

OUTRAS HIPÓTESES PARA O CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE – ANÁLISE DOS LEADING CASES RESP 841.967/DF E RESP 1.013.436/RS

Marlos Corrêa da Costa Gomes

Pós Graduando *Lato Sensu* em Direito Privado pela Universidade Cândido Mendes. Pós Graduando *Lato Sensu* em Direito Público pela Universidade Cândido Mendes. Advogado.

Resumo: O presente estudo tem por finalidade apresentar outras hipóteses para o cabimento da exceção de pré-executividade. Partindo da análise histórica da medida será discutido o seu cabimento em casos de excesso na execução e de acolhimento de ilegitimidade passiva. Em capítulo específico, serão analisados os *leading cases* Resp 841.967/DF, Rel. Min. Luiz Fux e Resp 1.013.436/RS, Rel. Min Luis Felipe Salomão onde se tratou respectivamente do cabimento da exceção de pré executividade quando os valores fossem abusivos, absurdos, evidentes a ponto de ser considerado apta a configuração da matéria de ordem pública e um caso onde foi acolhida alegação de ilegitimidade passiva de parte e a referida medida se mostrou eficaz.

Palavras-chave: Exceção de pré-executividade - Excesso de execução/ilegitimidade de parte – Considerações Teóricas – Análise Jurisprudencial.

Abstract: The present study aims to present another hypotheses for the availability of the exception of pre enforceability. Based on the historical analysis of the measure discussed their appropriateness in cases of excessive implementation and hosting of lack of standing to be sued. In particular chapter, will analyze the *leadings cases* Resp 841.967/DF and Resp 1.013.436/RS where they discussed the appropriateness of pre enforceability exception when values were abusive, absurd, evident as to be considered able to setup public order and a case where she was admitted allegation of lack of standing to be sued.

Key Words: Exception Of Pre enforceability - Excess execution - Theoretical Considerations – Jurisprudential Analysis

Introdução

O instrumento processual manejado neste momento passou a ser desenvolvido no ano de 1966, após brilhante trabalho de Pontes de Miranda, no famoso “Parecer Manesmann”.

O renomado jurista apresentou a exceção de pré-executividade¹² como incidente de defesa que se traduzia em verdadeira exceção dilatória, alegando matérias prévias e de ordem pública, conhecíveis de ofício, capazes de fulminarem a execução. Tal instrumento ganhou acolhida na advocacia pátria, principalmente na esfera tributária, e encontrou aceitação nos tribunais pátrios.

No caso histórico supra mencionado, e apontado como genitor do tema no país, uma série de demandas executivas fundadas em títulos falsos, de monta elevada, foram ajuizadas contra a Companhia Siderúrgica Manesmann.

Hipoteticamente, se a executada do caso histórico valesse do uso dos embargos de devedor, via ordinária de defesa em um processo executivo, teria aquela que escolher dois caminhos distintos, quais sejam: garantir o juízo mediante indicação de bens à penhora ou depositar os valores das respectivas execuções. Entretanto, ambos os caminhos mostravam-se impraticáveis à época devido ao elevado valor em discussão.

Apesar de a executada ter capacidade para produzir provas acerca da falsidade dos títulos executivos, demonstrando assim ao Juízo que o mesmo não possuía exigibilidade, os embargos à execução mostravam-se a única via impugnatória cabível até então. Mais do que isso, tal defesa seria deveras onerosa pelos seus pressupostos de admissibilidade acima mencionados.

Nesse diapasão, a genialidade de Pontes de Miranda brotou criando o parecer eternizado nos anais do processo civil pátrio. O parecer discorria a tese da possibilidade de viabilidade da utilização do incidente processual sem qualquer necessidade de garantia do Juízo. Tal garantia que por muitas vezes tornava o ajuizamento dos

¹ Luiz Guilherme Marinoni cita a discussão a respeito da nomenclatura utilizada para o termo “Exceção de Pré -Executividade”. “Critica-se, com razão, o nome exceção de pré-executividade, uma vez que ele não designa apropriadamente aquilo que se pode alegar no curso da execução. Em princípio, apenas as objeções (e, portanto, não as exceções) têm sido aceitas por doutrina e jurisprudência neste campo, não havendo sentido na qualificação “pré-executividade”.

² O professor paranaense Luiz Guilherme Marinoni cita em sua obra que o nome (exceção de pré-executividade) foi utilizado pela primeira vez por Galeno Lacerda (Execução de título extrajudicial e segurança do juízo. Estudos de direito processual em homenagem a José Frederico Marques, p.165-176), no intuito de designar “exceções prévias, portanto, à penhora, que é medida já executiva” (p.174).

embargos inviável ao executado, como por exemplo no caso da Companhia Siderúrgica Manesmann.

O incidente em destaque seria manuseado mediante formalização de petição proposta nos autos da ação executiva, direcionada diretamente ao Juiz da causa, desde que fosse comprovada, de modo objetivo e incontestável, a inviabilidade da execução.

Pontes de Miranda afirmou em sua obra clássica³: “Uma vez que houve alegação que importa em oposição de exceção pré-processual ou processual, o juiz tem de examinar a espécie e o caso, para que não cometa a arbitrariedade de penhorar bens de quem não estava exposto à ação executiva.”

Por óbvio que a omissão do juiz em reconhecer a matéria de ordem pública de ofício não poderia resultar no prejuízo do executado a ponto de ser necessário aguardar uma constrição judicial para somente após demonstrar a ilegalidade.

Desde então, o processo executivo brasileiro passou a conviver com a exceção de pré-executividade, manuseada no dia a dia dos processos executivos, especialmente aqueles ajuizados pelas fazendas públicas cobrando dívidas tributárias indevidas dos contribuintes.

Hoje em dia tanto a doutrina quanto a jurisprudência admite a possibilidade de o executado apresentar, nos próprios autos da execução, uma simples petição com a finalidade de questionar a execução.

Importante é destacar que a exceção de pré-executividade independe de garantia do juízo. Alguns doutrinadores entendem que a EPE não teria mais finalidade diante das alterações do Código de Processo Civil, porém isto não será objeto de debate no presente estudo.

O professor paulista Daniel Assunção⁴ destaca que o fundamento utilizado por Pontes de Miranda para a referida medida no sentido de defender na execução com uma mera petição e desde que se tratasse de matéria de ordem pública, não pode ser contraditado até os dias atuais.

Tal afirmativa se dá em razão de a época o sistema jurídico vigente prever como matéria de defesa os embargos a execução, sendo o executado obrigado a ingressar com

³ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. “Parecer n. 95”. Dez anos de pareceres. v. 4. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, p. 125-139.

⁴ NEVES, Daniel Amorim Assunção. Manual de Direito Processual Civil. 4.ed.rev., Rio de Janeiro: Forense.2012. p.1136-1137

uma ação incidental para alegar matéria de defesa que o magistrado já deveria ter reconhecido de ofício.

Na verdade a exceção de pré-executividade ou objeção de pré-executividade é considerada como defesa atípica, tendo em vista que não há previsão no Código de Processo Civil. Porém, mesmo diante da ausência de previsão legal, a matéria foi aceita pela jurisprudência em homenagem ao devido processo legal.

Desta forma os tribunais vem admitindo que sejam alegadas determinadas exceções processuais, assim como as matérias que o juiz possa reconhecer de ofício⁵ e obviamente aquelas que puderem ser provadas de plano, ou seja, sem dilação probatória⁶.

1. Exceção de Pré-Executividade no Direito Comparado

Passemos a analisar a medida defensiva sob a visão do direito comparado e para tanto faremos indicações de importantes estudos elaborados pela doutrina contemporânea. Estudo realizado pelo professor Geraldo da Silva Batista Junior⁷ tem por base trabalho elaborado por Leonardo Greco, prestigiado pela qualidade e profundidade de suas obras.

No referido estudo o professor busca pesquisar o processo de execução no direito italiano, alemão, francês, espanhol, português e uruguaio. Especificamente em relação a maneira do devedor se defender em uma possível execução, o professor Leonardo Greco indica que no direito francês, espanhol e uruguaio se utiliza a chamada “oposição á execução”, que fazendo analogia ao nosso direito muito se assemelha ao nossos embargos.

⁵ Cabe destacar o teor do enunciado de n. 393 da sumula da jurisprudência predominante do Superior Tribunal de Justiça o qual, tratando de material de execução fiscal, estabelece que “a exceção de pré executividade é admitida nas execuções fiscais relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”.

⁶ STJ, 1T, AgRg no AgIn 775393/RS, rel Min. Luiz Fux, DJU 14.12.2006, p261; STJ, 1 T, AgRg no Resp 815499/RJ, rel. Min. Francisco Falcão, DJU 14.12.2006, p. 283;

⁷ BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. Exceção de pré-executividade: Alcance e limites. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004, p. 2. GRECO, Leonardo *apud* BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. Op. Cit. p. 3.

Nos demais países o meio de defesa a ser utilizado pelo devedor pode variar e possuir diversas formas, e ainda por cima poderá ser dependente de uma anterior penhora ou não depender de prévia garantia do juízo.

No direito italiano o devedor pode se utilizar das famosas oposições, que nada mais são do que uma ação incidental ao processo de execução e podem ser de três tipos: a) oposições aos atos executivos; b) oposições a execução; c) oposições de terceiros. As primeiras podem ser consideradas preventivas ou repressivas ante a sua utilização anterior ou posterior a prática dos atos executivos em si.

No direito alemão as execuções não são processadas pelos órgãos tradicionais do poder judiciário. Para tanto tais órgãos expedem determinados parâmetros executórios que serviram como forma de certificar oficialmente que os títulos que embasam as execuções são reconhecidos como executivos.

Diante deste inusitado instrumento de execução germânico, podem-se mencionar os meios de defesa que o executado dispõe naquele país. Existem três meios: a) reclamação contra a cláusula executiva (incide na fórmula executória expedida pelo Poder Judiciário); b) ação de defesa contra a execução; c) reclamação contra o modo ou forma dos atos executórios. Todas são modalidades de ações autônomas que, como na Itália, independem de prévia penhora.

É preciso destacar que o Código de Processo Civil sofreu algumas alterações importantes que modificaram a questão da garantia do juízo para apresentação da defesa pelo devedor. Hoje em dia não mais se fala em garantia prévia do juízo para oposição dos embargos do devedor, sendo necessário apenas no caso de fase de cumprimento de sentença que é típica do processo sincrético brasileiro.

Utilizando das palavras do professor Leonardo Greco que contextualiza com maestria a execução no direito norte-americano passamos a análise:

“Nos Estados Unidos, apesar do fato da legislação em matéria de execução ser de predomínio estadual, a oposição do devedor pode se dar, dentre outros meios, via motions for new trial, para a correção de erros para julgamento; Motions to alter of Judgment para correção de erros materiais e de forma; motions for relief from de the judgment – ação direta para anular o julgamento por fraude. Nenhuma delas se assemelha ao nosso processo de embargos, mas todas se prestam a evitar a execução e também independem de prévia penhora.

Assim, após breve análise do direito comparado no que tange ao processo de execução, passemos a analisar as principais características da exceção da pré-executividade.

2. Principais Características

A grande maioria da doutrina nacional assim como a jurisprudência vem entendendo que o cabimento da exceção de pré-executividade esta condicionado a alguns requisitos, como por exemplo em casos onde não poderá haver dilação probatória ou nos casos em que o magistrado pode conhecer das questões de ofício.

Para que se possa pensar no uso desta medida atípica de defesa, mister se faz necessário entender quais são suas principais características. Assim, passemos a analisar a partir da doutrina contemporânea o que a qualifica.

De início cabe destacar um trecho do livro do professor Fredie Didier Jr., vejamos⁸:

“Eis, assim, as principais características desta modalidade de defesa: a) Atipicidade: não há regramento legal a respeito do tema; b) limitação probatória: somente as questões que se podem provar documentalmente poderiam ser alegadas; C) informalidade: a alegação poderia ser feita por simples petição.”

Diante destas características a doutrina e a jurisprudência passaram a discutir e debater três temas importantes: o objeto, os efeitos e a utilidade da medida.

Quanto ao objeto, inicialmente, a doutrina passou a entender que a EPE tinha por finalidade tratar de questões atinentes a execução e mais especificamente alegar/indicar matérias que poderiam ser apreciadas pelo magistrado de ofício, ou seja de ordem pública.

Após certo tempo a doutrina e a jurisprudência passou a admitir também matérias que não eram tidas como de ordem publica, porém deveria haver prova pré constituída. Na verdade passou a configurar pressuposto de admissibilidade a prova pré constituída ou não.

Já em relação aos efeitos da EPE é preciso destacar que caso haja o acolhimento por parte do magistrado poderá ocorrer extinção do processo executivo. Poderá também

⁸ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5. Salvador: Juspodivm.2007. p.541-542

ocorrer hipótese em que o acolhimento da EPE não importe extinção do processo executivo. Contra a decisão que não acolhe a EPE cabe agravo de instrumento.

Muito se discute na doutrina se haveria possibilidade da EPE causar a suspensão da execução⁹, isso porque apenas aquelas causas previstas no art. 791 do CPC seriam aptas a suspender o processo executivo embasados nos embargos a execução.

Para Araken de Assis a EPE não poderia travar o andamento do processo ou suspender seu curso natural, para tanto apenas se poderia aceitar a suspensão dos casos que são expressos no próprio CPC art. 791. O professor é catedrático ao afirmar¹⁰, “O oferecimento da exceção não trava a marcha do processo executivo. E isso porque os casos de suspensão do processo, em geral (art. 265, e da execução, em particular (art. 791), encontram-se taxativamente previstos.”

Ocorre que, atualmente, com as mudanças realizadas nos embargos a execução, para que seja atribuído efeito suspensivo será necessário preencher quatro pressupostos, quais sejam: requerimento do executado, garantia do juízo, verossimilhança das alegações e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Sendo assim parece que hoje em dia seja pouco provável que caso preenchidos estes pressupostos não se possa atribuir efeito suspensivo.

A exceção de pré executividade surgiu como remédio inovador trazido por Pontes de Miranda que dentre outras utilidades serviria para apresentar matéria de ordem pública se contudo necessitar garantir o juízo.

Ocorre que hoje em dia, diante das mudanças feitas no atual código de processo civil, se poderia se questionar da atual utilidade da EPE tendo em vista que aos embargos a execução não é necessária a garantia do juízo.

Assim, existem alguns casos em que a EPE pode ser bastante útil. O professor Fredie Didier Jr¹¹ cita um exemplo pertinente:

“Na execução, quando o executado perder o prazo para a defesa, a exceção de não executividade ainda pode ser útil como instrumento para alegações de questões que podem ser alegadas a qualquer tempo ou de questões supervenientes, aplicando-se o disposto no art.303, do CPC, desde que a prova seja pré-constituída.”

⁹ KNIJNIK, Danilo. A Exceção de Pré-Executividade. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p.196.

¹⁰ ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 11ª. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1. p. 1074.

¹¹ DIDIER JUNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Vol. 5. Salvador: Juspodivm.

Para o mestre baiano a EPE ainda pode ter bastante utilidade, principalmente nos casos em que talvez se pudesse cogitar a perda do prazo pela parte. Porém como se trata de matéria de ordem pública e pode ser alegada a qualquer momento, desde que a prova seja pré-constituída, poderá a parte fazer uso da EPE.

O professor paranaense Luiz Guilherme Marinoni aponta que há histórica discussão sobre o erro em chamar a medida de exceção, pois para a maioria da doutrina o nome “exceção não designa aquilo que se pode alegar no curso da execução.

Apesar da referida medida ter-se popularizado no universo jurídico, muito vem se discutindo até que ponto se poderia configurar matéria de ordem pública e se seria sempre prescindível de dilação probatória.

O professor Daniel Assunção possui entendimento curioso no sentido de afirmar que excepcionalmente se poderia admitir a produção de prova incidentalmente na própria execução, para tanto cita importantes doutrinadores como Talamini¹² se posicionando a favor do tema e Wambier-Wambier¹³ e Araken de Assis¹⁴ contra.

Diante desta instabilidade o Superior Tribunal de Justiça buscou definir sua posição em relação ao tema, a seguir o enunciado n. 393:

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

Desta forma o entendimento predominante em nossos tribunais é no sentido de entender que para o cabimento da exceção de pré-executividade não há que se falar em produção de prova, ou seja, a mesma deverá ser pré constituída.

É curioso que tais requisitos ou matérias sejam reproduzidos nessas relações que, no direito antigo, poderiam ser alegadas nas execuções *per officium iudicis*, tidas como as “exceções passíveis de prova fácil”.¹⁵

Porém é preciso ser dito que a referida medida não poderá ser utilizada de maneira a procrastinar possíveis execuções, pois desta forma estaríamos sujeitos a processos morosos cuja finalidade precípua não seria atingida, qual seja, a prestação da tutela jurisdicional.

¹² TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil. Revista de Processo, v. 153,p.11-32, 2007.

¹³ WAMBIER – WAMBIER, Sobre a objeção, p. 410-411

¹⁴ ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. n 475, p. 1072.

¹⁵ Ver LIEBMAN, Enrico Tulio. Embargos do Executado. São Paulo: Saraiva, 1968. (p.65-66).

Tratando do tema “*contempt of court*”¹⁶ o professor Candido Rangel Dinamarco nos ensina que independente do direito comparado que se debruça sobre a matéria, a lei buscará tipificar as condutas que se constituem como atos atentatórios a dignidade da justiça, assim como as sanções a serem aplicadas e o procedimento a ser utilizado.

O professor fluminense Luiz Fux¹⁷ em sua obra sobre o novo processo de execução faz menção a novidade relativa os embargos a execução, para tanto traça questão atinente a desnecessidade de garantia do juízo e a possibilidade de arguir matérias que a priori seriam deduzidas em sede de exceção de pré-executividade, vejamos trecho importante:

Consequentemente, mesmo as matérias não enumeradas mas que se refiram a temas cognoscíveis de ofício, antes veiculados em exceção de pré-executividade ou exceção de executividade ou objeção de executividade, como, v.g., condição da ação, incompetência absoluta, pagamento prima facie comprovado, outras formas de extinção das obrigações, prescrição etc., podem ser suscitados em embargos independentemente de penhora.

A respeito do tema cognição, o professor Kazuo Watanabe¹⁸ possuiu classificação interessante dividindo a mesma no plano vertical e horizontal.

Em obra publicada pelo professor Alberto Camiña Moreira¹⁹ se utiliza da idéia de que toda matéria que o juiz pode conhecer de ofício pode ser alegada pela exceção, contudo, destaca a grande dificuldade em separar aquilo que pode ser alegado por simples petição de casos que dependam de embargos. Assim, afirma que são possíveis as alegações pela exceção de pré-executividade o excesso de execução, pagamento, prescrição, decadência e compensação.

Eduardo Talamini²⁰ indica que o fato de algumas matérias poderem ser utilizadas em sede de embargos a execução por si só não significa o veto a que elas sejam arguidas dentro da própria execução através de simples petição.

Assim muito se tem discutido no âmbito doutrinário a respeito da eficácia do uso da referida medida nos casos de execução de título executivo extrajudicial.

¹⁶ DINAMARCO, Candido Rangel. Execução Civil. 8. Ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2001. (p.186).

¹⁷ FUX, Luiz. O novo processo de execução (cumprimento da sentença e a execução extrajudicial). Rio de Janeiro. Forense, 2008.(p.409).

¹⁸ WATANABE, Kazuo. Da Cognição no Processo Civil. 2ª ed. Campinas: Bookseller. 2000. P.111.

¹⁹ MOREIRA, Alberto Camiña. Defesa sem Embargos do Executado: Exceção de Pré-Executividade, São Paulo: Saraiva, 1998.

²⁰ TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil. Revista dos Tribunais. n.153. 2007 (p.17)

3. Entendimento Firmado Pelo Superior Tribunal de Justiça

3.1. Recurso Especial 84.1967/DF

O tema do cabimento da exceção de pré-executividade em caso de excesso de execução veio a baila através do Resp 84.1967/DF cuja relatoria ficou a cargo do eminente ministro Luiz Fux, a época ocupando vaga no Superior Tribunal de Justiça.

Tratava-se na origem de ação de reintegração de posse ajuizada pela União em face de militar, sustentando que o servidor estaria resistindo a devolver o imóvel até então ocupado por ele em razão do exercício militar.

O pedido reintegratório formulado pela União foi julgado procedente pelo juízo a quo tendo considerado ilegítima a ocupação do referido imóvel, condenado o militar ao pagamento de taxas de ocupação devidas além de multa no valor de 10 % do valor da referida taxa.

Neste diapasão a União procedeu a execução do título judicial e o Réu apresentou exceção de pré-executividade.

Dai em diante as partes iniciaram grande discussão a respeito do cabimento da exceção de pré-executividade no caso de excesso de execução, assim como a data de início da contagem da multa aplicada ao Réu, se do trânsito em julgado da decisão ou a partir do esbulho.

Não iremos adentrar a questão do início do prazo para incidência da multa, pois o presente estudo não tem essa pretensão, ficaremos restritos ao cabimento ou não da exceção de pré-executividade em caso de excesso de execução.

O eminente relator, o Ministro Luiz Fux, iniciou seu voto tecendo importantes comentários a respeito de tal hipótese. Para tanto indicou que a medida caberá nos casos de excesso de execução toda vez que puder ser perceptível de imediato, sem dilação probatória e, para tanto, baste examinar a origem do título que embasa a execução.

Alguns julgados²¹ de renomados juristas evidenciam tal afirmação do ilustre ministro no que tange ao cabimento da exceção de pré-executividade em casos de excesso de execução.

²¹ Resp. 733.533/SP, Rel. Min. Nancy Andrichi, 3 T., DJ 22.05.2006. P.198.; Resp. 621.710/RJ, Rel Min. Eliana Calmon, 2 T, DJ 22.05.2006. p180.

Cabe aqui fazer a seguinte indagação, será possível o cabimento da EPE em casos de excesso de execução em que a parte exequente maliciosamente indica valores absurdos, abusivos em sua planilha? Se tal resposta for positiva, chegaríamos a conclusão de que o magistrado diante da dúvida quanto ao real valor a ser executado e após ouvir a parte contrária, deveria remeter os autos ao contador para que este apurasse o real valor.

Se pensarmos em tal hipótese (remessa dos autos ao contador) acabaríamos por esbarrar na questão da dilação probatória. É cediço que para que se pense na exceção de pré-executividade se faz necessário verificar a matéria de ordem pública e também a impossibilidade de dilação probatória.

Daí como ficaria o caso indicado em que o magistrado considera plausível a alegação da parte (excesso de execução e má fé da parte contrária) em sede de EPE e determina a remessa dos autos ao contador.

Cumprе destacar tal questão para que se possa discutir se a remessa dos autos ao contador em plena fase de liquidação de sentença, conforme prevê o art. 475, p.3 do Código de Processo Civil, poderia ser arguida em sede de exceção de pré-executividade.

A parte poderia alegar através da EPE que os valores apresentados em planilha pelo exequente seriam supostamente abusivos, absurdos, não podendo dessa forma ter prosseguimento o curso processual e requerer a remessa dos autos ao contador.

Retomando a análise do leading case, pode-se verificar que o eminente ministro indica acórdão²² da lavra da ministra Nancy Andrighi que tem por objeto uma execução de honorários advocatícios de sucumbência fixados em sentença. Assim foi expedido mandado de citação para que o executado pagasse a quantia de R\$ 57.951.712,93 (cinquenta e sete milhões novecentos e cinquenta e um mil setecentos e doze reais e noventa e três centavos).

Para sua defesa o executado, uma instituição financeira, apresentou exceção de pré-executividade onde alegou em síntese que o cálculo elaborado havia partido de premissa equivocada.

²² REsp 733.533/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, Julgado em 04.05.2006, DJ 22.05.2006 p.198.

A eminente ministra cita julgado do Superior Tribunal de Justiça²³ onde foi definido que é possível arguir excesso de execução em sede de exceção de pré-executividade, além do mais citou-se a questão da onerosidade em demasia caso a parte executada tivesse que garantir o juízo baseado em valores totalmente abusivos e passível de análise de plano pelo magistrado.

Cabe aqui também mencionar acórdão da lavra da ministra Eliana Calmon que no seu voto destaca ser possível o cabimento da exceção de pré-executividade no caso de excesso de execução.

No caso em questão, no julgamento do Resp 621.710/RS se tratou de questão atinente a execução fiscal, mais especificamente a contagem do prazo para a propositura dos embargos .

A fazenda pública indignada com a decisão proferida pelo tribunal de origem interpôs o recurso para fim de ver analisado seu pedido. A eminente ministra decidiu no sentido de entender que a matéria referente a retroatividade da lei mais benéfica poderia ter sido aduzida no bojo da execução fiscal, porém desde que antes do julgamento dos embargos.

Poderíamos aqui indicar diversos outros julgados que reforçam a matéria, porém não é objeto do presente analisar todos os precedentes que consubstanciam hipótese de cabimento de exceção de pré-executividade no caso de excesso de execução.

²³ REsp n.º 545.568/MG, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ 24.11.2003. Cabe aqui mencionar trecho do referido julgado onde se estabelece a divergência a respeito do cabimento da exceção de pré-executividade nos casos de excesso de execução: "Com a devida permissão, não creio seja possível estabelecer regra linear, no sentido de que a alegação de excesso de execução somente possa encontrar espaço em ação de embargos. É preciso discernir a natureza que o excesso assume para evitar que, de forma extremamente onerosa e desnecessária, obrigue-se o devedor a oferecer garantia aparentemente irreal em face do crédito reclamado judicialmente. Na espécie em exame, o excesso de execução de que se ocupou o agravado é aquele mencionado pelo art. 743 inciso I do CPC, pois, aparentemente, o agravante pleiteia quantia superior ao estipulado no acórdão. Sabe-se que este fundamento não extingue o processo de execução, apenas corrige o seu curso, a fim de se outorgar ao título executivo a indispensável certeza e liquidez a proporcionar a correta e justa satisfação do credor. A execução por quantia excessiva e que seja perceptível de imediato, se averiguada a origem do título que a embasa, constitui tema que não pode apenas ser invocável por vontade exclusiva do devedor em embargos"

3.2. Recurso Especial 1.013.436/RS

O referido recurso teve por objeto a discussão/alegação de ilegitimidade passiva²⁴ como fundamento da exceção de pré-executividade com a finalidade de extinção da execução em curso.

Tratou-se no caso de execução de título executivo extrajudicial movido por uma instituição financeira em face de três clientes e seus fiadores. Os fiadores apresentaram exceção de pré-executividade alegando que teria havido uma transação entre os clientes e o banco e que por conta disso a fiança teria sido extinta, configurando assim sua ilegitimidade para figurar em processo executivo.

O eminente Ministro Luis Felipe Salomão proferiu voto de maneira a demonstrar que a referida matéria poderia ser objeto de EPE.

Para tanto passou a tratar do tema de direito material (transação e moratória) transcrevendo trechos da doutrina e da jurisprudência pátria.

Observa-se que a figura da transação e da moratória não se confundem, porém tem uma mesma consequência, qual seja, excluir a responsabilidade dos fiadores que por ventura não tiverem consentido com o aditamento do contrato original.

No caso em análise o banco firmou termo de transação juntamente com a moratória, pois previu o parcelamento da dívida em inúmeras parcelas. Os fiadores não anuíram com tal acordo e por isso entenderam que não poderiam ser considerados solidários com o devedor principal.

Discutiu-se ainda a continuidade da responsabilidade dos fiadores diante de cláusula que previa a permanência da garantia no novo pacto. Ocorre que tal alegação foi rechaçada em sua plenitude pois não obstante a referida cláusula, a responsabilidade dos fiadores esta limitada aos exatos termos do convencionado no obrigação original.

²⁴ O professor José Roberto dos Santos Bedaque possui importante entendimento no campo do Direito Processual e mais especificamente no que tange a legitimidade. Por conta disso se considera importante transcrever parte do capítulo que trata a respeito de tal matéria, vejamos: “Se o autor indicar para figurar como réu no processo pessoa diversa daquela que, segundo a descrição fática por ele mesmo feita, participa da relação substancial, estará configurada a ilegitimidade passiva. Mas, se houver identidade entre o réu e a pessoa que, segundo o autor, deve suportar os efeitos da sentença, por figurar na relação substancial controvertida, ele será parte legítima. Se no curso do processo se apurar que o réu não participa da situação material descrita na inicial, o pedido será julgado improcedente” (Bedaque, José Roberto dos Santos. Efetividade do Processo e Técnica Processual. 3 edição. Ed.Malheiros. p.287.

Em determinado momento do referido recurso o eminente ministro cita um trecho da doutrina do ilustre professor Pontes de Miranda cujo trecho aqui se transcreve para fins de conhecimento, in verbis:

Outrossim, se o credor da prazo de graça ou de espera e no curso do prazo o devedor principal se arruína ou de qualquer modo fica em situação de menor possibilidade de solver a dívida, o fiador não o sofre. [...] se o credor anui em dilação ao devedor, à, no art. 1503, I, do código Civil, dita moratória, o fiador estará liberado. [...] Tratado de Direito Privado. Belo Horizonte: Bookseller, 2006, p. 198.

Após tecer comentários a respeito do tema de direito material o ministro votou no sentido de dar provimento ao referido recurso para acolher a exceção de pré-executividade apresentada pelos fiadores no processo executivo.

Com base nesse entendimento, a Turma deu provimento ao recurso especial para acolher a exceção de pré-executividade oferecida em primeiro grau e, por conseguinte, determinar a exclusão dos fiadores do polo passivo da ação de execução.

4. Conclusão

A medida tratada no presente estudo tem sido utilizada em demasia e muitas vezes com finalidade protelatória. Porém em inúmeras situações as partes se veem em uma situação delicada onde o valor a ser exigido é extremamente elevado e a parte busca agir de má fé para ludibriar as demais partes que compõe a lide.

Deve ser destacado os importantes estudos até aqui elaborados no sentido de implementar e identificar possíveis falhas ou hipóteses no cabimento da exceção de pré-executividade.

O judiciário passa por um momento de crescente aumento no numero de demandas que vem sendo distribuídas. Muitas vezes as partes, por falta de capacidade do advogado, provocam o judiciário quando o caso poderia ser resolvido extrajudicialmente.

Assim podemos indicar que a referida medida é adotado no direito brasileiro como forma de defesa com fundamento em matérias de ordem pública e caso não seja necessário a dilação probatória.

Ainda em relação a sua compatibilidade no direito brasileiro devemos afirmar que o executado pode provocar a cognição do juiz através dos embargos a execução ou

por meio da exceção de pré-executividade, tendo esta última natureza de incidente processual.

Diante do pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial reconhecendo o cabimento da referida medida é preciso ter cuidado no seu uso. Deve ser buscado/evitado sua incidência de maneira ampliativa até mesmo por não haver previsão legal expressa neste sentido.

Desta forma, tendo em vista os princípios que norteiam a nossa Carta Maior, os quais estão acima de qualquer outro ordenamento legal, bem como em homenagem à efetividade e instrumentalidade do processo, entende-se que a exceção de pré-executividade como hipótese de defesa do executado nas execuções fundadas em título executivo extrajudicial deve ser analisada com cautela pelo magistrado.

Do mais cabe ainda destacar que se a matéria da exceção for de ordem pública, não há que se falar em formação da coisa julgada, porém se o seu fundamento se tratar de direito material a decisão proferida poderá se sujeitar a coisa julgada.

Em relação as custas processuais e aos honorários advocatícios os mesmos, em caso de acolhimento da medida, serão suportados pelo executado. Agora caso haja rejeição a medida tais ônus serão de responsabilidade do excipiente, ainda assim vale ressaltar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça vem entendendo que caso seja rejeitada a medida não caberá condenação em honorários advocatícios.

Referências bibliográficas

MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem Embargos do Executado: Exceção de Pré-Executividade*. São Paulo: Saraiva, 1998.

ASSIS, Araken de. *Manual da Execução*. 11^a. ed. São Paulo: RT, 2007. v. 1. 1278 p. 1074.

BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. *Exceção de pré-executividade: alcance e limites*. 2^a ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2004.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. 3^a edição. São Paulo: Malheiros.

DIDIER JUNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol. 5. Salvador: Juspodivm.

- DINAMARCO, Candido Rangel. *Execução Civil*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*, vol 1, Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- KNIJNIK, Danilo. *A Exceção de Pré-Executividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2000.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. *Embargos do Executado*. São Paulo: Saraiva, 1968.
- FUX, Luiz. *O novo processo de execução (cumprimento da sentença e a execução extrajudicial)*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- MARINONI, Luiz Guilherme Bittencourt; ARENHART, Sérgio Cruz. *Execução*. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2012.(Curso de Processo Civil; v. 3).
- MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. “Parecer n. 95”. *Dez anos de pareceres*. v. 4. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.
- NEVES, Daniel Amorim Assunção. *Manual de Direito Processual Civil*. 4.ed.Rio de Janeiro: Forense.
- TALAMINI, Eduardo. *A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil*. *Revista dos Tribunais*. N.153. 2007.
- WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2ª ed. Campinas: Bookseller. 2000.