

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Nelson Rodrigues Netto

Advogado em São Paulo. Membro do Instituto Brasileiro de Direito Processual e da Associação dos Advogados de São Paulo. Doutorando, Mestre e Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Professor de Direito Processual Civil do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas – UniFMU.

SUMÁRIO: 1. Introdução - 2. Esboço sobre a Teoria Geral do Processo - 3. A execução forçada - 4. A cognição no processo de execução - 5. Os meios de defesa do executado - 6. A exceção de pré-executividade - 7. Precedente histórico - 8. Doutrina e jurisprudência - 9. Procedimento - 10. Objeto - 11. Conclusões - Bibliografia.

1 - Introdução

A exceção de pré-executividade, assim denominada majoritariamente pela doutrina, é uma criação doutrinária, sem previsão legal dentro do sistema positivo, mas, respaldada pela jurisprudência, alcançando posição de instituto jurídico, com regime razoavelmente definido, sistematizado e aceito perante o cenário jurídico nacional.

Considerada como meio de defesa do executado no processo de execução, relativiza a relação entre o processo de conhecimento e o de execução, desconsiderando a profunda dicotomia que entre ambos existe, permitindo manifestação do devedor, no processo de execução, sem prévia garantia do juízo.

2 - Esboço sobre a Teoria Geral do Processo

Um dos marcos mais importantes para a Teoria Geral do Processo foi a célebre obra de Oskar von Bülow - *Teoria das exceções dilatórias e dos pressupostos processuais*¹ - que, em 1868, distinguiu sistematicamente a relação de direito material controvertida e o processo.²

Rompeu-se com as doutrinas clássicas contratualistas, influenciadas pelas idéias de Rousseau, pelas quais o processo seria eminentemente privatista, formado a partir da *litiscontestatio*, aceitando, contratualmente, autor e réu o resultado nele proferido.³

O citado autor distinguiu precisamente a relação jurídica de direito material (*res in iudicium deducta*) da

¹ *Apud.* Cândido Dinamarco, “in” *Execução Civil*, pág. 119.

² Cf. Enrico Tullio Liebman, “in” *Processo de Execução*, pág. 91.

³ Cf. Araújo Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco, “in” *Teoria Geral do Processo*, págs. 247 a 260.

relação jurídica processual (*iudicium*), demonstrando que este é o continente em que se coloca aquela, como seu conteúdo, bem como, explicitando o caráter publicista do processo.⁴

O Código de Processo Civil Brasileiro adotou a consagrada divisão tríplice do processo civil, tradicionalmente aceita pela maioria dos doutrinadores, que leva em consideração a natureza do provimento jurisdicional a ser prestado: “processo de conhecimento”, “processo de execução” e “processo cautelar”.⁵

Ambos os processos possuem finalidade própria e, portanto, são autônomos entre si, contudo, existe um denominador comum entre os processos de conhecimento e de execução que os apartam do processo cautelar.

Paga-se a pena em abrir um parêntesis para fazer menção à classificação quinária das ações e por consequência dos processos (por serem estes os meios através dos quais se opera a jurisdição), professada por Pontes de Miranda.

O insigne mestre classifica as ações segundo sua eficácia preponderante em *declarativas, constitutivas, condenatórias, mandamentais ou executivas*. Transcrevemos suas palavras: “na melhor das classificações das sentenças segundo sua eficácia, aliás, a única cientificamente perfeita, tem-se, pois, como

⁴ Cf. Arruda Alvim, “in” *Manual de Direito Processual Civil*, vol. I, págs. 29 e 30.

⁵ Cf. Theodoro Júnior, “in” *Curso de Direito Processual Civil*, vol. I, págs. 17 e 18; Araújo Cintra, Ada Grinover e Cândido Dinamarco, “in” *Teoria Geral do Processo*, pág. 270.

*critério de separação entre elas, a força preponderante, sem se partir da pureza **a priori** da eficácia de qualquer delas”.*⁶

A mencionada classificação tem o grande mérito de emprestar um grau muito elevado de relativização entre os processos, propiciando o exercício de atividades típicas de um em outro, ou seja, exemplificativamente, é possível haver cautelaridade em um processo de conhecimento ou, cognição em um processo de execução.

3 - A execução forçada

O sentido técnico-processual da palavra *execução* deve ser entendido como *execução forçada*, ou seja, consoante Liebman “*aquela que tem por finalidade conseguir por meio do processo, e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida*”.⁷

Deste modo, a execução deve ser realizada através dos órgãos do Poder Judiciário, não se reputando *execução* aquelas exercidas pelo próprio particular ou terceiro não investido de jurisdição, como exemplo, as execuções decorrentes do Sistema Financeiro da Habitação (Decreto-Lei nº 70/66) e da

⁶ *Tratado das Ações, Tomo VI, Ações Mandamentais, parágrafo 1, 1.*

⁷ Cf. Enrico Tullio Liebman, “in” *Processo de Execução*, págs. 15 e 16. No mesmo sentido Cândido Dinamarco “in” *Execução civil*, pág. 115; Humberto Theodoro Júnior, “in” *Curso de Direito Processual Civil*, vol. II, pág. 8.

alienação fiduciária de bem móvel (Decreto-Lei nº 911/66) e de bem imóvel (Lei nº 9.514, de 20.11.1997).

Ademais, não se reputa execução forçada aquela que é voluntariamente satisfeita pelo devedor, nem tampouco, as que se valem de meios indiretos de coerção, posto que o resultado positivo, eventualmente obtido, decorre da solução do dilema do próprio devedor em cumprir a obrigação livrando-se das suas penalidades.⁸

Da mesma forma, as decisões proferidas em processos de conhecimento, cujo provimento for declaratório ou constitutivo, satisfazem imediatamente o peticionário, restando incabível a *execução forçada*.

Depreende-se da definição de Liebman que a execução forçada possui o caráter de substitutividade, atuando a jurisdição independentemente da vontade do devedor, e, sancionatória na medida em que sanciona o desrespeito aos preceitos do direito material objetivo.

Confirma-se assim, em resumo, o já asseverado, dentro da Teoria Geral do Processo, que o processo executivo (*iudicium*) não se confunde com a execução forçada (*res in iudicium deducta*).

4 - A cognição no processo de execução

⁸ Cf. Cândido Dinamarco “in” *Execução civil*, pág. 105.

Inobstante a diferença existente entre os processos e o provimentos a que tendem, não se pode falar que sejam eles compartimentos totalmente estanques, sem que a atividade preponderantemente desenvolvida em um não seja de modo algum desenvolvida em outro.

O sistema anterior, do Código de Processo Civil de 1939, apresentava duas espécies de ação de execução: ação executória, fundada em sentença proferida em ação de conhecimento; e, outra, executiva, fundada em alguns créditos taxativamente relacionados na lei.

A ação executiva, por não ser o seguimento lógico de uma ação condenatória, possuía em seu bojo atividade de conhecimento e de execução.

Liebman ao comentar a natureza da ação executiva, assim se manifestou: *“caracteriza-se ela por ser uma ação mista de cognição e execução ... por isso, mesmo, todavia, depois de feita a penhora, abre-se uma fase de cognição destinada ao exame de sua procedência e, portanto, da existência do crédito”*.⁹

De tal forma, a ação executiva, logo após a realização da penhora, ato executivo mais importante da execução, por consistir na invasão do patrimônio do executado por intermédio da autoridade judicial, abria-se a uma atividade cognitiva,

⁹ *Processo de Execução*, pág. 51.

para reconhecimento daquele direito que, concomitantemente, já estava sendo executado.

O tema da admissibilidade de juízos de conhecimento pelo juiz do processo de execução (logicamente, excluído que está *um julgamento de mérito do direito material posto em juízo*, que precede o processo de execução, ou, é dispensado - execução de título extrajudicial)¹⁰ está intimamente ligado ao Princípio Constitucional do Contraditório.

Nelson Nery Júnior, em duas frases, formula preciso conceito e dá a exata dimensão do Princípio do Contraditório: *“por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar-se conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhe sejam desfavoráveis”*¹¹; *“o contraditório deve ser observado em consonância com as peculiaridades do processo sobre o qual esteja sendo aplicado, alcançando diferente incidência no penal e no civil.”*¹²

Logo, o contraditório deve ser entendido e admitido, na medida das características do processo em que é exercido e conforme delineado pela Lei.

¹⁰ Cf. Cândido Dinamarco “in” *Execução civil*, págs. 173 e 174.

¹¹ Nelson Nery Jr. “in” *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, págs. 126 e 127.

¹² Nelson Nery Jr. “in” *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*, pág. 127.

No processo de execução já foi dito existir apenas *um contraditório eventual*, ou até mesmo, um *mero critério de* colaboração, por parte do devedor.¹³

Todavia, tal não ocorre, estando a característica do contraditório no processo de execução no fato de ser ele *diferido*, pois, apesar de surgir, mais comumente, com o aforamento dos embargos do devedor, e, portanto, de forma incidente e noutra relação jurídica processual, também se desenvolve na relação jurídica do processo de execução (em virtude de questões derivadas dos atos executivos, cujas decisões são feitas no próprio processo de execução; v. g. valor de avaliação de bens penhorados), mas, principalmente, após a realização da penhora. Há de se excepcionar as execuções de obrigação de fazer e não fazer e por quantia certa contra devedor insolvente, em face de suas peculiaridades, que não se coadunam com garantia de juízo, através de apreensão de bens do devedor.

Nem sempre, contudo, o contraditório é diferido, pois, conforme adiante se demonstrará, há cognição e contraditório com a interposição da *exceção de pré-executividade*, antes mesmo de qualquer ato constitutivo sobre o patrimônio do devedor.

Assim, é de se admitir falar em atividade de cognição do juiz no processo de execução, deflagrado

¹³ Cf. Amílcar de Castro, “in” *Comentários ao CPC*, e Alfredo Buzaid, respectivamente, *apud.* Cândido Dinamarco “in” *Execução civil*, pág. 170.

pela exceção de pré-executividade, independentemente de aforamento dos embargos e de se estar garantido o juízo pela penhora.

5 - Os meios de defesa do executado

O Livro II que trata Do Processo de Execução, no Código de Processo Civil, mesmo tratando de todas as espécies de execução: por quantia contra devedor solvente ou insolvente, de dar coisa certa ou incerta e de obrigações de fazer e não fazer; foi elaborado com vistas, principalmente, para a execução por quantia certa contra devedor solvente.

O instrumento, por excelência, que oportuniza ao executado impugnar a execução é, segundo o diploma legal referido, os embargos do devedor, conforme estipulado em seu artigo 736: “*O devedor poderá opor-se à execução por meio de embargos...*”.

Pacífico em doutrina que os embargos possuem natureza jurídica de ação de conhecimento, autônoma e incidental ao processo de execução.¹⁴

Posições isoladas em contrário, encontramos na doutrina em Haroldo Pabst¹⁵ que reconhece a

¹⁴ Cf. Sálvio de Figueiredo Teixeira, “in” *Código de Processo Civil Anotado*, comentários ao art. 736; Humberto Theodoro Júnior, “in” *Curso de Direito Processual Civil*, págs. 272 e 273; Araken de Assis, “in” *Manual do Processo de Execução*, pág. 957; Vicente Greco Filho, “in” *Direito Processual Civil Brasileiro*, 3º vol., pág. 106; José Antônio de Castro, “in” *Execução no Código de Processo Civil*, pág. 468; Wilard de Castro Vilar, “in” *Processo de Execução*, págs. 305 a 307; José Carlos Barbosa Moreira, “in” *O Novo Processo Civil Brasileiro*, págs. 390 e seg.

pertinência do direito de defesa do devedor na própria execução ao lado de um direito de ação de oposição à execução, e, ao que nos parece Alberto Camiña Moreira¹⁶ ao negar a existência de outra relação processual e outro processo decorrente do aforamento dos embargos do devedor.

Afora a defesa incidente dos embargos, o executado pode se insurgir contra a execução e o título que lhe dá embasamento, por intermédio de ações autônomas de impugnação, nesta ordem: ações declaratórias ou constitutivas negativas do título e da relação jurídica de direito material subjacente; ações de consignação em pagamento ou de prestação de contas infirmando a liquidez e certeza do título.

Ademais, estando presentes os requisitos constitucionais e legais do mandado de segurança, nada impede sua impetração para defesa de direito líquido e certo sujeito à violação injusta.¹⁷

6 - A exceção de pré-executividade

¹⁵ *Natureza Jurídica dos Embargos do Devedor*, apud. Araken de Assis, “in” *Manual do Processo de Execução*, pág. 958 e Alberto Camiña Moreira, “in” *Exceção de pré-executividade (defesa sem embargos)*, dissertação de mestrado, PUC/SP, pág. 36.

¹⁶ *Exceção de pré-executividade (defesa sem embargos)*, dissertação de mestrado, PUC/SP, págs. 32 a 40.

¹⁷ No mesmo sentido Marcos Valls Feu Rosa, “in” *Exceção de Pré-executividade - matérias de ordem pública no processo de execução*, pág. 30; Luiz Edmundo Appel Bojunga, “in” *A exceção de pré-executividade*, “in” RePro nº 59, pág. 69, e na jurisprudência: MS 14.618-1 - RT 710/133.

O interesse em se utilizar da exceção de pré-executividade somente é válido para impedir o prosseguimento de um processo de execução nulo, obstando a eventual realização abusiva de penhora de bens.

Com efeito, como já mencionado, nas execuções que não se exige a garantia de juízo para o oferecimento dos embargos, resta despicienda a exceção de pré-executividade.

Nas execuções coletivas de devedor insolvente (artigos 755 a 757 do Código de Processo Civil) não há prévia garantia do juízo para que o devedor possa exercitar sua defesa.

O cumprimento das obrigações de fazer e não fazer pela própria peculiaridade do regime jurídico imposto pelo artigo 461 do Código de Processo Civil, será feito de forma específica, sendo meramente subsidiária a utilização do processo de execução, quando fundada em título judicial; havendo título extrajudicial o processo de execução deverá seguir os mesmos princípios de obtenção da tutela específica da obrigação.¹⁸

Outro exemplo configura-se nas execuções de alimentos provisionais (artigo 733), onde o devedor é citado para efetuar o pagamento, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuar-lo.

7 - Precedente Histórico

¹⁸ Mais detalhadamente Nelson Rodrigues Netto “in” *Obtenção de Justiça Plena Através da Tutela Jurisdicional Específica*, monografia de especialização inédita, PUC/SP, 1.997.

No direito posto, o Decreto nº. 848, de 11 de novembro de 1.890, que dispunha sobre a organização da Justiça Federal, admitia na execução fiscal que o réu pudesse defender-se antes da realização da penhora, exibindo documento autêntico de pagamento da dívida ou de anulação desta.

Na doutrina, Pontes de Miranda, em julho de 1.966, instado a emitir parecer sobre regularidade de ações de execução movidas com fundamento em duplicatas falsas em face da Companhia Siderúrgica Mannesmann,¹⁹ defendeu a possibilidade de rebelar-se contra a execução através de “*oposição de exceção pré-processual ou processual*” (sic).

Seria este o precedente histórico de aceitação doutrinária da exceção de pré-executividade, como expediente destinado a impedir a deflagração de atos constitutivos em uma ação de execução que não possui os requisitos necessários para sua instauração válida e regular.

O insigne parecerista foi enfático ao dizer que “*a penhora ou o depósito somente é de exigir-se para a oposição de embargos do executado; não, para a oposição das exceções e de preliminares concernentes à falta de eficácia executiva do título extrajudicial*”.

Esclarece que a exceção de pré-executividade provoca o conhecimento de questão que o juiz não pode

¹⁹ *Dez Anos de Pareceres (volume 4), Dez Anos de Pareceres (volume 4)*, págs. 125 a 139.

deixar de apreciar, e que deve deferí-la, caso procedente, impedindo a constrição sobre o patrimônio do executado, sob pena de cometer a arbitrariedade de penhorar bens de quem não está sujeito à execução.

Albergou-se, desde então, o direito do executado a demonstrar, *in limine*, a falta de pressupostos a ensejar a continuação de uma ação de execução, na própria execução, sem prévia garantia do juízo.

8 - Doutrina e Jurisprudência

O acolhimento da exceção de pré-executividade pela doutrina e jurisprudência é pacífico, principalmente, para reconhecimento e aplicação do disposto no artigo 618 do Código de Processo Civil que trata de nulidades da execução.

A jurisprudência é farta em acatar a exceção de pré-executividade, apenas a título de exemplo, trazemos duas referências: RT 671/187 e RT 717/187.

Na doutrina reconhecem expressamente a exceção de pré-executividade, mesmo que atribuindo-a outra denominação, ou até mesmo sem qualquer denominação, mas, sempre reconhecendo a inserção de cognição no processo de execução sem penhora prévia, entre outros: Araken de Assis, (Manual do Processo de Execução págs. 444 a 447); Sálvio de Figueiredo Teixeira (Código de Processo Civil Anotado, pág. 372);

Luiz Edmundo Appel Bojunga (A Exceção de Pré-Executividade, págs. 62 a 70); Carlos Renato de Azevedo Ferreira (Exceção de Pré-Executividade, págs. 243 a 246); Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, pág. 144); Vicente Greco Filho (Direito Processual Civil Brasileiro, 3^o vol. pág. 52); Marcos Valls Feu Rosa (Exceção de Pré-Executividade - matérias de ordem pública no processo de execução); Alberto Camiña Moreira (Exceção de Pré-Executividade - defesa sem embargos); Nelson Nery Júnior (Princípios do Processo Civil na Constituição Federal, págs. 133 e 134); Cândido Rangel Dinamarco (Execução Civil, págs. 309 e 310 e, 450 e 451); José Antonio de Castro (Execução no Código de Processo Civil - doutrina, prática, jurisprudência, pág. 201).

9 - Procedimento

A exceção de pré-executividade não possui *nem forma nem figura de juízo*, uma vez que surgiu do labor doutrinário e jurisprudencial, em virtude da necessidade de implementação no sistema jurídico de remédio que guarnecesse os cânones do artigo 5^o da Constituição Federal que estabelecem os princípios da igualdade de todos perante a Lei, sujeitos ao devido processo legal, mediante contraditório e defesa amplos, mormente para privação de sua liberdade ou seus bens.

O seu requerimento deve ser feito por simples petição, admitindo Marcos Valls Feu Rosa sua arguição verbal.²⁰ Não há a fixação de prazo para a arguição.

A mera existência do título executivo já inculca uma presunção em favor do credor, tornando sua posição privilegiada no processo de execução, razão pela qual o contraditório instaurado pela apresentação da exceção de pré-executividade, não exige sempre sua oitiva, que poderá surgir, mas como contraditório sumaríssimo e, contra-prova pré-constituída.

A apresentação da exceção de pré-executividade não suspende o processo de execução, motivo assaz importante para que venha com prova pré-constituída, comprovando as alegações, para que mediante cognição e contraditório sumários, seja possível ao juiz decidir.²¹

Certo que a celeridade no conhecimento e deferimento da exceção é essencial, acreditamos ser este o motivo que levou Pontes de Miranda a fixar em 24 horas o prazo para seu oferecimento, visando impedir os atos constritivos da execução.

É de se aplicar o princípio da sucumbência caso seja provida a exceção, cuja decisão vulnera o

²⁰ *Exceção de Pré-executividade - matérias de ordem pública no processo de execução*, pág. 49.

²¹ Somente o embargos podem fazê-lo, a teor do disposto no artigo 741 do CPC; neste sentido Cândido Dinamarco, *Execução Civil*, nota 18, pág. 452 e Alberto Camiña Moreira, *Exceção de Pré-executividade (defesa sem embargos)* pág. 86. Contra Marcos Valls Feu Rosa, *Exceção de Pré-executividade*, pág. 76, fazendo analogia com as exceções procedimentais previstas no CPC.

recurso de apelação. Caso seja negada, o processo de execução tem seu seguimento regular, cabendo da decisão interlocutória, o recurso de agravo, que, na espécie deve ser de instrumento.

Igualmente, aplicável a penalidade prevista no artigo 22 do CPC, caso, o devedor deixe de alegar, ou na exceção ou nos embargos, seja um ou outro o meio pelo qual pela primeira vez se manifestar no processo, bem como, sofrendo pelas custas de retardamento do processo (art. 267, p. 3^o do CPC).

Cabe analisar, mesmo que perfunctoriamente, o problema da preclusão das alegações pela exceção de pré-executividade.

As matérias argüíveis através da exceção de pré-executividade, por óbvio, podem também ser veiculadas através dos embargos à execução, bem como, o juiz delas poderia conhecer de ofício.

Mesmo quanto as matérias dos denominados embargos de segunda fase (art. 746 do CPC) é de se admitir a exceção de pré-executividade.²²

Todavia, uma vez que suscitadas, decididas, e delas recorrido, provoca preclusão consumativa para as partes, que conforme assevera Teresa Arruda Alvim Pinto, é matéria endoprocessual, somente autorizando ação rescisória.²³

²² Marcos Valls Feu Rosa, *Exceção de Pré-executividade*, págs. 95 e 96

²³ Teresa Arruda Alvim Pinto, *Nulidades da sentença*, pág. 144.

Nelson Nery Júnior reputa existente a preclusão para o juiz - preclusão *pro judicato* - , impedindo-o de julgar decisão já decidida, mas para as matérias de ordem pública é expresso no sentido de negar sua aplicação, sob fundamento de que nosso Código admite sejam reapreciadas a qualquer tempo e grau de jurisdição.²⁴

Contudo, analisando sua obra, entendemos que inexistente a preclusão *pro judicato*, enquanto a matéria de ordem pública não é decidida, através de recurso, por órgão hierarquicamente superior ao do primeiro julgador.

Em face do efeito substitutivo do recurso, não poderia o órgão julgante inferior decidir de novo, vulnerando decisão do superior, sob argumento de que, por ser matéria de ordem pública, inexistente preclusão *pro judicato*.²⁵

Assim, havendo manifestação do órgão monocrático, reputando autor parte ilegítima, e sendo, esta decisão reformada, não poderá, por este fundamento, deixar o juiz de prosseguir no conhecimento da causa, e até, em sendo o caso, decidir sobre o mérito.

²⁴ *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*, págs. 274 e 275, invoca doutrina de Redenti, *Profili Pratici del Diritto Processuale Civile*; Garbagnati, *Preclusione pro judicato e titolo ingiuntivo*; Riccio, *La preclusione processuale penale*; Batista Lopes, *Breves considerações sobre o instituto da preclusão*.

²⁵ *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*, pág. 240 e segs.

Desta forma, parece-nos que se coadunam harmoniosamente os pensamentos dos doutrinadores acima expostos.

Legitimados a impetrar a exceção de pré-executividade são todos aqueles que podem oferecer embargos, que na esteira do ensinamento de Araken de Assis, são os legitimados ordinários, que constam do título, extraordinários, e os responsáveis secundários (artigos 568 cc. 592 do Código de Processo Civil).²⁶

10 - Objeto

Pacífico é o entendimento de que as matérias que podem ser objeto da exceção de pré-executividade são aquelas de ordem pública, alegáveis e conhecíveis a qualquer tempo ou grau de jurisdição, e, portanto, inclusive de conhecimento *ex officio* pelo juiz.

Tormentosa, contudo, é a questão de se identificar quais seriam estas matérias.

Cândido Rangel Dinamarco assevera que das matérias arroladas no artigo 741 do Código de Processo Civil, que autorizam os embargos à execução fundada em título executivo judicial, somente as dos incisos I, VI e VII são privativas dos embargos.²⁷

²⁶ *Manual do Processo de Execução*, págs. 1005 a 1009.

²⁷ *Execução Civil*, pág. 310, nota 33.

Reputamos que as matérias argüíveis através da exceção de pré-executividade, por óbvio, podem também ser veiculadas através dos embargos à execução, bem como, o juiz delas poderia conhecer de ofício.

Todavia, repisamos o fato de que o tempo é crucial no trâmite da exceção de pré-executividade, que não suspende a execução, devendo ser aplicada técnica de cognição adequada.

Segundo Luiz Guilherme Marinoni “*a técnica da cognição permite a construção de procedimentos ajustados às reais necessidades de tutela.*”²⁸

A técnica de cognição na exceção de pré-executividade assemelha-se à exercida no processo de mandado de segurança, com a produção de prova pré-constituída para demonstração do direito líquido e certo. Não há espaço para dilação probatória, além dos documentos que são acostados à inicial.

Marinoni define esta técnica de cognição como *exauriente* “*secundum eventum probationis*”²⁹

Destarte, a cognição na exceção de pré-executividade exaure-se com a prova da demonstração de sua

²⁸ *A antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*, pág. 21, invocando na doutrina estrangeira Andrea Proto Pisani, *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*, *Rivista di Diritto Processuale*, 1979, pág. 575 e segs., e *Appunti sulla tutela sommaria*, I Processi Speciali, Studi Offerti a Virgilio Andrioli dai suoi Allievi, págs. 309-360.

²⁹ *A antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*, págs. 24 a 28.

alegação. Eventual dilação probatória poderá ser realizada em cognição plena por intermédio dos embargos à execução.

Araken de Assis ao classificar os embargos à execução, também se vale da técnica de cognição.³⁰

Reputa os embargos fundados em título judicial, sujeitos à cognição sumária, pois no plano vertical tem a abrangência de conhecimento limitado, uma vez que lastreados em título que provêm de outro processo (condenatório) onde a tutela jurisdicional já fora prestada. Já os embargos à execução fundada em título extrajudicial não encontra limite ao conhecimento do juiz, tanto no plano horizontal, quanto vertical, ou seja, abrangência e profundidade de conhecimento das questões submetidas ao juízo.

Logo, indubitavelmente, podem ser objeto da exceção de pré-executividade as seguintes matérias: (i) pressupostos processuais de existência: jurisdição, representação do autor por advogado, petição inicial e citação; (ii) pressupostos processuais de validade: juízo com competência, juiz imparcial e não impedido, capacidade e legitimidade processual, petição inicial e citação válidas; (iii) pressupostos processuais negativos: coisa julgada, litispênia e perempção (art. 268, parágrafo único do CPC); (iv) as

³⁰ *Manual do Processo de Execução*, pág. 957 e segs.

condições da ação: legitimidade *ad causam*, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir.³¹

Ademais, por ser procedimento que exige celeridade e exaurimento de convencimento do julgador, adotando-se a técnica de cognição exauriente *secundum eventum probationis*, reputamos que outras matérias que suscitam divergência quanto a serem de ordem pública, e alegáveis e conhecíveis a qualquer momento pelo juiz, inclusive de ofício, poderiam, igualmente, ser objeto da exceção de pré-executividade.

Nestes casos: pagamento, transação, compensação, prescrição e decadência, ou qualquer fato impeditivo, modificativo ou impeditivo do direito do credor.

Este critério confere justiça para as partes, atendendo aos princípios do contraditório e ampla defesa, impedindo prosseguimento de execução, que, liminar e cabalmente, pode ser revelada como viciada e não autorizada a produzir efeitos sobre o patrimônio do devedor.

11 - Conclusões

D) A exceção de pré-executividade é criação doutrinária que funciona como meio de defesa do devedor, trazendo porção de conhecimento ao processo de execução, não possuindo nem forma, nem figura de juízo.

³¹ Classificação de Teresa Arruda Alvim Pinto, amplamente adotada, “in” *Nulidades da Sentença*, págs. 19 a 53.

II) É meio que visa impedir a realização de penhora, provando não existir um processo de execução legítimo.

III) Não suspende o processo de execução, portanto, não enseja dilação probatória, já que não impede o prosseguimento dos atos executivos.

IV) Deve ser utilizada como técnica de cognição exauriente *secundum eventum probationis*, demonstrando o alegado com prova pré-constituída.

V) As matérias objeto de sua arguição são de ordem pública ou levam a infirmar a validade ou regularidade da execução.

VI) As matérias são suscetíveis de veiculação tanto por exceção, quanto pelos próprios embargos, mas uma vez suscitadas e discutidas, geram preclusão para as partes, e decididas em grau de recurso, geram preclusão *pro judicato*.

Referências Bibliográficas

- ARRUDA ALVIM Netto, José Manuel. *Manual de Direito Processual Civil*. Volume I, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1979.
- ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 4ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Novo Processo Civil Brasileiro*. 10ª Edição, Forense, Rio de Janeiro, 1989.
- BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. *A exceção de pré-executividade*, in, *Revista de Processo*. Revista dos Tribunais nº 59.
- CASTRO, Amílcar de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Editora RT, São Paulo, 1974. Vol. VIII.
- CASTRO, José Antonio de. *Execução no Código de Processo Civil: doutrina, prática, jurisprudência*. 3ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1983.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco. *Teoria Geral do Processo*. 6ª Edição, 2ª Tiragem, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1987.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 5ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1997.

FERREIRA, Carlos Renato de Azevedo. *Exceção de pré-executividade*. in, Revista dos Tribunais nº 657 (julho de 1990), p. 243-246.

GARBAGNATI, Edoardo. *Preclusione pro judicato e titolo ingiuntivo*, Riv. Dir. Proc. IV (1949).

GRECO Filho, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. 3º Volume, 2ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1.986.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. Saraiva & Cia. Livraria Acadêmica, São Paulo, 1946.

LOPES, João Batista. *Breves Considerações sobre o instituto da preclusão*. Revista de Processo. Revista dos Tribunais nº 23.

MARINONI, Luiz Guilherme. *A antecipação da Tutela na Reforma do Processo Civil*. 2ª Edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1996.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Exceção de Pré-executividade (defesa sem embargos)*, dissertação de mestrado inédita, PUC/SP, 1.997.

NERY Júnior, Nelson. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. 4ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997.

_____, *Princípios Fundamentais - Teoria Geral dos Recursos*. 2ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.

PABST, Haroldo. *Natureza Jurídica dos Embargos do Devedor*. Editora RT, São Paulo, 1.985.

PINTO, Teresa Arruda Alvim. *Nulidades da Sentença*. 3ª Edição. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1993.

PISANI, Andrea Proto. *Sulla tutela giurisdizionale differenziata*. Rivista di Diritto Processuale, 1979.

_____, *Appunti sulla tutela sommaria*. I Processi Speciali, Studi Offeriti a Virgilio Andiolli dai suoi Allievi.

PONTES DE MIRANDA. *Tratado das Ações. Ações Mandamentais. Tomo VI*.

_____, *Dez Anos de Pareceres (volume 4)*, Livraria Francisco Alves Editora S.A., Rio de Janeiro, 1.975.

REDENTI, Enrico. *Profili Pratici del Diritto Processuale Civile*. 2ª Edição, Milão, 1939.

_____, *Diritto Processuale Civile*. 3ª Edição, Milão, v. I, 1980.

RICCIO, Stefano. *La preclusione processuale penale*. Milão, 1951.

RODRIGUES NETTO, Nelson. *Obtenção de Justiça Plena Através da Tutela Jurisdicional Específica*. monografia inédita, Curso de Especialização em Direito Processual Civil, PUC/SP, 1.997.

ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de Pré-executividade - matérias de ordem pública no processo de execução*. Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre, 1.996.

TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Código de Processo Civil Anotado*. 5ª Edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1997.

THEODORO Júnior, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. Forense, Rio de Janeiro, 1997.

VILARD, Willard de Castro. *Processo de Execução*. Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975.

VON BÜLLOW, Oskar. *Die Lehre von den Prozesseinreden und die Processvoraussetzungen*, Giesen, Roth, 1868 (trad. argent. de Miguel Angel Rosas Lichtschein: *La Teoría de las excepciones y los presupuestos procesales*, Buenos Aires, Ejea, 1.964).

WATANABE, Kazuo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*, 4ª Edição, 2ª Tiragem, Editora Forense Universitária, Rio de Janeiro, 1996.