

EFICÁCIA PRECLUSIVA DO JULGAMENTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE*

Raquel Filomena Gonçalves Lemos**

1 INTRODUÇÃO

Busca-se com o presente estudo avaliar as conseqüências advindas ao executado que fizer uso do instrumento de defesa criado por construção doutrinária e jurisprudencial intitulado “exceção de pré-executividade”¹, no caso de desacolhimento dos fundamentos nela erigidos. Será analisada a possibilidade de as mesmas causas de pedir, já rechaçadas pelo juiz da execução, no curso desta, virem a ser renovadas pelo devedor por ocasião da abertura do prazo para embargos, e reapreciadas pelo órgão julgante.

Admitindo-se, irrestritamente, resposta positiva à problemática exposta, estar-se-á tornando completamente inoperante a decisão judicial proferida nos autos do processo de execução, e, portanto, inócua a prestação jurisdicional anterior, comprometendo-se a efetividade do processo de execução e o próprio prestígio do Poder Judiciário como apaziguador dos conflitos sociais.

Por outro lado, se a resposta fornecida à questão proposta ao debate for peremptoriamente negativa, corre-se o risco de se tolher ao devedor o direito de ampla defesa, na medida em que a atividade judicial de cognição no processo de execução (por mais paradoxal que esta primeira parte da assertiva possa parecer à luz da doutrina tradicional) possui restrições no vértice da profundidade, eis que o tipo de procedimento não admite dilação probatória, somente sendo viável a produção de prova documental. Destarte, a decisão proferida por ocasião da apreciação da exceção pode estar lastreada em exame rarefeito da matéria, ocasionado em razão da insuficiência do meio documental para viabilizar juízo definitivo.

Destarte, será questionada a possibilidade de se reconhecer eficácia preclusiva ao julgamento da exceção de pré-executividade, abordando-se os fundamentos jurídicos que podem sustentar esta tese.

* O artigo tem como base a monografia apresentada no Curso de Especialização em Processo Civil - Processo e Constituição da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2004.

** Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul. Especialista em Processo Civil.

¹ Não é desconhecida a crítica doutrinária quanto à expressão “exceção de pré-executividade” – cite-se, por todos, MOREIRA, José Carlos Barbosa. Exceção de Pré-Executividade: Uma Denominação Infeliz. *Revista Forense*, v. 251, trimestral, 2000, pp. 585-586 – mas aqui ela será empregada nos termos em que consagrada pelo uso no meio jurídico. Tampouco se realizará o estudo das origens do instituto, ou polemizar acerca das hipóteses em que cabível, por extrapolar os objetivos do presente trabalho.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 193-235, jan./jun. 2005

A construção dogmática atinente à proposição acima passa, necessariamente, pela abordagem sobre o contraditório e tipo de cognição realizada no processo de execução, bem como pela análise dos institutos da preclusão e coisa julgada (em seu aspecto formal e material), especialmente o exame da possibilidade de existência de coisa julgada na execução.

O presente trabalho, destarte, almeja apontar soluções jurídicas para fundamentar-se a inadmissibilidade, ao menos em alguns casos, de serem suscitadas as mesmas matérias já apreciadas quando da interposição da exceção, agora por intermédio da ação incidental de embargos, tudo tendo como cenário o tão propalado princípio da efetividade processual, que, para ser atingido, não deve violar a ampla defesa e o contraditório, e tampouco admite, por evocação destas garantias, o óbice à satisfação do direito do credor.

O tema foi escolhido por envolver aspecto concernente à efetividade do processo e o correlato abuso do direito de defesa por parte do executado, sendo o primeiro ponto – a efetividade – de relevante e atual debate jurídico.

2 CONTRADITÓRIO E COGNIÇÃO NA EXECUÇÃO

2.1 O Contraditório na Execução

Para a doutrina tradicional, não existe contraditório dentro do processo de execução. Esse seria, justamente, o fator distintivo do rito da execução do rito do processo de conhecimento, em que o contraditório é estabelecido em toda sua magnitude. No dizer de Francesco Carnelutti, “O processo de conhecimento transforma o fato em direito, enquanto o processo de execução transforma o direito em fato.”²

Enrico Tullio Liebman é defensor da dicotomia radical entre os procedimentos, e da autonomia do processo de execução, não admitindo bilateralidade nesta última. A defesa do executado, e o exercício do direito ao contraditório, assim, deveriam ficar protraídos para a ocasião da apresentação de embargos.³ A ele, somam-se outros doutrinadores, como Alcides Mendonça de Lima e Marcelo Lima Guerra, citados por Geraldo Batista da Silva Júnior⁴, para os quais somente por via da ação incidental de embargos, com a devida garantia da execução, é que se admite o contraditório.

Todavia, se pode afirmar que esse posicionamento encontra-se superado. No intuito de compatibilizar o procedimento executório com os ditames constitucionais, especialmente as garantias processuais do contraditório e ampla defesa (artigo 5º, inciso LV da Constituição da República), criou-se, por construção doutrinária e jurisprudencial, a possibilidade de utilização da exceção

²CARNELUTTI, Francisco, *apud* MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem Embargos do Executado*: Exceção de Pré-Executividade. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 03.

³LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

⁴BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. *Exceção de Pré-Executividade*. Alcance e Limites. 2.ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 14.

de pré-executividade, como meio de defesa intra-execução que dispensa o pré-requisito da penhora.⁵ **A exceção de pré-executividade, outrossim, é instituto instaurador do contraditório no processo de execução.**

Francisco Wildo Lacerda Dantas assevera ser perfeitamente possível e adequado a admissão do exercício do direito de defesa nos autos executivos, independentemente da oposição de embargos, sobretudo quando é objeto da alegação a inexistência de pressupostos processuais exigíveis à constituição de toda e qualquer relação processual ou das condições da ação “também exigidos na sistemática adotada pelo atual CPC para que exista o próprio direito de acionar a jurisdição”.⁶ Continuando, afirma: Entendimento contrário importaria negarem-se as garantias constitucionais anteriormente referidas ou defender-se que a execução não se realiza através de um processo, pois este sempre é essencialmente dialético.⁷

É claro que o emprego da exceção de pré-executividade não poderá significar um desvirtuamento do processo de execução, razão pela qual encontra limites, de contornos ainda não muito precisos, mas que não extravasam as questões que possam ser provadas através da via documental, exclusivamente. Desta forma, parafraseando-se Danilo Knijnik, na execução “há contraditório, há juízo, há decisão, *mas adequada, ajustada à finalidade da execução, assim como o seu contraditório*”.⁸

O fundamento para a admissão da exceção de pré-executividade, outrossim, possui assento constitucional, especificamente as garantias do contraditório e da ampla defesa, viabilizando-se ao executado, em casos específicos, que se insurja com relação à execução em momento anterior ao oferecimento dos embargos.

O emprego da exceção de pré-executividade tem sido admitido inclusive no procedimento especial de execução fiscal, malgrado o disposto no artigo 16, §§ 1º e 2º da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830/80).⁹

⁵ Citam-se, v.g., como doutrinadores que admitem o exercício do contraditório no processo de execução: AGUIAR, Madalena. O contraditório no Processo de Execução. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 14, p. 83-90; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 173-175; ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 1.v. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1987, p. 32; ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Exceção de Pré-Executividade. *Revista dos Tribunais*. N. 775. p. 731-745, mai. 2000; KNIJNIK, Danilo. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001; MACHADO, Hugo de Brito. Juízo de Admissibilidade na Execução Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 22, pp 19-23.

⁶ DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Exceção de Pré-Executividade: Aspectos Teóricos e Práticos. *Revista Dialética de Direito Tributário*. v. 24, p. 21-29.

⁷ Id.

⁸ Op. cit., p. 113-114.

⁹ Segunda Turma do STJ, RESP 410755/SC, Recurso Especial nº 2002/0014909-5, julgamento em 14/09/2004, Relator Ministro Castro Meira, DJ 25/10/2004. Especificamente sobre o seu cabimento nas execuções fiscais, confira-se: MELO, Leonardo Augusto Santos. A Exceção de Pré-executividade na Execução Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*. v. 78, p. 57-72; MACHADO, Hugo de Brito. Juízo de Admissibilidade na Execução Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário* nº 22, pp 19-23; ABRÃO, Carlos Henrique. Exceção de Pré-Executividade na Lei 6.830/80. *Revista Dialética de Direito Tributário*. v.22, p. 11-17.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 193-235, jan./jun. 2005

2.2 Conceituação e Classificação da Cognição

Tendo sido abordado, brevemente, o contraditório na execução, procedimento no qual também devem estar respeitados os preceitos constitucionais aplicáveis ao processo, adiante – item “1.4”- veremos quais temas poderão, conforma a doutrina, ser objeto de antagonismo pelo devedor dentro dos próprios autos executivos, por meio da exceção de pré-executividade. Em outras palavras, se verificarão os limites do contraditório na execução, de modo a não desnaturar totalmente o procedimento.

Antes, porém, analisaremos a cognição judicial, as formas como ela se dá e a sua ocorrência no processo de execução.

2.2.1 Conceituação de Cognição

A definição de cognição, nas palavras de Kazuo Watanabe, ilustre jurista que deu ao instituto o devido tratamento científico, é a seguinte:

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 *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.¹⁰

Conhecer significa, assim, avaliar, analisar e decidir as questões de fato e de direito suscitadas pelas partes no processo. Essa atividade será tanto mais ampla quanto maior a liberdade de alegação e de sua prova outorgada aos participantes da relação processual: vê-se que a cognição tem estreita ligação com a liberdade de contraditório (alegar e provar). Quanto maior esta faculdade, mais ampla a cognição.

2.2.2 Classificação da Cognição

A “liberdade de alegação” está relacionada ao plano horizontal da cognição, e a “liberdade probatória”, ao plano vertical, propostos por Watanabe:

Numa sistematização mais ampla, a cognição pode ser vista em dois planos distintos: *horizontal* (extensão, amplitude) e *vertical* (profundidade).

No plano *horizontal*, a cognição tem por limite os elementos objetivos do processo estudados no capítulo precedente (*trinômio*: questões processuais, condições da ação e mérito, inclusive questões de mérito; para alguns, *binômio*, com a exclusão das condições da ação; Celso Neves: *quadrinômio*, distinguindo

¹⁰ WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000, p. 58-59.

pressuposto dos supostos processuais). Nesse plano, a cognição pode ser *plena* ou *limitada* (ou parcial) segundo a extensão permitida.

No plano *vertical*, a cognição pode ser classificada, segundo o grau de sua profundidade, em *exauriente* (completa) e *sumária* (incompleta).¹¹

A limitação do contraditório e, portanto, da cognição, pode se dar tanto com relação às questões cognoscíveis quanto com a profundidade com que examinadas.

É a combinação dessas modalidades de cognição que redundam nos diferentes procedimentos, concebidos pelo legislador e adaptados às especificidades do direito ou das pretensões materiais.¹² Assim, possível a cognição *plena* (vértice horizontal) e *exauriente* (vertical), que é a regra, ocorrente no rito ordinário, sumário ou dos Juizados Especiais Cíveis, com prestígio do valor segurança; *parcial e exauriente*, ocorrente por exemplo no processo de desapropriação, embargos de terceiro, conversão da separação judicial em divórcio e busca e apreensão da lei de alienação fiduciária, em que se prestigiam os valores certeza e celeridade.¹³ Já a *cognição sumária* (restrição no vértice da profundidade) materializa-se nos processos cautelares, *v.g.*, bem como é a realizada na apreciação dos pedidos antecipatórios de tutela, lastreados em juízos de probabilidade e verossimilhança.¹⁴

A coisa julgada somente se aderirá aos efeitos da decisão proferida após cognição exauriente, e restrita às matérias apreciadas (então, despidendo se será plena ou limitada, eis que os limites objetivos – artigo 468 do CPC – impõem que a decisão somente tenha “força de lei” nos termos circunscritos das questões decididas, até porque sobre o que não houve decisão, não há o pré-requisito à permanência dos efeitos do *decisum*).

Ainda, a cognição poderá ser *plena* (sem qualquer restrição quanto às questões que poderão ser conhecidas pelo órgão judicial) e *exauriente secundum eventum probationis*,

[...] com o condicionamento da profundidade da cognição à existência de elementos probatórios suficientes. Trata-se de técnica processual para conceber procedimentos simples e céleres, com supressão da fase probatória específica ou procedimento em que as questões prejudiciais são resolvidas ou não conforme os elementos de convicção, ou, ainda, serve como instrumento de política legislativa, pois evita, quando em jogo interesse coletivo e indisponível, a formação da coisa julgada material, a recobrir juízo

¹¹ Idem, *ibidem*, p. 112-113.

¹² DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Jus Navigandi*. Teresina, 1.6, n. 58, ago. 2002. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3202>>. Acesso em: 15 out. 2004, p. 02-3.

¹³ Id., p. 03.

¹⁴ Id.

RPG, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 193-235, jan./jun. 2005

de certeza fundado em prova insuficiente. A decisão da questão está condicionada à profundidade da cognição que o magistrado conseguir, eventualmente, com base na prova existente nos autos (e permitida para o procedimento), efetivar. À conclusão de insuficiência, o objeto litigioso é decidido sem caráter de definitividade, não alcançando a autoridade de coisa julgada material [...]¹⁵

Por fim, deve ser mencionado que, segundo Didier Júnior, ainda se vislumbra a *cognição eventual*, plena ou limitada, e *exauriente secundum eventum probationis*, em que ela somente ocorrerá se o demandado tomar a iniciativa do contraditório, razão pela qual intitula-se eventual. Cita como exemplos o que ocorre na ação monitória e na de prestação de contas.¹⁶

Explanadas essas “categorias” de cognição, no tópico seguinte se estreitará o campo de estudo ao processo de execução.

2.3 A Cognição no Processo de Execução

Como pincelado anteriormente, a existência de cognição no processo executivo é afirmação que confronta a doutrina tradicional. Nos dias atuais, todavia, no dizer de Danilo Knijnik, chega a haver consenso de que, “também na execução, o juiz exerce cognição”.¹⁷

Ao passo em que não há maiores divergências quanto à sua *existência*, o tipo de cognição realizado na execução, todavia, recebe diferente tratamento doutrinário.

Para Knijnik, os contornos da cognição executiva são bem estreitos, fato determinado pelos limites estruturais e funcionais da relação processual em que exercida, considerando haver cortes tanto no plano vertical como no horizontal, respectivamente.¹⁸ Afasta o processualista a cognição plena (quanto à matéria), na medida em que

a lide material ou originária, na terminologia de Carnelutti, está fora, não é objeto da cognição *in executivis*, o que basta para considerá-la limitada, pelo simples fato – e este é o critério científico, por oposição ao político – de não haver ou não poder haver pedido de condenação, constituição ou declaração nesta sede.¹⁹

Já no aspecto relativo à sindicância quanto aos “instrumentos técnicos” de que dispõe o juiz para conhecer – âmbito vertical –, o mestre gaúcho aponta

¹⁵ Id.

¹⁶ Id.

¹⁷ Op. cit., p. 113.

¹⁸ Id.

¹⁹ Idem, ibidem, p. 114.

a ocorrência de cognição sumária na execução, afastando a “indagação ilimitada das questões cognoscíveis”²⁰.

O eminente processualista Araken de Assis, afirma que

o processo de execução, apesar de endereçado a operações práticas no mundo dos fatos, não é completamente estranho a juízos de apreciação pelo órgão jurisdicional, e, portanto, ao surgimento de uma limitada atividade cognitiva [...]. Afirma-se, então, que coexiste no processo executivo uma **cognição eventual**²¹ [grifo nosso].

A cognição no processo executivo é também considerada eventual por Kazuo Watanabe, que acrescenta ser escassa, tênue, rarefeita, mas não inexistente²².

Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina, tratando da cognição na execução, afirmam:

Obviamente, não ocorre nesta espécie de processo cognição voltada à declaração do direito material do exequente, pois no processo de execução esta verificação é desnecessária, ante a suficiência do título executivo para autorizar a realização da execução. Por outro lado, a atividade realizada pelo juiz com o fito de conferir se há título executivo é *atividade cognitiva*, embora a cognição, nesse caso, não se realize com o intuito de se declarar se o exequente tem o direito material que subjaz ao título. O mesmo se pode dizer quanto à atuação do juiz em relação à averiguação da validade dos atos executivos. Como corretamente se asseverou na doutrina, “inexiste ação em que o juiz não exerça qualquer espécie de cognição”.²³

Prosseguem os autores dizendo que “Há cognição judicial no curso do processo de execução, também, quando o juiz verifica a validade dos atos executivos realizados, bem como quando determina a sua correção.”²⁴

Retomando-se idéia exposta anteriormente, a exceção de pré-executividade é instauradora do contraditório dentro dos autos executivos e **provocadora da cognição judicial**. O atributo “eventual” é empregado pela doutrina em razão de que a cognição, em que pese tenha de ser praticada de ofício pelo órgão judicante quanto às matérias não sujeitas à disposição das partes, é desencadeada (ou aprofundada), muitas vezes, pela provocação do executado, através do expediente da exceção de pré-executividade. Todavia, é equivocado pensar-se a *contrario sensu*: que, em não havendo a provocação, inexistirá a cognição na execução. Aqui se registra a equivocidade da utilização

²⁰ Id.

²¹ Op. cit., p. 32.

²² Op. cit., p. 112.

²³ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 2003, p. 97.

²⁴ Id.

do termo “eventual”, por dar azo a uma falácia: o “juízo de admissibilidade”, expressão empregada por Hugo de Brito Machado, deve ser exercitado pelo julgador em toda e qualquer ação, sendo que “nele o juiz verifica a presença dos pressupostos processuais e das condições da ação, e sendo o caso, a presença de algum requisito especial legalmente exigido.”²⁵

Ainda, o entendimento de que a cognição na execução é limitada e sumária deve ser contestado, especialmente quanto ao aspecto da verticalidade. O aspecto horizontal será abordado no item “1.4”, na medida em que, ao se definirem as matérias que podem ser apreciadas por provocação da exceção de pré-executividade, estar-se-á, *ipso facto*, definindo qual a extensão horizontal da cognição, se plena ou se limitada. **Todavia, quanto à afirmação de inexistência de cognição exauriente é que se tecem as críticas que seguem, respaldadas em sólidos entendimentos doutrinários e interpretação sistemática do Direito.**

Tereza Wambier e José Medina afirmam que o processo de execução

pode ser catalogado entre aqueles em que a cognição é *parcial*, pois somente alguns temas podem nele ser analisados (p.ex., existência ou inexistência de título executivo), com exclusão de outros, relacionados à relação jurídica de direito material que envolve exeqüente e executado. **Embora seja limitada, no plano horizontal, a cognição é exauriente, no plano vertical, em relação às questões que neste processo podem ser examinadas** [grifo nosso].²⁶

Como se vê, os doutrinadores afirmam a cognição exauriente quanto às matérias apreciadas em sede de execução, assertiva essa que revela certa ousadia, na medida em que é difícil sustentar-se o alcance da certeza jurídica em procedimento em que há sérias restrições quanto às formas probatórias.

Todavia, o entendimento sufragado é o mais correto, desde que sopesado com a suficiência absoluta do meio de prova documental – único admitido no processo de execução, e para instrução da exceção de pré-executividade – para o embasamento da cognição judicial.

Geraldo da Silva Batista Júnior sustenta que a exceção de pré-executividade “introduz no processo de execução atividade cognitiva mais profunda, que não pode ser tida apenas como rarefeita”²⁷, em contraposição aos ensinamentos de Kazuo Watanabe. Prosseguindo, o autor defende a existência, também no processo de execução, a existência de cognição plena e exauriente *secundum eventum probationis*, modalidade na qual “não existe limitação quanto à extensão da matéria a ser debatida e decidida, mas a

²⁵ Op. cit., p. 19.

²⁶ Id., p. 98.

²⁷ BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. *Exceção de Pré-Executividade*. Alcance e Limites. 2.ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 74.

profundidade da análise está condicionada à existência ou não de elementos probatórios suficientes nos autos”.²⁸

Alberto Camiña Moreira, na mesma linha, afirma que a cognição somente permanece rarefeita, no processo de execução, se este mantiver sua característica de pura realização do direito, enquanto que a exceção de pré-executividade nele introduz uma “bolsa de cognição”, exauriente quanto à prova documental juntada²⁹.

Destarte, quando no caso em concreto não puder o Magistrado julgar definitivamente, por falta de elementos probatórios, evidentemente estar-se-á diante de **cognição sumária**. Por outro lado, em sendo interposta exceção de pré-executividade instruída com documentos ou fazendo alusão aos que já constam nos autos, suficientes ao exame aprofundado da matéria, dispensando a produção de outros tipos de prova (hipótese em que, no processo de conhecimento, corresponderia ao julgamento antecipado da lide – artigo 330, inciso I, do CPC), há de se reconhecer a existência de **cognição exauriente secundum eventum probationis na execução**.

2.4 Objeto da Exceção de Pré-executividade

Como dito anteriormente, a delimitação da área de abrangência da exceção de pré-executividade diz respeito à identificação da extensão da cognição no processo executivo no plano horizontal.

A definição de quais matérias possam ser objeto da defesa intra-execução é tema de grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Do trinômio “pressupostos processuais”, “condições da ação” e “mérito”, sua utilização mais recorrente e aceitável é quanto aos dois primeiros componentes, questões que podem ser conhecidas de ofício pelo Magistrado³⁰.

As posições variam desde as mais restritivas às mais ampliativas. No primeiro caso enquadram-se os que admitem apenas as matérias cuja cognição deva ser realizada de ofício por parte do julgador, e no segundo leque encontram-se os defensores do emprego da exceção diante de qualquer matéria cuja prova apresentada é pré-constituída, ainda que notadamente pertencentes ao mérito da relação jurídica subjacente e dependente de alegação da parte.

Danilo Knijnik, após classificar em quatro as correntes teóricas alusivas à exceção de pré-executividade³¹, elabora uma “reconstrução teórica pelo quinto discurso”³², afirmando que o âmbito de emprego da exceção de pré-executividade

²⁸ Op. cit., p. 74-75.

²⁹ MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem Embargos do Executado: Exceção de Pré-Executividade*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 192.

³⁰ Em que pese as recentes decisões jurisprudenciais remetendo a apreciação da condição da ação “legitimidade passiva” para a ocasião dos embargos, principalmente nos executivos fiscais, diante da alegação de necessidade de dilação probatória para aferição da responsabilidade tributária.

³¹ Intituladas negativista, ideológico-interpretativa, científico-restritiva e científico-ampliativa. Op. cit., p. 153-164.

³² Id., p. 165.

é o *imploratio officium iudicis*³³, especificando que três seriam as matérias argüíveis: a) os pressupostos processuais; b) as condições da ação; c) objeções substanciais, mediatizáveis pelo título executivo.³⁴ Desborda o autor, outrossim, do exame das questões processuais, para admitir o de matérias que, "embora situadas no monômio do mérito, destituam, de plano, a existência do direito do exequente *sub specie juris*, ou seja, sob o ponto de vista de sua **representação documental típica**'(...)”³⁵.

Integram a corrente ampliativa Francisco Fernandes de Araújo³⁶, Alberto Camiña Moreira³⁷ (aceitam alegações de excesso de execução, pagamento, prescrição, decadência e compensação, novação) e Hugo de Brito Machado³⁸ (admite o uso da exceção para alegação de pagamento, prescrição, decadência e outras formas de suspensão ou extinção da exigibilidade do crédito tributário). Também Araken de Assis³⁹ possui posicionamento ampliativo, admitindo a defesa intraprocessual relativa a matérias que dependem de iniciativa da parte. Leonardo Greco também integra o rol de autores que pregam a utilização mais larga do instituto⁴⁰.

A jurisprudência tem admitido a exceção de pré-executividade, majoritariamente, na linha da doutrina restritiva. O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, tem em seus últimos julgados passado a conhecer a alegação de prescrição, desde que possa ser de plano aferida, claro, tema com relação ao qual até recentemente havia divergência entre suas 1^a. e 2^a. Turmas.⁴¹

Feitas essas breves considerações quanto às matérias argüíveis na exceção, deve ser realizada a advertência de que se definir peremptoriamente qual a extensão horizontal da cognição que deva ser permitida na execução não possui grande relevância aos fins pretendidos neste estudo, razão pela qual o enfoque maior é centrado justamente no plano vertical da *cognitio*, pois é o que determina a definitividade da decisão judicial.

Estudada no presente capítulo a existência de contraditório e o tipo de cognição realizada no processo executivo, campo em que se insere a inserção da exceção de pré-executividade, a determinar, conforme o caso, a cognição exauriente *secundum eventum probationis*, avança-se em busca de solução para a questão propulsora do presente ensaio, tecendo-se considerações no capítulo seguinte acerca dos institutos da coisa julgada e preclusão.

³³ Op. cit., p. 180.

³⁴ Id., p. 211.

³⁵ Id., p. 183.

³⁶ Op. cit., p. 738.

³⁷ Op. cit.

³⁸ Op. cit., p. 20-21.

³⁹ Op. cit., p. 251.

⁴⁰ GRECO, Leonardo *apud* BATISTA Jr., Geraldo da Silva. Op. cit., p. 35.

⁴¹ Cf. RESP 662641/MG, Relator Ministro Castro Meira, 2^a. Turma do STJ, DJ de 16/11/2004, p. 263; RESP 577613/RS, Relator Ministro Luiz Fux, 1^a. Turma do STJ, DJ de 08/11/2004, p. 171.

3 OS INSTITUTOS DA COISA JULGADA E PRECLUSÃO NO PROCESSO CIVIL

3.1 Semelhanças e Diferenças Entre Coisa Julgada e Preclusão

3.1.1 A Figura da Coisa Julgada na Sistemática Processual

A conceituação legal de coisa julgada é dada pelo artigo 467 do Código de Processo Civil e pelo § 3º do artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei nº 4.657/42). Esse último dispositivo⁴² claramente refere-se à coisa julgada formal, enquanto o primeiro⁴³ traz a definição de coisa julgada material.

Merece registro o fato de que, ao passo em que o diploma adjetivo pátrio define a coisa julgada material como “eficácia da sentença”, a doutrina do mestre italiano Enrico Tullio Liebman a caracteriza como uma “qualidade especial que se adere aos efeitos da sentença”, tornando-a imutável dentro (aspecto formal) e fora do processo em que proferida (aspecto material).⁴⁴ Trata-se, pois, de atributo que se amolda aos efeitos da sentença a partir de um determinado momento, e não eficácia imanente a ela.

Sérgio Gilberto Porto preleciona que a “coisa julgada representa, efetivamente, a indiscutibilidade da nova situação jurídica declarada pela sentença e decorrente da inviabilidade recursal.”⁴⁵ O mesmo doutrinador, em outra obra de sua autoria, salienta que os termos “imutável” e “indiscutível” empregados pelo artigo 467 do CPC, são idéias que se amoldam, respectivamente, à concepção de coisa julgada material e coisa julgada formal.⁴⁶

No dizer de Ovídio A. Baptista da Silva, a coisa julgada material é uma “virtude própria de certas sentenças judiciais, que as faz imunes às futuras controvérsias impedindo que se modifique, ou discuta, num processo subsequente, aquilo que o juiz tiver declarado como sendo a ‘lei do caso concreto’⁴⁷.” Mais, adiante, o doutrinador afina o conceito: “Esta constância do resultado, a estabilidade que torna a sentença indiscutível entre as partes, impedindo que os juízes dos processos futuros novamente se pronunciem sobre aquilo que fora decidido, é o que se denomina *coisa julgada material*.” [Grifo do autor]⁴⁸

Vê-se, assim, que a coisa julgada material está atrelada à noção de definitividade no julgamento da questão, oponível tanto às partes como a todos os juízes.

⁴² “Chama-se coisa julgada ou caso julgado a decisão judicial de que já não caiba recurso.”

⁴³ “Denomina-se coisa julgada material a eficácia, que torna imutável e indiscutível a sentença, não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário.”

⁴⁴ LIEBMAN, Enrico Tullio. Eficácia e Autoridade da Sentença. Rio de Janeiro, Ed. Rev. Forense, 1945.

⁴⁵ PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. Análise, crítica e atualização. 2.ed., Rio de Janeiro: AIDE, 1998, p. 44.

⁴⁶ Idem, *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: RT, 2000. v.6, p; 186.

⁴⁷ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. V.1. 3ª. ed. rev. e atualiz. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996, p. 412.

⁴⁸ Id.

Quanto à coisa julgada formal, trata-se de pré-requisito, portanto, à sua formação material, sendo a primeira correspondente ao esgotamento ou inutilização dos recursos disponíveis às partes, e a segunda correspondente à permanência dos efeitos da decisão que julgou o mérito da ação:

O objeto da coisa julgada material é a sentença de *mérito*. Verifica-se o julgamento do mérito quando o juiz profere sentença nas hipóteses do CPC 269. Acolher ou rejeitar o *pedido* (CPC 269 I) significa pronunciar-se pela procedência ou improcedência da pretensão (lide, objeto, mérito, pedido, objeto litigioso [Streitgegenstand]), isto é, sobre o *bem da vida* pretendido pela parte.⁴⁹ [Grifos do autor]

3.1.2 A Preclusão no Processo Civil

O primeiro doutrinador a sistematizar o instituto da preclusão foi CHIOVENDA, conceituando-a de início como “a perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual pelo fato de se haverem alcançado os limites assinalados por lei ao seu exercício.”⁵⁰

A contribuição do mestre italiano foi de suma valia, apartando o instituto do da coisa julgada, e dando-lhe contornos precisos. A simples leitura do enunciado supratranscrito, todavia, não é suficiente para entendimento completo do tema, sendo o conceito explicitado pelo próprio jurista para abarcar as três hipóteses de preclusão que hoje conhecemos pelas denominações de preclusão temporal, lógica e consumativa (denominações conferidas por José Frederico Marques⁵¹).

Celso Agrícola Barbi, analisando a teoria de Chiovenda, explicita que é objeto da preclusão “sempre uma faculdade das partes ou poder do juiz”.⁵² Em tópico específico, será tratado mais aprofundadamente acerca da preclusão de poderes do juiz, também chamada preclusão de questões.

3.1.3 As Inter-relações entre Coisa Julgada e Preclusão

Os institutos, em que pese diferentes entre si (em maior ou menor intensidade), guardam relações, na medida em que todos visam, senão a garantir a solução definitiva, à últimação, impulsionamento dos feitos⁵³. Humberto Theodoro Júnior destaca que

⁴⁹ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 787.

⁵⁰ CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. de J. Guimarães Menegale, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 1965, v. III, p. 155.

⁵¹ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. II, p. 380.

⁵² BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, a.52, v. 158, p. 59-66, mar./abr. 1955.

⁵³ BARBI, p. 59; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais* n° 784, pp 11-28, fev. 2001.

[...] o processo é um movimento constante, formado à base de uma cadeia de atos que o integram, que só é útil ao desiderato da prestação jurisdicional se adequadamente concatenados pela força de coesão da relação jurídica processual. O movimento do processo tem, obviamente, de ser preordenado por normas que se preocupem em assegurar-lhe um ritmo e uma direção voltada, com nitidez e firmeza, para a *meta optata*, que é a rápida e justa composição do litígio.

Esse correto e indispensável fluxo dos atos processuais somente pode cumprir o objetivo do processo cientificamente disciplinado se apoiado no mecanismo da preclusão.⁵⁴ [Grifo do autor]

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Júnior, em uma frase, conseguem explicitar o grau de proximidade entre os institutos, afirmando que a coisa julgada material “somente ocorre se e quando a sentença de mérito tiver sido alcançada pela preclusão, isto é, a coisa julgada formal é pressuposto para que ocorra a coisa julgada material.”⁵⁵

Como se vê, parte da doutrina questiona a **utilidade** da diferenciação entre coisa julgada formal e preclusão, asseverando, até mesmo, a sinonímia entre as expressões. Celso Agrícola Barbi propõe a substituição do conceito de coisa julgada pelo de preclusão, inclusive por ser este mais abrangente, eis que se refere tanto a faculdades como questões (1955, p. 63). Humberto Theodoro Júnior igualmente afirma a inutilidade da separação das noções⁵⁶.

O principal traço distintivo entre a preclusão e a coisa julgada material é a projeção de seus efeitos: no primeiro caso, ficam restritos à relação jurídico-processual em que ocorre, no segundo, são irradiados para além do processo, assumindo força de lei entre as partes (consoante o disposto nos artigos 473 e 468 do CPC, respectivamente). E o ponto que distingue a coisa julgada formal da preclusão, segundo a doutrina que reafirma a sua existência, reconhecendo também que aquela se origina desta, seria simplesmente o fato de que a primeira encerra o processo, pressupondo, assim, sentença, o que não ocorre – necessariamente - com a segunda:

Em conclusão, pode-se afirmar que não há sentença de mérito que não faça coisa julgada *material*. Logo, coisa julgada *formal*-repita-se – não é senão a última preclusão que, dentro do processo, prepara o campo para a formação da coisa julgada material, que, por sua vez, irá projetar-se no mundo exterior à relação processual que se exauriu graças à derradeira preclusão provocada pela coisa julgada formal.⁵⁷

⁵⁴ Op. cit., p. 12.

⁵⁵ Op. cit., p. 787.

⁵⁶ Op. cit., p. 28.

⁵⁷ THEODORO JR., Humberto. A preclusão no processo civil. 2001.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 193-235, jan./jun. 2005

3.2 Possibilidade de Decisão Interlocutória Ensejar Coisa Julgada Material e Preclusão

Estabelecida a conceituação e definição do que seja preclusão e coisa julgada formal e material, inarredável, para atingir-se o escopo do presente estudo, é o exame da possibilidade de decisão interlocutória ter agregada a seus efeitos a característica da imutabilidade, dentro e/ou fora do processo em que proferida (hipóteses, respectivamente, de ocorrência de preclusão e de coisa julgada).

3.2.1 Decisão Interlocutória e Preclusão

A preclusão da matéria decidida em decisão interlocutória frente às partes é reconhecida pela doutrina e jurisprudência, justamente tendo-se em vista a necessidade, já exposta, de que o processo seja ultimado, superadas as pendências em seu decorrer surgidas.

No tocante às partes, a preclusão se refere às suas **faculdades processuais**, seja em razão do transcurso *in albis* do prazo legal para a prática do ato – preclusão temporal -, seja em razão de já haver sido utilizada a oportunidade legal facultada – preclusão consumativa -, ou pela prática de ato incompatível com a posterior manifestação de vontade de praticar outro – preclusão lógica.

Então, uma vez decidida matéria disponível às partes, sem que tenha sido interposto o adequado recurso, ou sendo esgotadas as faculdades recursais, a matéria está estabilizada dentro do processo em que decidida, por operação da preclusão.

Já a possibilidade de reconhecer-se a preclusão em face do juiz, a denominada preclusão *pro judicato* (estribada no artigo 471 do CPC), é controversa. A doutrina oscila de posições mais radicais, reconhecendo-a com o mesmo rigor havido em relação às partes, a mais flexíveis, mitigando-a face ao julgador ou afastando-a por completo.

Barbosa Moreira apresenta a opinião mais severa, assinalando que o despacho saneador acarreta preclusão total sobre as questões nele decididas expressamente e as que deixaram de ser analisadas pelo Magistrado, embora suscitadas ou suscitáveis pelas partes (preclusão implícita)⁵⁸, sendo também essa a posição de Calmon de Passos.⁵⁹

Chiovenda já afirmava o impedimento do reexame das questões já decididas⁶⁰, bem como Pontes de Miranda, que afirmava que basta que haja

⁵⁸ MOREIRA, J. C. Barbosa, apud CRUZE TUCCI, José Rogério. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento, In: *Saneamento do Processo: Estudos em Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre : Safe, 1989. p. 282.

⁵⁹ PASSOS, Calmon, apud idem, p. 283.

⁶⁰ Op. cit., p. 377-378.

fixação legal de prazo para, uma vez ultrapassado este, afastar-se “qualquer reexame e julgamento pelo juiz”.⁶¹

Todavia, o disposto no § 3º do artigo 267 do CPC, que determina a apreciação de ofício pelo órgão judicial de certas matérias (pressupostos processuais, condições da ação e exceções de perempção, litispendência e coisa julgada), em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, foi fato determinante da alteração do posicionamento doutrinário, no direito pátrio, sendo que os juristas mais recentes têm se inclinado a afastar a preclusão *pro judicato* enquanto conserva o juiz a jurisdição, no tocante às matérias indisponíveis às partes.⁶²

Manoel Caetano Ferreira Filho integra a corrente doutrinária que proclama o efeito preclusivo da decisão que afirma a existência dos pressupostos processuais e das condições da ação, não obstante o § 3º do artigo 267 do CPC. Analisando o dispositivo, o ilustre mestre preleciona que dele se retiram algumas conclusões que não conduzem, necessariamente, à interpretação sufragada pelos doutrinadores que negam a preclusão *pro judicato*: a primeira, é a de que a matéria nele referida pode – e deve – ser apreciada independentemente de provocação das partes, já que a ação é direito exercitável contra o Estado; a segunda, é de que é afastado o limite de tempo, de oportunidade, para apreciação das questões – a preclusão temporal é inaplicável ao julgador.⁶³

De fato, reconhecer-se preclusão sobre questões não decididas – como defende Barbosa Moreira e Calmon de Passos – é algo que colide totalmente com o atual ordenamento jurídico. A decisão do Magistrado e suas razões devem ser conhecidas pelas partes, para propiciar ou sua conformação ou o adequado manejo do recurso cabível, em assim o querendo. Isso é o que busca salvaguardar a garantia da motivação das decisões judiciais, expressa na Constituição da República, artigo 93, inciso IX, que não admite decisões implícitas ou desprovidas de fundamentação. Cogitar-se de preclusão temporal frente ao juiz, portanto, é totalmente descabido.

Todavia, quanto à preclusão *consumativa* é que se encontra o cerne da problemática. Uma vez apreciadas as questões, poderá o juiz modificar seu posicionamento?

Proseguindo, conclui Manoel Caetano Ferreira Filho que,

[...] tendo o juiz decidido, na declaração de saneamento do processo (art. 331), que estão presentes as condições da ação e os

⁶¹ MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T.5, Rio de Janeiro: Forense, 1974, p. 211.

⁶² Cf. LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990., p. 292 – doutrinador que já sustentava tal posição mesmo na vigência do CPC de 1939; CRUZ E TUCCI, José Rogério. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento, In: *Saneamento do Processo: Estudos em Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre: Safe, 1989. p. 275-290; SILVA, Ovidio Baptista da. *Curso de processo civil*. V.1, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987, p. 163; THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais* nº 784, pp 11-28, fev. 2001; NERY JR., Néelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7.ed. São Paulo: RT, 2003, p. 809.

⁶³ FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no Direito Processual Civil*, p. 106 e 109.

pressupostos processuais, salvo se interposto agravo de instrumento, a decisão ficará preclusa para ele, impedindo-o de reapreciar a matéria posteriormente.⁶⁴

E o entendimento é fundamentado pela interpretação sistemática do disposto nos artigos 267, § 3º e 471 e 473 do Código de Processo Civil, eis que estes dois últimos estabelecem a preclusão das decisões interlocutórias, o que não seria afastado pelo primeiro dispositivo.⁶⁵

A preclusão, todavia, somente se opõe ao Tribunal se esse houver afirmado, em agravo de instrumento ou em apelação contra sentença terminativa, a concorrência dos pressupostos processuais e das condições da ação.⁶⁶

O entendimento de Ferreira Filho nos parece ser o mais correto, na medida em que harmoniza e compatibiliza os dispositivos da lei processual civil indicados.

Desta forma, se os julgadores de primeiro e segundo grau atestam a existência dos dois elementos (pressupostos processuais e condições da ação), tais questões não de ser reconhecidas como estabilizadas, não mais passíveis de revisão. A ressalva é de ser feita apenas se for deixada, explicitamente, a análise mais aprofundada da matéria por ocasião da sentença, ou se concluir pelo teor da decisão interlocutória que afastou as preliminares suscitadas que ela foi proferida com base em elementos existentes nos autos que não propiciaram exame aprofundado sobre a questão.⁶⁷

3.2.2 Decisão Interlocutória e Coisa Julgada Material

A decisão que desacolhe a exceção de pré-executividade, por não pôr fim ao processo de execução, notadamente é uma decisão interlocutória (artigo 162, § 2º do CPC), atacável via agravo de instrumento, assertiva que não encontra qualquer objeção doutrinária.⁶⁸ Destarte, a fim de prosseguir-se em busca da resposta ao questionamento sobre se é admissível a repetição das matérias ventiladas em exceção de pré-executividade nos embargos à execução, deve-se percorrer o *iter* lógico intransponível, que compreende esgrimir-se a viabilidade teórica de uma decisão interlocutória ser dotada de tamanha certeza jurídica que seus efeitos perdurem, estabilizados, imutáveis, ultrapassando os limites do processo em que proferida.

A doutrina tradicional, espelhada em LIEBMAN, corrobora a coisa julgada como atributo extrínseco da **sentença**, formada a partir do fenômeno processual intitulado *trânsito em julgado*.

⁶⁴ Idem, *ibidem*, p. 112.

⁶⁵ Idem, *ibidem*, p. 109.

⁶⁶ Idem, *ibidem*, p. 113.

⁶⁷ Remete-se, aqui, à cognição exauriente *secundum eventum probationis*, abordada no primeiro capítulo, itens "1.2" e "1.3".

⁶⁸ V.g. ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade*: matérias de ordem pública no processo de execução, 3. ed. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2000, p. 94.

E a razão para essa conseqüência jurídica guarda relação com o tipo de cognição prévia à prolação da sentença, realizada pelo órgão judicial: plena e exauriente.⁶⁹ Em outras palavras, está apta à formação da coisa julgada material a sentença proferida em processo cuja cognição do julgador foi a mais ampla possível, em virtude da viabilização às partes de alegações partes todos os meios de prova admitidos, e alegação sobre se [e s de toda ordem e de produção de todos os meios de prova admitidos].⁷⁰

Todavia, não se pode deixar de apontar que não é o simples fato de haver sentença que estará implicada, *ipso facto*, a existência de imutabilidade de seus efeitos (coisa julgada material), ainda que transcorrido o prazo recursal (coisa julgada formal).

Sabidamente, o Código de Processo Civil pátrio estipula, nos artigos 267 e 269, as hipóteses em que o processo é extinto, via sentença, sem e com julgamento do mérito, respectivamente. Nos casos arrolados no artigo 267, guardadas as discussões a respeito das condições da ação e sua inter-relação com o mérito da demanda, que serão oportunamente desenvolvidas (terceiro capítulo), a sentença põe fim ao processo sem julgamento do mérito.

Pode-se argumentar que não é à toa que o artigo 469 do CPC somente atribui o caráter de “coisa julgada material” aos efeitos da sentença que julga total ou parcialmente a lide, mas aqui se diz mais: ainda que a sentença julgue total ou parcialmente a lide (sentença de mérito), poderá jamais verificar-se essa qualidade especial de definitividade de seus efeitos, em razão de uma anterior **redução da cognição** havida no processo.

No dizer de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina,

[...] como já se viu em outros itens do presente estudo, há diversas decisões que não produzem coisa julgada, e há outras que, embora protegidas pela coisa julgada, podem ser desconstituída pelo mecanismo processual adequado.

Além das sentenças inexistentes - em que há apenas a aparência de coisa julgada, pois que a própria sentença não passa de uma aparência - **há decisões judiciais que não ficam acobertadas pela coisa julgada, ou em que a coisa julgada supera de modo diferente do que normalmente ocorre em relação às decisões fundadas em cognição plena e exauriente, em virtude da limitação horizontal ou vertical da cognição realizada.**

A coisa julgada é fenômeno que se opera de modo diverso, quer se se cuidar de ação fundada em cognição *sumária* (menos aprofundada no plano vertical), ou se se cuidar de cognição parcial (limitada no plano horizontal).

Nos casos em que há cognição parcial, se, em relação aos temas que serão objeto de decisão, for permitida a realização de cognição

⁶⁹ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Jus Navigandi*. Teresina, 1.6, n. 58, ago. 2002. disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3202>. Acesso em: 15 out. 2004.

⁷⁰ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 2003, p. 90.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 193-235, jan./jun. 2005

exauriente, em princípio ocorrerá coisa julgada *em relação aos temas que tiverem sido objeto de cognição judicial*. Nota-se, portanto, que a resolução dos problemas relacionados às decisões fundadas em cognição parcial e exauriente tem por base a temática dos limites objetivos da coisa julgada.

O mesmo não ocorre, necessariamente, com as decisões fundadas em cognição sumária, que, por não definirem com precisão a existência ou inexistência do direito, não tem aptidão para gerar coisa julgada (...) ⁷¹ [Grifo nosso].

Então, o que se pretende demonstrar é que o juiz pode prolatar sentença, extintiva do processo, por ocorrência de hipóteses outras que não as constantes no elenco do artigo 267 do diploma processual, e **não se formar a coisa julgada material**. Pode o juiz proferir sentença de mérito, e os efeitos dessas não se tornarem imutáveis. Esse fenômeno ocorre por política legislativa, em casos como os das ações coletivas, e no caso do mandado de segurança, pela redução cognitiva.

Assim, de fácil constatação que o pressuposto à formação da coisa julgada material não é a sentença em si, mas, adianta-se, a decisão lastreada em cognição aprofundada sobre a matéria, ainda que a matéria seja parcial, circunstância em que a imutabilidade ficará adstrita às questões exaurientemente examinadas.

Calha trazer à baila os ensinamentos de Geraldo da Silva Batista Júnior, que assim dispõe ao examinar a ocorrência de coisa julgada pela rejeição da exceção de pré-executividade:

Não se argumente com a tese de que a rejeição da exceção de pré-executividade se dá por decisão interlocutória e que somente a sentença é capaz de propiciar a formação de coisa julgada material. As sentenças nada mais são do que uma espécie do gênero decisões judiciais, tal como as decisões interlocutórias. Ambas as espécies têm algo em comum, porque, quando emanadas de autoridade competente e baseadas em cognição exauriente, estão aptas a compor conflitos em definitivo. Humberto Theodoro esclarece muito bem a questão quando afirma que o saneador, ao repelir arguição de prescrição ou decadência, embora não extinga o processo, faz coisa julgada material, porque soluciona questão de mérito.⁷²

Acrescente-se ainda ao embasamento doutrinário à possibilidade de decisão intraprocessual acarretar coisa julgada o disposto no § 6º do artigo 273 do Código de Processo Civil (introduzido pela lei 10.444/02), que permite ao julgador antecipar a tutela em face de pedido incontroverso. Essa antecipação dos efeitos da sentença de mérito é, no dizer de Fredie Didier Júnior, a

⁷¹ Idem, *ibidem*, p. 92 e 93.

⁷² BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. *Exceção de Pré-Executividade*. Alcance e Limites. 2.ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004, p. 79.

possibilidade de “resolução parcial do mérito”, e se dá, **de forma definitiva, por decisão interlocutória**. O doutrinador enfatiza tratar-se de “decisão interlocutória apta à coisa julgada material”, adicionando que não é estranho “o fato de uma decisão interlocutória estar lastreada em cognição exauriente, muito menos o fato de estar ela propensa à coisa julgada”⁷³.

Nesse ponto, o professor baiano (Didier Júnior) é contestado por Danilo Francisco Mitidiero, que afirma tratar-se a hipótese aventada de sentença parcial de mérito, eis que considera mais correto para definição dos atos judiciais o critério da definitividade em vez do topológico⁷⁴.

Com a devida vênia, parece irrelevante o esforço para a inclusão dessa decisão judicial antecipatória na categoria de sentença – parcial de mérito. Isso não suprime o fato de que a decisão foi proferida previamente à sentença definitiva, com base em cognição exauriente pelo Magistrado (eis que o pedido incontroverso, à semelhança do que ocorre na revelia, não prescinde do exame de sua procedência⁷⁵), viabilizada pelos elementos constantes nos autos aliado à disponibilidade da matéria quanto às partes. Analisar-se o recurso cabível contra tal decisão ajuda a definir a questão: trata-se decisão intraprocessual e, portanto, atacável via agravo de instrumento. Inadmissível cogitar-se de sua impugnação através de apelação, que é o recurso cabível face às hipóteses de efetiva ocorrência de sentenças parciais de mérito, como afirma o próprio doutrinador gaúcho⁷⁶.

A partir das duas premissas que se expõem no presente capítulo, de que deve ser reconhecida, em nosso ordenamento, a preclusão *pro judicato* e que deve ser abandonado o paradigma de que somente a sentença tem aptidão para gerar coisa julgada, viabiliza-se a continuidade do presente ensaio, com novos horizontes traçados a partir de uma visão desprovida de preconceito quanto à possibilidade de permanência aos efeitos da decisão proferida interlocutoriamente na execução.

⁷³ DIDDIER JÚNIOR, Fredie. Inovações na Antecipação dos Efeitos da Tutela e a Resolução Parcial do Mérito. *Gênese Revista de Direito Processual Civil*. n. 26. Curitiba: Gênese, 2002, p. 719.

⁷⁴ MITIDIERO, Daniel Francisco. Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva-fracionada da causa (lendo um ensaio de Fredie Didier Júnior). *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, n. 94, p. 39-50, jun. 2004.

⁷⁵ “O efeito da revelia não induz a procedência do pedido e nem afasta o exame de circunstâncias capazes de qualificar os fatos fictamente comprovados” (RSTJ 53/335).

⁷⁶ É certo que no caso versado há cumulação de pedidos e, portanto, cumulação de ações (artigo 292 do CPC). Todavia, a definição de um dos pedidos – incontroverso – no curso do processo impede o uso da apelação, que somente é cabível quando encerrada, ao menos, a fase do procedimento, como ocorre nas ações de prestação de contas e demarcação e divisão (artigos 915, § 1º e 2º, 955 e 968 do CPC). No caso da decisão que antecipa a tutela em razão de pedido incontroverso, todavia, não há finalização de fase alguma, prosseguindo o processo, em que pese uma das ações cumuladas tenha sido definida. Raciocínio semelhante é empregado quando, no processo de conhecimento ou executivo, é excluído da lide um dos integrantes do pólo passivo por reconhecida sua ilegitimidade. Não obstante o ditame legal – artigo 267, VI do CPC – de extinção processual (o que deveria ocorrer somente através de sentença, apelável, portanto), a extinção da ação frente a apenas um dos demandados se dá por decisão interlocutória, prosseguindo o processo contra os demais. O recurso cabível é o agravo de instrumento, nas duas hipóteses aqui tratadas.

3.3 A Coisa Julgada no Mandado de Segurança (*Secundum Eventum Probationis*)

Chegada à conclusão de que os efeitos da decisão interlocutória encontram admissibilidade teórica de revestirem-se da qualidade de imutabilidade, seja por força da preclusão *pro judicato*, seja por força da coisa julgada - dependendo exclusivamente da profundidade com que propiciado o exame da questão posta à apreciação judicial -, e esmiuçada a cognição no processo de execução, admitindo-se-a, no plano vertical, exauriente *secundum eventum probationis*, pretende-se agora apontar a clara relação analógica existente entre a cognição realizada para julgamento da exceção de pré-executividade e a realizada no processo de Mandado de Segurança.

No *mandamus*, a existência de direito líquido e certo é *conditio sine qua non* à concessão da ordem. Em outras palavras, “a definição de liquidez e a certeza do direito pretendido é determinante para o recebimento e processamento do *writ* na medida em que se figura como pressuposto específico da ação de mandado de segurança”.⁷⁷

E direito líquido e certo é aquele que resulta de fato certo, ou seja, aquele capaz de ser comprovado, de plano, por documentação inequívoca.⁷⁸ É o direito lastreado em fatos que, de tão evidentes, prescindem de dilação probatória à sua demonstração, sendo suficiente a prova documental que se junta com a exordial ou cuja exibição o juiz requisitará, na hipótese do parágrafo único do artigo 6º da lei 1.533/51. Enfim, no procedimento do mandado de segurança não há espaço para produção de meios outros de prova, e a procedência de sua evocação dependerá da suficiência da força probante documental.

O artigo 16 da lei 1.533/51 propicia a repositura do *writ* caso o primeiro tenha sido extinto sem julgamento do mérito, e o artigo que o antecedente faculta que se recorra às vias ordinárias para salvaguarda dos direitos do impetrante.

Em interpretação a esses dois dispositivos legais, foi editada a súmula 304 do STF, que dispõe que “Decisão denegatória de mandado de segurança, não fazendo coisa julgada contra o impetrante, não impede o uso da ação própria.”

Pois bem, o que ocorre no procedimento do mandado de segurança é que a coisa julgada somente existe nos casos em que a prova documental produzida é suficiente à apreciação, pelo órgão julgador, da existência do direito líquido e certo (hipótese em que haverá concessão da ordem) ou da afirmação da inexistência de direito

⁷⁷ OLIVEIRA, Germana Maria Leal de. O Direito Líquido e Certo no Procedimento do Mandado de Segurança: Cognição Exauriente *Secundum Eventum Probationis* e Reflexos na súmula 304 do STF. *Revista Dialética de Direito Processual* nº 18, p. 31-37, set 2004. Não se adentrará aqui na polêmica doutrinária sobre a natureza jurídica do “direito líquido e certo” - se constitui pressuposto processual ou condição da ação mandamental -, por extrapolar os objetivos do presente ensaio.

⁷⁸ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002, p. 166.

do impetrante (hipótese em que se denegará a ordem). Frisa-se, nesta última hipótese, inexistência de direito algum, não apenas de direito líquido e certo.

Só haverá coisa julgada material, assim, em ocorrendo suficiência do meio probatório admitido no procedimento especialíssimo do mandado de segurança – documental – para lastrear, no caso em concreto, decisão que aprecie adequadamente e com a devida profundidade a matéria argüida. A coisa julgada material no *writ*, desta forma, é *secundum eventum probationis*, eis que somente havendo provas suficientes nos autos haverá análise do mérito, por decisão (sentença) a cujos efeitos se agregará a qualidade especial de imutabilidade que impede a propositura de novas demandas.

Igual ocorrência se passa quando há disputa da qualidade de herdeiro dentro dos autos do inventário, conforme recorda Kazuo Watanabe⁷⁹, circunstância em que essa questão prejudicial somente será decidida se o magistrado dispuser de elementos suficientes à formação de juízo de certeza, pois se tratar-se de matéria de alta indagação⁸⁰ o juiz remeterá as partes às vias ordinárias, conforme artigo 1000, parágrafo único, e 984 do CPC.

3.4 Coisa Julgada na Tutela de Direitos Transindividuais

Por fim, não pode escapar ao exame que semelhante fenômeno ocorre com a coisa julgada nas ações coletivas, que é *secundum eventum litis*.

Sabidamente, as ações coletivas surgiram para dar maior efetividade à resolução da **litigiosidade de massa**, aquela decorrente da lesão a direitos que pertencem a uma pluralidade de titulares, direitos que podem ser de natureza difusa, coletiva ou individual homogênea⁸¹.

Somente pelo fato de o bem juridicamente tutelado pertencer a uma coletividade de pessoas exige, pelo menos até certo ponto, a extensão da imutabilidade dos efeitos da sentença (que vem a ser a “coisa julgada”) para além das partes envolvidas na lide, haja vista que a unitariedade de tratamento decorre da própria indivisibilidade do direito⁸²; por outro lado, “a limitação da coisa julgada às partes é princípio inerente ao contraditório e à defesa, na medida em que o terceiro, juridicamente prejudicado, deve opor-se à sentença desfavorável proferida *inter alios*, exatamente porque não participou da relação jurídico-processual.”⁸³ Nesse sentido, de limitação subjetiva da coisa julgada, dispõe o artigo 472 do CPC.

Desta forma, evidente a impossibilidade de pretender-se a aplicação da

⁷⁹ Ob. cit., p. 118.

⁸⁰ “Consoante a doutrina de melhor tradição, questões de direito, mesmo intrincadas, e questões de fato documentadas resolvem-se no juízo do inventário, com desprezo da via ordinária.” (STJ, 4ª. Turma, REsp 4.625-SP, relator Min. Sálvio de Figueiredo, j. 16.04.91, DJU 20.05.091, p. 6.532)

⁸¹ Código de Defesa do Consumidor, artigo 81, incisos I a III.

⁸² GRINOVER, Ada Pellegrini. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, Objeto e Coisa Julgada. *Revista de Processo* n^o 58. pp. 75-84.

⁸³ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor*. 5ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 706.

coisa julgada às demandas coletivas tal qual como ocorrente nas ações individuais às ações coletivas, em que é *pro et contra*, ou seja, as partes sujeitam-se indiferentemente à imutabilidade dos efeitos da sentença seja ela favorável ou desfavorável.

A coisa julgada no processo coletivo (ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo), outrossim, tem estrutura diferente da coisa julgada no processo individual, eis que a lei a mitiga de acordo com o resultado do processo (*secundum eventum litis*). Como regra geral, quando a sentença que julga ação coletiva for de improcedência, há restrição da extensão subjetiva da coisa julgada (eis que poderá não ocorrer até mesmo com relação ao autor da ação coletiva, que poderá repropor a demanda calcado em novas provas), e quando o comando sentencial for de procedência, há ampliação, estendendo-se a todos interessados.⁸⁴

Por outro lado, se simplesmente afastasse-se a coisa julgada, sem qualquer critério, em sendo proferida sentença de improcedência, multiplicar-se-iam ações semelhantes, com igual pedido e igual causa de pedir, trazendo conseqüente desgaste do prestígio do Poder Judiciário, como ressaltam Antonio Gidi⁸⁵, Ada Pellegrini Grinover⁸⁶ e Hugo Nigri Mazzili⁸⁷.

Desta forma, a escolha inicial do legislador pátrio⁸⁸ foi pela adoção da coisa julgada *secundum eventus litis*, determinando sua extensão *erga omnes*, exceto no caso de improcedência por insuficiência probatória, caso em que a propositura de nova ação por qualquer legitimado estaria condicionada à existência de prova nova (artigo 18 da Lei da Ação Popular - lei 4717-65 - e artigo 16 da Lei da Ação Civil Pública - lei 7347-85).

Posteriormente, com o advento do Código de Defesa do Consumidor, a disciplina da coisa julgada na ação coletiva recebeu tratamento legislativo **mais primoroso e detalhado, buscando não prejudicar os direitos individuais em decorrência do julgamento de improcedência da ação coletiva**. Formou-se, então, um **sistema processual para as ações coletivas**, interpretação que se extrai da nova redação que o CDC outorgou ao artigo 21 da LACP, determinando que seja aplicado à defesa dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais, no que for cabível, os dispositivos do

⁸⁴ São dois os principais fundamentos da mitigação da extensão subjetiva dos efeitos da sentença proferida nas ações coletivas no caso de improcedência: a) evitar-se a possibilidade de fraude/conluio entre o autor e o demandado, com vistas a obter uma sentença de improcedência na ação coletiva para opor a coisa julgada aos terceiros titulares de direitos individuais; b) atenção às garantias do contraditório e ampla defesa, já que há substituição processual (artigo 6º do CPC), não representação; em outras palavras, o terceiro, substituído, não participou da relação processual, e, por isso, não pode ser afetado por decisão desfavorável; ainda, impedir-se de que recorre ao Judiciário por meio de ação judicial seria fatal violação à garantia da inafastabilidade do controle judicial a lesão ou ameaça a direito.

⁸⁵ GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispendência nas Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 60.

⁸⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. *Código de Defesa do Consumidor*: comentado pelos autores do anteprojeto. 5ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998, p. 722.

⁸⁷ MAZZILI, Hugo Nigri. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2001, pp. 253/255.

⁸⁸ Ao contrário do que se passa no direito americano, em que as *class actions* redundam em coisa julgada a todos os titulares dos direitos, em razão da adoção de mecanismos garantidores de tais direitos no processo, entre os quais se citam a *fair notice* e o *right to opt out*, além da atuação judicial fiscalizadora da adequação da representatividade. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. *Op. cit.*, 1998, p. 709.

Título III da lei que instituiu o Código de Defesa do Consumidor.⁸⁹

Desta forma, o artigo 103 da Lei nº 8.078/90 alcança inteiramente toda e qualquer defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Disciplinou a coisa julgada de acordo com a natureza do interesse objetivado: no caso de direitos difusos, a sentença transitada em julgado produzirá efeitos *erga omnes*, à exceção do caso de a improcedência decorrer de falta de provas, quando então outra ação poderá ser proposta com nova prova por qualquer legitimado, inclusive pelo mesmo autor da primeira ação; quando a tutela for de direitos coletivos, a sentença transitada em julgado produzirá efeitos *ultra partes*, limitadamente, pois somente atingirá o grupo, categoria ou classe envolvida na ação, apresentando a mesma exceção: se a improcedência decorrer de falta de provas, ocasião em que, igualmente, outra ação poderá ser proposta com nova prova; quando se tratar de direitos individuais homogêneos, a sentença transitada em julgado produzirá efeitos *erga omnes* apenas no caso de procedência da ação, beneficiando as vítimas e os sucessores.

A improcedência, por qualquer fundamento, não prejudicará as ações individuais, exceto quanto aos interessados que já tiverem intervindo como assistentes litisconsorciais na ação coletiva (artigo 103, §2º, do Código de Defesa do Consumidor). O § 1º do artigo 103, do CDC, estabelece que a coisa julgada da ação coletiva, que verse sobre interesses difusos e coletivos, não prejudica interesses e direitos individuais dos integrantes da coletividade do grupo, classe ou categoria, ou seja, se a ação coletiva for improcedente, o indivíduo também poderá propor sua ação individual em razão de seu dano individualmente considerado.⁹⁰

Feita essa breve explanação do sistema de coisa julgada nas ações coletivas, a qual se entendeu oportuna, mas sem a pretensão de esgotar o tema, por demais vasto e até certo ponto tormentoso na doutrina, verifica-se que em caso de improcedência da ação coletiva os direitos individuais não serão afetados⁹¹, mas a via coletiva estará fechada aos demais autores coletivos, **salvo se a demanda tiver sido julgada improcedente por insuficiência de provas, ocorrência do chamado *non liquet*. Aí, a coisa julgada, que é *secundum eventum litis* (somente ocorria sua extensão aos particulares em caso de procedência), só ocorrerá em face dos autores coletivos *secundum eventum probationis*, ou seja, caso a prova produzida seja suficiente para prolação de um comando definitivo sobre a questão.**

Diante de insuficiência probatória - ***non liquet*** -, a improcedência da ação não terá seus efeitos lançados nem mesmo sobre os autores coletivos, que poderão renovar a demanda, desde que fundada em prova nova (aqui entendida

⁸⁹ ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de Segurança Coletivo*. Aspectos Processuais Controversos. Porto Alegre: Editora Sergio Antonio Fabris, 2001, p. 53.

⁹⁰ MAZZILI, Hugo Nigri. Op. cit.

⁹¹ Pequena ressalva feita quanto à participação do particular como litisconsorte na ação coletiva, hipótese em que é atingido pelos efeitos da sentença, bem como quando deixa de tomar a providência prevista no artigo 104 do CDC (suspensão da ação individual em até trinta dias do conhecimento da propositura da ação coletiva).

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 193-235, jan./jun. 2005

simplesmente como a não utilizada no primeiro processo, aquela não colocada à apreciação judicial, sobre a qual, portanto, não se fundou o juízo de improcedência).

Nessa hipótese, há grande restrição da extensão subjetiva da coisa julgada. Isso porque qualquer legitimado, coletivo ou individual, poderá interpor nova ação estribado em idêntico fundamento, desde que munido de provas não utilizadas na primeira - novas.

Isso significa, em outras palavras, que não terá havido, com rigor, uma apreciação exauriente do mérito, a qual foi prejudicada pela falta de instrução suficiente à prolação de juízo de valor, imputável ao autor coletivo. Neste caso, o sistema jurídico adotou posição já conhecida no procedimento do mandado de segurança individual, em que, quando não há prova do direito líquido e certo - por ausência da chamada prova pré-constituída -, nova ação poderá ser proposta para análise do mérito, com apresentação de provas outras. Essa ilação, é claro, deve ser devidamente contemporizada pelas peculiaridades dos procedimentos, pois as provas produzidas na ação coletiva julgada improcedente por falta de exaurimento dos meios probatórios não necessariamente se restringem às pré-constituídas.

A coisa julgada em ações coletivas na hipótese de *non liquet* somente existe se considerar-se o mesmo “molde” de ação: pedido, causa de pedir e provas idênticas entre as ações paradigmas. Aqui ela ocorrerá em face de todos os autores coletivos (já que o autor individual tem a prerrogativa legal de demandar por sua “lesão diferenciada”⁹²). Em caso diverso, o mérito poderá ser reapreciado, não obstante a anterior sentença de improcedência.

Fredie Souza Didier Júnior tece comentários semelhantes aos aqui esposados, dizendo que

[...] adotou o legislador solução interessante: condicionou a formação da coisa julgada ao esgotamento das instâncias probatórias: a coisa julgada somente surge, a favor ou contra, se houve suficiência de prova. Nas demandas transindividuais (em que se inclui a ação popular), é correto afirmar, ‘portanto, que pode haver sentença de improcedência de cognição não exauriente, ou melhor, sentença de improcedência com carga declaratória insuficiente para a produção de coisa julgada material. Nas ações coletivas que tutelam direitos transindividuais, assim, a sentença de improcedência de cognição exauriente e a sua consequência, que é a formação de coisa julgada material, ocorrem *secundum eventum probationis*.’⁹³

Ainda, o doutrinador prossegue defendendo a tese de aplicabilidade da

⁹² MAZZILLI, Hugo Nigri. Op. cit.

⁹³ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Jus Navigandi*. Teresina, 1.6, n. 58, ago. 2002. disponível em <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3202>. Acesso em: 15 out. 2004. p. 7.

coisa julgada em razão de cognição exauriente *secundum eventum probationis* nas demandas investigatórias de paternidade desde que haja alteração legislativa prevenendo-a.⁹⁴

Cumpre salientar que, para os efeitos lógicos e analógicos que se pretendem extrair no presente estudo, não é relevante que, em verdade, no tocante às ações coletivas haja uma restrição da extensão subjetiva da coisa julgada⁹⁵, enquanto no mandado de segurança individual a incoerência da coisa julgada resulte da ausência do pressuposto processual “direito líquido e certo”, já que há um elo entre as hipóteses aqui aventadas, consistente em se reconhecer a ausência de cognição exauriente da matéria pela insuficiência da instrução levada a cabo no processo, sendo que na primeira hipótese há apreciação do mérito (e por questões de política legislativa, tendente à proteção dos direitos individuais dos que não participaram da lide, não se forma a coisa julgada) e na segunda isso deixa de ocorrer por não estar demonstrado o direito de plano. É essa similitude que importa para fins de construção teórica.

Explanadas as hipóteses constantes nos itens “2.3” e “2.4”, outrossim, demonstra-se claramente que a cognição exauriente *secundum eventum probationis* é aceita por nosso ordenamento jurídico, e é fator determinante da imutabilidade dos efeitos da decisão judicial. Em havendo tal tipo de cognição, há imutabilidade dos efeitos; em não ocorrendo por insuficiência probatória, não há julgamento com caráter de definitividade. Na exceção de pré-executividade, passa-se fenômeno semelhante: ela é elemento desencadeador do contraditório e aprofundador da cognição nos autos do processo executivo, e, dependendo da existência de prova documental nos autos autorizadora da formação de juízo de certeza, propicia a cognição exauriente *secundum eventum probationis*.

No terceiro e último capítulo, intitulado “Coisa Julgada na Execução”, se reunirão as premissas esboçadas na primeira e segunda parte deste ensaio, a fim de fornecerem-se os contornos devidos ao reconhecimento da eficácia preclusiva do julgamento da exceção de pré-executividade, especialmente a partir da constatação de que a cognição exauriente *secundum eventum probationis* origina a formação da coisa julgada material e de preclusão, dependendo da espécie de matéria apreciada.

⁹⁴ Idem, ibidem, p. 13.

⁹⁵ Eis que de alguma forma ela sempre ocorrerá, ainda que nos casos de improcedência: como dito antes, em havendo o mesmo “molde” de ação.

4 COISA JULGADA NA EXECUÇÃO

4.1 Mérito e Coisa Julgada Material na Execução

LIEBMAN afirma a inexistência de mérito no processo de execução.⁹⁶ Todavia, a doutrina mais recente vem se posicionando admitindo a sua existência, embora diferenciando-o do processo de conhecimento.⁹⁷

De fato, a relação jurídica de direito material subjacente à execução não é analisada nos autos do processo executivo, não havendo declaração, constituição ou condenação a fazer tendo-se-a como prisma. Isso porque o credor já possui em seu favor o título, ao qual foi outorgado, pela lei, um especial *status* representativo de seu direito, acrescido do atributo de executividade, autorizando o titular a exigir do órgão judicial a prática dos atos tendentes à satisfação desse direito. Porém, se for entendido o mérito como objeto do processo, conforme proposto por Danilo Knijnik (“todo o processo o tem”), se verificará que há “uma série de questões passíveis de enfrentamento ao longo de seu progredir”⁹⁸, e que transcendem a simples ordenação dos atos executivos.

Consoante Sandro Gilbert Martins, “como se vê, a concepção de mérito está atrelada à de lide, de modo que, existindo esta, haverá de existir aquele.”⁹⁹. Sobre o tema, Araken de Assis assim preleciona:

Existindo lide no processo executivo, ostentaria ele, por sua vez, mérito? Impõe-se a resposta positiva. Distinto que seja das ações de carga declarativa, constitutiva ou condenatória, há mérito em qualquer ação executiva: jamais se conceberia a aberração, implícita na negativa, de uma demanda ‘oca’.¹⁰⁰

Marcelo Navarro Ribeiro Dantas, citado por Sandro Gilbert Martins, afirma:

Ora, se mérito é pedido, há mérito na execução, porque nele é pedido. Pede-se, *in executivis*, a satisfação dos direitos do credor. Portanto, os atos praticados, no processo executório, para a satisfação desse direito, constituem o *mérito* na execução [...] Há um *mérito* na execução: a satisfação dos direitos do credor, que é exatamente o *pedido* do executado, e constitui a *lide* nesse processo, porquanto revela um conflito entre o que ele pretende (receber o que lhe é devido) e a posição do executado (não cumprir o que deve).¹⁰¹

⁹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de Execução*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

⁹⁷ ROMANO, Rogério Tadeu. *O mérito na execução civil*.

⁹⁸ Op. cit., p. 210.

⁹⁹ MARTINS, Sandro Gilbert. *A Defesa do Executado por Meio de Ações Autônomas: defesa heterotópica*. Coleção Estudos de Direito Processual Enrico Tullio Liebman, v. 50. São Paulo: RT, 2002, p. 60.

¹⁰⁰ Op. cit., p. 1097.

¹⁰¹ Op. cit., p. 61.

Cândido Rangel Dinamarco assinala que o “juiz é seguidamente chamado a proferir *juízos de valor* no processo de execução”, o que ocorre, por exemplo, “quando resolve a questão de estar ou não amparada de título executivo a demanda inicial do exequente (*v.g.*, letra de câmbio sem aceite)”.¹⁰²

Pois bem. Identificada a existência de mérito no processo executivo, isso não significa a simplória conclusão de que há formação da coisa julgada material na execução, sendo esse tema de grande controvérsia doutrinária. A doutrina reluta em assentir na sua ocorrência, justamente em razão da peculiar característica da “lide” existente na execução, que se resumiria à pretensão resistida ao adimplemento, não se confundindo com o mérito do processo de conhecimento, que diz com respeito à relação jurídica de direito material envolvendo as partes.

Leonardo Greco sintetiza o pensamento mais conservador:

A sentença no processo de execução, mesmo quando declara o direito material entre as partes, não adquire a imutabilidade da coisa julgada, ou seja, não gera a certeza desse direito material que impeça volte ele a ser rediscutido em outro processo.

Essa limitação sofrida pela sentença na execução é absolutamente coerente com a natureza da atividade jurisdicional exercida nesse tipo de processo: atividade coativa e satisfativa, não cognitiva, ou, no máximo, acompanhada de superficial e sumária atividade cognitiva.¹⁰³

Todavia, há que se reconhecer que há possibilidade, sim, de ocorrência de coisa julgada material no processo executivo.

Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina dizem que, ocorrendo declaração judicial reconhecendo que a dívida foi paga, ou reconhecendo a ocorrência de prescrição, “não se pode negar que terá ocorrido julgamento, embora em sede imprópria, e não há como se afastar, por isso, a ocorrência de coisa julgada”¹⁰⁴. Os autores ainda citam outros doutrinadores que possuem idêntico ponto de vista, quais sejam: José Frederico Marques e Sérgio Rizzi, que concordam que, nessas hipóteses, há cabimento de ação rescisória contra a sentença proferida em processo de execução, por haver sido decidida matéria de mérito.¹⁰⁵

Em artigo de sua autoria individual, Thereza Alvim afirma que

[...] tratando-se de sentença que extingue a execução, porque o devedor satisfaz a obrigação, por o devedor obter, mediante transação ou qualquer outro meio, a remissão total da dívida ou por o credor ter renunciado ao crédito, inegavelmente, ficará ela abrangida pela imutabilidade própria da coisa julgada material.

¹⁰² Op. cit., p. 173-174.

¹⁰³ GRECO, Leonardo. A Execução e a Efetividade do Processo. *Revista de Processo* n° 94, p. 34-66, abril-junho 1999.

¹⁰⁴ Op. cit., p. 114.

¹⁰⁵ Id.

Esse o motivo pelo que nos parece só poderá ser desconstituída através de ação rescisória.¹⁰⁶

Na mesma linha, Rogério Tadeu Romano aduz que

tanto no julgamento dos embargos de execução com sentença de mérito, como em matéria de exceção de pré-executividade, como renúncia de crédito, reconhecimento de pagamento, há decisão do mérito, aí sim, capaz de gerar coisa julgada material e, a partir disso, possibilitar ação rescisória a teor do artigo 485 do Código de Processo. Reconhecimento de prescrição é mérito, reconhecimento judicial de renúncia de crédito é mérito. Mérito que gera coisa julgada material. Aí sim, temos a possibilidade de ajuizamento de ação desconstitutiva de coisa julgada material.¹⁰⁷

Ainda, não se pode deixar de citar Alberto Camiña Moreira, que ressalta que quanto à prova documental que seguir a exceção de pré-executividade se processará cognição exauriente. Desta forma, aduz, 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.”¹⁰⁸

Camiña cita a posição de Barbosa Moreira, que igualmente aceita a formação da coisa julgada no processo de execução caso haja reconhecimento de prescrição, e a de Donald Armelin, que a admite quando reconhecido o pagamento se questionada a validade, abrangência ou autenticidade da quitação e de seu instrumento.¹⁰⁹

Também Humberto Theodoro Júnior afirma que quando a exceção de pré-executividade versar sobre “questão que irá afetar o direito material cuja realização se pretendeu no processo, não há razão para lhe negar a força da *res iudicata*.”¹¹⁰

As hipóteses acima aventadas, contudo, notadamente dizem respeito à imutabilidade dos efeitos da sentença extintiva do processo de execução. Se, com relação a ela, ainda não é pacífico o entendimento de ocorrência da coisa julgada, o problema se intensifica quando se trata de decisão interlocutória que trate sobre matéria de mérito, o que ocorre pela rejeição da exceção de pré-executividade em caso de alegação, *v.g.*, de prescrição.

¹⁰⁶ ALVIM, Thereza. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. *Revista de Processo* 39/15.

¹⁰⁷ Op. Cit.

¹⁰⁸ Op. cit., p. 192.

¹⁰⁹ Idem, p. 193.

¹¹⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Meios de Defesa do Devedor diante do Título não Executivo, fora dos Embargos à Execução. Ações autônomas e Arguição de Não-Executividade. *Revista Dialética de Direito Processual*. V. 15, p. 32-55, 2004.

4.2 A Eficácia Preclusiva do Julgamento da Exceção de Pré-executividade - Tendências Doutrinárias e Jurisprudenciais

Como visto no tópico anterior, para a parte da doutrina que considera admissível a formação da coisa julgada material no processo de execução, ainda assim essa aceitação diz com respeito aos efeitos da sentença extintiva da execução, seja pelo acatamento da alegação, esposada em exceção de pré-executividade, de pagamento, de novação, de prescrição ou decadência. Diferentemente, ou de maior perquirição, é o reconhecimento de coisa julgada em razão da decisão que **rejeita** os argumentos erigidos em sede de exceção, proferida interlocutoriamente no processo.

Alcides de Mendonça Lima analisa o cabimento de ação rescisória contra acórdão proferido em agravo de instrumento, afirmando:

[...] Ainda quando a decisão for atacada por agravo de instrumento [...], normalmente cabível apenas contra decisão interlocutória (que não atinge o mérito, portanto), nem por isso fica imune à ação rescisória, desde que o conteúdo seja considerado como mérito pelos efeitos jurídicos que gera dentro e fora do processo. O mérito não decorre apenas de verdadeira sentença definitiva, embora toda a sentença definitiva abranja sempre o mérito. Além disso, pode não existir o mérito no sentido técnico verdadeiro, e a sentença – ou decisão – comportar a ação rescisória.¹¹¹

Mais adiante, frisa o processualista que o fato de ser impugnado na ação rescisória o acórdão proferido em agravo de instrumento não deve ser suficiente para, *in limine*, afastar o cabimento daquela, devendo ser verificado se a decisão contém ou não matéria de mérito, que “caiu sob a égide da coisa julgada material”, tornando-se imutável, “pelos efeitos jurídicos gerados para as partes, para terceiros e para o Poder Judiciário”.¹¹²

O entendimento do doutrinador supracitado reforça a idéia de que não é o **rótulo** da decisão o que determina a formação da coisa julgada, fato que já havíamos salientado no decorrer deste trabalho.

Efetivamente, deve se atentar para a **matéria** suscitada na exceção de pré-executividade, eis que, como referido no item “1.4”, os integrantes da corrente ampliativa aceitam a defesa intra-execução mesmo quanto a matérias que extravasam as questões processuais, desde que demonstradas com provas pré-constituídas. Destarte, na exceção poderá estar-se debatendo prescrição, pagamento, ou outros elementos integrantes do mérito, os quais, à luz da letra fria da lei (Código de Processo Civil, artigo 736, e Lei de Execuções Fiscais, artigo 16, §§ 1º e 2º), somente poderiam ser discutidos em embargos.

¹¹¹ LIMA, Alcides de Mendonça. Ação Rescisória contra Acórdão em Agravo de Instrumento. *Revista de Processo* nº 41, p. 15-19, 1986.

¹¹² Id.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 193-235, jan./jun. 2005

O doutrinador que mais firmemente enfrenta a questão, asseverando a existência de possibilidade de formação da coisa julgada material a partir da decisão que rejeita a exceção de pré-executividade é Geraldo da Silva Batista Júnior, que explicita:

Fincadas todas as premissas estabelecidas neste capítulo, ousamos concluir que a decisão de rejeição da exceção de pré-executividade, baseada em matéria de direito substancial, estará apta a formar coisa julgada material quando reconhecer a existência de elementos probatórios suficientes nos autos e a ausência do direito do postulante. Quando a rejeição se der em virtude da inexistência de elementos probatórios suficientes, assim como no mandado de segurança (nos termos do entendimento do STF), não o estará.¹¹³

Vê-se que o eminente jurista concilia os diversos institutos analisados no presente estudo, para fazer concluir a existência da **coisa julgada material decorrente de cognição exauriente secundum eventum probationis na exceção de pré-executividade**.

Esse é, pois, uma das conclusões defendidas no presente ensaio.

Carlos Henrique Abrão, na mesma linha, em que pese não fundamentar com profundidade seu posicionamento, assevera que a matéria decidida em sede de pré-executividade não permite repetição na oportunidade de interposição dos embargos.¹¹⁴

A maior parte da doutrina e jurisprudência, todavia, não admite a formação de coisa julgada em decorrência da rejeição da exceção de pré-executividade, aceitando, outrossim, a renovação das matérias suscitadas por ocasião da apresentação dos embargos, sob o argumento de que ocorre mera preclusão, fenômeno interno do processo, que não projeta seus efeitos para fora deste¹¹⁵.

4.3 Renovação da Matéria Deduzida na Exceção em Sede de Embargos à Execução

Chega-se, enfim, ao ápice do presente estudo. Analisar-se-á, nos itens seguintes, pormenorizadamente, as matérias decididas em exceção e a consequência advinda do julgamento.

¹¹³ Op. cit., p. 79.

¹¹⁴ ABRÃO, Carlos Henrique. Exceção de Pré-Executividade na Lei 6.830/80. *Revista Dialética de Direito Tributário* n° 22, p. 11-17.

¹¹⁵ Cf. Apelação Cível n° 70004255840, 21ª. Câmara Cível do TJRS, Relator Desembargador Genaro José Baroni Borges, julgado em 18/12/02, em cujo corpo cita-se lição de Araken de Assis, que afirma: "apesar de rejeitada a exceção, ao devedor afigurar-se-á lícito alegar a matéria, outra vez, nos embargos. É que, em caso de rejeição, só ocorrerá preclusão, fenômeno interno ao processo executivo, jamais a eficácia de coisa julgada (art. 467), inexistente, sob qualquer circunstância, nos domínios executivos" (Manual do Processo de Execução – p. 506 – RT- sexta edição).

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 193-235, jan./jun. 2005

4.3.1 As Condições da Ação como Objeto da Exceção de Pré-Executividade

As condições da ação, incluídas no âmbito de apreciação *ex officio* do julgador (integrantes de seu *officium judicis*, conforme ensinamentos de Danilo Knijnik¹¹⁶), são comumente objeto da exceção de pré-executividade. Dentre a possibilidade jurídica do pedido, interesse em agir e legitimidade para a causa, é esta última, sem dúvidas, o mais recorrente tema debatido em executivos fiscais, notadamente quando redirecionados para buscar a responsabilização do sócio administrador da empresa dissolvida irregularmente (responsabilidade estribada no artigo 135, inciso III do Código Tributário Nacional, além de outros diplomas legislativos). A exceção de pré-executividade proposta visa a obter decisão judicial que afaste o devedor subsidiário do pólo passivo da execução.

Suponhamos que uma vez recebida e processada a exceção, com vistas ao credor para manifestação (como determina o lado reverso da garantia do contraditório, de aplicação ambivalente às partes), o juiz acabe por repelir a alegação de falta dessa condição da ação, a qual era lastreada exclusivamente na prova documental aportada nos autos. Então, questiona-se se essa decisão intraprocessual tem o condão de definir peremptoriamente a questão.

As condições da ação, sabidamente, embora sua inexistência nos termos da lei adjetiva provoque a extinção processual sem julgamento do mérito, dizem com respeito ao direito material, **pois a análise de sua presença obriga ao exame do mérito da demanda**. Nas palavras de MARINONI (2003, p. 69), negar a presença das condições da ação seria “um caso de afirmação macroscópica de falta de amparo do autor perante o direito material.”¹¹⁷

A ‘teoria eclética’ de Enrico Tullio Liebman, que aparta do mérito da demanda os pressupostos processuais e as condições da ação, vem merecendo críticas dos processualistas mais modernos, como Ovídio Baptista da Silva, para quem

[...] quando o juiz declara inexistente uma das ‘condições da ação’, ele está em verdade declarando a inexistência de uma pretensão acionável do autor contra o réu, estando, pois, a decidir a respeito de uma pretensão posta em causa pelo autor, para declarar que o agir deste contra o réu - não contra o Estado - é improcedente. E tal sentença é, já, sentença de mérito.¹¹⁸

No mesmo sentido Galeno Lacerda¹¹⁹, Araken de Assis¹²⁰ e Humberto Theodoro Júnior¹²¹.

¹¹⁶ Op. cit., p. 182.

¹¹⁷ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: a Tutela Jurisdicional através do Processo de Conhecimento*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

¹¹⁸ SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. V.1, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987, p. 90.

¹¹⁹ LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990, p. 88.

¹²⁰ ASSIS, Araken de. *Cumulação de ações*. 3.ed. rev. e atualiz. São Paulo: RT, 1998, p. 68.

¹²¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Meios de Defesa do Devedor diante do Título não Executivo, fora dos Embargos à Execução. *Ações autônomas e Arguição de Não-Executividade*. *Revista Dialética de Direito Processual*. V. 15, p. 32-55, 2004.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 193-235, jan./jun. 2005

Nesse diapasão, também a decisão interlocutória que atesta a existência de alguma das condições da ação é uma decisão com potencialidade de gerar coisa julgada material. Em outros termos, no caso de suficiência da prova documental para propiciar juízo de certeza (obtido pela cognição exauriente *secundum eventum probationis*), transita em julgado a declaração judicial da existência das condições, e isso é juridicamente sustentável.

Como se disse, não é admissível a alegação calcada unicamente em interpretação literal da lei no sentido de que a extinção do processo por falta das condições da ação é feita por sentença sem aptidão de gerar coisa julgada material (artigo 267, VI do CPC), a não ser que se faça a devida afinação da assertiva, complementando-a para assinalar que a relação jurídica material subjacente não é decidida – esse mérito não é definido. Mas é esse mesmo mérito que é “espiado” para afirmar-se acerca das condições da ação, razão pela qual a decisão que as aprecia, uma vez não mais suscetível de recursos, adquire estabilidade material.

Germana Maria Leal de Oliveira, ao defender que o “direito líquido e certo” no mandado de segurança tem natureza jurídica de pressuposto processual, e não de condição da ação (antagonizando aqueles que o consideram integrante da categoria “interesse em agir” por inadequação da via eleita), argumenta, parafrazeando MARINONI¹²², que se assim fosse, essa inadequação obstaría nova impetração com idênticos fundamentos, formando coisa julgada material tal decisão, implicando dizer que o interessado teria, necessariamente, de se utilizar das vias ordinárias, o que não ocorre no caso do *writ*:

[...] Como justificar então as hipóteses nas quais a impetração é, pacificamente, passível de repetição desde que sejam acostados à exordial os documentos comprobatórios da ofensa perpetrada e reste atendido o prazo decadencial de cento e vinte dias? Abraçando a tese de que a demonstração de existência de ‘direito líquido e certo’ seria condição da ação isso não seria possível, razão pela qual se defende a idéia de que seria na verdade pressuposto processual, levando ao não-conhecimento da demanda uma vez não restando atendido.¹²³

Destarte, à luz da doutrina (fonte do direito à que se agregam as valiosas considerações de Fredie Souza Didier Júnior¹²⁴) que considera as condições da ação como integrantes do mérito (sendo que mesmo entre os doutrinadores integrantes dessa linha de pensamento há divergência quanto à colocação de todas as condições como *meritum causae* ou apenas a legitimidade e a possibilidade jurídica do pedido), distanciando-se dos ensinamentos de LIEBMAN,

¹²² Op. cit., p. 70

¹²³ Op. cit., p. 32-33.

¹²⁴ DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. **Jus Navigandi**, Teresina, a.6, n.56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2918>>. Acesso em: 15 out. 2004.

que as enquadra como pressupostos de admissibilidade do seu exame, é forçoso concluir que tanto a decisão que rechaça a pretensão à prestação jurisdicional (por ausente as condições da ação) como a que acata a pretensão, refutando argüições de falta de elementos dessa ordem, estão aptas a adquirir o caractere de imutabilidade de seus efeitos em se esgotando a faculdade recursal.

Tendo o juiz, diante da apresentação de exceção de pré-executividade em que se alega a ilegitimidade passiva do executado, responsável tributário, *v.g.*, afastado tal alegação, emitindo juízo de certeza fulcrado na suficiência da prova documental acostada aos autos do processo de execução, capaz de fazer concluir pela existência de responsabilidade tributária do administrador, tal decisão reveste-se de **imutabilidade** após decurso do prazo recursal *in albis* ou depois de esgotadas as instâncias ordinária e extraordinária, apreciados os recursos interpostos pelo inconformado. Essa decisão judicial terá sido lastreada em cognição exauriente *secundum eventum probationis*, e a consequência jurídica de admitir-se essa espécie de cognição no processo executivo é acolher-se a possibilidade de formação de coisa julgada material.

Os efeitos dessa decisão extrapolam o processo em que proferida, redundando em que tal matéria não poderá ser repetida por ocasião da apresentação de embargos do devedor em razão de prévio exame verticalmente profundo, exauriente *secundum eventum probationis*.

Há decisões do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul inadmitindo a reapreciação da ilegitimidade passiva sob o fundamento da **preclusão**¹²⁵, o que se considera não ser a solução técnica mais adequada, em razão de sua integração ao mérito.

4.3.2 Pagamento, Prescrição, Decadência

O mesmo desfecho supra-referido deve ser dado com relação ao afastamento, na exceção de pré-executividade, de questões como o pagamento, prescrição e decadência, matérias de mérito que, se examinadas com a devida profundidade por assim o propiciar a prova documental, deverão estar definitivamente afastadas como meio de defesa – ou de ação - do executado.

Com o reconhecimento da coisa julgada por cognição exauriente *secundum eventum probationis*, a matéria estará definitivamente retirada da esfera jurídica do devedor, seja para alegação nos embargos, seja como causa de pedir de eventual ação impugnativa autônoma – ação de repetição do indébito ou ação anulatória. Essa providência é reclamada para a estabilização das relações jurídicas e efetividade do processo de execução.

A **aplicação prática** do posicionamento ora sofragado é sinalizada com a análise do julgamento abaixo ementado:

¹²⁵ Cf. Apelação Cível nº 70006250260, 10ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator Luiz Ary Vessini de Lima, julgado em 07/08/2003.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 193-235, jan./jun. 2005

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUCAO FISCAL. EXCECAO DE PRE-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. **ILEGITIMIDADE DE PARTE. RESPONSABILIDADE TRIBUTARIA SUBSIDIARIA DO SOCIO.** INTELIGENCIA DOS ART. 133, 135, III E 136, TODOS DO CTN. A DENOMINADA EXCECAO DE PRE-EXECUTIVIDADE, CONSTRUCAO PRETORIANA E NAO PREVISTA EXPRESSAMENTE EM LEI, TEM CABIMENTO NAS HIPOTHESES EXCEPCIONALISSIMAS E RESTRITAS DE FLAGRANTE INEXISTENCIA OU NULIDADE DO TITULO EXECUTIVO, BEM ASSIM NAS HIPOTHESES REFERENTES A FALTA DE PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS E/OU CONDICÕES DA ACAO. NAO SE FAZENDO PRESENTES AS HIPOTHESES REFERIDAS, CORRETA A DECISAO DE PRIMEIRO GRAU QUE REJEITOU DENOMINADA EXCECAO DE PRE-EXECUTIVIDADE, MAXIME QUANDO EXISTE PROVA DE DISSOLUCAO IRREGULAR DA SOCIEDADE SUCESSORA E TENDO O FATO GERADOR, AINDA, OCORRIDO EM EPOCA QUE DETINHA ELE PODERES DE GERENCIA NA EMPRESA SUCEDIDA. DAI, EVIDENTE SUA RESPONSABILIDADE PARA INTEGRAR O POLO PASSIVO DA EXECUCAO. **NAO CARACTERIZACAO DA PRESCRICAO INTERCORRENTE.** AGRAVO NAO PROVIDO¹²⁶ [grifo nosso].

Trata-se de acórdão que julgou exceção de pré-executividade, mantendo a decisão originária que a rejeitou, repelindo as alegações de prescrição intercorrente e ilegitimidade passiva do sócio-gerente da empresa originariamente executada – contribuinte de ICMS – contra quem foi redirecionado o processo executivo em razão da dissolução irregular da sociedade (infração à lei que, nos termos do artigo 135, inciso III, do Código Tributário Nacional, autoriza a responsabilização tributária do administrador). Verifica-se, pela ementa, e pelo teor do voto do Desembargador Relator, Henrique Osvaldo Poeta Roenick, da 1ª. Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, que as matérias foram apreciadas exaurientemente, havendo nos autos elementos probatórios sob a forma documental suficientes ao conhecimento aprofundado dos temas.

As alegações feitas pelo excipiente nesse caso em concreto, outrossim, **não poderão ser renovadas por ocasião dos embargos à execução**, sob pena de afronta ao instituto da coisa julgada. Admitir-se sua reiteração constituir-se-ia em inocuidade absoluta da apreciação judicial anterior, o que conduziria à conclusão de total inépcia do Poder Judiciário em seu papel de satisfazer o direito do credor, estampado no título executivo. A efetividade processual ficaria deveras comprometida. A propósito, ao expor a tese da cognição plena (já que admite a alegação de quaisquer matérias **demonstráveis e demonstradas** de plano) e exauriente *secundum eventum probationis*,

¹²⁶ (Agravo de Instrumento nº 70004833679, 1ª. Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relator Henrique Osvaldo Poeta Roenick, julgado em 23/10/2002).

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 193-235, jan./jun. 2005

Geraldo da Silva Batista Júnior ressalta que seu posicionamento “tem também o mérito de colaborar com a construção de um processo executivo mais efetivo, eliminando o inconveniente da repetição de alegação da mesma matéria em exceção de pré-executividade e, posteriormente, em embargos.”¹²⁷

4.3.3 Vícios Formais no Título

Tereza Arruda Alvim Wambier, na obra em conjunto com José Miguel Garcia Medina, ao tratar do juízo de admissibilidade na execução, associado aos institutos da preclusão e coisa julgada, assinala que, em sendo a execução extinta ante a ausência de requisito formal no título executivo, e reproposta a demanda sem suprimento do vício, a coisa julgada estaria sendo afrontada.¹²⁸

O título executivo, no dizer de ARAKEN DE ASSIS (1987, p. 77), seguido por KNIJNIK (2001, p. 105), é pressuposto processual para a execução. Destarte, uma vez ocorrentes falhas que o desnaturam da qualidade de executividade, outra demanda somente poderá ser proposta em sendo suprido o vício, eis que o mesmo título, já apresentado e já rechaçado, está definitivamente descartado para qualquer outra demanda (executiva, frisa-se bem, aberta a via do processo de conhecimento para busca de título judicial).

A *contrario sensu*, fazendo o devedor uso da exceção de pré-executividade para questionar os requisitos do título executivo, ou seja, provocando a cognição mais profunda e sendo a defesa intraprocessual desacolhida, há igualmente de ser reconhecida a coisa julgada para afastar a reapreciação da matéria em embargos.

Todavia, em sendo a questão nitidamente alusiva a pressupostos processuais específicos para a execução, a sustentação de coisa julgada fica tecnicamente dificultada, eis que se trata de matéria antecedente ao mérito. Nestes casos, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tem rechaçado novo conhecimento da matéria com fundamento na **preclusão**:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECLUSÃO. MULTA. LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. 1. Não é atingida pela preclusão, podendo ser analisada em embargos à execução, matéria não apreciada na exceção de pré-executividade. 2. Havendo infração à legislação tributária, correta a imposição da multa fiscal, sanção pelo não cumprimento das obrigações principal e acessória. 3. Na ausência dos requisitos do art. 17 do Código de Processo Civil, não é de ser mantida a condenação à pena de litigância de má-fé. Recurso provido em parte.¹²⁹

¹²⁷ Op. cit., p. 80.

¹²⁸ Ob. cit., p. 101.

¹²⁹ Apelação Cível nº 70007620180, 22ª Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relatora Maria Isabel de Azevedo Souza, julgado em 16/12/2003.

Forçoso admitir que a evocação do instituto da preclusão não está à margem de críticas. Isso porque, por definição e disciplina legal, os efeitos da decisão sujeita à preclusão não extrapolam o processo em que proferida. Então, decisão prolatada nos autos do processo executivo não alcançaria a ação de embargos. Mais, barrar-se o reexame da matéria em embargos à execução, cuja cognição é plena (quanto aos títulos executivos extrajudiciais, já que quanto aos judiciais apenas os temas explicitados no artigo 741 poderão ser suscitados), implicaria em fechamento, também, da via das ações impugnativas autônomas, o que importaria em reconhecimento de amplos efeitos dessa decisão.

A questão é tormentosa, mas parece-nos que a preclusão consumativa pode, sim, servir à fundamentação à não apreciação da matéria já refugada no julgamento da exceção de pré-executividade.

Em havendo o executado provocado a cognição judicial, aprofundando-a e tornando-a exauriente pela expressa manifestação do julgador acerca da suficiência da prova documental que lhe é apresentada para prolação de juízo de certeza, o devedor usou e esgotou seu argumento para obstar a satisfação do crédito, para obstar a execução. Consumou, assim, a sua faculdade de contraditório quanto à higidez do título executivo. E isso nos autos do processo executivo, enquanto poderia ter deixado para mais adiante, para após a penhora. Como se antecipou, usando de uma incipiente prerrogativa de contraditório, instaurando-o na execução, defensável que lhe seja impingida a consequência de ver retirada tal argüição de seu meio de defesa que logo se segue, os embargos, em razão da preclusão.¹³⁰

A exceção de pré-executividade, outrossim, é um instrumento que deve ser compreendido como **antecipador – parcial - dos embargos, quanto à matéria demonstrada de plano (e conhecível ex officio, conforme a maior parte da doutrina e jurisprudência)**. E os embargos, embora sejam considerados uma ação incidental – por abrir o processo de conhecimento dentro do executivo – não constituem rigorosamente uma relação processual autônoma, na medida em que não há citação para embargar, mas **intimação** acerca do prazo para tal (artigo 738 do CPC e 16 da LEF), e não se realiza o efeito da revelia “confissão” ainda que ultrapassado *in albis* o prazo para os embargos, podendo a dívida ser questionada em ação autônoma.

Os embargos, assim, são meios típicos de oposição à execução (artigo 736 do CPC), e, translativamente, à dívida em si: poderá não ser apresentado antagonismo à execução, e a dívida ser objeto de impugnação em outra ação; ou haver discussão quanto à dívida em outro processo e ainda assim ser promovida a execução (artigo 585, §1º do CPC).

Veja-se, portanto, que a ação incidental de embargos está intimamente ligada à objeção ao processo de execução, que somente

¹³⁰ Carlos Alberto Álvaro de Oliveira coloca a preclusão como elemento integrante do formalismo no processo civil, ressaltando seu desiderato de restrição à liberdade das partes, reconhecendo que “Não há dúvida, porém, de que a ameaça de preclusão constitui princípio fundamental da organização do processo, sem o qual nenhum procedimento teria fim.” OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 169 e 170.

será suspenso em razão daquela.¹³¹

Desta forma, a preclusão consumativa ocorrida na execução poderá, muito bem, ser estendida ao processo de embargos, para o fim de negar ao executado/embargante que a mesma causa de pedir de que já se valeu dentro dos autos do processo executivo venha, novamente, a causar embaraços quanto a seu prosseguimento. Não se trata de projeção extraprocessual dos efeitos da decisão que julgou a exceção de pré-executividade, por tratar-se de uma cadeia processual integrada.

Todavia, não se localizam justificativas jurídicas para elidir a utilização das alegações quanto à validade do título executivo rechaçadas em exceção de pré-executividade em ações autônomas. A ação anulatória, consignatória e a repetição do indébito estão autorizadas, não se lhe alcançando os efeitos da preclusão.

4.4 Do Momento de Aferição da Existência de Óbice à Renovação da Matéria

Casos há em que, apreciada a exceção de pré-executividade, o juiz, explicitará que a prova produzida não é suficiente para o acolhimento das razões deduzidas pelo excipiente, e nem para asseverar inexistência de razoabilidade de suas alegações. Ou seja, o juízo de certeza não pode ser formado à luz dos elementos constantes nos autos. O caminho, aqui, estará totalmente aberto para utilização da via incidental dos embargos à execução, em que o embargante deverá se debruçar na produção de outros meios de prova, além da documental já posta à apreciação judicial nos autos executivos, por ocasião da defesa intraprocessual.

Salienta-se que, caso o juiz não disponha de elementos suficientes nos autos à formação de sua convicção, deverá *não conhecer* a exceção por tratar-se de matéria em relação à qual se faz necessária dilação probatória, inadmitida nos autos da execução (ausente, assim, o requisito de admissibilidade da defesa endoprocessual). O não conhecimento da exceção, outrossim, propiciará que o excipiente venha novamente trazer à baila as questões quando da interposição da ação incidental, eis que o exame da questão apresentada na execução foi protraído para oportunidade futura. Ainda que o Magistrado, erroneamente, declare conhecer e desacolher a exceção, deve se extrair da fundamentação ou do dispositivo da decisão que a julgar essa circunstância autorizadora da repetição da matéria em embargos, qual seja, a não existência de prova viabilizadora de cognição exauriente, mas de simples cognição sumária.

De se salientar que não raro, porém, haverá o pressuposto da insuficiência probatória na *exceptio* a propiciar o ajuizamento de embargos

¹³¹ Cf. Agravo de Instrumento nº 70004188215, 21^ª. Câmara Cível, Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Relatora Liselena Schifino Robles Ribeiro, julgado em 18/12/2002.

repetindo a matéria, mas, findo o procedimento da ação incidental, verificar-se-á a não inovação em termos probatórios em relação ao que já foi produzido nos autos da exceção. Neste caso, incidirão os fenômenos da coisa julgada e preclusão a impedir pronunciamento judicial diferente do já prolatado por ocasião da apreciação da defesa intra-execução – isso se o Magistrado tiver se pronunciado expressamente na exceção de pré-executividade no sentido de afastamento dos argumentos tecidos pelo executado, escudado nas provas apresentadas. Aqui, o fundamento é a necessidade de estabilização das decisões judiciais, pois se as alegações do devedor fossem suficientes à determinação da extinção da execução, assim deveria ter sido decidido e, em havendo inconformidade, o executado/executada deveria ter o ingressado com o recurso cabível.

Entendimento diferente implica em aceitação de que o executado abuse de seu direito de defesa, na medida em que possa simplesmente ignorar uma primeira de decisão judicial que lhe é desfavorável e venha repetir suas alegações quando da oposição dos embargos do devedor, acarretando desprestígio ao Poder Judiciário e obstaculizando o direito do credor a um processo efetivo.

5 CONCLUSÃO

Em um momento em que a coisa julgada é objeto de tendências relativizadoras, pode parecer se estar na contramão do fluxo do pensamento jurídico ao se asseverar a sua ocorrência intraprocessual, assim como a identificação, ainda hoje em nosso ordenamento, da preclusão *pro judicato*.

Isso, todavia, é um equívoco do intérprete apressado, eis que as necessidades sociais também conclamam a segurança jurídica decorrente da estabilização das decisões judiciais, evitando-se atos notadamente protelatórios do obrigado.

É interessante abordar-se o valor da segurança jurídica, que normalmente vem em contraposição ao da efetividade no processo, eis que associada aquela à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (Constituição da República, artigo 5º, inciso LV), o que afeta a celeridade processual. Não significa somente isso a segurança jurídica, porém, mas também é ela alcançada quando o julgamento da contenda entre as partes adquire feição definitiva.

Em se tratando de execução, a cognição é diferenciada, como já vimos. E, uma vez provocado o órgão judicial a expressamente manifestar-se, a conhecer, dentro dos limites do processo executivo, e o fazendo o julgador taxativamente, autorizado pela prova produzida nos autos, a segurança jurídica somente ocorrerá se estabilizada tal decisão, *secundum eventum probationis*, portanto.

O reconhecimento da ocorrência de eficácia preclusiva da decisão que julga a exceção de pré-executividade implicará imposição ao executado de uso das ações postas à disposição de quem deseja questionar a autoridade da coisa julgada material, seja por intermédio da ação rescisória, seja por embargos (em

hipótese de coisa julgada inconstitucional – parágrafo único do artigo 741 do Código de Processo Civil). No caso de ocorrência de preclusão (quando a matéria rechaçada pela defesa intra-execução for de ordem processual), a via das ações impugnativas autônomas estará disponível.

Tal solução vem ao encontro da salvaguarda do princípio da efetividade processual, já que o credor deixará de estar sujeito a medidas procrastinatórias por parte do devedor, consistentes, muitas vezes, em reiterar *ipsis literis* nos embargos as razões já rechaçadas pelo juízo da execução, sem sequer tecer qualquer questionamento ou insurgência quanto à suficiência da prova em que lastreada a decisão hostilizada (visando, quiçá, a par da procrastinação, a modificação do *decisum* pela alteração da identidade física do julgador).

A garantia do devedor ao contraditório, que deve ser respeitada (e para isso admite-se, em determinados casos, a interposição da exceção de pré-executividade) não pode adquirir dimensões exacerbadas que acabem por sacrificar a efetividade do processo de execução.¹³² A busca pela efetividade é facilmente percebida pela análise das propostas de alteração do Código de Processo Civil, seja na parte de execução (em que se pretende abolir a execução de título judicial como procedimento autônomo, dispensando inclusive a garantia do juízo para apresentação de embargos) seja na parte de conhecimento. Com relação a esta última, chama a atenção a proposta que visa à estabilização da tutela antecipada¹³³, proferida, como sabido, após exame da matéria que, de acordo com a prova produzida, pode até mesmo ser rarefeito.

Enfim, mesmo antes de uma legislação expressa atinente à coisa julgada *secundum eventum probationis* dentro do processo de execução, as comparações estabelecidas no presente estudo reputam-se suficientes a demonstrar seu cabimento e, mesmo, a imposição de seu reconhecimento, fruto de uma interpretação sistemática, para respeito à efetividade processual em face do credor, já tão desprestigiado pelo sistema vigente, que tem ignorado a altivez do crédito – e a necessidade de garantias à sua satisfação – como corolário lógico ao desenvolvimento confiante das relações econômico-sociais.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. Exceção de Pré-Executividade na Lei 6.830/80. *Revista Dialética de Direito Tributário*. v.22, p. 11-17.

AGUIAR, Madalena. O contraditório no Processo de Execução. *Revista Dialética de Direito Processual*. v.14, p. 83-90.

¹³² Cf. OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. A garantia do contraditório. *Revista de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. V. 15. Porto Alegre: Editora Sintese, 1998, p. 07-20.

¹³³ Proposta de autoria de Ada Pellegrini Grinover, José Roberto dos Santos Bedaque, Kazuo Watanabe e Luiz Guilherme Marinoni, tendente à alteração da redação dos parágrafos 4º e 5º do artigo 273 e inclusão dos artigos 273-A, 273-B, 273-C e 273-D, todos do Código de Processo Civil, bem como de criação da "ação documental" (cujo cabimento é semelhante ao mandado de segurança, só que movida contra particular), pela inclusão do artigo 1102 do diploma legal adjetivo.

RPGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 193-235, jan./jun. 2005

ALVIM, Arruda *et al.* Fato que influi na decisão de interlocutória e no mérito – vinculação ou não do juiz após a decisão interlocutória. *Revista de Processo*. v.5, p. 185-187, 1977.

ALVIM, Thereza. Notas sobre alguns aspectos controvertidos da ação rescisória. *Revista de Processo* 39/15.

ARAÚJO, Francisco Fernandes de. Exceção de Pré-Executividade. *Revista dos Tribunais*. v.775. p. 731-745, mai. 2000.

ASSIS, Araken de. *Manual do Processo de Execução*. 1.v. Porto Alegre: Letras Jurídicas, 1987.

_____. *Cumulação de ações*. 3.ed. rev. e atualiz. São Paulo: RT, 1998.

BARBI, Celso Agrícola. Da preclusão no processo civil. *Revista Forense*, a.52, v. 158, p. 59-66, mar./abr. 1955.

BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. *Exceção de Pré-Executividade*. Alcance e Limites. 2.ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2004.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. Trad. de J. Guimarães Menegale, 2.ed., São Paulo: Saraiva, 1965, v. III, p. 155.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento, In: *Saneamento do Processo: Estudos em Homenagem ao Prof. Galeno Lacerda*. Porto Alegre : Safe, 1989. p. 275-290.

DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. Exceção de Pré-Executividade: Aspectos Teóricos e Práticos. *Revista Dialética de Direito Tributário*. v. 24, p. 21-29.

DIDIER JÚNIOR, Fredie Souza. Cognição, construção de procedimentos e coisa julgada: os regimes de formação da coisa julgada no direito processual civil brasileiro. *Jus Navigandi*. Teresina, 1.6, n. 58, ago. 2002. Disponível em <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=3202>>. Acesso em: 15 out. 2004.

_____. Um réquiem às condições da ação. Estudo analítico sobre a existência do instituto. *Jus Navigandi*, Teresina, a.6, n.56, abr. 2002. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2918>>. Acesso em: 15 out. 2004.

_____. Inovações na Antecipação dos Efeitos da Tutela e a Resolução Parcial do Mérito. *Gênesis Revista de Direito Processual Civil*. n. 26. Curitiba: Gênesis, 2002, p. 719.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução Civil*. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERREIRA FILHO, Manoel Caetano. *A preclusão no Direito Processual Civil*.

GIDI, Antonio. *Coisa Julgada e Litispêndência nas Ações Coletivas*. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRECO, Leonardo. A Execução e a Efetividade do Processo. *Revista de Processo*. v. 94, p. 34-66, abril-junho 1999.

GRINOVER, Ada Pelegrini. *Código de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. 5ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998..

_____. Mandado de Segurança Coletivo: Legitimação, Objeto e Coisa Julgada. *Revista de Processo*, São Paulo, v.15, n. 58, p. 75-84, abr./jun. 1990.

KNIJNIK, Danilo. *A exceção de pré-executividade*. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

LACERDA, Galeno. *Despacho Saneador*. 3.ed. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1990.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Eficácia e Autoridade da Sentença*. Rio de Janeiro: Ed. Rev. Forense, 1945.

_____. *Processo de Execução*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 1990.

LIMA, Alcides de Mendonça. Ação Rescisória contra Acórdão em Agravo de Instrumento. *Revista de Processo*. v. 41, p. 15-19, 1986.

MACHADO, Hugo de Brito. Juízo de Admissibilidade na Execução Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*. v. 22, pp 19-23.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Manual do Processo de Conhecimento: a Tutela Jurisdicional através do Processo de Conhecimento*. 2. ed. São Paulo: RT, 2003.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. II.

RPEGE, Porto Alegre, v. 29, n. 61, p. 193-235, jan./jun. 2005

MARTINS, Sandro Gilbert. *A Defesa do Executado por Meio de Ações Autônomas: defesa heterotópica*. Coleção Estudos de Direito Processual Enrico Tullio Liebman, v. 50. São Paulo: RT, 2002.

MAZZILI, Hugo Nigri. *A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo*. 13.ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

MELO, Leonardo Augusto Santos. A Exceção de Pré-executividade na Execução Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*. v. 78, p. 57-72.

MIRANDA, Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. T.5, Rio de Janeiro: Forense, 1974.

MITIDIERO, Daniel Francisco. Sentenças parciais de mérito e resolução definitiva-fracionada da causa (lendo um ensaio de Fredie Didier Júnior). *Revista da Ajuris*, Porto Alegre: Ajuris, n. 94, p. 39-50, jun. 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

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

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Exceção de Pré-Executividade: Uma Denominação Infeliz. *Revista Forense*, v. 251, trimestral, 2000, pp. 585-586.

NERY JÚNIOR., Néelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e legislação extravagante*. 7.ed. São Paulo: RT, 2003.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de. *Do Formalismo no Processo Civil*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. A garantia do contraditório. *Revista de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*. V. 15. Porto Alegre: Editora Síntese, 1998, p. 07-20.

OLIVEIRA, Fernando César Ribeiro. Execução e Coisa Julgada. *Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil*. v. 7, p. 40, set-out 2000.

OLIVEIRA, Germana Maria Leal de. O Direito Líquido e Certo no Procedimento do Mandado de Segurança: Cognição Exauriente *Secundum Eventum Probationis* e Reflexos na súmula 304 do STF. *Revista Dialética de Direito Processual*. v. 18, p. 31-37, set 2004.

PORTO, Sérgio Gilberto. *Coisa julgada civil*. Análise, crítica e atualização. 2.ed., Rio de Janeiro: AIDE, 1998.

_____. *Comentários ao Código de Processo Civil*. v.6. São Paulo: RT, 2000.

ROMANO, Rogério Tadeu. *O mérito na execução civil*. Disponível em <<http://www.jfrn.gov.br/docs/art8.doc>>. Acesso em 09 ago. 2004.

ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade*: matérias de ordem pública no processo de execução, 3. ed.. Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2000.

SILVA, Ovídio Baptista da. *Curso de processo civil*. v.1, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1987.

_____. *Curso de processo civil*. v.1, 3ª. ed. rev. e atualiz. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1996.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. A preclusão no processo civil. *Revista dos Tribunais*. v. 784, p. 11-28, fev. 2001.

_____. Meios de Defesa do Devedor Diante do Título Não Executivo, Fora dos Embargos à Execução. *Ações autônomas e Argüição de Não-Executividade. Revista Dialética de Direito Processual*. v. 15, p. 32-55, 2004.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. *O Dogma da Coisa Julgada*. São Paulo: RT, 2003.

WATANABE, Kazuo. *Da Cognição no Processo Civil*. 2.ed. Campinas: Bookseller, 2000.

ZANETTI JÚNIOR, Hermes. *Mandado de Segurança Coletivo: Aspectos Processuais Controversos*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2001.