

PUC – SP COGEAE EDUCAÇÃO CONTINUADA
ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A subsistência da Exceção de Pré-Executividade frente a possibilidade de apresentação de Embargos à Execução sem a necessidade de realização de penhora, depósito ou caução prevista no artigo 736 do Código de Processo Civil.

São Paulo

2015

MARCOS ROBERTO NUNES DA SILVA

EXCEÇÃO DE PRÉ EXECUTIVIDADE

A subsistência da Exceção de Pré-Executividade frente a possibilidade de apresentação de Embargos à Execução sem a necessidade de realização de penhora, depósito ou caução prevista no artigo 736 do Código de Processo Civil.

Trabalho de conclusão de curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de especialista em direito processual civil ao curso de pós-graduação em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE.

Orientador: Prof. Leonardo Ferres da Silva
Ribeiro

SÃO PAULO

2015

MARCOS ROBERTO NUNES DA SILVA

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A subsistência da Exceção de Pré-Executividade frente a possibilidade de apresentação de Embargos à Execução sem a necessidade de realização de penhora, depósito ou caução prevista no artigo 736 do Código de Processo Civil.

Trabalho de conclusão de curso apresentado como pré-requisito para obtenção do título de especialista em direito processual civil ao curso de pós-graduação em Direito Processual Civil da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – COGEAE.

São Paulo __ de _____ de 2015

Conceito atribuído _____

Prof. Leonardo Ferres da Silva Ribeiro

A minha esposa e minha filha dedico meu amor incondicional.

Ao Professor Leonardo consigno minha demonstração de respeito e admiração.

Ao amigo Antonio Carlos Bruck Chaves, meu sincero agradecimento pelo apoio e colaboração.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo verificar a subsistência do instituto da exceção de pré-executividade frente a desobrigação de realização de penhora, caução ou depósito para apresentação de embargos à execução. Perquirindo sobre a subsistência do instituto discorre o trabalho sobre as questões do exercício do contraditório dentro do processo de execução e dos tipos de cognição realizadas pelo magistrado no processo executivo. Expõe os fundamentos aplicáveis ao instituto, procedimento e recursos da decisão que julga a exceção de pré-executividade. Por fim expõe as alterações operadas sobre o instituto em virtude do Novo Código de Processo Civil.

Palavras-chave: Direito Processual Civil. Teoria Geral do Processo. Execução Civil. Contraditório. Cognição Exauriente. Sentença. Recursos. Coisa Julgada. Honorários.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 FATOR HISTÓRICO	10
3 DENOMINAÇÃO	12
4 FUNDAMENTOS PARA APLICAÇÃO	14
5 MATÉRIAS PASSÍVEIS DE ALEGAÇÃO.....	16
6 COGNIÇÃO NA EXECUÇÃO.....	19
6.1 Classificação da Cognição e sua realização na execução.....	22
6.2 Contraditório na Execução.....	23
6.3 Análise de Mérito na Execução	26
7 IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO, EMBARGOS À EXECUÇÃO E EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.....	29
8 PROCEDIMENTO	33
8.1 Prazo para apresentação.....	33
8.2 Suspensão da Execução	35
8.3 Sentença	37
9 RECURSOS	38
9.1 Recurso cabível na hipótese de rejeição da Exceção.....	38
9.2 Recurso cabível na hipótese de acolhimento da Exceção com extinção da execução.....	39
9.3 Recurso cabível na hipótese de acolhimento da Exceção sem extinção da execução.....	40
9.4 Reexame Necessário.....	41

10 HONORÁRIOS	42
10.1 Inaplicabilidade do artigo 19, § 1º, I, da Lei 10.522/02.....	43
11 COISA JULGADA.....	45
12 TITULO EXECUTIVO AMPARADO EM MATÉRIA DECLARADA	
INCONSTITUCIONAL PELO STF	49
13 ALTERAÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL	52
14 CONCLUSÕES.....	56
BIBLIOGRAFIA.....	58

1 INTRODUÇÃO

A Exceção de Pré-Executividade é tida como meio de defesa atípica por não ser regulada pelo Código de Processo Civil, tratando-se de instituto construído e admitido pela Doutrina e Jurisprudência.

Atualmente está praticamente superada a discussão a respeito da possibilidade de sua utilização no processo de Execução, subsistindo, entretanto, com grande intensidade discussões quanto as matérias que podem ser alegadas por meio desse instituto tais como a possibilidade ou não de dilação probatória, efeitos de sua apresentação, entre outras.

Com efeito, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento sumulado quanto ao cabimento da Exceção de Pré-Executividade. É o que diz a súmula 393, confira-se:

Súmula 393 – A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandam dilação probatória.

Entretanto, com o advento das alterações do Código de Processo Civil trazidas com a Lei 11.382/2006, em específico o artigo 736, que retirou a necessidade de garantia do juízo para apresentação dos Embargos à Execução, a discussão se intensificou quanto a subsistência da Exceção de Pré-Executividade, haja vista a desnecessidade de garantia do juízo para apresentação dos Embargos à Execução que é, por definição legal, a via típica de defesa do Executado no processo de Execução de Título Executivo Extrajudicial.

A jurista Rita Quartieri cita o Professor Marcelo Bonicio o qual entende que com a redação do artigo 736 do CPC o instituto da Exceção de Pré-Executividade estaria muito restrito, senão extinto.

Se a possibilidade de interposição de exceções de pré-executividade não desaparecer por completo, é certo que ficará bastante reduzida, posto que tal meio de tutela surgiu, justamente, para contornar os problemas decorrentes da necessidade de prévia garantia do juízo.¹

Ilustrando ainda esse entendimento a professora cita também a exposição de motivos do anteprojeto que culminou com a Lei 11.282/2006, que assim dispunha:

nas execuções por título extrajudicial a defesa do executado – que não mais dependerá da ‘segurança do juízo’ – far-se-á através dos embargos, de regra sem efeito suspensivo (a serem opostos nos quinze dias subsequentes à citação), seguindo-se instrução probatória e sentença; com tal sistema desaparecerá qualquer motivo para interposição da assim chamada (mui impropriamente) ‘exceção de pré-executividade’, de criação pretoriana e que tantos embaraços e demoras atualmente causa ao andamento das execuções². (grifamos).

De forma contrária muitos são os autores que entendem pela subsistência do instituto Exceção de Pré-Executividade, porém ressaltando a polêmica do tema.

Destacamos nesse sentido a afirmação do professor João Batista Lopes, que assegura categoricamente que o tema é polêmico e que se relaciona diretamente com o princípio do contraditório na execução³.

Como se vê, o tema é complexo e controvertido havendo posicionamento em ambos os sentidos.

Este trabalho busca, por meio da análise de todos os pontos relevantes relativos ao instituto da Exceção de Pré-Executividade, verificar a subsistência ou não desse instituto face a redação do artigo 736 do Código de Processo Civil.

¹ BONICIO, Marcelo José Magalhães. Aspectos relevantes da tutela do executado na nova forma do CPC. *Apud* ARMELIN, Donaldo (et. al) **Comentários à Execução Civil – Título Judicial e Extrajudicial**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 372.

² QUARTIERI, Rita. Art. 736. Embargos à execução. In: ARMELIN, Donaldo (et. al) **Comentários à Execução Civil – Título Judicial e Extrajudicial**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 373.

³ LOPES, João Batista. Defesa do Executado na Reforma da Execução Civil. HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (coord). In **Processo de Execução Civil – Modificações da Lei 11.232/05**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 85.

2 FATOR HISTÓRICO

A Doutrina é praticamente unânime ao dispor que o tema ou instituto da Exceção de Pré-Executividade teria sido delineado pelo jurista Pontes de Miranda em parecer elaborado para o consagrado caso da Cia. Siderúrgica Manesmann.

Referida Companhia vinha sofrendo diversas execuções no Rio de Janeiro, São Paulo e Belo Horizonte, baseadas em títulos executivos supostamente falsos, daí a necessidade da apresentação de medida que visava extinguir as execuções sem que para isso o executado tivesse que sofrer a afetação de seu patrimônio.⁴

Vale destacar que muitos autores, a despeito de concordarem quanto a criação do instituto da Exceção de Pré-Executividade pelo Jurista Pontes de Miranda, discordam quanto a criação do termo Exceção de Pré-Executividade pelo renomado Jurista.

*Embora se atribua a Pontes de Miranda o desenvolvimento do instituto, não há, no famoso parecer, qualquer menção à designação exceção de pré-executividade. Pontes de Miranda apenas admite a alegação de falta de executividade ao título apresentado antes da efetivação da penhora". "Embora se atribua a Pontes de Miranda o desenvolvimento do instituto, não há, no famoso parecer, qualquer menção à designação exceção de pré-executividade. Pontes de Miranda apenas admite a alegação de falta de executividade ao título apresentado antes da efetivação da penhora".*⁵

Alguns autores atribuem a primeira utilização do termo Exceção de Pré-Executividade ao Jurista Galeno Lacerda, precisamente para se referir a lição de Pontes de Miranda⁶.

⁴ CARDOSO, Hélio Apoliano. **Exceção de Pré-Executividade**. 3ª Edição. Leme: J. H. MIZUNO, 2015. p. 18.

⁵ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. In **Curso de Direito Processual Civil - Execução**. Vol. 5. 6ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2014 p. 391.

⁶ TALAMINI, Eduardo. A Objeção na Execução ("Exceção de Pré-Executividade") e as Leis de Reforma do Código de Processo Civil. In: SANTOS, Ernani Fidelis dos (et. al.). **Execução Civil - Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 584.

O que se tem de concreto é que a Exceção de Pré-Executividade, cunhada por Pontes de Miranda se firmou na Doutrina e Jurisprudência como meio hábil (atípico) de defesa do Executado até os dias atuais.

Outras fontes históricas também são citadas por alguns autores como meios para o desenvolvimento do instituto, a saber o Decreto Imperial nº 9.885/1888 (que permitia a defesa sem prévia garantia do juízo), o Decreto 848/1890 (que estatuiu a organização da Justiça Federal e que determinava que, caso o executado comparecesse em juízo para se defender antes de realizada a penhora, somente seria ouvido se apresentasse documento de pagamento ou de anulação da dívida) e o Decreto 5.225/1932, do Estado do Rio Grande do Sul (que criou a exceção de impropriedade do meio executivo).⁷

⁷ CARDOSO, Hélio Apoliano. **Exceção de Pré-Executividade**. 3ª Edição. Leme: J.H.MIZUNO, 2015. p. 17.

3 DENOMINAÇÃO

É bem difundida na Doutrina a discussão a respeito da adequação da denominação do instituto da Exceção de Pré-Executividade.

Para boa parte dos Doutrinadores a denominação Exceção de Pré-Executividade não retrataria exatamente as implicações do instituto.

Conforme mencionamos anteriormente, até mesmo na exposição de motivos do anteprojeto que culminou na Lei 11.232/2006, a denominação exceção de pré-executividade é criticada.

Alguns autores sugerem novas denominações tais como objeção de pré-executividade, objeção executiva ou objeção de não executividade e até outros autores que sugerem utilização das duas nomenclaturas a ser definida de acordo com a matéria a ser questionada.

De fato, o que se tem é que antes mesmo das alterações implantadas no Código de Processo Civil o incidente era aceito nas hipóteses em que a matéria alegada poderia ser apreciada de ofício pelo magistrado, tratando-se desta forma de “**objeção**”, diferentemente da “**exceção**” que versa sobre matérias que exigem a provocação da parte para que possam ser apreciadas pelo juiz.⁸

Na obra “Comentários à Execução Civil” os autores também expressam a mesma diferenciação quanto a utilização dos termos exceção e objeção afirmando que “há que se diferenciar, desde logo, os dois expedientes: de exceção e de objeção, aquela apta a veicular matérias que, conquanto disponíveis, rendam ensejo a cognição de plano e esta, restrita às matérias de ordem pública”⁹.

A discussão não se restringe a questão da denominação exceção ou objeção, mas também ao termo Pré-Executividade, na medida em que se apresenta

⁸ Não obstante a distinção entre as palavras ‘objeção’ (reservada para descrever questão passível de conhecimento de ofício pelo juiz) e ‘exceção’ (reservada para descrever questão passível de conhecimento judicial, a iniciativa da parte). BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 622.

⁹ ARMELIN, Donaldo (et. al) **Comentários à Execução Civil – Título Judicial e Extrajudicial**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 370

a questão da execução já estar iniciada e, portanto, não podendo se falar de pré-executividade, mas sim de incidente que ataca atos já executivos.

Por fim destacamos a posição defendida pelo professor Alberto Camiña Moreira, para o qual sendo este um instituto pelo qual o executado exerce defesa endoprocessual o termo Exceção de Pré-executividade seria não só adequado, mas correto.¹⁰

Apesar da controvérsia no que tange a denominação do instituto, a ampla maioria da Doutrina é categórica ao reconhecer que o nome do instituto não lhe tira a qualidade de meio útil e apto a exercer a função de defesa do executado.

Como afirmou Araken de Assis

a exceção de pré-executividade não pode ser encarada como expediente pernicioso ou maligno. Ao contrário, presta-se admiravelmente para impedir o prosseguimento de execuções inúteis, beneficiando o conjunto da atividade jurisdicional, ou evitar dano injusto ao executado¹¹.

¹⁰ MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do Executado. Exceção de Pré-Executividade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 37.

¹¹ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1070.

4 FUNDAMENTOS PARA APLICAÇÃO

Independente da denominação que se dê ao incidente, o fato é que, mesmo não havendo previsão expressa no Código, a exceção de pré-executividade é amplamente aceita na jurisprudência.

A utilização desse incidente se fundamenta nos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, bem como no princípio da menor onerosidade do devedor, trazido no artigo 620 do CPC que prega que havendo mais de uma forma de execução essa deverá ser proposta pelo meio menos gravoso ao devedor.

Antes das alterações aplicadas no CPC, a Execução, fosse de título judicial ou extrajudicial, somente poderia ser atacada por meio dos embargos à execução, ressaltando-se que os embargos só poderiam ser opostos mediante afetação do patrimônio do devedor, seja por depósito seja por penhora.

Entretanto, se discutia sobremaneira se seria justo exigir do executado primeiro a constrição de seus bens para somente depois levar ao magistrado matérias que evidenciavam os vícios da execução e que poderiam ser apreciadas pelo juízo mesmo de ofício.

Alguns doutrinadores questionam até mesmo se essa exigência não afrontaria o princípio do acesso à justiça.

Conforme mencionamos na introdução deste trabalho, a utilização da Exceção de Pré- Executividade está também prevista na súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça, entretanto é importante destacar que a mencionada Súmula refere-se a sua aplicação na Execução Fiscal.

Contudo sua aplicação não se restringe ao âmbito da execução fiscal, aplicando-se hoje para todas espécies de execução, sejam elas comum, especiais ou fiscais¹².

¹² ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1069.

Por fim, vale trazer a colocação que faz Hélio Apoliano Cardoso a respeito da fundamentação da Exceção de Pré-Executividade, “o fundamento principal que ampara a ‘oposição pré-processual’, entre outros, é a nulidade do processo executivo, por ausência dos requisitos capitulados nos artigos 585, 586, 580 e 618 do CPC”.¹³

Ou seja, para o referido autor a principal fundamentação da Exceção de Pré-Executividade estaria calcada nos requisitos para se proceder a execução.

Nesse sentido conclui o jurista Bojunga:

(...) quando, na execução, estiver ausente um, ou mais, dos pressupostos processuais, mesmo que passando despercebido ao exame do magistrado da causa (que teria incorrido em vício *in procedendo*), por exemplo, por ter toda uma aparência de executoriedade perfeita e acabada, em qualquer fase do processo, deve ser assegurada a oportunidade de oferecer exceção de pré-executividade, pelo executado. Presta-se a medida, desse modo, para a alegação de nulidades, vícios pré-processuais e processuais que tornam ineficaz o título apresentado como se fora executivo (ainda que judicial), desde o ajuizamento da ação de execução e antes mesmo da sua citação.¹⁴

O que se extrai de tais conclusões é que tratando-se de instituto de criação genuinamente doutrinária e jurisprudencial resta evidente que a despeito da controvérsia gerada por sua aplicação, a fundamentação para sua aplicação está praticamente sedimentada no sentido de não se poder exigir do executado que aguarde a constrição ou afetação de seu patrimônio para poder demonstrar nulidades ou motivos evidentes para extinção da execução, ou mesmo que tenha que aguardar o desenvolvimento de uma ação que evidentemente estaria fadada a extinção.

¹³ CARDOSO, Hélio Apoliano. **Exceção de Pré-Executividade**. 3ª Edição. Leme: J.H.MIZUNO, 2015. p. 25.

¹⁴ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. **A exceção de pré-executividade**. In Revista de processo. Vol 55. Jul/Set, 1989. p. 62-70.

5 MATÉRIAS PASSÍVEIS DE ALEGAÇÃO

Como dissemos anteriormente, inicialmente a exceção de pré-executividade era aceita nas hipóteses de matérias que poderiam ser apreciadas de ofício pelo juízo, tais como as condições da ação (possibilidade, interesse e legitimidade) estendendo-se posteriormente também aos pressupostos processuais (prescrição, pagamento, novação, etc), desde que não necessitassem de dilação probatória.

Nesse tocante destacamos a máxima tida em Direito no sentido de que todo poder conferido ao magistrado, tem por consequência um dever, ou seja, se o magistrado poderia apreciar referida matéria de ofício, por esta mesma razão, obrigatoriamente teria que apreciá-la quando provocado pela parte.

Posteriormente passou a aceitar-se também outras alegações, mas que, porém, ficaram restritas a apresentação de prova pré-constituída ou alegações que pudessem ser aferidas de plano pelo magistrado, ou seja, sem a necessidade de dilação probatória tais como a nulidade dos atos de execução.

Observe-se o que diz o recente julgado do Superior Tribunal de Justiça a respeito das matérias passíveis de alegação na Exceção de Pré-Executividade.

(...) 4. No âmbito da exceção de pré-executividade, é possível o exame de defeitos presentes no próprio título que possam ser **conhecidos de ofício** pelo magistrado, além de matérias de defesa que possam ser aferidas de plano, **sem necessidade de dilação probatória**. (grifamos).

STJ. AgRg no RESP 1512277/ES. Rel. Min. Marga Tessler. 1ª Turma. Julgamento. 07/05/2015. DJE 15/05/2015

Como se vê, são dois os fatores a serem observados nas matérias que podem ser objeto da Exceção de Pré Executividade, que a matéria possa ser conhecida de ofício pelo juízo e que a decisão possa ser tomada sem a necessidade de dilação probatória.

É importante ressaltar que diferentemente do que se defendia com a orientação histórica, atualmente além das matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado, também podem ser trazidas por meio desse instituto matérias extintivas, modificativas ou impeditivas da obrigação¹⁵.

Não nos estenderemos especificamente sobre cada elemento de alegação na Exceção de Pré-Executividade, focando-nos na posição firmada na doutrina e jurisprudência dominante que, como se viu, tem como cabíveis para alegação na Exceção de Pré-Executividade, requisitos de ordem material (que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz) e requisitos de ordem formal (que o juiz possa proferir decisão sem a necessidade de dilação probatória).

Desta forma, temos que por meio da Exceção de Pré-Executividade poderão ser deduzidas matérias de objeção tais como carência da ação e falta de pressuposto processual, como matérias de exceção material, ou seja impeditivas, modificativas e impeditivas da obrigação, tais como pagamento e novação,

Destacamos a posição adotada pelo professor Alberto Camiña Moreira para quem a realização de prova na Exceção de Pré-Executividade é possível, porém apenas a documental¹⁶.

Concluimos, portanto, com a afirmação do professor Humberto Theodoro Júnior o qual faz a ressalva de que não se pode ter a exceção de Pré-Executividade como um instrumento que o devedor possa se valer de forma indiscriminada, mas que se tratando de arguições relativas a ausência de pressupostos processuais, condições

¹⁵ “De tal sorte que não mais subsiste aquela orientação inicial, no sentido de limitar a cognição do juiz, no plano horizontal, às matérias de ordem pública. Além daqueles temas, que por lei são conhecíveis de ofício e a qualquer tempo pelo juiz, também poderão ser trazidos à baila aspectos inerentes ao plano substancial, vale dizer, causas extintivas, modificativas ou impeditivas da obrigação”.

AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. **Aspectos Polêmicos da Exceção de Pré-Executividade na Atual Execução Civil Por Quantia**. Revista de Processo. Vol. 202/2011. Dez. 2011. p. 27 – 66

¹⁶ “A exceção de pré-executividade pode manifestar-se com base em simples petição, demonstrando a insuficiência da pretensão executória com base nos elementos acostados pelo próprio exequente, especialmente carência por defeito do título executivo. Nessa situação, nenhuma questão probatória emergirá do debate. Entretanto, se for necessária prova, só a documental é admitida”. MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do Executado. Exceção de Pré-Executividade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 50.

da ação e ainda questões como ausência de certeza e liquidez, prescrição e decadência o instituto é legitimamente viável¹⁷.

¹⁷ “O que é importante é não encarar a objeção de não executividade como uma panaceia da qual o devedor possa fazer uso indiscriminado em substituição aos embargos, forma natural de oposição in executivis. Para que a defesa interna (objeção) seja admissível é preciso que o vício imputado à execução corresponda a matéria inerente ao juízo de admissibilidade da própria ação executiva. Vale dizer: matéria de ordem pública, de conhecimento obrigatório ex officio, a qualquer tempo.¹⁶ Entram nesse domínio todas as arguições de ausência de pressupostos processuais e condições da ação (CPC (LGL\1973\5), art. 267, IV e VI, e § 3.º).¹⁷

Figuram, também, no âmbito da objeção em foco, as condições específicas da execução forçada, representadas pelo título executivo e o inadimplemento do devedor, que o Código classifica como “requisitos necessários para realizar qualquer execução” (CPC (LGL\1973\5), arts. 580 a 590). Sem título executivo não pode haver execução. Mas não basta a presença de um documento que formalmente mereça o nome de título executivo. É, ainda, necessário verificar-lhe o conteúdo substancial, pois, se nele não se encontrar retratada uma obrigação certa, líquida e exigível, sua cobrança não será possível pela via executiva (CPC (LGL\1973\5), art. 586).¹⁸ Pode-se, pois, arguir em objeção de não executividade tanto a falta de título como a ausência de certeza, liquidez e exigibilidade. É o caso, v.g., da prescrição ou decadência que afetam diretamente a exigibilidade da obrigação”.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Execução dos Títulos Extrajudiciais, após a Lei 11.382/2006**. In Revista de Processo. Vol. 222/2013. Ago, 2013. P. 13-39.

6 COGNIÇÃO NA EXECUÇÃO

O professor Kazuo Watanabe em sua obra 'Cognição no Processo Civil' define a cognição como sendo o ato do magistrado de analisar, valorizar a prova produzida pelas partes¹⁸.

Questão de suma importância e que não se pode afastar é atinente a possibilidade da realização de cognição pelo juízo no processo de execução.

A ideia principal é a de que o título executivo em si superaria a fase de conhecimento, retratando em documento, a necessidade de atuação executiva sem prévia ou nova investigação quanto a sua constituição.

Desta forma, poderíamos dizer que o exequente ao propor a ação de execução, não estaria pedindo ao Estado Juiz uma decisão de mérito, mas tão somente a prestação jurisdicional executiva no sentido de se praticar os atos tendentes a realizar o direito contido no título executivo.

O título executivo estaria dotado de força tamanha, que ao Estado Juiz caberia apenas tomar as medidas necessárias a garantir ao credor a realização de crédito frente ao devedor inadimplente, não havendo assim, a realização de cognição.

Tal posicionamento é ilustrado pelo professor Ernani de Paula Contipelli em texto publicado na Revista Tributária e de Finanças Públicas:

tratando-se de instrumento jurídico dotado de alto grau de força coativa e, portanto, direcionado à obtenção de resultado prático: satisfação do direito do credor/ exequente, afastamos inicialmente do processo de execução o aspecto cognitivo da tutela jurisdicional, o qual já se encontra materializado em um título executivo judicial ou extrajudicial, ou seja, documento que, por força de lei, consubstancia uma obrigação presumidamente líquida, certa e exigível, a qual representa direito subjetivo, que, sem justificativa aparente, não foi espontaneamente satisfeito, caracterizando, portanto, pressuposto específico para configuração do interesse de agir na ação executiva 2 (nulla

¹⁸ "A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do iudicium, do julgamento do objeto litigioso do processo".

WATANABE, KAZUO. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005. p. 67.

executio sine titulo), conforme o disposto nos arts. 583 e 586 do CPC (LGL\1973\5).¹⁹

De acordo com esse entendimento, jamais haveria cognição no processo de execução, sua existência se daria tão somente na hipótese em que o executado viesse a apresentar embargos à execução e, nesse caso, a cognição se daria nos embargos e, portanto, fora do processo de execução.

Ao contrário do que acima se expôs, temos o posicionamento favorável à cognição no processo de execução trazido no Curso de direito Processual Civil pelos professores Fredie Didier Jr., Leonardo José Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Oliveira²⁰, no sentido de que “há cognição no exercício da função executiva – quer ocorra em processo autônomo, quer como fase de um mesmo processo”.

Vale ressaltar que há posicionamento híbrido, no sentido da possibilidade de cognição tanto na execução, como fora da execução, dependendo da via pela qual se pleiteia a análise.

Tal posicionamento é defendido pelo professor Cássio Scarpinella Bueno²¹, o qual ensina que compete ao executado buscar por meio de uma das formas de defesa, seja ela a Impugnação, os Embargos ou a Exceção de Pré-executividade, a tutela jurisdicional com vistas a extinção do direito previsto no título executivo.

Como dissemos, esse entendimento não é unânime havendo vozes bastante relevantes que entendem pela possibilidade de cognição na própria execução e vozes que entendem pela possibilidade, mas apenas pelas vias típicas, ou seja, em processos incidentais.

Temos que os poderes atribuídos ao Juiz de Direito, lhe asseguram sem sombra de dúvida a possibilidade de realizar cognição, mesmo que seja no processo de Execução, pois sendo a execução umas das formas de jurisdição, por certo estará

¹⁹ CONTIPELLI, Ernani de Paula. **Apontamentos Constitucionais Sobre a Exceção de Pré-Executividade**. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas. Vol. 67. Mar/ 2006. p. 180

²⁰ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. In **Curso de Direito Processual Civil - Execução**. Vol. 5. Salvador: Jus Podivm, 2009 p. 42.

²¹ BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Civil: Tutela Jurisdicional Executiva**. Vol 3. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 101

o juiz autorizado a realizar análise de questões de ordem material ou processual o que por certo se traduz em cognição.

Nas palavras de Leonardo Faria Schenk:

a Jurisdição como um todo e o processo civil em especial, com destaque para os contornos da cognição, devem ser estudados pelas linhas de um contraditório de traço forte, entendido a partir de um complexo jogo de interação entre as partes e o próprio juiz, sempre voltado a influenciar direta e eficazmente na justiça da decisão.²²

O professor Alberto Camiña Moreira é categórico ao afirmar que a cognição na Execução é eventual, dependendo de provocação do executado e que a Exceção de Pré-Executividade leva o magistrado ao mundo da cognição²³.

De acordo ainda com o nobre jurista gaúcho Ovídio A. Batista da Silva²⁴ tem-se verificado uma ampliação da cognição do juiz no processo de execução, não se limitando este apenas a análise das questões processuais.

tem-se verificado, na verdade, que os limites de cognição do juiz da execução, que deveria limitar-se às defesas processuais, ou como lhes chama o direito italiano, defesas contra os atos executivos e não defesas de mérito contra a execução, tem-se alargado para permitir que o executado, nos autos do processo executivo, suscite exceções que digam respeito ao *meritum causae*.

Por fim, vale destacar a posição trazida por Rafael de Oliveira Guimarães para quem a execução, provocada pela Exceção de Pré-Executividade comporta três classes de cognição, a saber sobre atos de preparação, validade da execução e fundamento da pretensão²⁵.

²² SCHENK, Leonardo Faria. **Cognição sumária: Limites impostos pelo contraditório no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67).

²³ MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do Executado. Exceção de Pré-Executividade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 49.

²⁴ SILVA, Ovídio A. Batista da. Curso de Processo Civil. Vol 2. p. 23. Apud: MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do Executado. Exceção de Pré-Executividade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 25.

²⁵ "A cognição na execução gira em torno de três grandes classes. A primeira delas diz respeito aos atos executivos propriamente ditos, a verificação da validade dos atos executivos de preparação (como

6.1 Classificações da Cognição e sua realização na Execução

Como vimos anteriormente, nos parece que a questão quanto a realização ou não de cognição no processo de Execução está superada, restando apenas o debate quanto a sua extensão, amplitude e profundidade, em outras palavras a cognição no plano horizontal e vertical.

Em sua obra sobre Cognição no Processo Civil, o professor Kazuo Watanabe já afirmava que “inexiste ação em que o juiz não exerça qualquer tipo de cognição; até mesmo na ação de execução por título executivo judicial”²⁶.

No plano horizontal (extensão e amplitude), a cognição está limitada aos elementos objetivos do processo (questões processuais, condições da ação e mérito), classificando-se a cognição desta forma como plena ou limitada.

No plano vertical por sua vez a cognição se realiza segundo a sua profundidade, classificando-se como sumária (incompleta) ou exauriente (completa).

Sobre a classificação da cognição em horizontal e vertical assim conclui o jurista Kazuo Watanabe.

(...) se a cognição se estabelece sobre todas as questões, ela é horizontalmente ilimitada, mas se a cognição dessas questões é superficial, ela é sumária quanto à profundidade. Seria, então, cognição ampla em extensão, mas sumária em profundidade. Porém, se a cognição é eliminada ‘de uma área toda de questões’, seria limitada quanto à extensão, mas se quanto ao objeto cognoscível a perquirição do juiz não sofre limitação, ela é exauriente quanto à profundidade.²⁷

penhora), alienação antecipada, rejeição de venda por preço vil (art. 692), entre outros. A segunda classe é dos atos quanto a admissibilidade da ação executiva, se a ação apresenta requisitos prescritos em lei, o que poderá levar ao indeferimento da petição inicial (por exemplo, título executivo, competência absoluta, legitimidade para a causa etc.). E por fim, excepcionalmente, consoante admitem parte da doutrina e da jurisprudência, há a cognição sobre questões relativas ao fundamento da pretensão, ou seja, sobre o próprio crédito cobrado, desde que não necessite de dilação probatória”. GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. A objeção de Pré-executividade após as Reformas do Processo de Execução. In: SANTOS, Ernani Fidelis dos (et. al.). **Execução Civil - Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 690.

²⁶ WATANABE, KAZUO. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005. p.41.

²⁷ WATANABE, KAZUO. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005. p.129.

De acordo com essa lição podemos afirmar que o processo decidido segundo cognição exauriente acarreta a solução do conflito com maior clareza e certeza quanto a solução aplicada ao direito controvertido.

Na busca pela realização de um processo civil célere, de acordo com Leonardo Faria Schenk, “as técnicas de sumarização da cognição ainda hoje desempenham papel relevante no delicado equilíbrio das fronteiras, ou dos espaços de convivência, entre a aclamada eficiência dos sistemas processuais e as garantias fundamentais que orientam um processo que se espera jutos”²⁸.

Desta forma, nos parece que no plano da Exceção de Pré-Executividade o juiz exerce a cognição de forma limitada e exauriente.

Limitada na medida em que o procedimento não lhe permite a cognição de forma plena com ampliação do contraditório e Exauriente pois exerce juízo de certeza sobre as questões prejudiciais trazidas por meio da Exceção de Pré-Executividade, desde que, conforme sustentado, possa ser reconhecida de ofício pelo julgador e não necessite dilação probatória.

6.2 Contraditório na Execução

Sem sombra de dúvida o contraditório é princípio Constitucional consagrado no direito brasileiro, além de se mostrar como instituto essencial ao exercício da democracia.

De tudo que se colocou até aqui, nos parece que o debate sobre a possibilidade de contraditório no processo de execução se instaura em sua plenitude quando se põe a questão sobre a possibilidade de contraditório dentro ou fora do processo de execução, ou seja, se o contraditório seria possível apenas por meio do oferecimento dos embargos à execução ou se seria aplicável no próprio processo de Execução.

²⁸ SCHENK, Leonardo Faria. **Cognição Sumária**. Limites Impostos pelo contraditório no processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 17.

O nobre jurista Luiz Edmundo Appel Bojunga afirma que o contraditório é princípio universal que garante a aplicação da justiça e que deve ser observado, inclusive no processo de execução

O princípio universal de processo contraditório constitui, sem dúvida, garantia fundamental para aplicação da justiça, devendo merecer a mais viva repulsa qualquer norma legal que restrinja sua aplicação. O diálogo que deve existir entre as partes e o juiz, antes que se tome qualquer decisão ou se efetive qualquer tipo de prejuízo para qualquer das partes é também necessário no processo executivo.²⁹

Nesse mesmo sentido ensina o Professor Bruno Campos Silva ao dispor que o contraditório é direito constitucional consagrado no Brasil

Quanto ao regramento constitucional do contraditório, elucida o insigne Prof. Aroldo Plínio Gonçalves: "O contraditório foi definitivamente conquistado como um direito das partes, foi consagrado, no Brasil, como garantia constitucional, e se transformou em uma exigência da instrumentalidade técnica do processo. A ideia que está em sua base é a da evolução da prática da democracia e da liberdade, em que os interesses divergentes ou em oposição encontram espaço garantido para sua manifestação, na busca da decisão participada."³⁰

O professor Eduardo Talamini é categórico ao afirmar a possibilidade de discussão de mérito dentro do processo de Execução, por ser este passível de contraditório e assevera: "de há muito se superou a ideia de que a execução estaria alheia à incidência do contraditório"³¹.

Demonstrando sua assertiva o ilustre professor considera que o contraditório dentro da Execução resultaria da conjugação de vários fatores, a saber:

²⁹ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. **A Exceção de Pré-Executividade**. Revista de Processo. Vol. 55. Jul. – Set. 1989. p. 62 – 70.

³⁰ SILVA, Bruno Campos. **Novos Rumos do Processo de Execução no Brasil – Aspectos Referentes a defesa Endoprocessual do Executado**. Revista de Processo. Vol. 118/2004. Nov. Dez. 2004. p. 119 -136.

³¹ TALAMINE, Eduardo. A Objeção na Execução ("Exceção de Pré-Executividade") e as Leis de Reforma do Código de Processo Civil. In: SANTOS, Ernani Fidelis dos (et. al.). **Execução Civil - Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 576

(a) o Art. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal, eis que a incidência das normas constitucionais que consagram o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa em todas as formas processuais;

(b) princípios constitucionais da proporcionalidade de razoabilidade e;

(c) Possibilidade de verificação das condições da ação, pressupostos processuais, validade dos atos processuais e observância da garantia do menor sacrifício do executado.

Nesse mesmo sentido é o entendimento do professor Paulo Hoffman.

O artigo 620 do Código de Processo Civil prevê que, se por vários modos puder a execução se desenvolver, optar-se-á pelo meio menos gravoso ao devedor, artigo que, sem sombra de dúvida, deve ser lido em conjunto com as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, não se admitido a expropriação de bens do devedor sem que lhe seja dada oportunidade concreta de defesa³².

Ainda nesse sentido o professor Araken de Assis³³, citando como exemplo um caso em que a assinatura aposta no título executivo é falsa, é categórico ao afirmar que não seria justo e até mesmo abusivo exigir do devedor que aguardasse a afetação ou comprometimento de seu patrimônio para poder levantar a questão da referida falsidade, justificando, desta forma, a legitimidade do aparente devedor para que, valendo-se da exceção de Pré-Executividade, possa controverter o assunto na própria execução, ou seja endoprocessualmente.

Por fim, o professor Humberto Theodoro Jr. é categórico ao colocar a questão de que nenhum procedimento poderia se voltar apenas para uma das partes, sob pena de se ferir o estado democrático de direito

³² HOFFAMAN, Paulo. Primeiras dúvidas de ordem prática na aplicação da Lei n. 11.232/05. HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (coord). In **Processo de Execução Civil – Modificações da Lei 11.232/05**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 214.

³³ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1066.

É bom ressaltar que nenhuma política de aceleração da marcha processual se legitima se não respeitar as garantias constitucionais do processo, garantias essas que configuram “direitos fundamentais” no Estado Democrático de Direito, e que jamais permitirão o estabelecimento de um procedimento unicamente voltado para o benefício de uma só das partes do conflito a ser resolvido. Ainda quando se trate da execução forçada, haverá sempre interesses legítimos do devedor a serem resguardados e preservados, segundo o processo justo e equitativo programado pela ordem constitucional democrática³⁴.

Em sentido diretamente contrário o professor Bojunga cita os posicionamentos de Köhler e Satta

seguramente, a noção de inexistência de contraditório na execução remonta àquelas idéias de Köhler, segundo as quais, não se tem um progredir na relação processual de execução, mas simples retrato de um direito já criado no primeiro ato executivo, excluindo-se, por conseguinte, a estrutura contraditória e a própria oralidade.

Assumindo posição mais extrema, Satta afirma que o processo de execução não tem cunho contraditório, tendo caráter unilateral, pois a ação executiva se concretiza em atos de imediata agressão ao patrimônio do devedor.³⁵

O Ministro do STF Luiz Fux também defende posição no sentido da eventualidade do contraditório na Execução de Título Extrajudicial, ressaltando que o mesmo somente se instaura por meio da apresentação dos Embargos à Execução³⁶.

A despeito da existência de entendimentos contrários nos parece que a Jurisprudência é no sentido da possibilidade de contraditório na execução. Veja o que diz o Tribunal de Justiça do Paraná.

³⁴ THEODORO JR, Humberto. **A Execução dos títulos Extrajudiciais, após a Lei 11.382/2006**. Revista de Processo. Vol. 222/2013. Ago.2013. p. 13-39.

³⁵ Köhler e Satta. *Direito Processual Civil*, Rio, 1973, v. II, n. 330 e *L'Esecuzione Forzata*, Turim, 1963, n. 166 In:BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. **A exceção de pré-executividade**. In Revista de processo. Vol 55. Jul/Set, 1989. p. 62-70

³⁶ “Nesse segmento, expressivo é o elemento cognitivo introduzido na ‘execução extrajudicial’, quando o devedor opõe-se à mesma através de embargos, fazendo exsurgir um contraditório eventual, o que o distingue do processo de conhecimento genuíno. Neste, o contraditório é inaugurado a pedido do próprio autor ao requerer a citação do réu para responder. A razão está em que a execução não se instaura para obtenção de pronunciamento judicial, senão para realização do direito do credor; daí o porquê de o contraditório ser eventual e surgir por obra do próprio devedor que se opõe à suposta legitimidade daquele processo autoritário-judicial”. FUX, Luiz. **O novo Processo de Execução – O cumprimento da sentença e a execução extrajudicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 6.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DO CONTRADITÓRIO NA EXECUÇÃO. OBJEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE. CONHECIMENTO EX OFFÍCIO. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. CARTA DE ADJUDICAÇÃO DO IMÓVEL REGULARMENTE EXPEDIDA E REGISTRADA. ATO JURÍDICO PERFEITO. AÇÃO EXECUTIVA FINDA. VÍCIOS. AÇÃO ANULATÓRIA. VIA PROCESSUAL ADEQUADA. Recurso desprovido. 1. Conhecimento "ex officio". A inépcia da inicial executiva ou a presença de qualquer óbice ao regular exercício da jurisdição in executivis constituem matéria a ser apreciada pelo Juiz da execução, de ofício ou mediante simples objeção do executado, a qualquer momento e em qualquer fase do procedimento. **2. Princípio Constitucional do Contraditório na Execução.** Da circunstância de ser a execução coordenada a um resultado prático e não a um julgamento, não se deve inferir que o Juiz não profira, no processo executivo, verdadeiros julgamentos, necessários a escoimá-los de irregularidades formais e a evitar execuções não desejadas pela ordem pública. A recusa a julgar questões dessa ordem no processo executivo constituiria negativa do postulado da plena aplicação da garantia constitucional do contraditório a esse processo. É preciso debelar o mito dos embargos, que leva os Juízes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questões que poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente, ou talvez condicionando o seu conhecimento à oposição destes. Dos fundamentos dos embargos, muito poucos são os que o Juiz não pode conhecer de ofício, na própria execução. 3. Objeção de pré-executividade. Refere-se exclusivamente às condições da ação e aos pressupostos processuais, os quais devem ser analisados de ofício pelo juiz, possibilitando a doutrina e a jurisprudência o seu manejo em casos tais, independentemente de embargos, desde que não se faça necessária dilação probatória. 4. Adjudicação. Nos termos do art. 715 do Código de Processo Civil a adjudicação reputa-se perfeita e acabada com a assinatura do auto, e expedição da carta de adjudicação, a qual está averbada junto ao registro imobiliário competente. (grifo nosso)

TJ-PR - AI: 1909193 PR Agravo de Instrumento - 0190919-3, Relator: Jurandyr Souza Junior, Data de Julgamento: 29/05/2002, Quinta Câmara Cível (extinto TA), Data de Publicação: 14/06/2002 DJ: 6142.

Assim, temos que doutrina e jurisprudência tem entendimento majoritário no sentido da possibilidade de contraditório no processo de Execução, trazidos por meio da Exceção de Pré-Executividade, sob pena de sua inobservância afrontar os princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

6.3 Análise de Mérito na Execução

É importante que não se confunda cognição com análise de mérito.

Como vimos anteriormente a cognição está ligada a apreciação da prova e das questões trazidas ao juízo no exercício da jurisdição.

A verificação da existência ou não de análise de mérito na execução é importante para conclusão sobre a formação ou não coisa julgada na Execução.

O professor José Maria Rosa Tesheiner define o mérito na execução como *“juízo sobre a procedência ou improcedência do pedido do autor”*.³⁷

As próprias hipóteses trazidas no artigo 794 do CPC tratam de mérito da execução e, certamente, podem ser levantadas pelo meio da Exceção de Pré-Executividade, desde que, repita-se, sua análise não exija dilação probatória.

³⁷ TESHEINER, José Maria Rosa. **Execução Civil. Um estudo fundado nos comentários de Araken de Assis**. Revista de Processo. Vol. 102/2001. Abril/Junho de 2001. p. 24-54.

7 IMPUGNAÇÃO À EXECUÇÃO, EMBARGOS À EXECUÇÃO E EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Antes das alterações trazidas com a Lei 11.382/2006, a questão quanto as possibilidades de se opor à execução se colocavam de forma clara, Embargos à Execução quando garantido por penhora, depósito ou caução e Exceção de Pré-Executividade quando não havia garantia da Execução (com prova pré-constituída). Obviamente sem exclusão da possibilidade da propositura de ações autônomas ou defesas heterotópicas.

Primeiramente, com o advento da Lei 11.232/2005, criou-se a figura da impugnação ao cumprimento de sentença, a saber incidente de execução que se processa nos próprios autos da execução de título executivo judicial e que depende de garantia do juízo.

Sua previsão legal restou estabelecida no artigo 475-L do CPC que assim dispõe:

Art. 475-L. A impugnação somente poderá versar sobre:

I – falta ou nulidade da citação, se o processo correu à revelia;

II – inexigibilidade do título;

III – penhora incorreta ou avaliação errônea;

IV – ilegitimidade das partes;

V – excesso de execução;

VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que superveniente à sentença.

§ 1º Para efeito do disposto no inciso II do caput deste artigo, considera-se também exigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal como incompatíveis com a Constituição Federal.

§ 2º Quando o executado alegar que o exequente, em excesso de execução, pleiteia quantia superior à resultante da sentença, cumprir-lhe-á declarar de imediato o valor que entende correto, sob pena de rejeição liminar dessa impugnação.

Desta forma, restou extinta a figura dos Embargos à Execução de Título Executivo Judicial.

Já com a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, no que tange a defesa relativa a execução de Título Executivo Extrajudicial, manteve-se a figura dos Embargos à Execução, ou seja, defesa extraprocessual, entretanto sem a

necessidade de realização de penhora ou garantia do juízo prévio para sua apresentação, como restou estabelecido no artigo 736 do CPC, “Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos.”

As formas típicas de oposição à Execução dispostas no CPC, restaram, portanto, estabelecidas em defesa Endoprocessual (Impugnação à Execução) relativa aos títulos judiciais e defesa extraprocessual (Embargos à Execução) relativa aos títulos extrajudiciais.

Entretanto, a Exceção de Pré-Executividade, a despeito de poder ser apresentada nas execuções de título judicial e extrajudicial se processa na forma Endoprocessual, ou seja, nos próprios autos da execução.

Assim temos que, se o título executivo for judicial, adota-se a sistemática do artigo 475-L e M do Código de Processo Civil e, se o título executivo for extrajudicial a via de defesa típica será, de acordo com o artigo 736 do Código de Processo Civil, os Embargos à Execução³⁸.

Salientamos ainda que tratando-se de execução contra a Fazenda Pública subsiste a defesa por meio dos Embargos à Execução (Arts. 730 a 741 do Código de Processo Civil).

Independente das hipóteses previstas no artigo 475-L (impugnação) e art. 736 (embargos à execução), conforme asseveramos até aqui, a Exceção de Pré-executividade é perfeitamente cabível.

O fato é que, mesmo que a matéria alegável esteja prevista para o caso de impugnação ou embargos, tal previsão não impede que o executado se valha do instrumento da Exceção de Pré-Executividade.

Além de diferenciar-se quanto a necessidade ou não de penhora para que possa ser manejado, os institutos diferenciam-se ainda no que tange a questão temporal. Impugnação e Embargos à Execução estão sujeitos a preclusão temporal, ao passo que a Exceção de Pré-Executividade não está condicionada a questão

³⁸ CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Execução Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. As Defesas do Executado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 646.

temporal podendo ser apresentada a qualquer momento. Nesse sentido destaca o professor Humberto Theodoro Júnior.

uma vez, porém, que o tema da oposição do executado envolva matéria pertinente às condições de procedibilidade in executives, não há momento certo e obrigatório para o seu enfrentamento nos autos. A qualquer tempo e em qualquer fase do processo o juiz terá de solucionar a questão que lhe diga respeito, a requerimento da parte, ou mesmo ex officio (art. 267, § 3º). Como o juiz está jungido a fazer extinguir o processo a que faltem os pressupostos processuais, ou as condições da ação, sem atingir o mérito, não se pode impedir que o executado a qualquer tempo, antes ou depois da penhora, demonstre a impossibilidade de prosseguimento do feito³⁹.

Vale destacar que as 3 formas de oposição à execução acima mencionadas diferenciam-se também no que tange a forma e amplitude da cognição.

De acordo com o que se expos anteriormente, o processo de execução tem cognição eventual, dependendo da provocação do Executado.

Dessa característica é que as diferenças na cognição se mostram em virtude do tipo de defesa que se coloca.

A Impugnação à Execução tem cognição limitada pelas questões que podem ser alegadas e dependem de provocação do executado. Conforme ensina o professor Fredie Didier Júnior “seja qual for a corrente adotada, o certo é que o procedimento de execução de sentença passa a ser estruturado em cognição limitada e exauriente secundum eventum defensionis”⁴⁰.

Nos Embargos à Execução a cognição é ampla e larga, não se excluindo nesse tipo de defesa, qualquer meio de prova.

Já a Exceção de Pré-Executividade não comporta o mesmo tipo de cognição, limitando-se sua apreciação a demonstração *prima facie* do direito alegado.

³⁹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 392

⁴⁰ DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. In **Curso de Direito Processual Civil - Execução**. Vol. 5. 6ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2014 p. 367

O professor Alberto Carmiña Moreira confirma esse entendimento.

A Exceção de pré-executividade leva o jiz da execução ao mundo da cognição. Por ser limitada a certas matérias, não há, quanto à extensão, cognição total; as possibilidades de defesa no processo de execução são exemplificadas adiante. Sem dúvida o cabimento de defesas, aqui, é bem menor que na ação de embargos à execução de título extrajudicial⁴¹.

Importante que se tenha que, deixando de manifestar-se pela via típica o executado abre mão de vantagens especiais previstas no regime específico, tais como suspensão do procedimento principal até a definição da questão ou instauração de um procedimento instrutório em que se possibilite cognição plena.

⁴¹ MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do Executado. Exceção de Pré-Executividade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 50.

8 PROCEDIMENTO

Conforme mencionamos acima, a exceção de pré-executividade não tem previsão legal e decorre de construção jurisprudencial e doutrinária, não havendo, portanto, procedimento rígido para sua apresentação e apreciação.

Considerando ainda que referido instituto é aceito com base no princípio do contraditório e, até para que não se ampare um princípio em detrimento de outro, pois ao se negar o contraditório ao exequente estaria se desconsiderando o princípio da isonomia, é importante que o magistrado ouça o exequente sobre a exceção apresentada, determinando prazo de acordo com o caso concreto.

No que tange as matérias que podem ser alegadas é importante se colocar a posição do Superior Tribunal de Justiça que firmou entendimento no sentido de que as matérias alegadas não estão limitadas as questões de ordem pública, mas também fatos modificativos ou extintivos de direito, litando-se a cognição a questões que possam ser aferidas sem a necessidade de dilação probatória.

Independente da questão de não estar positivado pelo Direito, a Exceção de Pré-executividade deve contemplar o princípio do contraditório.

Desta maneira, ao receber a Exceção de Pré-Executividade o magistrado deve conceder a outra parte prazo para se manifestar sobre a impugnação, a não ser, evidentemente em casos de rejeição liminar.

8.1 Prazo para Apresentação

No que tange ao prazo para apresentação da Exceção, tendo em vista que esta não tem previsão expressa no Código de Processo Civil e que as matérias de ordem pública podem ser argüidas a qualquer tempo, temos que a Exceção não se limita a preclusão temporal.

O professor Alberto Camiña Moreira é categórico ao afirmar a inexistência de prazo para a apresentação da Exceção de Pré-Executividade⁴².

No mesmo sentido é a posição do Jurista Luiz Edmundo Appel Bojunga, confira-se.

“Devo perfilhar a posição adotada por Galeno Lacerda ao divergir de Pontes de Miranda quanto ao momento do oferecimento da exceção. Como os pressupostos processuais devem ser observados e decretados de ofício pelo magistrado, a matéria não se subordina aos efeitos da preclusão, podendo a alegação através da exceção de pré-executividade ser oferecida desde o ajuizamento da ação executiva”⁴³.

De qualquer forma, não se pode deixar de aplicar a determinação do Código no que se refere a condenação do executado por ter deixado de levantar a questão no primeiro momento possível, respondendo pelas custas despendidas pela sua inércia, conforme prescreve o artigo 267, § 3º no processo de conhecimento.

Nesse sentido ensina o professor Humberto Theodoro Jr. ao citar as lições de Luiz Rodrigues Wambier, Theresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina⁴⁴ *“caso, no entanto, o executado deixe de alegar tais vícios na primeira oportunidade em que lhe incumbe falar nos autos, incidirão as sanções referidas nos arts. 22 e 267, § 3º, do CPC, conforme o caso”*.

⁴² Dado que a exceção de pré-executividade não está contemplada legislativamente, não existe prazo para a sua prática. Prazo, aqui, entendido como espaço de tempo destinado ao cumprimento dos atos do processo. Ainda que prazo houvesse sido marcado pela lei, não seria preclusivo, pois a natureza das matérias possíveis de ser alegadas não se subordinam à peremptoriedade inerente à preclusão. Questões processuais, de ordem pública, podem ser alegadas a qualquer tempo; da mesma forma a prescrição, a decadência, o pagamento e a compensação. De sorte que, sendo a lei omissa a respeito do assunto, é de se admitir a exceção de pré-executividade a qualquer tempo no processo de execução, sem limite das 24 horas posteriores a citação”.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do Executado. Exceção de Pré-Executividade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 62.

⁴³ BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. **A exceção de pré-executividade**. In Revista de processo. Vol 55. Jul/Set, 1989. p. 62-70.

⁴⁴ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Theresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Comentários à Nova sistemática Processual Civil. Vol. 2. São Paulo. RT. 2006. p. 152. In: THEODORO JÚNIOR Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 392.

8.2 Suspensão da Execução

O fato de não haver previsão legal ou positivada, acalora a discussão de doutrina e jurisprudência sobre a possibilidade de suspensão da execução por meio da apresentação da Exceção de Pré-Executividade.

Para o professor Alberto Camiña Moreira a falta de previsão legal da Exceção de Pré-Executividade obstará a possibilidade de suspensão da Execução⁴⁵.

Esse também é o posicionamento do Professor Araken de Assis que em última análise afirma que o protocolo da Exceção de Pré-Executividade pode causar transtornos e paralisação do processo que não se poderia confundir com a suspensão da execução prevista no artigo 791 do CPC⁴⁶.

Rafael de Oliveira Guimarães por sua vez sustenta a possibilidade da suspensão da execução e fundamenta seu entendimento na posição adotada pelo Professor Humberto Theodoro Júnior, que traz como solução o uso dos requisitos exigidos nas medidas urgentes, a saber *fumus boni iuris* e risco de dano grave e de difícil ou incerta reparação⁴⁷.

Considerando os critérios adotados pelas medidas de urgência, assim se posicionou o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

⁴⁵ “Em conclusão, a suspensão do procedimento não emerge como ato discricionário do juiz, que só faz aplicar a lei. A exceção de pré-executividade, que não goza de contemplação legislativa, não suspende o procedimento, por falta de amparo legal”.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa Sem embargos do executado. Exceção de pré-executividade** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 192).

⁴⁶ “A suspensão do processo não equivale à simples paralisação de fato, gerada pela sobrecarga ou pelo mau funcionamento da burocracia judiciária, e requerimento das partes. Naturalmente, o protocolo da exceção, no juízo da execução, provocará transtornos dessa natureza, que não se confunde com o efeito suspensivo *ex vi legis*. É expresso, ademais, o art. 791, I, do CPC, outorgando efeito suspensivo tão-só aos embargos, mas ope iudicis (art. 739-A, § 1º), e não a qualquer oposição”.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1075.

⁴⁷ Nesses casos, a solução para base legislativa é uso das medidas urgentes. Fundamento este já adotado por Humberto Theodoro Júnior, quando da análise da possibilidade de suspensão do atual cumprimento de sentença quando da apresentação da impugnação, e também já utilizado pela jurisprudência. Fundamenta-se pela grande possibilidade de êxito do incidente processual (*fumus boni iuris*), e os graves entraves à atividade negocial que a penhora injusta pode ocasionar (risco de dano grave e de difícil ou incerta reparação”).

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. A objeção de pré-executividade após as reformas do processo de execução. In: SANTOS, Ernani Fidélis dos [et al] (coord). **Execução Civil. Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 694.

EMENTA.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. LOCAÇÃO. CASO CONCRETO. MATÉRIA DE FATO. **EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EFEITO SUSPENSIVO. POSSÍVEL SOMENTE SE PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 475-M DO CPC.** ANALOGIA AOS REQUISITOS DA IMPUGNAÇÃO AO CUMPRIMENTO DE SENTENÇA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO. (Agravado de Instrumento Nº 70065699274, Décima Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Julgado em 07/08/2015). (grifamos)

(TJ-RS - AI: 70065699274 RS , Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Data de Julgamento: 07/08/2015, Décima Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/08/2015)

Há, no entanto, precedente no Superior Tribunal de Justiça em que se coloca a possibilidade de se atribuir efeito suspensivo a Exceção de Pré-Executividade, porém apenas em hipóteses restritas.

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EFEITO SUSPENSIVO. 1. A exceção de pré-executividade é admitida, em situação excepcional, pelo nosso ordenamento jurídico. É cabível, com o efeito de suspender a execução, somente quando comprovada, de modo indubitável, a existência de prescrição, decadência, pagamento do débito ou outro motivo de ordem pública. 2. Não é aceita exceção de pré-executividade para discutir a inexigibilidade de ISS em razão de serviços prestados por cooperativas. Necessidade de se analisar, no âmbito da instrução, se os serviços prestados têm natureza de ato cooperativo ou de ato não-cooperativo. 3. Recurso especial provido.

(STJ - REsp: 1002031 PE 2007/0238631-0, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 20/05/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 23.06.2008 p. 1)

O tema ainda é bastante polêmico. Nos parece, contudo, bastante acertada a posição relativa a viabilidade de aplicação de efeito suspensivo à Exceção de Pré-Executividade, desde que relativas as medidas de urgência.

8.3 Sentença

Não há maiores questionamentos quanto aos efeitos da sentença proferida sobre a Exceção de Pré-executividade.

Evidentemente a sentença que rejeita a Exceção de Pré-executividade, mantém a continuidade da Execução, ao passo que o seu acolhimento extingue a Execução.

Pode haver, entretanto, hipóteses em que há o acolhimento da Exceção de Pré-Executividade, sem a extinção da execução, como por exemplo casos em que há a arguição de nulidade da penhora.

Em casos dessa natureza, o acolhimento do incidente não leva a extinção da execução, mas tão somente o desfazimento do ato atacado.

9 RECURSO

A decisão que rejeita a Exceção de Pré-Executividade é decisão interlocutória que não põe fim ao processo e, portanto, recorrível por meio de agravo de instrumento. Lembrando que por tratar-se de via executiva não se vislumbra o cabimento de agravo retido.

Já na decisão que acolhe a Exceção de Pré-Executividade, desde que tenha como consequência a extinção da execução, a via de insurgência quanto a essa decisão é o recurso de apelação.

9.1 Recurso cabível na hipótese de rejeição da Exceção.

Por se tratar de decisão que não põe fim ao processo, a decisão que rejeita a Exceção de Pré-Executividade tem natureza de decisão interlocutória.

Como vimos até aqui, a Exceção de Pré-Executividade é meio de defesa Endoprocessual, ou seja, que tramita dentro do processo de execução e por tal razão, a decisão que a desacolhe não põe fim ao processo, caracterizando-se, desta forma como decisão interlocutória atacada por meio do recurso de Agravo.

Confirmando o que acima se dispôs trazemos a colação o recente julgado do Superior Tribunal de Justiça onde se confirma o recurso de Agravo de Instrumento como recurso cabível na hipótese de rejeição da Exceção de Pré-executividade ensejando, portanto a continuidade da execução.

Ementa

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RAZÕES RECURSAIS. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. ERRO GROSSEIRO NA INTERPOSIÇÃO DE APELAÇÃO. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA 83/STJ.

1. Não é possível conhecer do recurso especial no que tange à suposta violação aos artigos de lei apontados como malferidos, pois não possuem

comando normativo capaz de infirmar os fundamentos do acórdão atacado, porquanto não induzem ao direito pleiteado, o que atrai a aplicação da Súmula 284/STF.

2. Ademais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é assente no sentido de que o recurso cabível contra decisão proferida em exceção de pré-executividade que não põe fim à execução é o agravo de instrumento, caracterizando erro grosseiro a interposição de apelação. Incidência do óbice da súmula 83/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RESP. 1260263/RS Agravo Regimental no Recurso Especial 2011/0135906-4. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. DJe 14/05/2015).

(grifamos).

9.2 Recurso cabível na hipótese de acolhimento da Exceção com extinção da Execução.

Conforme asseveramos acima, a Exceção de Pré-Executividade, como genuíno meio de defesa Endoprocessual que é, tem como objetivo obstar os atos executórios no processo de execução ou mesmo por fim ao processo Executivo.

Tendo o acolhimento da Exceção como consequência a extinção do processo de Execução o recurso para atacar essa decisão é o recurso de apelação.

Nesse sentido é a decisão do Tribunal de Justiça do rio Grande do Sul.

AGRAVO DE INSTRUMENTO INTERPOSTO CONTRA DECISÃO QUE ACOLHEU EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E EXTINGUIU A EXECUÇÃO. PROVIMENTO JUDICIAL QUE DESAFIA RECURSO DE APELAÇÃO. FUNGIBILIDADE INCABÍVEL. ERRO GROSSEIRO. 1. *Não se conhece de agravo de instrumento interposto contra decisão que acolheu exceção de pré-executividade e extinguiu a execução por inadequação recursal, já que o provimento judicial objetado desafia recurso de apelação.* 2. *E não há falar na aplicação do princípio da fungibilidade, pois não há dúvida objetiva quanto ao recurso cabível, cuidando-se o equívoco de erro grosseiro. Jurisprudência do STJ a respeito do tema. Agravo de Instrumento não conhecido”.*

(TJ-RS - AI: 70047248661 RS , Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 30/01/2012, Décima Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/02/2012)

De se observar ainda que a interposição de agravo de instrumento no lugar do recurso de apelação não enseja a aplicação do princípio da fungibilidade tendo o STJ firmado entendimento no sentido de tratar-se de erro grosseiro.

9.3 Recurso cabível na hipótese de acolhimento da Exceção sem extinção da execução.

Conforme asseveramos acima, da decisão que acolhe a Exceção pode ocorrer de seu acolhimento não extinguir a execução.

É o que se dá quando a exceção é oferecida apenas com o objetivo de se impugnar a nulidade de um ato tal como a penhora de bem absolutamente impenhorável.

De certo que em tal hipótese o seu acolhimento anularia apenas a penhora e não o processo de execução como um todo.

Nesse caso o recurso cabível é o Agravo de Instrumento.

Nesse sentido veja o que diz o STJ.

EMENTA

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO SEM EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. INAPLICABILIDADE.

“1. A exceção de pré executividade tem a natureza de incidente processual para defesa do executado, processado nos próprios autos de execução, sem necessidade da garantia do juízo.

2. Acolhida a exceção de pré executividade, sem extinguir a execução, essa decisão desafia recurso de agravo de instrumento.

3. Recurso especial improvido”.

(STJ - RESP nº 792.767/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 19.12.2005).

9.4 Reexame Necessário

Importante destacar, por fim, que nas execuções fiscais, em virtude de tratar de ação em que figura como parte o ente estatal, na hipótese de acolhimento da Exceção de Pré-Executividade com a extinção da execução, aplicável então nestes casos o regime do reexame necessário.

Em decisão publicada em março de 2015 nesse mesmo sentido concluiu o STJ.

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PARCIAL ACOLHIMENTO PARA EXCLUIR CDA. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO COM BASE NAS CERTIDÕES RESIDUAIS. DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. **REEXAME NECESSÁRIO. DESCABIMENTO. PRECEDENTES.** 1. Os atos judiciais que, em sede de exceção de pré-executividade, impliquem extinção parcial da execução, excluindo uma ou mais CDAs, e determinam o prosseguimento do feito quanto aos demais títulos, configuram decisão interlocutória, cuja impugnação deve ser exercida a tempo e modo por meio de agravo de instrumento. Precedentes. 2. **"A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que a sujeição à remessa de ofício somente alcança as sentenças, não sendo aplicadas às decisões interlocutórias, de acordo com a redação do artigo 475 do Código de Processo Civil"** (AgRg no REsp 757.837/PR, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2009, DJe 28/09/2009). 3. Nesse diapasão, o acolhimento da exceção de pré-executividade que extingue, em parte, a execução fiscal demanda impugnação por parte da Fazenda Pública, via agravo de instrumento, sob pena de submeter-se aos efeitos da preclusão, pois o caráter interlocutório da decisão exarada não admite a incidência dos preceitos do art. 475 do CPC, os quais a beneficia com o instituto do reexame necessário, visto que este somente é cabível nas sentenças de mérito que põem fim à ação, sendo inadmissível contra decisões interlocutórias. Recurso especial improvido.

(STJ - Resp: 1460980 RS 2014/0144719-4, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 24/02/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/03/2015). (grifamos).

10 HONORÁRIOS

A questão do arbitramento de honorários advocatícios na Exceção de Pré-executividade está pacificada no Superior Tribunal de Justiça no sentido da condenação ao pagamento de honorários na hipótese de acolhimento da Exceção.

Nesse sentido confira-se a decisão do STJ.

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. ATO JUDICIAL IMPUGNADO. ACOLHIMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Possibilidade de arbitramento. Precedentes do STJ. Condenação derivada do princípio da causalidade. Decisão mantida. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

(TJ-SP - AI: 20726473720158260000 SP 2072647-37.2015.8.26.0000, Relator: José Maria Câmara Junior, Data de Julgamento: 01/07/2015, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 02/07/2015)

De suma importância ainda destacar que o STJ tem entendimento bastante assegurado no sentido que aplica-se a condenação ao pagamento de honorários, mesmo na hipótese de acolhimento parcial da exceção, confira-se.

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO PARCIAL. CABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRECEDENTES. 1. "O acolhimento do incidente de exceção de pré-executividade, mesmo que resulte apenas na extinção parcial da execução fiscal, dá ensejo à condenação na verba honorária proporcional à parte excluída do feito executivo"(AgRg no REsp 1.085.980/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 06/08/2009). 2. Recurso especial não provido.

(STJ - Resp: 1369996 PE 2013/0051109-0, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 05/11/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/11/2013).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO PARCIAL. CABIMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRECEDENTES. 1. Cuidam os autos de condenação em verba sucumbencial com relação à exceção de pré-executividade parcialmente acolhida. 2. Sobre o tema, este Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de ser cabível a condenação em honorários em exceção de pré-executividade, ainda que resulte apenas na extinção parcial da execução fiscal. Precedentes: AgRg no AREsp 154.225/MG, Rel.

Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 13.9.2012 e REsp 1.243.090/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/04/2011. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no AREsp: 391009 MA 2013/0295245-0, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 02/10/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/10/2014)

O professor Araken de Assis ao discorrer sobre os efeitos do julgamento da decisão que acolhe a exceção é categórico ao afirmar ser devida a verba honorária, porém faz a ressalva para que sejam observadas as diretrizes do art. 20, § 4º do CPC⁴⁸ que versa sobre a fixação de honorários mediante a apreciação equitativa.

10.1 Inaplicabilidade do artigo 19, § 1º, I, da Lei 10.522/02.

Assim dispõe o § 1º do artigo 19 da Lei 10.522/02 em seu inciso I:

§ 1º. Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente:

I - reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e exceções de pré-executividade, hipóteses em que não haverá condenação em honorários.

Pois bem, a despeito do disposto no artigo 19 da lei supra mencionada o STJ tem entendimento no sentido de que em função do princípio da especialidade o referido dispositivo não tem aplicabilidade nos casos em que figura a fazenda pública, em função da Lei 6.830/80 já conter regra própria nesse tocante e da súmula 153/STJ já dispor sobre o tema⁴⁹

⁴⁸ “No caso da extinção, o juiz condenará o credor nas despesas do processo e em honorários, observada em relação à última verba, a diretriz do art. 20, § 4º”.

ASSIS, Araken de. **Manual de Execução**. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1077.

⁴⁹ “De fato, há entendimento consolidado no âmbito do STJ no sentido de que, em face do princípio da especialidade, o art. 19, § 1º da Lei n. 10.522/02 – que dispensa o ente público do pagamento de honorários advocatícios – não se aplica para os casos em que a Fazenda Pública reconhece a pretensão do contribuinte no âmbito dos embargos da execução fiscal, uma vez que a Lei n. 6.830/80 já contém regra própria a esse respeito, notadamente no art. 26 e cuja interpretação já foi sedimentada pela edição da Súmula 153/STJ: ‘A desistência da execução fiscal, após o oferecimento

Esse mesmo entendimento é aplicado para o caso da Exceção de Pré-executividade, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - CABIMENTO DA CONDENAÇÃO EM HONORÁRIOS - ART. 19, § 1º, DA LEI N. 10.522/02 - INAPLICABILIDADE.

1. O entendimento desta Corte é no sentido de que, "em face do princípio da especialidade, o art. 19, § 1º, da Lei 10.522/02, o qual dispensa o ente público do pagamento de honorários advocatícios, não se aplica para os casos em que a Fazenda Pública reconhece a pretensão do contribuinte no âmbito dos embargos à execução fiscal, uma vez que a Lei 6.830/80 já contém regra própria a esse respeito (art. 26) e cuja interpretação já foi sedimentada pela edição da Súmula 153/STJ: "A desistência da execução fiscal, após o oferecimento dos embargos, não exime o exequente dos encargos da sucumbência"'. 2. O mesmo raciocínio se utiliza para possibilitar a condenação da Fazenda Pública exequente em honorários advocatícios, a despeito do teor do art. 19, § 1º da Lei n. 10.522/02, quando a extinção da execução ocorrer após a contratação de advogado pelo executado, ainda que para oferecer exceção de pré-executividade. 3. Agravo regimental não provido.

(STJ - AgRg no AREsp: 349184 RS 2013/0163019-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 07/11/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2013).

11 COISA JULGADA

Nas palavras do professor Eduardo Talamini

Para que estabeleça a coisa julgada é preciso que estejam esgotadas as possibilidades de alteração da sentença mediante mecanismos internos ao processo em que ela foi proferida. Ou seja, é necessário que da sentença já não caiba nenhum recurso nem reexame de ofício. O trânsito em julgado indica o momento em que isso ocorre.⁵⁰

Imperioso que se coloque ainda a distinção entre coisa julgada formal e coisa julgada material.

Na coisa julgada formal há a restrição de que, em um mesmo processo, haja nova decisão sobre o mesmo pedido. Assim, depois de formada a coisa julgada formal o juiz estaria impedido de alterar sua decisão, mesmo que se convença de tese contrária⁵¹.

Na coisa julgada material a restrição é ampliada, pois se impede a modificação da sentença no mesmo processo ou em qualquer outro processo.

A questão que se coloca é se a decisão proferida em sede de Exceção de Pré-Executividade faz coisa julgada material.

Pois bem, ao versar sobre questões processuais, pressupostos processuais e condições da ação a decisão que acolhe a Exceção de Pré-executividade a rigor não faria coisa julgada material, mas apenas formal haja vista que extingue o processo sem julgamento de mérito.

Isso porque as sentenças proferidas apenas sobre questões processuais não tem o condão de formar coisa julgada⁵².

⁵⁰ TALAMINE, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo. RT. 2005. p. 31.

⁵¹ SOUZA JUNIOR, Sidney Pereira de. **Sentenças parciais no processo Civil. Consequências no âmbito recursal**. São Paulo: Método, 2009.

⁵² MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem Embargos do Executado**. Exceção de Pré-Executividade.. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 212.

Entretanto, pode haver na Exceção de Pré-Executividade decisão sobre matérias de mérito tais como prescrição, decadência, pagamento, etc., e nesse ponto é que se coloca a discussão a respeito da operação ou não da coisa julgada.

Numa análise mais superficial temos que a decisão proferida na exceção faz coisa julgada, impedindo que o devedor possa trazer novamente a mesma questão seja pela via da impugnação seja pela via dos embargos, sendo, contudo, necessária a apreciação caso a caso a fim de se constatar se houve cognição exauriente.

Fernando e Lucas Rister de Souza Lima⁵³, asseveram que se a decisão judicial sobre a pretensão à tutela cognitiva resultar de exame exauriente da relação substancial, poderá adquirir a qualidade da imutabilidade, representada pela coisa material.

Como se vê, a questão de operar-se ou não a coisa julgada material na decisão que aprecia a exceção de pré executividade está intimamente ligada a questão da cognição realizada pelo magistrado.

De acordo com o professor José Alexandre Manzano Oliani, a avaliação para formação ou não da coisa julgada deve levar em consideração 3 classes importantes ao qual chamou de tripé, são eles “matéria alegada, contraditório e grau de cognição do julgador”⁵⁴.

Ainda sobre o tema da coisa julgada material conclui o nobre professor José Alexandre Manzano Oliani:

⁵³ LIMA, Fernando Rister de Souza; LIMA, Lucas Rister de Souza. Aspectos práticos e teóricos da distinção entre a exceção de pré-executividade e a impugnação no sistema de cumprimento de sentença. In: SANTOS, Ernani Fidelis dos (et. al.). **Execução Civil - Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 599.

⁵⁴ *“Tomando em consideração a matéria decidida e a intensidade da cognição subjacente ao pronunciamento que decide a exceção de pré-executividade, intenta-se demonstrar, no tópico adiante, que tal decisão pode atingir graus diferentes de estabilidade (preclusão ou coisa julgada) e, em certos casos, não ensejar preclusão, de modo que a matéria poderá ser novamente alegada e/ou decidida. Para, modestamente, tentar cumprir esse objetivo, far-se-ão brevíssimas considerações sobre o procedimento da exceção de pré-executividade, com ênfase na matéria alegada (objeto da cognição), no contraditório e no grau de cognição do julgador. Esse tripé – matéria alegada, contraditório e intensidade da cognição – é que suportará as conclusões ao final expostas”.*

OLIANI, José Alexandre Manzoní. **Eficácia Preclusiva da Exceção de Pré-Executividade**. Revista de Processo. Vol. 216/2013. Fev. 2013. p. 127-141.

“A formação da coisa julgada material está inseparavelmente ligada ao nível de cognição subjacente à decisão que julga a exceção de pré executividade. O sentido do julgamento é irrelevante, quer dizer, tanto o acolhimento (total ou parcial) como a rejeição da exceção de pré-executividade podem passar materialmente em julgado se a decisão for sobre matéria ligada ao direito material (v.g. pagamento, compensação, prescrição etc), houver ocorrido o contraditório e a cognição exauriente. A conjunção desses três elementos é apta a gerar o juízo de certeza que apoia a coisa julgada material”.⁵⁵

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Ricardo Lewandowski, ao analisar Agravo Regimental na Reclamação Constitucional foi categórico e específico ao afirmar a possibilidade de formação da coisa julgada material em sede de Exceção de Pré-Executividade, confira-se.

EMENTA.

AGRAVO REGIMENTAL. RECLAMAÇÃO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ENUNCIADO DA SÚMULA VINCULANTE 8. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. COISA JULGADA. OCORRÊNCIA. SÚMULA 734/STF. AGRAVO DESPROVIDO.

I – A decisão tomada em sede de exceção de pré-executividade tem o condão de formar coisa julgada material.

II – a formação de coisa julgada material sobre o tema inviabiliza a utilização de reclamação - que não pode ser utilizada como sucedâneo de ação rescisória - incidindo a súmula 734 do STF.

III – Agravo Regimental a que se nega provimento.

(STF - AgRg na Reclamação 13.335: Ceará, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 19/09/2013, Plenário, Data de Publicação: DJe 16/10/2013).

Em análise específica sobre a possibilidade de formação da coisa julgada material por meio do julgamento da exceção de pré-executividade Tiago Ravazzi Ambrizzi é enfático quanto a sua possibilidade e assim expressa.

Nessa medida, causa repulsa a ideia de que a matéria deduzida via exceção de pré-executividade, mesmo tendo sido enfrentada e expressamente rechaçada com dose de cognição suficiente, possa ser reiterada pelo executado em ação autônoma. A possibilidade de se formular idêntica

⁵⁵ OLIANI, José Alexandre Manzoni. **Eficácia Preclusiva da Exceção de Pré-Executividade**. Revista de Processo. Vol. 216/2013. Fev. 2013. p. 127-141

pretensão ao mesmo órgão que já a refutou não se coaduna com o princípio da economia e nem com a ideia de que o processo é uma marcha para a frente, destinado a produzir resultados úteis no plano do direito material.⁵⁶

Portanto, verifica-se que duas são as figuras que não se pode deixar de verificar para que se possa operar a coisa julgada material, a saber: que não se trate de decisão apenas sobre questão processual e que haja cognição exauriente.

Nesse sentido conclui Alberto Camiña Moreira⁵⁷:

Admitido que só a prova documental pode instruir pedido de extinção da execução por meio de exceção de pré-executividade, é certo que, sobre ela, a cognição, quanto à profundidade, será exauriente. A limitação existente para o executado está nas matérias que se pode deduzir, mas, uma vez alegadas, passam pelo crivo da cognição plena e exauriente.

Atendidas essas exigências no processo de execução, afirma-se que o juiz, ao reconhecer a prescrição ou decadência, por exemplo, proclamará o comando aplicável à espécie, o qual é o elemento imutável da sentença; forma-se, assim, situação jurídica inalterável, a coisa julgada material.

⁵⁶ AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. **Aspectos Polêmicos da Exceção de Pré-Executividade na Atual Execução Civil Por Quantia**. Revista de Processo. Vol. 202/2011. Dez. 2011. p. 27 – 66.

⁵⁷ MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do executado. Exceção de pré-executividade**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 213.

12 TÍTULO EXECUTIVO AMPARADO EM INCONSTITUCIONALIDADE

Os artigos 741, parágrafo único e 475-L, § 1º preveem a hipótese de apresentação de embargos e impugnação para os casos de título fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo STF ou aplicação ou interpretação da lei ou ato normativo tidas pelo STF como incompatíveis com a Constituição.

Temos que tais casos podem ser trazidos por meio da via atípica, entretanto, em virtude da necessidade de que sua apreciação se de por meio de cognição exauriente deve ser demonstrada de forma documental e sem o ensejo de qualquer tipo de dilação probatória.

De se destacar que, mesmo se tratando de apreciação em sede de exceção de pré-executividade, não se estaria relativizando a coisa julgada de forma superficial.

Observe-se, por exemplo, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da Bahia, que, em sede de exceção de pré-executividade, analisa pormenorizadamente a hipótese de aplicação do dispositivo, confira-se.

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. **EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL**. CRÉDITO NÃO TRIBUTÁRIO DECORRENTE DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO LEGAL. **EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. SENTENÇA QUE EXTINGUIU A EXECUÇÃO, EM FACE DA INEXIGIBILIDADE DE TÍTULO EXECUTIVO FUNDADO EM LEI DECLARADA INCONSTITUCIONAL**. LEI MUNICIPAL Nº 4.984/95. SUPERMERCADOS E CONGÊNERES. EXIGÊNCIA DE CONTRATAÇÃO DE FUNCIONÁRIOS PARA EXECUÇÃO DO SERVIÇO DE EMPACOTAMENTO DE MERCADORIAS. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF, NO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 751420/BA, NO QUE TANGE À OBRIGATORIEDADE DA CONTRATAÇÃO DE EMPREGADO PARA A REALIZAÇÃO DA TAREFA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA, LIVRE INICIATIVA E CONCORRÊNCIA. MATÉRIA AFETA AO DIREITO DO TRABALHO. COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO. ART. 22, I, DA CF. VERBA HONORÁRIA ARBITRADA COM FUNDAMENTO NO § 4º, DO ART. 20, DO CPC. RECURSO IMPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA, EM SEDE DE REEXAME NECESSÁRIO.

(TJ-BA, Data de Julgamento: 11/09/2012, Quinta Câmara Cível). (Grifamos).

Como se vê, o Tribunal aplicou o disposto no parágrafo único do artigo 741 do CPC por provocação realizada em sede de exceção de pré-executividade.

Vale destacar, no entanto, que o STJ em recente julgado de recurso repetitivo limitou a aplicabilidade do dispositivo, entre outras, a hipótese do título ser superveniente a vigência do dispositivo.

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. FGTS. EXPURGOS. **SENTENÇA SUPOSTAMENTE INCONSTITUCIONAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ART. 741, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPC.** EXEGESE. INAPLICABILIDADE ÀS SENTENÇAS SOBRE CORREÇÃO MONETÁRIA DO FGTS. EXCLUSÃO DOS VALORES REFERENTES A CONTAS DE NÃO-OPTANTES. ARESTO FUNDADO EM INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E MATÉRIA FÁTICA. SÚMULA 7/STJ.

1. O art. 741, parágrafo único, do CPC, atribuiu aos embargos à execução eficácia rescisória de sentenças inconstitucionais. **Por tratar-se de norma que excepciona o princípio da imutabilidade da coisa julgada, deve ser interpretada restritivamente**, abrangendo, tão somente, as sentenças fundadas em norma inconstitucional, assim consideradas as que: (a) aplicaram norma declarada inconstitucional; (b) aplicaram norma em situação tida por inconstitucional; ou (c) aplicaram norma com um sentido tido por inconstitucional. 2. Em qualquer desses três casos, é necessário que a inconstitucionalidade tenha sido declarada em precedente do STF, em controle concentrado ou difuso e independentemente de resolução do Senado, mediante: (a) declaração de inconstitucionalidade com ou sem redução de texto; ou (b) interpretação conforme a Constituição.

3. Por consequência, não estão abrangidas pelo art. 741, parágrafo único, do CPC as demais hipóteses de sentenças inconstitucionais, ainda que tenham decidido em sentido diverso da orientação firmada no STF, tais como as que: (a) deixaram de aplicar norma declarada constitucional, ainda que em controle concentrado; (b) aplicaram dispositivo da Constituição que o STF considerou sem auto-aplicabilidade; (c) deixaram de aplicar dispositivo da Constituição que o STF considerou auto-aplicável; e (d) aplicaram preceito normativo que o STF considerou revogado ou não recepcionado.

4. Também estão fora do alcance do parágrafo único do art. 741 do CPC as sentenças cujo trânsito em julgado tenha ocorrido em data anterior à vigência do dispositivo.

5. "À luz dessas premissas, não se comportam no âmbito normativo do art. 741, parágrafo único, do CPC, as sentenças que tenham reconhecido o direito a diferenças de correção monetária das contas do FGTS, contrariando o precedente do STF a respeito (RE 226.855-7, Min. Moreira Alves, RTJ 174:916-1006). É que, para reconhecer legítima, nos meses que indicou, a incidência da correção monetária pelos índices aplicados pela gestora do Fundo (a Caixa Econômica Federal), o STF não declarou a inconstitucionalidade de qualquer norma, nem mesmo mediante as técnicas de interpretação conforme a Constituição ou sem redução de texto. Resolveu, isto sim, uma questão de direito intertemporal (a de saber qual das normas infraconstitucionais - a antiga ou a nova - deveria ser aplicada para calcular a correção monetária das contas do FGTS nos citados meses) e a deliberação

tomada se fez com base na aplicação direta de normas constitucionais, nomeadamente a que trata da irretroatividade da lei, em garantia do direito adquirido (art. 5º, XXXVI)" (REsp 720.953/SC, Rel. Min. Teori Zavascki, Primeira Turma, DJ de 22.08.05).

6. A alegação de que algumas contas do FGTS possuem natureza não-optante, de modo que os saldos ali existentes pertencem aos empregadores e não aos empregados e, também, de que a opção deu-se de forma obrigatória somente com o advento da nova Constituição, sendo necessária a separação do saldo referente à parte optante (após 05.10.88) do referente à parte não-optante (antes de 05.10.88) para a elaboração de cálculos devidos, foi decidida pelo acórdão de origem com embasamento constitucional e também com fundamento em matéria fática, o que atrai a incidência da Súmula 7/STJ.

7. Recurso especial conhecido em parte e não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008.

(STJ. Resp. 1189619/PE. Rel. Min. Castro Meira. S1. Primeira seção. DJe. 02/09/2010).

(Grifamos).

13 ALTERAÇÕES DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

O novo Código de Processo Civil (NCPC) não contemplou expressamente a exceção de pré-executividade em suas disposições.

Entretanto, nos parece relevante trazer neste trabalho considerações a respeito de alguns institutos que foram alterados no NCPC, principalmente sobre sentença, coisa julgada e execução civil, que geram consequências diretas na exceção de pré-executividade.

O artigo 267 do CPC que versa sobre a extinção do processo sem julgamento de mérito será substituído pelo artigo 485 do CNPC, deixando este, por sua vez, de definir a decisão como aquela que extingue o processo, mas tão somente a decisão que deixa de resolver o mérito da ação, confira-se.

Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando:

I – indeferir a petição inicial;

II – o processo ficar parado durante mais de 1 (um) ano por negligência das partes;

III – por não promover os atos e as diligências que lhe incumbir, o autor abandonar a causa por mais de 30 (trinta) dias;

IV – verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo;

V – reconhecer a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada;

VI – verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual;

VII – acolher a alegação de existência de convenção de arbitragem ou quando o juízo arbitral reconhecer sua competência;

VIII – homologar a desistência da ação;

IX – em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal; e

X – nos demais casos prescritos neste código.

§ 1º - Nas hipóteses descritas nos incisos II e III, a parte será intimada pessoalmente para suprir a falta no prazo de 5 (cinco) dias.

§ 2º - No caso do § 1º, quanto ao inciso II, as partes pagarão proporcionalmente as custas, e, quanto ao inciso III, o autor será condenado ao pagamento das despesas e dos honorários de advogado.

§ 3º - O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado.

§ 4º - Oferecida a contestação, o autor não poderá, sem o consentimento do réu, desistir da ação.

§ 5º - A desistência da ação pode ser apresentada até a sentença.

§ 6º - Oferecida a contestação, a extinção do processo por abandono da causa pelo autor depende de requerimento do réu.

§ 7º - interposta a apelação em qualquer dos casos que tratam os incisos deste artigo, o juiz terá 5 (cinco) dias para retratar-se.

O professor José Roberto do Santos Bedaque, assevera que a suplantação do termo extinção do dispositivo é positiva, pois em determinados casos, a decisão que não julga o processo sem resolução do mérito pode ensejar a fase de cumprimento de sentença, não colocando, desta forma, fim a relação processual⁵⁸.

Mesmo que muitas vezes a decisão baseada no art. 485 do NCPC não coloque termo ao processo, implicando tão somente no fim da fase cognitiva, como se trata de sentença, a decisão comporta Recurso de apelação.

O mesmo entendimento se aplica à execução de título executivo extrajudicial, que pode muitas vezes conter vício insanável.

Sobre a extinção da execução sem julgamento de mérito dispõe expressamente o art. 203, § 1º, do NCPC que “ressalvadas as disposições expressas dos procedimentos especiais, sentença é o pronunciamento por meio do qual o juiz, com fundamento nos arts. 485 e 487, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum, bem como extingue a execução”.

⁵⁸ “A redação do caput, acertadamente, não faz referência a extinção do processo. Limita-se a apresentar as hipóteses em que o juiz profere sentença sem análise do mérito. Tais situações não implicam, necessariamente, término da relação processual, pois pode ser necessária a fase do cumprimento de sentença (art. 513 e ss.), para recebimento dos honorários advocatícios. A sentença não guarda mais relação necessária com o fim do processo, tal como ocorria na redação original do art. 162 do CPC de 1973. É pronunciamento por meio do qual o juiz, ressalvada algumas exceções, põe fim à fase cognitiva do procedimento comum ou à execução (art. 203, § 1º), com ou sem julgamento de mérito (arts. 485 e 487)”.

BEDAQUE, José Roberto do Santos. Art. 485. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.]. (coord). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1209.

As decisões com julgamento de mérito estão dispostas no artigo 487 do NCPC.

Art. 487. Haverá resolução de mérito quando o juiz:

I – acolher ou rejeitar o pedido formulado na ação ou na reconvenção;

II – decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição;

III – homologar:

a) o reconhecimento da procedência do pedido formulado na ação ou na reconvenção;

b) a transação;

c) a renúncia à pretensão formulada na ação ou na reconvenção.

Parágrafo único. Ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332, a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se.

Interessante destacar aqui, a questão do contraditório expressamente determinado para as hipóteses de prescrição e decadência que, como asseveramos anteriormente são matérias que podem ser trazidas no incidente da Exceção de Pré-Executividade.

Tendo em vista que as decisões com julgamento de mérito fazem coisa julgada material, importante destacar também a alteração trazida no NCPC sobre a coisa julgada.

O artigo 467 que definia a coisa julgada material como a eficácia que tornava imutável a sentença a qual não estava mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário foi substituído pelo artigo 502 do NCPC que substituiu o termo eficácia por autoridade e retirou as expressões recurso ordinário e extraordinário deixando apenas a expressão recurso, conforme segue, “Art. 502. Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

A supressão dos termos Recurso Ordinário e Extraordinário do dispositivo é relevante, pois tais termos decorrem de tradição de sistemas estrangeiros que

dependendo do trânsito em julgado diferenciam recursos ordinários de extraordinários⁵⁹.

Em comentários ao artigo 502 Antonio do Passo Cabral se posiciona contrariamente a substituição do termo “eficácia” por “autoridade” e fundamenta seu entendimento no sentido da coisa julgada como efeito da sentença e coloca que a substituição pelo termo autoridade veio como tentativa de positivar a nomenclatura adotada por Liebman para quem a coisa julgada não é um efeito da sentença, mas sim um qualidade que se agregava à sentença de mérito após se esgotarem as possibilidades de recurso⁶⁰.

O novo Código de Processo Civil também não exige a realização de penhora, depósito ou caução para apresentação dos Embargos à Execução, tendo o artigo 914 mantido a redação original do artigo 736 do CPC.

Por fim destacamos que o artigo 915 do NCPC manteve o prazo de 15 dias para oferecimento dos embargos, contados a partir da juntada do mandado aos autos.

⁵⁹ “A supressão da expressão ‘ordinário e extraordinário’ é salutar porque a redação anterior remetia a uma tradição que não era a brasileira, fazendo alusão a sistemas estrangeiros nos quais há diferença entre recursos ordinários e extraordinários a depender do trânsito em julgado. Como entre nós qualquer recurso impede o trânsito em julgado, a expressão nunca fez sentido no ordenamento jurídico brasileiro, e em bom momento veio a ser suprimida”.

CABRAL, Antonio do Passo. Art. 502. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.]. (coord). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1281.

⁶⁰ “A coisa julgada, para Liebman, seria uma qualidade que se agregava à sentença de mérito após o esgotamento dos recursos, mas não era criada, gerada ou produzida pela própria sentença”.

CABRAL, Antonio do Passo. Art. 502. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.]. (coord). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1281.

14 CONCLUSÃO

Conforme asseveramos desde o início, o objetivo desse trabalho foi o de verificar a subsistência da exceção de pré-executividade após as alterações da execução civil trazidas com o implemento das leis 11.232/2005 e 11.382/2006, face a não exigência de garantia do juízo por meio de penhora, depósito ou caução para apresentação dos Embargos à Execução que se manteve como genuíno meio de defesa em sede de Execução de Título Executivo Extrajudicial.

De tudo que se apresentou, as primeiras conclusões que podemos apresentar são as de que, em que pese a existência de posições em contrário, além da realização de contraditório realiza-se também cognição exauriente no processo de Execução.

Dessa conclusão extraímos que, a despeito de não estar positivada ou legalmente prevista, por meio da exceção de pré-executividade o executado provoca perante o juízo a análise de questões processuais e materiais.

Ou seja, desde que não necessite de dilação probatória, por meio da exceção de pré-executividade o executado provoca perante o juízo, lhe seja franqueada a possibilidade do contraditório para impugnar a execução, bem como seja realizada a análise de suas provas por meio de cognição exauriente.

Como consequência direta temos que a decisão que julga a exceção de pré-executividade forma não só a coisa julgada formal, mas também a coisa julgada material.

Evidentemente, os Embargos à execução, como meio genuíno de oposição à Execução, até por ter a natureza jurídica de ação, tem como uma de suas vantagens a possibilidade de produção da prova em sua forma plena ao passo que na exceção de pré-executividade a prova é limitada.

Contudo, mesmo que o Código de Processo Civil não mais exija a realização de depósito, caução ou penhora para apresentação dos Embargos, a exceção de pré-executividade mantém-se como meio útil e hábil de defesa prévia na execução.

Conforme dispõe o artigo 738 do Código de Processo Civil os embargos à Execução devem ser apresentados no prazo de 15 dias a contar da juntada aos autos do mandado de citação.

Como se viu, mesmo que o executado tenha perdido o prazo para apresentação dos embargos, a exceção de pré-executividade mostra-se como meio perfeitamente hábil para se opor a execução trazendo em seu bojo matérias que não se submetem ao incidente da preclusão.

Além disso, verifica-se ainda ser a exceção de pré-executividade meio suficientemente hábil e subsistente para se opor à execução haja vista que as decisões sobre ela proferida podem acarretar a formação de coisa julgada material.

Concluimos por fim o fato de que a exceção de pré-executividade se mostra como meio útil e hábil para se opor a execução, haja vista a possibilidade de suspensão da execução.

BIBLIOGRAFIA

AGRG no RESP. 1260263/RS Agravo Regimental no Recurso Especial 2011/0135906-4. Rel. Min. Benedito Gonçalves. Primeira Turma. De 14/05/2015.

AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. **Aspectos Polêmicos da Exceção de Pré-Executividade na Atual Execução Civil Por Quantia**. Revista de Processo. Vol. 202/2011. Dez. 2011. p. 27 – 66.

ARMELIN, Donaldo (et. al) **Comentários à Execução Civil – Título Judicial e Extrajudicial**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 370

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1066.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1069.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1070.

ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. 11ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 1075.

BEDAQUE, José Roberto do Santos. Art. 485. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.]. (coord). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1209.

CABRAL, Antonio do Passo. Art. 502. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim [et al.]. (coord). **Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 1281.

BONICIO, Marcelo José Magalhães. Aspectos relevantes da tutela do executado na nova forma do CPC. *Apud* ARMELIN, Donaldo (et. al) **Comentários à Execução Civil – Título Judicial e Extrajudicial**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 372.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. **A exceção de pré-executividade**. In Revista de processo. Vol 55. Jul/Set, 1989. p. 62-70.

BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso Sistematizado de Direito Civil: Tutela Jurisdicional Executiva**. Vol 3. 3ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 101

BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de Direito Processual Civil**. Vol. 3. 3ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 622.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **Exceção de Pré-Executividade**. 3ª Edição. Leme: J. H. MIZUNO, 2015. p. 18.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **Exceção de Pré-Executividade**. 3ª Edição. Leme: J.H.MIZUNO, 2015. p. 25.

CONTEPELLI, Ernani de Paula. **Apontamentos Constitucionais Sobre a Exceção de Pré-Executividade**. In: Revista Tributária e de Finanças Públicas. Vol. 67. Mar/2006. p. 180

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. **Execução Civil. Estudos em Homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. As Defesas do Executado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 646.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. In **Curso de Direito Processual Civil - Execução**. Vol. 5. Salvador: Jus Podivm, 2009 p. 42.

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. In **Curso de Direito Processual Civil - Execução**. Vol. 5. 6ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2014 p. 367

DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. In **Curso de Direito Processual Civil - Execução**. Vol. 5. 6ª edição. Salvador: Jus Podivm, 2014 p. 391.

FUX, Luiz. **O novo Processo de Execução – O cumprimento da sentença e a execução extrajudicial**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 6.

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. A objeção de Pré-executividade após as Reformas do Processo de Execução. In: SANTOS, Ernani Fidelis dos (et. al.). **Execução Civil - Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 690.

GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. A objeção de pré-executividade após as reformas do processo de execução. In: SANTOS, Ernani Fidélis dos [et al] (coord). **Execução Civil. Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 694

HOFFAMAN, Paulo. Primeiras dúvidas de ordem prática na aplicação da Lei n. 11.232/05. HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (coord). In **Processo de Execução Civil – Modificações da Lei 11.232/05**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 214.

KÖHLER E SATTA. Direito Processual Civil, Rio, 1973, v. II, n. 330 e L'Esecuzione Forzata, Turim, 1963, n. 166 In: BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. **A exceção de pré-executividade**. In Revista de processo. Vol 55. Jul/Set, 1989. p. 62-70

LIMA, Fernando Rister de Souza; LIMA, Lucas Rister de Souza. Aspectos práticos e teóricos da distinção entre a exceção de pré-executividade e a impugnação no sistema de cumprimento de sentença. In: SANTOS, Ernani Fidelis dos (et. al.). **Execução Civil - Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 599.

LOPES, João Batista. Defesa do Executado na Reforma da Execução Civil. HOFFMAN, Paulo; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva (coord). In **Processo de Execução Civil – Modificações da Lei 11.232/05**. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 85

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do Executado. Exceção de Pré-Executividade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 37.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do Executado. Exceção de Pré-Executividade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 49.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do Executado. Exceção de Pré-Executividade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 50.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do Executado. Exceção de Pré-Executividade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 62.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa Sem embargos do executado. Exceção de pré-executividade** 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 192.

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem Embargos do Executado**. Exceção de Pré-Executividade.. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 212

MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do executado. Exceção de pré-executividade**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 213.

OLIANI, José Alexandre Manzoni. **Eficácia Preclusiva da Exceção de Pré-Executividade**. Revista de Processo. Vol. 216/2013. Fev. 2013. p. 127-141.

QUARTIERI, Rita. Art. 736. Embargos à execução. In: ARMELIN, Donaldo (et. al) **Comentários à Execução Civil – Título Judicial e Extrajudicial**. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 373.

SCHENK, Leonardo Faria. **Cognição Sumária**. Limites Impostos pelo contraditório no processo Civil. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 17

SCHENK, Leonardo Faria. **Cognição sumária: Limites impostos pelo contraditório no processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 67.

SILVA, Ovídio A. Batista da. Curso de Processo Civil. Vol 2. p. 23. Apud: MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do Executado. Exceção de Pré-Executividade**. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 25.

SILVA, Bruno Campos. **Novos Rumos do Processo de Execução no Brasil – Aspectos Referentes a defesa Endoprocessual do Executado**. Revista de Processo. Vol. 118/2004. Nov. Dez. 2004. p. 119 -136.

SOUZA JUNIOR, Sidney Pereira de. **Sentenças parciais no processo Civil. Consequências no âmbito recursal**. São Paulo: Método, 2009.

STF - AgRg na Reclamação 13.335: Ceará, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Data de Julgamento: 19/09/2013, Plenário, Data de Publicação: DJe 16/10/2013

STJ. AgRg no RESP 1512277/ES. Rel. Min. Marga Tessler. 1ª Turma. Julgamento. 07/05/2015. DJE 15/05/2015

STJ - Resp: 1002031 PE 2007/0238631-0, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 20/05/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 23.06.2008 p. 1

STJ - RESP nº 792.767/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 19.12.2005

STJ - Resp: 1460980 RS 2014/0144719-4, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 24/02/2015, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/03/2015).

STJ - Resp: 1369996 PE 2013/0051109-0, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 05/11/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/11/2013

STJ - AgRg no AREsp: 391009 MA 2013/0295245-0, Relator: Ministro SÉRGIO KUKINA, Data de Julgamento: 02/10/2014, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/10/2014

STJ - AgRg no AREsp: 349184 RS 2013/0163019-9, Relator: Ministra ELIANA CALMON, Data de Julgamento: 07/11/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/11/2013

STJ. Resp. 1189619/PE. Rel. Min. Castro Meira. S1. Primeira seção. DJe. 02/09/2010

TALAMINE, Eduardo. **Coisa Julgada e sua revisão**. São Paulo. RT. 2005. p. 31.

TALAMINE, Eduardo. A Objeção na Execução (“Exceção de Pré-Executividade”) e as Leis de Reforma do Código de Processo Civil. In: SANTOS, Ernani Fidelis dos (et. al.). **Execução Civil - Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 576

TALAMINE, Eduardo. A Objeção na Execução (“Exceção de Pré-Executividade”) e as Leis de Reforma do Código de Processo Civil. In: SANTOS, Ernani Fidelis dos (et. al.). **Execução Civil - Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 584.

TESHEINER, José Maria Rosa. **Execução Civil. Um estudo fundado nos comentários de Araken de Assis**. Revista de Processo. Vol. 102/2001. Abril/Junho de 2001. p. 24-54.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Execução dos Títulos Extrajudiciais, após a Lei 11.382/2006**. In Revista de Processo. Vol. 222/2013. Ago, 2013. P. 13-39.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 392

TJ-BA, Data de Julgamento: 11/09/2012, Quinta Câmara Cível

TJ-PR - AI: 1909193 PR Agravo de Instrumento - 0190919-3, Relator: Jurandyr Souza Junior, Data de Julgamento: 29/05/2002, Quinta Câmara Cível (extinto TA), Data de Publicação: 14/06/2002 DJ: 6142.

TJ-RS - AI: 70065699274 RS , Relator: Vicente Barrôco de Vasconcellos, Data de Julgamento: 07/08/2015, Décima Quinta Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/08/2015

TJ-RS - AI: 70047248661 RS , Relator: Eugênio Facchini Neto, Data de Julgamento: 30/01/2012, Décima Nona Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 03/02/2012

TJ-SP - AI: 20726473720158260000 SP 2072647-37.2015.8.26.0000, Relator: José Maria Câmara Junior, Data de Julgamento: 01/07/2015, 9ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 02/07/2015

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Theresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Comentários à Nova sistemática Processual Civil. Vol. 2. São Paulo. RT. 2006. p. 152. In: THEODORO JÚNIOR Humberto. **Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento de Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 392.

WATANABE, KAZUO. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005. p.41.

WATANABE, KAZUO. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005. p. 67.

WATANABE, KAZUO. **Da cognição no processo civil**. São Paulo: Perfil, 2005. p.129.