a exceção, o juiz extingue a execução, possibilitando a interposição de agravo de petição. Caso o Juiz rejeite a exceção, essa decisão tem caráter interlocutório e, portanto, é de imediato irrecurável no processo do trabalho, cabendo ao executado retomar o tema quando da oposição de embargos à execução e agravo de petição. É essencial manter o caráter interlocutório no caso da decisão que rejeita a exceção, sob pena de tornar-se forma de protelar a solução do processo.

Palavras-chave: Exceção, pré-executividade, constrição, execução, processo, trabalhista, suspensivo, recorribilidade.

¹ Pós-Graduanda do Curso de Pós-Graduação em Direito Material e Processual do Trabalho, coordenado pelo Prof. Valton Pessoa. Artigo apresentado como trabalho de conclusão de curso.

1 INTRODUÇÃO

Fruto de construção doutrinária, a exceção de pré-executividade surgiu em 1969 e vem tomando forma ao longo do tempo, principalmente através da jurisprudência pátria.

Ainda sem previsão legal específica, a utilização dessa modalidade de defesa sem constrição encontra diversas posições divergentes entre doutrinadores e operadores do direito, mas vem sendo suportada e aplicada não apenas no Processo Civil, mas também na esfera trabalhista.

Nos pontos iniciais deste artigo, buscou-se abordar, resumidamente, alguns aspectos em torno do surgimento da exceção de pré-executividade, a sua natureza jurídica e divergências em torno da nomenclatura do instituto.

Ainda com o mesmo propósito, foi apresentado o objetivo da exceção de pré-executividade, além de algumas peculiaridades acerca da garantia do juízo. Também foram trazidas questões referentes à forma, legitimidade e prazo para apresentação da exceção, pontos uníssonos entre os doutrinadores.

Em seguida, foi desenvolvido ponto específico acerca da utilização da exceção de pré-executividade, defesa de natureza civil, no âmbito trabalhista.

No capítulo subsequente, foram apontadas duas linhas de entendimento que definem as matérias que podem ser argüidas em sede de exceção de pré-executividade, trazendo, para cada uma delas, posições doutrinárias e jurisprudenciais. Esgotado esse ponto, tratou-se de avaliar o cabimento da exceção em processo de execução fiscal.

Prosseguindo com o tema, foi abordado outro ponto de grande embate, atinente aos efeitos da defesa sem constrição na própria execução. Nesse item foram trazidos dois blocos de posições doutrinárias, um defendendo a existência de efeito suspensivo como consequência da apresentação da exceção e outro sustentando a impossibilidade legal de atribuição de tal efeito em sede de execução. Também foi criado sub-tópico, no qual se apontou a possibilidade de apresentação da exceção mesmo após o transcurso do prazo para oposição de embargos.

O último ponto do trabalho destinou-se ao estudo dos efeitos da decisão que julga a exceção de pré-executividade e, ainda, do cabimento de agravo de instrumento e agravo de petição para cada uma das espécies de decisão.

2 DO SURGIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

No que atine ao surgimento da exceção de pré-executividade a doutrina é uníssona em sustentar que a inserção desse meio de defesa no ordenamento jurídico brasileiro ocorreu em 1969, por intermédio de Pontes de Miranda, quando da emissão de parecer sobre a possibilidade de apresentação de defesa em sede de execução, sem a necessidade de garantia do juízo, ante à flagrante ilegalidade da ação.

Discorrendo sobre este fato ALEXANDRE CÂMARA², relata que:

Trata-se do famoso “caso Mannesmann”, ocorrido em 1966, em que diversas demandas executivas (inclusive de natureza concursal, através de requerimentos de falência) foram ajuizadas em face da Companhia Siderúrgica Mannesmann, com base em títulos falsos, demandas estas que geravam um grave problema para a demandada, que, para embargar a execução, precisaria garantir o juízo através do oferecimento de bens à penhora (embora de títulos sabidamente falsos). Surge, então, do parecer de Pontes de Miranda, esta segunda forma de defesa do executado, dentro do próprio processo executivo, a que se deu o nome de exceção de pré-executividade.

Assim, percebe-se que seu advento ocorreu no âmbito processual civil, porém, face à sua grande utilidade e aplicabilidade, segundo RODRIGUES PINTO³, “já no final do século XX, saltou para o processo do trabalho”.

Convém destacar que o instituto em estudo constituiu-se e ganhou força através da doutrina e da jurisprudência, sendo certo que, até os dias atuais, ainda não foi resguardado abrigo legal que o discipline.

² CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16 ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008, p. 389.

³ PINTO, José Augusto Rodrigues. Execução Trabalhista: estática, dinâmica e prática. 11. ed., São Paulo: LTr, 2006, p. 250.

3 DA NOMENCLATURA DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Como explica RODRIGUES PINTO⁴, o instituto leva o nome de exceção de pré-executividade por assim ter sido batizado pelo seu idealizador, sendo difundido dessa forma no universo jurídico.

Avaliando a nomenclatura do instituto, ALEXANDRE CÂMARA⁵ se posiciona indicando que o mesmo leva rótulo equivocado. Segundo o citado jurista, o termo “exceção” apenas deve ser empregado nos casos de defesa que só pode vir a ser conhecida através de provocação da parte interessada. Pondera, nesse sentido, que a defesa fundada em matéria que pode ser conhecida de ofício pelo julgador deve ser chamada de objeção.

Por essa razão, o autor prefere substituir o termo “exceção” por objeção de pré-executividade. Assim veja-se:

É de se dizer, neste momento, que a denominação “exceção de pré-executividade”, embora tradicional [...], não é das mais apropriadas. [...] Como se sabe, a denominação exceção foi, tradicionalmente, reservada para aquelas matérias de defesa que só podem ser conhecidas mediante alegação do interessado. [...] Para se referir às matérias de defesa que podem ser conhecidas de ofício, a doutrina sempre preferiu reservar o nome objeção. 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. [...] Em outros termos, consiste a defesa aqui examinada na alegação de que não pode haver execução.

Apesar da escuridão explanada acima, considerando que o termo exceção de pré-executividade já se encontra amplamente difundido, de forma notória e tradicional, o instituto assim será tratado ao longo do presente estudo. Além disso, consoante será explicitado mais adiante, a exceção de pré-executividade não se limita a questões de ordem pública, razão pela qual não soaria correto utilizar-se do termo objeção.

⁴ PINTO, José Augusto Rodrigues. Execução Trabalhista: estática, dinâmica e prática. 11. ed., São Paulo: LTr, 2006, p. 250.

⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 390.

Ademais disso, esclareça-se que o presente estudo não tem por escopo apontar as divergências conceituais em torno da exceção, mas sim trazer ao leitor pontos de maior relevo, tais quais as matérias passíveis de argüição e a recorribilidade da decisão.

4 DA NATUREZA JURÍDICA

A definição da natureza jurídica de um instituto é importante para delimitação das regras às quais se submete o mesmo, ou seja, qual a forma de processamento e, especialmente como preceitua MISAEL MONTENEGRO FILHO⁶, “a natureza da decisão que lhe põem termo, definindo, em via de consequência, qual o instrumento recursal que deverá ser manejado para o seu ataque”.

Para a maioria da doutrina e jurisprudência, a natureza jurídica da exceção de pré-executividade é de incidente processual. Corroborando com essa tese, cite-se a lição de MISAEL MONTENEGRO FILHO⁷:

Na nossa reflexão, e de acordo com o posicionamento quase unânime da doutrina e jurisprudência, entendemos que a exceção de pré-executividade qualifica-se como incidente processual (assim como a impugnação ao valor da causa, a exceção de incompetência relativa, o incidente de falsidade documental etc.), processando-se não no bojo da ação de execução, mas em instrumento em apartado, sendo a decisão que põem fim ao incidente prejudicial em relação à demanda executiva, pela só razão de poder impor a sua extinção sem a satisfação do crédito reclamado pelo autor, que se auto-intitulou credor.

No mesmo sentido, posiciona-se a jurisprudência pátria, sustentando que “não extinta a execução, a exceção de pré-executividade tem caráter de mínimo incidente processual, descabendo impor-se o encargo da verba de patrocínio”.⁸

Dessa forma, conclui-se que a natureza jurídica da exceção de pré-executividade é de incidente processual, ou seja, argüição prejudicial de mérito, cuja decisão põe fim ao processo, caso acatada, e se rejeitada, implica no retorno da ação ao seu trâmite regular.

⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de Direito Processual Civil, volume 2: Teoria Geral dos Recursos, recursos em espécie e processo de execução. São Paulo: Atlas, 2006, p. 588.

⁷ MONTENEGRO FILHO, Misael. Op. cit., p. 588.

⁸ REsp 442.156 – SP, 5ª Turma do STJ, rel. Min. JOSÉ ARNALDO, j. 15.10.2001, DJ 28.06.2004, p. 336.

Vale destacar, dessa forma, que nem mesmo no processo civil serão cobrados encargos ou custas para o processamento e julgamento da exceção de pré-executividade.

5 DO OBJETIVO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E A GARANTIA DO JUÍZO

A apresentação da exceção de pré-executividade dispensa a necessidade de garantia do juízo. Essa é, inclusive, a principal diferença entre tal modalidade de defesa em relação aos embargos à execução.

Conforme leciona Pontes de Miranda⁹, o que se busca com a apresentação da exceção de pré-executividade é evitar que o juízo “não cometa a arbitrariedade de penhorar bens de quem não estava exposto a ação executiva”.

Isso significa, em outras palavras, que o incidente deverá ser aviado sem a necessidade de se garantir previamente o juízo, pois o mesmo se destina, como visto, a obviar a penhora ordenada.

Mais adiante, em ponto específico dentro deste trabalho, serão avaliadas as hipóteses de cabimento e matérias passíveis de arguição em sede de exceção de pré-executividade.

Por ora, é importante perceber o cabimento da exceção antes da efetivação da penhora, sendo dispensada a necessidade de garantia do juízo, ou seja, a defesa será processada sem que seja necessário se proceder à constrição de bens do devedor.

6 DA FORMA, LEGITIMIDADE E PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DA EXCEÇÃO

A exceção de pré-executividade não tem forma rígida, pré-determinada em lei, uma vez que se trata de meio de defesa que decorre dos princípios da economia processual, celeridade e menor onerosidade em relação ao executado.

⁹ MIRANDA, Pontes de. Dez anos de pareceres. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, v. 4, p. 138.

Nesse passo, a exceção é apresentada através de simples petição, nos termos do §3º do artigo 267 do CPC¹⁰, visando à efetividade dos princípios reitores do instituto e a não constrição do patrimônio do devedor, em execução manifestamente viciada e fadada a improcedência, posto que ausentes pressupostos ou condições da ação executiva.

Sobre o tema, JOÃO PAULO FONTANA DE MEDEIROS¹¹ afirma que:

Em sendo assim, e tendo em vista que a ausência de pressupostos processuais ou de condições da ação impede o desenvolvimento regular e válido do processo executivo, parece-se inconcebível exigir que tais matérias tenham de ser argüidas pelo executado em sede de embargos, negando-lhe a possibilidade de alegá-las mediante simples petição, nos termos do §3º do art. 267 do diploma processual pátrio.

Tem-se, desse modo, que a exceção prescinde de forma específica para argüição, podendo ser apresentada através de petição simples, não sujeita ao formalismo legal, nos próprios autos da execução.

No que concerne aos aspectos da legitimidade, tem-se que a exceção de pré-executividade terá como partes legítimas o executado, no pólo ativo, e, no pólo passivo, o exequente. Após a apresentação da exceção, as partes serão o excipiente e excepto, anteriormente executado e exequente, respectivamente.

A apresentação da exceção de pré-executividade pode ocorrer a qualquer tempo, já que versa sobre matéria de ordem pública, que não está sujeita à preclusão e pode ser conhecida de ofício pelo magistrado.

Cumprê destacar que a exceção de pré-executividade, também em virtude da natureza da matéria suscitada, tem prazo elástico para apresentação. Em outras palavras, o que se verifica é que a exceção não possui prazo definido, posicionamento esse esposado pela jurisprudência pátria: “A objeção de pré-executividade pressupõe que o vício seja aferível de plano e que se

¹⁰ CPC. Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005). [...] § 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.

¹¹ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Embargos à execução: sentença de procedência e improcedência. Curitiba: Juruá, 2003. P.40.

trate de matéria ligada à admissibilidade da execução, e seja, portanto, conhecível de ofício e a qualquer tempo”.¹²

Dai se infere que a exceção de pré-executividade pode ser apresentada a qualquer tempo, sem prejuízo de extemporaneidade.

Entretanto, para ALEXANDRE CÂMARA¹³, tendo em vista a produção de efeitos práticos em benefício da parte executada, deve a exceção ser apresentada antes da realização de atos de constrição de bens, sob pena de restar inutilizada a medida escolhida pelo executado:

A objeção de não-executividade pode ser apresentada a qualquer tempo, ao longo do módulo processual de execução, já que versa sobre matérias de ordem pública, a cujo respeito não se opera a preclusão. A objeção de não-executividade poderá ser oferecida, assim, antes da apreensão de bens do executado, ou depois de encerrado o prazo para ajuizamento dos embargos ou da impugnação, pois somente nestes momentos é que o instituto será de alguma utilidade para o executado.

Seguindo essa linha de raciocínio, RENATO SARAIVA¹⁴ diz que “a exceção de pré-executividade poderá ser apresentada mediante simples petição nos autos da execução, tão logo o devedor seja citado, ou mesmo já na fase de liquidação”.

Por ser o posicionamento majoritário na doutrina e jurisprudência, tem-se que não há prazo específico para apresentação da exceção de pré-executividade, sendo de bom alvitre apenas diligenciar para utilizar esse remédio processual antes da constrição de bens do devedor, a qual equivale à penhora.

7 A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO DIREITO PROCESSUAL DO TRABALHO

¹² REsp 221.202 – MT, 4ª Turma do STJ, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, j. 09.10.2001. DJ 04.02.2002, p. 370.

¹³ CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 16 ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008, p. 392.

¹⁴ SARAIVA, Renato. Curso de Direito Processual do Trabalho. 5. Ed. São Paulo: Método, 2008. P. 649.

Mesmo se tratando de exceção não prevista em lei, de construção doutrinária e jurisprudencial, a exceção de pré-executividade vem sendo empregada no Direito Processual do Trabalho sem grandes restrições.

Destaque-se que a aceitabilidade da exceção de pré-executividade vem crescendo com o passar do tempo, na mesma medida em que vão sendo construídos os requisitos em torno do seu procedimento, matérias argüíveis e recorribilidade.

A doutrina dá conta da existência de três correntes em torno da aplicabilidade da defesa sem constrição no âmbito trabalhista. Sobre este ponto BEZERRA LEITE¹⁵ apresenta a existência das correntes restritiva, eclética e ampliativa:

A primeira é restritiva e não admite o cabimento do instituto no processo do trabalho. O principal argumento reside na inexistência de omissão no art. 884, §1º da CLT acerca das matérias que podem ser objeto de defesa do devedor. Para essa corrente, somente os embargos do devedor, que exigem, antes, garantia do juízo, podem ser opostos para libertar o devedor da execução. A segunda é eclética, porquanto admite a exceção de pré-executividade desde que a matéria versada diga respeito a questões exclusivamente processuais, como os pressupostos processuais e as condições da ação de execução. Já a terceira corrente amplia o cabimento da exceção de pré-executividade para além das questões processuais, na medida em que admite que outras matérias possam ser suscitadas com esse meio de defesa do devedor, como nas hipóteses de invalidade de invalidade do título executivo, a prescrição ou o pagamento da dívida. O principal argumento dessa corrente repousa no fato de não considerar razoável impor ao devedor um gravame em seu patrimônio [...].

Veja-se, com isso, que a corrente restritiva se encontra totalmente superada. A jurisprudência apresentada ao logo do presente estudo é prova disso.

No entanto, a segunda corrente, que limita o cabimento apenas às questões exclusivamente processuais, é bastante empregada, inclusive na mesma medida da terceira corrente, que amplia o cabimento da exceção a diversas outras matérias.

¹⁵ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo, LTr, 2003, p. 683.

Insta ressaltar que a corrente majoritária é a segunda, a eclética, de modo que é possível afirmar que a utilização da exceção de pré-executividade no processo do trabalho constitui ponto pacífico, tanto na doutrina como na jurisprudência¹⁶.

Nesse sentido, vêm decidindo iterativamente os Tribunais Regionais, a exemplo do que fez o TRT da 5ª Região, em acórdão¹⁷ da lavra do eminente Desembargador Waldomiro Pereira, veiculado na revista LTR, *in verbis*:

Pode a parte, através de simples petição, suscitar ou o juízo conhecer, de ofício, questões concernentes a pressupostos (inclusive de nulidade do processo de conhecimento, que correu à revelia) e de condições para a instauração da ação executória, sem prévia necessidade da garantia do juízo ou da penhora.

Araken de Assis, que igualmente, trata com extrema sensibilidade o assunto, através do que denomina “exceção de pré-executividade”, assinala que os pressupostos processuais – inclusive da ação executória – devem ser examinados ex officio pelo juízo ou a requerimento da parte, antes da penhora, ainda que inexistam norma explícita a respeito, pois, [...] se afigura injusto e até abusivo submeter o patrimônio do devedor aparente, por tempo indeterminado, à penhora, cujos efeitos são graves e sérios.

Frise-se que o uso da exceção de pré-executividade no Direito Processual do Trabalho se dá nos mesmos moldes de aplicação do instituto no Direito Processual Civil, resguardando-se, por óbvio, as peculiaridades existentes em torno do processo de execução.

Seguindo essa mesma linha, vale citar BEZERRA LEITE¹⁸:

A exceção de pré-executividade, também denominada objeção de pré-executividade, constitui uma possibilidade conferida ao devedor para que este, antes mesmo de ver seus bens conscritos, ingresse no processo de execução com o objetivo específico de demonstrar a inexigibilidade do título executivo.

Em outros termos, a exceção de pré-executividade é um meio de defesa do devedor, destinando a atacar o título executivo, independente da garantia do juízo, que não se confunde com os embargos do devedor, pois estes, como já vimos, constituem verdadeira ação incidental de conhecimento no processo de execução.

¹⁶ Neste sentido “Em sede jurisprudencial, vale a pena ser notada a recomendação de uso da exceção de pré-executividade na execução trabalhista, pelo próprio Tribunal Superior do Trabalho, na orientação Jurisprudencial nº 116”.(PINTO, José Augusto Rodrigues. Execução Trabalhista: estática, dinâmica e prática. 11. ed., São Paulo: LTr, 2006, p. 259/260)

¹⁷ (Manual do Processo de Execução, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1995, pág. 426.” (Juiz relator Waldomiro Pereira, A.P. 010.93.204-55, D.O. 22.10.96, publicação Revista LTR, janeiro/97, ano 61, p. 108).

¹⁸ LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. São Paulo, LTr, 2003, p. 696.

Desse modo, tem-se que, hodiernamente, a utilização desse instituto na execução de sentenças trabalhistas vem avançando, restando desprovida de razão qualquer alegação de não cabimento da exceção de pré-executividade calcada na ausência de previsão legal.

8 DAS MATÉRIAS ARGÜÍVEIS EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A exceção de pré-executividade deve ser apresentada no alcance da verificação de mácula no título executado, perceptível através de simples avaliação do mesmo.

Em que pese restar pacífica a possibilidade de apresentação de exceção de pré-executividade, mesmo sem previsão legal, ainda pairam divergências em torno das matérias argüíveis através da referida defesa sem constrição.

A doutrina se divide entre os autores que limitam a abrangência da exceção às matérias de ordem pública e, de outro lado, aqueles que dão maior amplitude à mesma.

A linha restritiva é verificada nos escritos de RODRIGO NÓBREGA DE FARIAS¹⁹, que entende que “somente a matéria ligada à admissibilidade da execução, e, portanto, conhecível de ofício e a qualquer tempo, poderia ser alegada na objeção.”

Em sentido contrário e, registre-se, bem mais razoável, tem-se o posicionamento de GERALDO DA SILVA BATISTA JUNIOR²⁰, que amplia as hipóteses de argüição em sede de exceção de pré-executividade, enaltecendo a ordem constitucional:

[...] não há matéria que não possa ser alegada em exceção de pré-executividade. Se ela reflete o direito constitucional de defesa, é possível utilizá-la para promover qualquer defesa, porque, por evidente, os direitos constitucionalmente garantidos estão acima de qualquer argumento de ordem infraconstitucional, sejam eles jurisprudenciais, doutrinários ou legais.

¹⁹ FARIAS, Rodrigo Nóbrega de. A exceção de pré-executividade no processo do trabalho. Revista do TRT da 13ª Região, 2000, p. 90. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19224/A_Exce%C3%A7%C3%A3o_de_Pr%C3%A9_Executividade.pdf?sequence=4>. Acesso em: 03.08.2009.

²⁰ BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. Exceção de pré-executividade: Alcance e limites. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 40-41.

O entendimento acima se encontra assente na jurisprudência extraída do Superior Tribunal de Justiça, que vem adotando posicionamento nesse mesmo sentido:

EMENTA: TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ADMISSÃO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. CABIMENTO. SEDE DE EMBARGOS.

1. As matérias passíveis de serem alegadas em exceção de pré-executividade não são somente as de ordem pública, mas também todos os fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente, desde que comprovados de plano, sem necessidade de dilação probatória. Precedentes.

2. Recurso especial provido para determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que seja analisada a questão relativa a prescrição intercorrente.²¹

Resta claro, portanto, que o cabimento da exceção de pré-executividade vai além das matérias de ordem pública.

O STJ²², em diversos julgados, aponta o entendimento de que a exceção de pré-executividade pressupõe que o vício seja aferível de plano, que se trate de matéria ligada à admissibilidade da execução e que seja conhecível de ofício e a qualquer tempo, mas permite que outros tipos de matérias também sejam argüidas.

O fundamento da exceção pode ter arrimo na alegação de que o título executivo não é líquido, certo ou exigível, em argüição de nulidade na execução, na inexistência do título, na ausência das condições da ação ou, ainda, no não preenchimento dos pressupostos de constituição do processo. Nesse contexto, verifica-se o cabimento de alegações de ilegitimidade da parte, inadequação da via eleita, vícios extrínsecos do título, quitação do débito executado, entre outros.

Assim, a execução pode ser atacada, via defesa sem constringimento, sempre que ausentes os requisitos previstos no art. 586²³ do CPC, onde se encontram especificadas as condições da ação.

²¹ Processo: RESP 665809 / SP; RECURSO ESPECIAL 2004/0074570-8. Relator(a): Ministro CASTRO MEIRA (1125). Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA. Data do Julgamento: 02/12/2004. Data da Publicação/Fonte: DJ 25.04.2005 p. 316.

²² REsp 221.202 – MT, 4ª Turma do STJ, rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO, j. 9.10.2001, DJ 4.2.2002, p. 370.

²³ CPC. Art. 586. A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Mas vale reforçar que a defesa sem constrição não se resume às hipóteses de questão de ordem pública. Deveras, como asseverado por MISAEL MONTENEGRO FILHO²⁴, outras matérias podem ser argüidas, desde que a alegação possa ser provada de plano, sem necessidade de dilação probatória:

Embora parte da doutrina posicione-se para admitir a apresentação da exceção de pré-executividade apenas quando o executado demonstra a existência de uma questão de ordem pública, que merece a atenção do magistrado mesmo sem a provocação da parte interessada, inclinamos-nos a indicar que outras matérias também podem ensejar a apresentação da exceção, desde que a veracidade da alegação do executado possa ser comprovada de plano, sem necessidade de dilação probatória maior, apenas presente nos embargos, com a ação de cognição.

De acordo com HELIO APOLIANO CARDOSO²⁵, a exceção de pré-executividade pode atacar até mesmo o mérito da execução, desde que não seja necessário diligenciar provas:

A exceção de pré-executividade é hoje admitida pela grande maioria do capital da investigação científica, a doutrina, bem como pela jurisprudência, permitindo que o executado possa se defender no próprio processo de execução, independentemente de embargos, para alegar vícios ou falhas relacionadas aos requisitos de admissibilidade do processo, e também para alegar matérias pertinentes ao mérito que podem ser demonstradas sem dilação probatória, por ser evidente o descabimento da execução.

Exemplificando o seu entendimento, MISAEL MONTENEGRO FILHO²⁶ trata da possibilidade de o executado fazer prova de que a parte contrária está exigindo quantia superior àquela apontada no título executivo. Seria cabível, portanto, a defesa sem constrição, proporcionando, inclusive, a celeridade da demanda, vez que a oposição de embargos à execução, nesse caso, só provocaria prestação jurisdicional em tempo extenso.

Acertada é, portanto, a constatação de que a exceção pode ser proposta em qualquer situação em que se verifique a possibilidade de demonstração imediata da matéria alegada, sem dilação probatória, independentemente de se tratar de questão de ordem pública.

²⁴ MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de Direito Processual Civil, volume 2: Teoria Geral dos Recursos, recursos em espécie e processo de execução. São Paulo: Atlas, 2006, p. 591.

²⁵ CARDOSO, Hélio Apoliano. Exceção de pré-executividade e o efeito suspensivo. Revista Jus Vigilantibus, quinta-feira, 22 de março de 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/23921>>. Acesso em: 05 ago. 2009.

²⁶ MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de Direito Processual Civil, volume 2: Teoria Geral dos Recursos, recursos em espécie e processo de execução. São Paulo: Atlas, 2006, p. 591.

Com o escopo de tratar das típicas hipóteses de apresentação da exceção de pré-executividade, MISAEL MONTENEGRO FILHO²⁷ destaca em sua obra sete hipóteses clássicas de cabimento da defesa, as quais merecem ser destacadas:

- a) Ilegitimidade passiva do devedor: hipótese em que se alega que o executado não figura como devedor no título executivo. Trata-se de carência de ação em face da ausência de condições da ação – legitimidade das partes (art. 3º do CPC).
- b) Quitação do crédito: hipótese em que se alega o pagamento prévio da dívida, inclusive de juros e correção monetária. Trata-se de carência de ação em face da ausência de condições da ação – interesse de agir (art. 3º do CPC).
- c) Qualificação do título: hipótese em que se alega que o título que embasa a execução não é um título judicial ou extrajudicial, nos moldes estabelecidos pelo art. 584 e 585 do CPC. Trata-se de carência de ação em face da ausência de condições da ação – interesse de agir, por inadequação da via eleita (art. 3º do CPC).
- d) Da prescrição do título: hipótese em que se alega que o título que embasa a execução encontra-se prescrito.
- e) Vício insanável: hipótese em que se alega que o título que embasa a execução contém um vício insanável. Trata-se de carência de ação em face da ausência de condições da ação – interesse de agir por inadequação da via eleita (art. 3º do CPC).
- f) Vício no negócio: hipótese em que se alega a existência de vício no negócio que originou o título que embasa a execução.
- g) Exclusão do fiador: hipótese em que se requer a exclusão do fiador que não assinou o aditamento contratual que originou a execução da dívida.

A jurisprudência, complementando as hipóteses enumeradas acima, traz como exemplo o cabimento de alegação de prescrição em sede de exceção de pré-executividade e de inexistência do título executado, respectivamente:

Ementa: TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.

1. As matérias passíveis de serem alegadas em exceção de pré-executividade não são somente as de ordem pública, mas também os fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente, desde que comprovados de plano, sem necessidade de dilação probatória.

²⁷ MONTENEGRO FILHO, Misael. Op. cit., 6, p. 593.

2. É possível argüir-se a prescrição por meio de exceção de pré-executividade, sempre que demonstrada por prova documental inequívoca constante dos autos ou apresentada juntamente com a petição.
3. A Corte Especial, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 388.000/RS (acórdão ainda não publicado), por maioria, concluiu ser possível alegar-se prescrição por meio de exceção de pré-executividade.
4. Embargos de divergência improvidos.²⁸

Ementa: EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO. Inexistindo título executivo que autorize a pretensão da exequente, correta a decisão do juízo de origem que acolhe a exceção de pré-executividade apresentada pela demandada, extinguindo a execução.²⁹

Desse modo, constata-se que, além das matérias de ordem pública, a exceção de pré-executividade pode ser utilizada com a finalidade de alegar fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente.

Outra possibilidade de apresentação da exceção de pré-executividade, abordada por GILBERTO GOMES BRUSCHI³⁰, é a hipótese de excesso na execução, ou seja, de quantia superior àquela prevista no título executivo, no intuito de evitar a penhora judicial excessiva.

Há de se destacar que, em todas as hipóteses ventiladas acima, verifica-se a obrigatoriedade de constatação imediata da matéria alegada, sem necessidade de dilação probatória.

Entretanto, de acordo com as lições de RODRIGO NÓBREGA DE FARIAS³¹, é importante que se observe que a exceção de pré-executividade não pode atuar em substitutivo aos embargos de execução, onde é permitida a alegação de toda e qualquer irregularidade existente e, para tanto, se faz necessária a garantia do juízo e a observância do prazo estabelecido em lei.

²⁸ Processo: ERESP 614272 / PR ; EMBARGOS DE DIVERGENCIA NO RECURSO ESPECIAL 2004/0094035-5. Relator(a): Ministro CASTRO MEIRA (1125). Órgão Julgador: S1 - PRIMEIRA SEÇÃO. Data do Julgamento: 13/04/2005. Data da Publicação: DJ 06.06.2005 p. 174.

²⁹ Processo 01796-2006-036-05-00-4 AP, ac. n.º 006100/2009, Relatora Desembargadora LOURDES LINHARES, 3ª. TURMA, DJ 01/04/2009.

³⁰ BRUSCHI, Gilberto Gomes. Incidente defensivo no processo de execução: uma visão sobre a exceção de pré-executividade. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 69.

³¹ FARIAS, Rodrigo Nóbrega de. A exceção de pré-executividade no processo do trabalho. Revista do TRT da 13ª Região, 2000, p. 90. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19224/A_Exce%C3%A7%C3%A3o_de_Pr%C3%A9_Executividade.pdf?sequence=4>. Acesso em: 03.08.2009.

A exigência para validação da matéria argüida na exceção é que a mesma possua prova pré-constituída, ainda que tal questionamento não seja conhecível de ofício pelo juiz. As provas apresentadas pelo excipiente devem ser suficientes para que o magistrado tenha condições de decidir a lide, sem precisar, para tanto, determinar a realização de diligências.

Nesse ensejo, denota-se que as provas relativas às alegações devem ser aduadas ao processo com a própria petição de defesa, sobretudo quando não se tratar de documento já constante nos autos, vez que não se admite, frise-se, dilação probatória.

Cumprido salientar que a ampliação das matérias argüíveis através da exceção de pré-executividade não importa em prejuízo de ordem processual, vez que só resulta em benefício às partes e ao processo, seja pela celeridade, seja pela economia processual.

Caso o excipiente pretenda avaliação de provas, deverá buscar a prestação jurisdicional através de embargos.

Nesse sentido, destaque-se que cabe ao juiz, uma vez apresentada a exceção, avaliar a existência ou não de cunho protelatório da parte excipiente, rejeitar a defesa no caso de constatar a insuficiência de provas ou a necessidade de dilação probatória ou, ainda, deferir a exceção, diligenciando as providências cabíveis.

Percebe-se que, em meio à necessidade de instrução probatória, a exceção de pré-executividade não seria o meio adequado para a irrisignação, mas sim a oposição de embargos.

Nesse sentido, comentando sobre o tema da exceção de pré-executividade, o entendimento do Juiz Federal Dr. Mauro Luís Rocha Lopes³², com o seguinte teor:

Entendendo o julgador pela impropriedade da exceção de pré-executividade, por versar sobre matéria jurídica de alta indagação (v.g., alegação de inconstitucionalidade da lei embasadora da exação) ou por depender o desate da questão de prova, deverá rejeitá-la, relegando a discussão à fase adequada (embargos), a ser instaurada depois de garantido o juízo.

³² LOPES, Mauro Luís Rocha. Execução Fiscal e Ações Tributárias, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 105.

Assim sendo, tem-se que a exceção de pré-executividade pode ser apresentada com o fim de tratar de matéria de ordem pública, reconhecível de ofício, e também de qualquer outra matéria vinculada a fatos modificativos ou extintivos em torno da execução, desde que exista prova pré-constituída e que não seja necessária dilação probatória.

Imperioso destacar que as hipóteses de cabimento da exceção de pré-executividade não se esgotam nos exemplos aqui elencados, existindo, de certo, outros casos que ensejam a apresentação da defesa sem constrição, permanecendo-se, em todos esses, dentro da lógica aqui exposta.

9 A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL

Consoante já explicitado, a doutrina e a jurisprudência vêm evoluindo bastante no que concerne às matérias que podem ser argüidas em sede de exceção de pré-executividade. No mesmo sentido caminham em torno do cabimento da exceção em processo de execução fiscal.

A exceção de pré-executividade, que antes era vista como de aplicação restritiva, vem encontrando espaço em meio às execuções fiscais, como se verifica da ementa abaixo, extraída de Acórdão proveniente do TRT da 5ª Região, da lavra do Desembargador Jefferson Muricy:

Ementa: PROCESSO DE EXECUÇÃO DE DÉBITO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. POSSIBILIDADE. O princípio da utilidade da execução não admite o uso da execução com o fito único de causar prejuízo ao devedor, quando desse prejuízo não se revertem benefícios ao credor. Se há flagrante nulidade que impede o seguimento do processo de execução, descabida é a restrição do patrimônio do executado, já que este, de fato, nem devedor é. Quando o executado demonstra, de plano, a ilegalidade do processo de execução, esta não pode ter continuidade. Exigir que o executado sofra restrições para só, a partir daí, ter suas alegações apreciadas em um procedimento muito mais complexo e demorado, que é o dos Embargos, atenta, também, contra os princípios da economia processual e da própria efetividade do processo. E não poderia ser diferente com o processo de execução de débito fiscal.³³

³³ Processo 00968-2007-023-05-00-7 AP, ac. nº 028673/2008, Relator Desembargador JEFERSON MURICY, 5ª. TURMA, DJ 05/12/2008.

Nesse sentido, verifica-se a possibilidade de apresentação da exceção de pré-executividade em processo de execução fiscal, conforme jurisprudência acima apresentada.

10 DOS EFEITOS DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A discussão acerca dos efeitos da exceção de pré-executividade na execução é bastante controvertida.

ARAKEN DE ASSIS³⁴ aponta que a exceção de pré-executividade não suspende o processo, muito menos o prazo para oposição de embargos, calcando o seu posicionamento na inexistência de dispositivo legal expresso autorizando a suspensão da execução.

Nesse mesmo sentido, MISAEL MONTENEGRO FILHO³⁵ diz que a apresentação da exceção de pré-executividade não tem o condão de suspender a execução, já que tal hipótese não foi especificada no Código de Processo Civil.

Sob o mesmo escudo, LEONARDO GRECO³⁶ argumenta que a informalidade inerente à exceção de pré-executividade impede que a defesa gere efeito suspensivo à execução.

JOÃO PAULO FONTOURA DE MEDEIROS³⁷, assim como doutrinadores acima citados, se posiciona contrário à possibilidade da exceção de pré-executividade gerar efeito suspensivo à execução, também sob o argumento de ausência de disposição legal:

De mais a mais, embora os casos de suspensão do processo de execução, melhor dizendo, do procedimento desse, encontrarem-se taxativamente previstos no Código de Processo Civil, existem doutos que compreendem que a apresentação da exceção de pré-executividade tem o condão de suspende-lo. Ora, atribuir efeito suspensivo à exceção de pré-executividade tem o condão de suspendê-lo. Ora, atribuir efeito suspensivo à exceção de pré-executividade representaria uma afronta ao Código de Processo Civil, pois a suspensão de procedimento depende de previsão legal.

³⁴ ASSIS, Araken. Manual da Execução. 9ª edição. São Paulo: Editora RT, 2005, p. 1028.

³⁵ MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de Direito Processual Civil, volume 2: Teoria Geral dos Recursos, recursos em espécie e processo de execução. São Paulo: Atlas, 2006, p. 586/587.

³⁶ Apud BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. Exceção de pré-executividade: Alcance e limites. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 59.

³⁷ MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. Embargos à execução: sentença de procedência e improcedência. São Paulo: Juruá, 2003, p. 51.

De acordo com os posicionamentos acima, observa-se que, mesmo em face da apresentação da exceção de pré-executividade, nada impede que o Juízo determine a formalização da penhora de bens ou o bloqueio de contas do executado, ou seja, não constitui efeito da exceção de pré-executividade a suspensão da execução.

Entretanto, outros doutrinadores se valem de posição diversa, apontando que seria efeito da apresentação da exceção de pré-executividade a suspensão do processo de execução.

LUIZ PEIXOTO DE SIQUEIRA FILHO³⁸ defende a existência do efeito suspensivo, indicando que, uma vez apresentada a exceção, o prosseguimento da execução colocaria em risco o devido processo legal.

Adepto à suspensão da execução, EDUARDO ARRUDA ALVIN³⁹ afirma que a execução deve ser obstada até o julgamento da exceção de pré-executividade:

[...] enquanto pendente de decisão a exceção de pré-executividade, deve-se suspender o curso da execução, bem como o prazo para oferecimento de embargos do devedor. Caso assim não se entendesse, o incidente de exceção de pré-executividade restaria esvaziado, verdadeiramente inócuo, pois o executado certamente não correria o risco de ver a sua exceção afastada e, ainda, perder o prazo para interposição de embargos.

O referido autor arremata seu entendimento frisando que não vê na exceção de pré-executividade uma forma de procrastinação do feito, ponderando que o procedimento em torno da mesma deve ser sempre célere e que o juiz deve proferir decisão rápida, uma vez que terá ao seu dispor todos os meios necessários ao julgamento.

Observe-se que o mencionado doutrinador, ao contrário do quanto afirma Araken de Assis, já citado nos parágrafos anteriores, sustenta que não apenas a exceção, mas também o prazo para oposição de embargos deve ser suspenso e devolvido à parte após o julgamento da defesa sem constrição.

³⁸ Apud BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. Op. cit., p. 60.

³⁹ ALVIM, Eduardo Arruda. Exceção de Pré-Executividade. In: SHIMURA, Sérgio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). Processo de Execução e assuntos afins. São Paulo: RT, 2001. v.2. p. 226-227.

Poderia o executado, uma vez rejeitada a execução, garantir o juízo para opor embargos à execução, sem qualquer prejuízo. Isso, evidentemente, na hipótese de a exceção de pré-executividade ter sido apresentada antes de finalizado o prazo de garantia da execução, tendo em vista que, uma vez garantido o juízo ou efetivada a penhora de bens, inicia-se a contagem do prazo legal para oposição de embargos.

O fundamento se resvale, portanto, na constatação objetiva de que a arguição de ausência de requisitos da execução obstará o prosseguimento do feito.

Diante desse contexto, deve-se observar que a exceção de pré-executividade só poderá gerar efeito suspensivo à execução na hipótese em que a penhora ainda não tenha sido realizada.

Nesse sentido, expõe OLAVO DE OLIVEIRA NETO⁴⁰:

[...] no caso do incidente de pré-executividade, a relação de prejudicialidade existente entre o incidente e o processo de execução tem a natureza de preliminar. Se o incidente é acolhido, o juiz fica impedido de conhecer e de decidir a parte abrangida ou todo o processo de execução.

Daí se infere que, mesmo em face da inexistência de previsão legal, para que a defesa sem constrictão garanta efeito suspensivo à execução, necessário que a mesma seja apresentada no prazo de garantia do juízo, em caráter de urgência. O incidente oposto após a penhora não poderá suspender a execução, a menos que sobrevenha determinação judicial nesse sentido.

Em casos que tais, consoante apontado por CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO⁴¹, estar-se-á diante de típico caso de “suspensão facultativa”, que se revela através do poder discricionário do juiz em conferir efeito suspensivo diante da apresentação de exceção de pré-executividade.

⁴⁰ OLIVEIRA NETO, Olavo de. A defesa do executado e de terceiros na execução forçada. 1ª ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 127.

⁴¹ Nas lições de Cândido Rangel Dinamarco (DINAMARCO, Candido Rangel. Execução Civil, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 146), extrai-se que existem dois tipos de suspensão legal: a necessária e a facultativa. A suspensão necessária é aquela atribuída pela lei. A suspensão facultativa ocorre quando emitida pelo juiz no exercício do seu poder discricionário (segundo critérios de oportunidade e conveniência), a requerimento de parte e por motivos graves, com ou sem caução. Ressalta o entendimento da doutrina peninsular, de que a suspensão facultativa é a regra geral no processo executivo.

Fundamentando seu entendimento na aplicação do artigo 558⁴² do CPC aos casos de apresentação de exceção de pré-executividade, por analogia, HELIO APOLIANO CARDOSO⁴³ defende que a execução deve ser suspensa até o julgamento da defesa sem constrição:

Por não haver previsão legal, a suspensão pode até ser entendida como facultativa. O juiz deverá conceder a suspensão do procedimento executivo, sendo relevante o fundamento da exceção de pré-executividade, aplicando, ao caso e por analogia, o art. 558, do CPC.

Na esteira desse raciocínio, afigura-se lógico concluir que, mesmo em face da ausência de previsão legal que garanta a suspensão, deve o juiz, no tempo do julgamento da exceção, suspender a execução.

Não parece razoável sustentar que a exceção de pré-executividade, defesa construída pela doutrina e pela jurisprudência (sem preceito legal), não tenha o condão de suspender a execução por não existir norma legal nesse sentido.

Seria um contrassenso, vez que toda ordem em torno da exceção de pré-executividade se revela calcada na própria doutrina e jurisprudência, sem disposição legal. Resta inequívoco, portanto, que a suspensão da execução se mostra inerente ao julgamento da própria exceção de pré-executividade.

Plausível, portanto, o raciocínio de RAFAEL VILAS-BOAS COSTA CAL⁴⁴:

Diante de tal afirmação, negar o efeito suspensivo à exceção de pré-executividade significa retirar toda a sua essência. Se a exceção de pré-executividade não tiver o poder de suspender o curso do processo executivo, não há porque conceber a sua existência. Totalmente descabível é a hipótese de um determinado devedor, ilegítimo para figurar no pólo passivo da

⁴² Art. 558. O relator poderá, a requerimento do agravante, nos casos de prisão civil, adjudicação, remição de bens, levantamento de dinheiro sem caução idônea e em outros casos dos quais possa resultar lesão grave e de difícil reparação, sendo relevante a fundamentação, suspender o cumprimento da decisão até o pronunciamento definitivo da turma ou câmara. (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995)

Parágrafo único. Aplicar-se-á o disposto neste artigo as hipóteses do art. 520. (Redação dada pela Lei nº 9.139, de 30.11.1995)

⁴³ CARDOSO, Hélio Apoliano. Exceção de pré-executividade e o efeito suspensivo. Revista Jus Vigilantibus, quinta-feira, 22 de março de 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/23921>>. Acesso em: 05 ago. 2009.

⁴⁴ CAL, Rafael Vilas-Boas Costa. A exceção de pré-executividade. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 773, 15 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7096>>. Acesso em: 05 ago. 2009.

demanda, opor a exceção de pré-executividade, e mesmo assim ver seus bens penhorados judicialmente.

Caso o fato acima descrito fosse concebível, obviamente se chegaria à conclusão de que a oposição da exceção de pré-executividade não teve nenhuma eficácia. Seria mais lógico que o devedor deixasse para fazer todas as suas alegações nos embargos, pois de qualquer forma ocorreria a constrição judicial dos seus bens. Como consequência, toda a defesa do devedor estaria limitada aos embargos à execução e, logicamente, condicionada à invasão do seu patrimônio.

A jurisprudência também ampara a conclusão de que a exceção de pré-executividade gera efeito suspensivo à execução:

Processo de execução. Exceção de pré-executividade. O devedor por processo de execução pode argüir a nulidade da execução, independentemente de estar seguro o juízo, através de exceção de pré-executividade e não de embargos. Verificando-se a razoabilidade da tese sustentada pelo devedor, suspende-se o andamento da execução até julgamento do incidente. (TARS – Ag. Inst. n. 196.123.160, 5.^a C., Rel. João Carlos Branco Cardoso, j. 10.10.96, v. u.).

Processo civil. Exceção de pré-executividade. Sendo razoável a tese sustentada pela devedora, suspende-se o andamento da execução até o julgamento do incidente – Agravo provido" (TJRS – Ag.Inst. n. 598.455.939-RS, 9.^a C. Cív., Rel. Des. Tupinambá Pinto de Azevedo, j. 23.3.1999).

[...] viável na hipótese dos autos o recebimento da exceção com efeito suspensivo até sua apreciação final. Estando o incidente de pré-executividade fundado, conforme demonstrado, em questão controversa a respeito da inexigibilidade do título, configura-se a providência como acautelatória por parte do devedor para evitar, de imediato, a penhora de bens." (2.^o TACSP – AI 758.523-00/2 – 11.^a Câ. – Rel. Juiz Egidio Giacoia – j. 9.9.2002).

Desse modo, a apresentação de exceção de pré-executividade, apresentada dentro do prazo de garantia do juízo, deve resultar na suspensão da execução.

O tempo que gerou a admissibilidade da exceção de pré-executividade, seja no Direito Processual Civil ou no Processo do Trabalho, tratará de consolidar ainda mais esse entendimento.

10.1 DA NÃO OPOSIÇÃO DE EMBARGOS À EXECUÇÃO E A APRESENTAÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Importante destacar que a não oposição de embargos à execução, no prazo e condições legais, não impede que o executado apresente a exceção de pré-executividade a qualquer tempo. Em outras palavras, infere-se que o não oferecimento dos embargos não se qualifica como causa impeditiva ao ataque do título, vez que não se opera, nesse ínterim, preclusão processual.

Por isso é que foi afirmado, no capítulo referente ao prazo para apresentação da exceção de pré-executividade, que sob esse instituto não recai a extemporaneidade.

Outra não é posição defendida por MISAEL MONTENEGRO FILHO⁴⁵:

O não oferecimento dos embargos apenas retira do devedor a prerrogativa de se valer da espécie clássica de defesa na seara executiva, podendo utilizar outro instrumento jurídico para demonstrar a nulidade da execução, como a ação rescisória [...], a querela nullitatis insanabilis [...], assim como a exceção de pré-executividade.

No entanto, cumpre esclarecer que a parte não pode se valer da possibilidade de apresentação da exceção de pré-executividade para tratar de matérias atinentes ao embargo executório. A exceção pode ser apresentada sim, mas desde que sejam resguardadas as suas hipóteses de cabimento.

11 DA NATUREZA DA DECISÃO E DA RECORRIBILIDADE

O julgamento da defesa sem constrição pode resultar em decisão com natureza interlocutória, terminativa ou definitiva.

De acordo com os ensinamentos de Rodrigues Pinto⁴⁶, a decisão que aprecia a defesa sem constrição será de natureza interlocutória quando a arguição foi rejeitada. Noutra banda, quando se tratar de acolhimento da exceção com base em defesa indireta processual, estar-se-á diante de decisão com natureza terminativa. A terceira possibilidade se verifica quando a

⁴⁵ MONTENEGRO FILHO, Misael. Curso de Direito Processual Civil, volume 2: Teoria Geral dos Recursos, recursos em espécie e processo de execução. São Paulo: Atlas, 2006, p. 592.

⁴⁶ PINTO, José Augusto Rodrigues. Execução Trabalhista: estática, dinâmica e prática. 11. ed., São Paulo: LTr, 2006, p. 269.

exceção é acolhida com fundamento em defesa direta de mérito, hipótese em que a decisão, por seu turno, terá natureza definitiva.

Vale dizer que a extinção da execução, sem conferir vistas à parte contrária, constitui ofensa ao direito de ampla defesa e contraditório, assegurados constitucionalmente, cabendo, portanto, argüição de nulidade processual, em garantia de um processo justo.⁴⁷

Pois bem. Sendo aceita a exceção, o juiz extingue a execução, possibilitando ao exequente, que continue entendendo ser credor, a interposição de agravo de petição, porque a decisão, na hipótese, tem natureza interlocutória, colocando fim à execução. O processo, em casos que tais, seguiria a mesma ordem decorrente de uma decisão de embargos à execução.

Nesse sentido, seguem julgados do TRT da 5ª Região:

Ementa: AGRAVO DE PETIÇÃO. CABIMENTO. Desafia agravo de petição decisão que acolhe a exceção de pré-executividade, pondo fim ao processo de execução. (Processo 00367-2005-037-05-01-8 AP, ac. nº 007436/2009, Relator Juiz Convocado HET JONES RIOS, 2ª. TURMA, DJ 24/04/2009).

Ementa: AGRAVO DE PETIÇÃO. CABIMENTO. DECISÃO QUE JULGA PROCEDENTE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. É impugnável de logo por recurso a decisão que, contrária aos interesses do credor, julga procedente a exceção de pré-executividade, extinguindo, ainda que parcialmente, a execução. Processo 00760-2007-037-05-01-3 AIAP, ac. nº 012723/2009, Relator Desembargador ALCINO FELIZOLA, 4ª. TURMA, DJ 04/08/2009.

Ementa: AGRAVO DE PETIÇÃO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. A decisão que julga a exceção de pré-executividade e extingue o processo de execução possui natureza eminentemente terminativa e, por isso, comporta agravo de petição. (Processo 00223-2001-019-05-00-3 AP, ac. nº 001880/2009, Relatora Desembargadora IVANA MÉRCIA NILO DE MAGALDI, 1ª. TURMA, DJ 07/03/2009).

⁴⁷ EMENTA: CERCEAMENTO DE DEFESA -PRELIMINAR ACOLHIDA. Merece acolhida a argüição de nulidade por cerceamento de defesa, na medida em que, não é dado ciência a reclamante de pedido de exceção de pré executividade, restando prejudicado o contraditório e o princípio de ampla defesa garantido no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal. (TRIBUNAL: 2ª Região. ACÓRDÃO NUM: 20090235619. DECISÃO: 01 04 2009. TIPO: AP01 NUM: 01190. ANO: 2008. NÚMERO ÚNICO PROC: AP01 - 01190-2003-431-02-00-3. AGRAVO DE PETICAO. TURMA: 8ª. ÓRGÃO JULGADOR - OITAVA TURMA. FONTE: DOE SP, PJ, TRT 2ª, Data: 07/04/2009).

Caso o juiz rejeite a exceção, essa decisão tem caráter interlocutório e, portanto, é de imediato irrecorrível no processo do trabalho, conforme artigo 893⁴⁸, §1º, da CLT e Súmula 214⁴⁹ do Colendo TST, cabendo ao executado retomar o tema quando da interposição de embargos à execução e agravo de petição. É essencial que se mantenha o caráter interlocutório da decisão que rejeita a exceção, sob pena da exceção de pré-executividade se tornar uma forma de protelar a solução do processo.⁵⁰

Nesse sentido, segue jurisprudência do TRT da 5ª Região:

EMENTA: EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NÃO CONHECIDA. DECISÃO DE NATUREZA INTERLOCUTÓRIA. IRRECORRIBILIDADE. A decisão que não conhece da exceção de pré-executividade é de natureza interlocutória e, dessa forma, é irrecorrível de imediato, nos termos do artigo 893, § 1º, da Consolidação das Leis do Trabalho.⁵¹

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. AGRAVO DE PETIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. NÃO-CABIMENTO. Tem natureza meramente interlocutória a decisão que não conhece a Exceção de Pré-Executividade, dela não cabendo, pois, a interposição de Agravo de Petição, devendo a parte aguardar, para tanto, a garantia do juízo e o conseqüente julgamento dos embargos à execução.⁵²

Vê-se, portanto, que a jurisprudência aponta que, uma vez rejeitada a exceção de pré-executividade, deve o executado partir para a via regular de defesa em sede de execução.

⁴⁸ Art. 893 - Das decisões são admissíveis os seguintes recursos: (Redação dada pela Lei nº 861, de 13.10.1949)
I - embargos; (Redação dada pela Lei nº 861, de 13.10.1949)
II - recurso ordinário; (Redação dada pela Lei nº 861, de 13.10.1949) III - recurso de revista; (Redação dada pela Lei nº 861, de 13.10.1949)
IV - agravo. (Redação dada pela Lei nº 861, de 13.10.1949)
§ 1º - Os incidentes do processo são resolvidos pelo próprio Juízo ou Tribunal, admitindo-se a apreciação do merecimento das decisões interlocutórias somente em recursos da decisão definitiva. (Parágrafo único renumerado pelo Decreto-lei nº 8.737, de 19.1.1946)

§ 2º - A interposição de recurso para o Supremo Tribunal Federal não prejudicará a execução do julgado. (Incluído pelo Decreto-lei nº 8.737, de 19.1.1946)

⁴⁹ TST. SÚMULA Nº 214. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. IRRECORRIBILIDADE - Res. 127/2005, DJ 14, 15 e 16.03.2005

Na Justiça do Trabalho, nos termos do art. 893, § 1º, da CLT, as decisões inter-locutórias não ensejam recurso imediato, salvo nas hipóteses de decisão: a) de Tribunal Regional do Trabalho contrária à Súmula ou Orientação Jurisprudencial do Tribunal Superior do Trabalho; b) suscetível de impugnação mediante recurso para o mesmo Tribunal; c) que acolhe exceção de incompetência territorial, com a remessa dos autos para Tribunal Regional distinto daquele a que se vincula o juízo excepcionado, consoante o disposto no art. 799, § 2º, da CLT.

⁵⁰ DUARTE NETO, Bento Herculano. Direito Processual do Trabalho. IESDE. Curitiba:2006. P. 265.

⁵¹ Processo 00757-2007-026-05-00-3 AIAP, ac. nº 026331/2009, Relatora Desembargadora ELISA AMADO, 1ª. TURMA, DJ 05/10/2009.

⁵² Processo 01522-1996-016-05-40-2 AI, ac. nº 003827/2009, Relatora Desembargadora DÉBORA MACHADO, 2ª. TURMA, DJ 16/04/2009.

Muito embora a jurisprudência do TRT da 5ª Região caminhe nos sentidos apresentados anteriormente, encontram-se julgados diferenciados, de acordo com as peculiaridades identificadas na demanda posta em Juízo.

Observe-se que, anteriormente, foram indicados julgados desse mesmo Tribunal apontando para a impossibilidade de interposição de agravo de petição em face de decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade.

O aresto citado a seguir trata de Agravo de Instrumento que buscou destrancar Agravo de Petição não admitido (sob o argumento de não ser cabível o recurso sem prévia garantia do juízo), interposto em face do indeferimento de exceção de pré-executividade. Segue transcrição do voto:

V O T O

O julgador de primeiro grau negou seguimento ao agravo de petição interposto pela executada contra decisão que indeferiu exceção de pré-executividade, ao fundamento de não-cabimento do recurso sem a prévia garantia do juízo.

Em princípio, poderia parecer incompatível a exigência da garantia do juízo para a interposição do agravo de petição quando, com a exceção, o que se pretende é justamente evitar a constrição do patrimônio da parte apontada no título executivo como devedora. Acontece que essa exigência justifica-se naqueles casos em que o recurso manejado contra a decisão que indefere a exceção não se apóia em fundamentos relevantes e graves. Isso não se dá, por exemplo, na hipótese de recurso que sustenta a indevida inclusão de parcela claramente não-contemplada pela coisa julgada nos cálculos de liquidação, ou seja, onde há flagrante desrespeito ao comando da decisão exequenda que, a partir de simples lançar de olhos, revela o procedimento irregular e censurável do exequente.

A ilustração, não se ignora, filia-se à corrente mais liberal segundo a qual a exceção de pré-executividade não tem cabimento exclusivo em questões relativas a pressupostos e a condições da ação executiva, porque a tentativa de apreender o patrimônio do devedor levando em mira quantia nitidamente majorada, por força da inserção de parcela que não compõe o título executivo, longe de traduzir simples “erro de cálculo”, revela mesmo desrespeito violento à autoridade da coisa julgada.

Feitas essas considerações, parece-me que o caso submete-se a esse tratamento de inexigibilidade da garantia do juízo para recorrer contra decisão que indefere exceção de pré-executividade.

Com efeito, na exceção, assim como no recurso inadmitido, a agravante defende que o exequente-agravado inseriu nas contas de liquidação a parcela indenizatória de plano de saúde desde a retirada do benefício em maio de 2003. Acontece que a condenação da empresa, no ponto, limitou-se à reintegração no plano de saúde, porque a parcela indenizatória ao mesmo título foi expressamente indeferida ao empregado.

Ora, lê-se a decisão exequiênda no item II.1 (fls. 23/25) e vê-se, sobretudo em sua parte final, o deferimento do pedido do plano de saúde na parte da reintegração e o indeferimento naqueloutra da indenização, enquanto das contas de liquidação (fl. 36) emerge o lançamento, como devida, da mesma indenização denegada pela coisa julgada.

É verdade que o exame aqui procedido acaba por ser mais apropriado ao mérito do recurso cujo seguimento foi denegado. Todavia, a fim de que se investigue sobre o cabimento, ou não, da exigência do depósito prévio, em torno do que se proferiu a decisão denegatória, faz-se imprescindível essa análise incidental, sobretudo porque a impugnação do agravo de petição dirige-se igualmente contra a declaração de que a exceção estaria a configurar ato atentatório à dignidade da justiça.

Pelo exposto, PROVEJO o agravo de instrumento a fim de admitir o recurso denegado na origem, determinando, por conseguinte, a sua autuação para exame.

Acordam os Desembargadores Federais do Trabalho da Sexta Turma do Tribunal Regional do Trabalho da Quinta Região, à unanimidade, PROVER o agravo de instrumento a fim de admitir o recurso denegado na origem, determinando, por conseguinte, a sua autuação para exame.

Processo 01913-2006-037-05-00-6 AI, ac. nº 011582/2008, Relator Desembargador ALCINO FELIZOLA, 6ª. TURMA, DJ 29/05/2008.⁵³

Desse modo, ainda que esteja sendo construído o entendimento de que não cabe agravo de petição em face de decisão que rejeita a exceção de pré-executividade, sem garantia do juízo, observa-se que a prestação jurisdicional vem se amoldando às peculiaridades propostas em tal modalidade de defesa. É exatamente essa a projeção da teoria liberal, à qual se filia o Desembargador relator do acórdão em destaque.

É de se dizer, portanto, que, uma vez demonstrado desrespeito violento à autoridade da coisa julgada, com flagrante violação ao dispositivo da decisão que gerou o título executivo, admissível a interposição de agravo de petição sem garantia de juízo, em face de decisão que tenha rejeitado a exceção de pré-executividade.

A exigência da garantia do juízo se reserva, dessa forma, para a teoria liberal, às hipóteses em que a exceção de pré-executividade não for calcada em fundamentos relevantes e graves.

⁵³ No mesmo sentido: Processo 01913-2006-037-05-00-6 AP, ac. nº 011543/2008, Relator Desembargador ALCINO FELIZOLA, 1ª. TURMA, DJ 29/05/2008.

12 CONCLUSÃO

Logo de início, é possível concluir, através do presente estudo, que já não existe mais espaço para alegações de não cabimento da exceção de pré-executividade por falta de previsão legal.

Não parece razoável sustentar que a exceção de pré-executividade, defesa construída pela doutrina e pela jurisprudência (sem preceito legal), não tenha, por exemplo, o condão de suspender a execução por não existir norma legal nesse sentido.

Mesmo em se tratando de exceção não prevista em lei, de construção doutrinária e jurisprudencial, a exceção de pré-executividade vem sendo empregada no Direito Processual do Trabalho sem grandes restrições. Destaque-se que a aceitabilidade da exceção de pré-executividade vem crescendo com o passar do tempo, na mesma medida em que vão sendo construídos os requisitos em torno do seu procedimento, matérias argüíveis e recorribilidade.

As divergências existentes em relação às matérias argüíveis através da exceção de pré-executividade devem ser resolvidas com a conclusão de que não apenas as questões de ordem pública podem ser objeto da defesa sem constrição, podendo, inclusive, alcançar o mérito, desde que a prova seja pré-constituída e que não seja necessária dilação probatória.

Cumprе ressaltar que a ampliação das matérias argüíveis através da exceção de pré-executividade não importa em prejuízo ao processo, vez que só resulta em benefício às partes e ao processo, seja pela celeridade, seja pela economia processual.

Em se tratando dos efeitos da exceção de pré-executividade, tem-se que a apresentação da defesa sem constrição deve suspender a execução, sob pena de desvirtuamento da finalidade do instituto. Nesse mesmo sentido, o prazo para oposição de embargos deve ser suspenso e devolvido à parte após o julgamento da defesa sem constrição.

Pode o executado, uma vez rejeitada a execução, garantir o juízo para opor embargos à execução, sem qualquer prejuízo. Isso, evidentemente, na hipótese de a exceção de pré-executividade ter sido apresentada antes de finalizado o prazo de garantia da execução, tendo em vista que, uma vez garantido o juízo ou efetivada a penhora de bens, inicia-se a contagem do prazo legal para oposição de embargos.

Sendo aceita a exceção, o juiz extingue a execução, possibilitando ao exequente, que entenda ser credor, a interposição de agravo de petição, porque a decisão no caso coloca fim à execução. O processo seguiria a mesma ordem decorrente de uma decisão de embargos à execução. Caso o juiz rejeite a exceção, essa decisão tem caráter interlocutório e, portanto, é, de imediato, irrecorrível no processo do trabalho, cabendo ao executado retomar o tema quando da interposição de embargos à execução e agravo de petição.

No entanto, o estudo permite a conclusão de que, ainda que esteja sendo constituído o entendimento de que não cabe agravo de petição em face de decisão que rejeita a exceção de pré-executividade, sem garantia do juízo, a prestação jurisdicional vem se amoldando às peculiaridades propostas em tal modalidade de defesa.

Certo é que a doutrina e a jurisprudência ainda precisam avançar bastante em torno dos aspectos abordados neste trabalho, de modo que o tempo que gerou a admissibilidade da exceção de pré-executividade, seja no Direito Processual Civil ou no Processo do Trabalho, tratará de consolidá-los.

REFERÊNCIAS

- ALVIM, Eduardo Arruda. **Exceção de Pré-Executividade**. In: SHIMURA, Sérgio. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (Coord.). *Processo de Execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 2001. v.2. p. 208-247.
- ARAGON, Célio da Silva. **Os meios de defesa do executado**. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- ASSIS, Araken de. **Manual do Processo de Execução**. 8ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.
- BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. **Exceção de pré-executividade: Alcance e limites**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 22 ago. 2007.
- BRASIL. **Lei n.º 5.869**, de 11 de Janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm>. Acesso em: 22 ago. 2007.
- BRUSCHI, Gilberto Gomes. **Incidente defensivo no processo de execução: uma visão sobre a exceção de pré-executividade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 69.
- CAL, Rafael Vilas-Boas Costa. **A exceção de pré-executividade**. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 773, 15 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7096>>. Acesso em: 05 ago. 2009.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de Direito Processual Civil**. 16 ed. Rio de Janeiro:Lumen Juris, 2008.
- CARDOSO, Hélio Apoliano. **Exceção de pré-executividade e o efeito suspensivo**. Revista Jus Vigilantibus, quinta-feira, 22 de março de 2007. Disponível em: <<http://jusvi.com/artigos/23921>>. Acesso em: 05 ago. 2009.
- CARRION, Valentin. **Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho**. 26. ed. atual e ampl. por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DIDIER JR., Fredie. **Pressupostos processuais e condições da ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005.
- DINAMARCO, Candido Rangel. **Execução Civil**, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 146
- DUARTE NETO, Bento Herculano. **Direito Processual do Trabalho**. IESDE. Curitiba:2006. P. 265.
- FARIAS, Rodrigo Nóbrega de. **A exceção de pré-executividade no processo do trabalho**. Revista do TRT da 13ª Região, 2000, p. 87-91. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/19224/A_Exce%C3%A7%C3%A3o_de_Pr%C3%A9_Executividade.pdf?sequence=4>. Acesso em: 03.08.2009.

GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. 3º Volume. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. São Paulo, LTr, 2003, p. 683.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Comentários às Súmulas do TST**. 2. ed., São Paulo: Atlas, 2006.

LOPES, Mauro Luís Rocha. **Execução Fiscal e Ações Tributárias**, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002, p. 105.

MEDEIROS, João Paulo Fontoura de. **Embargos à execução: sentença de procedência e improcedência**. Curitiba: Juruá, 2003. P.40.

MIRANDA, Pontes de. **Dez anos de pareceres**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, v. 4, p. 138.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Curso de Direito Processual Civil**, volume 2: Teoria Geral dos Recursos, recursos em espécie e processo de execução. São Paulo: Atlas, 2006, p. 588.

NOLASCO, Rita Dias. **Exceção de Pré-Executividade: Doutrina, Jurisprudência e Prática**. São Paulo: Método, 2003.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. **A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada**. 1ª ed. – 2ª tiragem. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Execução Trabalhista: estática, dinâmica e prática**. 11. ed., São Paulo: LTr, 2006, p. 250.

SARAIVA, Renato. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5. ed. São Paulo: Método, 2008.