

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE COMO MEIO DE DEFESA NA EXECUÇÃO FISCAL

Luiz Alex Sandro da Silva Ferreira¹

Bruno Tavares Padilha Bezerra²

Resumo

O presente artigo, elaborado através do método de pesquisa teórico descritivo, busca explicar a respeito do instituto da exceção de pré-executividade como meio de defesa na ação de execução fiscal. Para tanto, analisa-se sua evolução histórica, noções gerais, aspectos jurídicos e processuais, divergências doutrinárias e jurisprudenciais acerca de sua aplicabilidade, cabimento de honorários, dentre outros aspectos importantes. Com o advento da Lei nº 11.382/2006, bem como as alterações trazidas pelo novo Código de Processo Civil, cogitou-se, por parte da doutrina, que a exceção de pré-executividade não tinha mais razão de existir. Por outro lado, os doutrinadores que defendem a sua continuidade fundamentam seu cabimento nos princípios da ampla defesa e do contraditório, no comando constitucional do inciso XXXV, art. 5º, da Constituição Federal, e na analogia à impugnação, incidente processual previsto em lei processual. Ademais a exceção de pré-executividade, mesmo sem previsão legal, se tornou um instituto jurídico canonizado pelo seu frequente uso na prática forense, sendo inclusivo o meio de defesa mais usual pelo executado em sede de execução fiscal.

Palavras-chave: Exceção de pré-executividade. Execução Fiscal. Lei nº. 11.382/2006. Meio de defesa em Execução Fiscal.

¹ Discente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail luizferreira@tjrn.jus.br.

² Docente do Curso de Direito do Centro Universitário do Rio Grande do Norte – UNI-RN. E-mail: professorbrunopadilha@gmail.com.

Abstract

The present article, elaborated through the method of bibliographical research, seeks to explain Of the institute of the pre-executivity exception as a means of defense in the enforcement action. For Analysis of its evolution history, general notions, legal and procedural aspects, divergences Doctrine and jurisprudence as to their applicability, the allocation of fees, among others. important aspects. With the advent of Law n. 11.382 / 2006, as well as the changes brought by the new Code of Civil Procedure, it was considered, on the part of the doctrine, that the pre-executivity exception had no more reason to exist. On the other hand, the doctrinators who defend its continuity base their support on the principles of ample defense and contradictory, in the constitutional command of subsection XXXV, art. 5, of the Federal Constitution, and in the analogy to the impugnation, procedural incident provided for in procedural law. In addition, the pre-executivity exception, even without legal provision, has become a legal institution canonized by its frequent use in forensic practice, being the most usual means of defense by the one executed in the execution of tax proceedings.

Keywords: Pre-Execution Exception. Tax Execution. Law no. 11.382/2006. Defense in Fiscal Execution.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo dissertar sobre um meio de defesa bastante usual entre os operadores do direito, especificamente no manejo do processo de execução fiscal: a exceção de pré-executividade; destacando os fatores inerentes ao seu uso, como definição, natureza jurídica, cabimento, posições doutrinárias e jurisprudenciais, recursos, prazos, entre outros.

O processo de execução fiscal é um instrumento judicial que a Fazenda Pública utiliza para recuperar seus créditos fiscais, de natureza tributária ou não. A ação de execução fiscal, que é regida pela Lei 6.830/80 e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil, tem como fundamento o título executivo extrajudicial denominado Certidão de Dívida Ativa; o qual

goza de presunção de certeza e liquidez, conforme preceitua o artigo 204 do Código Tributário Nacional.

Gerado o auto de infração pela autoridade administrativa competente, dá-se início ao Processo Administrativo Tributário - PAT, momento em que o devedor terá a oportunidade da ampla defesa e do contraditório na seara administrativa. Após esse trâmite, não adimplindo a dívida o obrigado, será confeccionado o título executivo extrajudicial que é materializado através da Certidão da Dívida Ativa – CDA, constituindo em definitivo a relação entre as partes. Esse título executivo, acompanhado da petição inicial, quando levado ao Poder Judiciário, efetiva a Execução Fiscal, que pode ser municipal, estadual ou federal.

Em relação à exceção de pré-executividade, trata-se meio de defesa em execução que não tem previsão em lei processual, sendo de construção doutrinária e admitida pela jurisprudência, possibilitando, a princípio, a discussão de matéria de ordem pública, em que o juiz poderia se pronunciar *ex officio*, sem submeter o obrigado a qualquer ônus. Tornou-se, então, viável o exercício da defesa no processo executório, sem haver necessidade da prévia constrição patrimonial do devedor. Essa nova construção doutrinário-jurisprudencial possibilitou levar ao conhecimento do magistrado certos quesitos relativos à nulidade do título executivo, independentemente de penhora, depósito ou caução. Partia-se do pressuposto de que não havia a necessidade de submeter o devedor a qualquer ônus quando fosse flagrante ou evidente a nulidade da Certidão da Dívida Ativa, ou seja, do título executivo e, por consequência, da própria ação de execução fiscal.

Em sua origem, a utilização da exceção de pré-executividade possuía um campo mais restrito, relacionada à matéria cognoscível de ofício, como os pressupostos processuais e as condições da ação, elementos estes que complementam de forma absoluta a nulidade do título executivo.

No decurso do tempo, a jurisprudência ampliou os pressupostos de admissibilidade desse meio de defesa, quando passa a prevalecer outro critério para o seu cabimento, qual seja, a desnecessidade de dilação probatória. O foco agora é saber se as provas trazidas aos autos executivos são fartamente suficientes para afastar a legalidade da cobrança do título executivo; porque se for, caberá a exceção, do contrário, não se admitirá. Dessa forma, alargou sobremaneira a matéria de defesa alegada pelo devedor, inclusive excesso de execução.

Com essa mudança de entendimento, os causídicos passaram a ter um eficiente instrumento de defesa com um campo amplo para o manejo da exceção, acrescido ao fato das

seguintes vantagens: celeridade, economia processual, dispensa de preparo e de segurança do juízo. Com essas novas vantagens, os advogados passaram a usar mais a exceção de pré-executividade em detrimento dos embargos à execução, os quais se encontram expressamente previstos em lei processual.

Portanto, a exceção deixou suas origens e suas características iniciais, não apenas alargando-se o seu campo de atuação, substituindo-se a exigência da cognoscibilidade de ofício pela desnecessidade da dilação probatória.

A ministra Denise Arruda, em decisão proferida em recurso especial, ressaltou que, apesar de serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação do STJ firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessário prazo para produção de provas, ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.³

Com base em vários precedentes do STJ, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) aprovou a Súmula nº 393, segundo a qual a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória⁴

Com o advento da Lei nº 11.382/16 que alterou o artigo 736 do Código de Processo Civil de 1973, bem como, a revogação do artigo 737 da referida lei processual, surgiram muitas críticas contra a exceção de pré-executividade, as quais denotam que não há mais razão de existir; visto que essa alteração passa a permitir que o executado oponha os embargos à execução independentemente de penhora, depósito ou caução. Antes da Lei nº 11.382/06, havia a necessidade da prévia segurança do juízo para o uso desse meio de defesa pelo executado. Para esses críticos que defendem essa posição, os quais abordaremos mais detalhadamente suas posições doutrinárias em capítulo apropriado, a exceção perdeu definitivamente sua razão de ser, vez que agora existe a possibilidade de opor embargos à execução sem a necessidade de constrição de seu patrimônio. Doravante para esses opositoristas da sobrevivência da exceção, o seu uso passa a ser protelatório e até ilegal. Nessa linha de pensamento, deve-se privilegiar os embargos por serem estes previstos em lei, sendo, portanto, o meio adequado para a defesa do executado em execução fiscal.

³ REsp 1104900 / RECURSO ESPECIAL2008/0274357-8. Relator(a): Ministra DENISE ARRUDA (1126). Órgão Julgador: S1 - PRIMEIRA SEÇÃO. Data do Julgamento: 25/03/2009. Data da Publicação: DJe 01/04/2009.

⁴ Súmula 393 - A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória. (Súmula 393, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 07/10/2009).

Em que pese tal posição, parte da doutrina defende a permanência da exceção de pré-executividade, alegando que está prevista implicitamente na lei processual e que seu verdadeiro embasamento teórico está no princípio da ampla defesa e do contraditório. Voltaremos a esse assunto em tempo oportuno.

Outra questão conflituosa na doutrina diz respeito à terminologia. Analisando a questão, Lenice Silveira Moreira de Moura, citando Marcos Valls Feu Rosa, reconhece:

Por outro lado, também sustenta o aludido autor que o termo “pré-executividade” diz respeito somente ao que seja anterior à executividade, ou seja, refere-se apenas às matérias aferíveis no momento do despacho inicial. No entanto, nem só na inicial são encontrados os requisitos que o juiz deverá apreciar em decorrência da arguição da nulidade. Com base em tais observações o autor conclui, com pertinência, que a exceção de pré-executividade não é “exceção”, nem “pré” nem “executividade”. Muito embora trace tais considerações, Marcos Valls Feu Rosa reconhece que seria desaconselhável a mudança. (MOURA, Lenice, 2010, p.115).

No entanto, a referida autora desaconselha a mudança de nomenclatura em razão do tradicional uso na prática forense e, sobretudo, em homenagem ao seu criador Pontes de Miranda.

São explanadas neste artigo as noções gerais da execução fiscal, enquanto instrumento judicial à disposição da Fazenda Pública para cobrar os tributos inscritos na dívida ativa. Os diversos aspectos da exceção de pré-executividade, a começar por sua evolução histórica e natureza jurídica para, enfim, conceituá-la. Os aspectos processuais, como o procedimento do instituto, legitimidade para opô-la, bem como o prazo para seu cabimento. Sua relação conflituosa com o novo Código de Processo Civil, donde afloram os posicionamentos contrários à sua existência no ordenamento pátrio em contraponto aos que continuam a defender a sua aplicabilidade. Destarte, o objetivo fim deste trabalho é contribuir, de alguma forma, para uma visão ampla desse meio de defesa sem previsão legal.

2 NOÇÕES SOBRE EXECUÇÃO FISCAL

A execução fiscal é um meio contencioso judicial, enquanto ferramenta disponível à Fazenda Pública, a fim de cobrar os tributos devidamente inscritos na Dívida Ativa de seu respectivo ente federativo.

A ação de execução fiscal baseia-se na cobrança de um título executivo: A Certidão de Dívida Ativa – CDA e tem como finalidade o efetivo recebimento do crédito devido. Esse processo executivo é regido por lei especial, denominada Lei de Execução Fiscal - LEF nº 6.830/80, aplicando-se subsidiariamente o Código de Processo Civil, conforme dispõe o artigo 1º da LEF:

Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Ainda abordando o assunto o Código Tributário Nacional – CTN em seu artigo 201 faz uma distinção entre a dívida tributária e não tributária, todavia tal distinção não é relevante ao nosso estudo.

A Fazenda Pública, seja ela municipal, estadual ou federal, é o órgão responsável pela apuração, inscrição em dívida ativa e, posteriormente, a instituição da Certidão da Dívida Ativa – CDA, título executivo que fundamenta a execução fiscal. Esse título deve gozar de presunção de certeza e liquidez, no entanto essa presunção é relativa e não absoluta, conforme preceitua o parágrafo único do artigo 3º da LEF. *In verbis*;

Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

Para garantir essa presunção que confere ao parágrafo anterior, a CDA, enquanto título executivo, deve preencher alguns requisitos exigidos pelo art. 2º, § 5º da LEF. A saber:

Art. 2º (...)

§ 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

- I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;
- II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;
- III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;
- IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;
- V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e
- VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

Presentes os requisitos legais, o julgador recebe a ação, determinando a citação do executado para pagar ou nomear bens à penhora, no prazo de 05 (cinco) dias, se quedar inertes, a execução terá prosseguimento até seus ulteriores feitos.

Do processo executório não cabe, a princípio, defesa, pois não se discute o mérito da pretensão, visto se fundar em título certo líquido e exequível, no entanto essa presunção que dispões o artigo 3º da LEF não é absoluta, mas relativa, conforme já mencionado.

Embora o executado tenha basicamente quatro meios de defesa contra a execução, a saber: oposição, impugnação, exceção de pré-executividade e as ações autônomas, a prática forense confirma a preferência pela exceção que, mesmo não prevista expressamente em lei processual, possui trâmite em juízo mais simples que os demais meios de defesas citados, como veremos em tempo oportuno. (ASSIS, ARAKEN de, 2013, p. 1223).

Nesse contexto, a exceção de pré-executividade tem, na ação de execução fiscal, um campo fértil para atuar, embora, conforme será demonstrado, de forma mais restritivo em seu campo de admissibilidade da matéria suscitada.

3 BREVE HISTÓRICO, NATUREZA JURÍDICA E DEFINIÇÃO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

3.1 BREVE HISTÓRICO

A exceção de pré-executividade é um meio de defesa criada pela jurisprudência e adotada pela doutrina, não havendo dispositivo expresso na legislação pátria sobre esse instituto, embora parte da doutrina aceite o artigo 803 do Novo Código de Processo Civil⁵ como fundamento para sua utilização e outra ampare seu uso nos princípios da ampla defesa e do contraditório, corolário do devido processo legal.

Obra do renomado jurista Pontes de Miranda, em ocasião de seu patrocínio a uma indústria siderúrgica denominada Mannesmann em processo de execução fiscal, a criação da exceção de pré-executividade reporta-se a 1996, quando a empresa executada se encontrava em via de ter seu patrimônio constrito, em especial sua renda e depósitos bancários, o que inviabilizava sua atividade empresarial.

Em sua defesa de executada, Pontes de Miranda alegou que os títulos, objeto da execução, foram emitidos com assinatura falsa de um dos diretores da empresa e havia falsos credores como exequentes. Portanto, a execução era fundada em título executivo nulo.

Até então, não havia, no ordenamento pátrio, meio de defesa em processo executivo antes da efetivação de medida constritiva; mesmo que o título executivo padecesse de flagrante ilegalidade, como a falta de algum pressuposto processual ou condição da ação.

Diante desse contexto, foi que Pontes de Miranda apresentou a exceção de pré-executividade.

No entanto, existe outra defesa para o surgimento desse instituto. Leonardo Munareto Bajerski citando Rita Nolasco faz referência ao Decreto Imperial nº 9.885/1888, o qual possibilitava a defesa nas execuções propostas pela Fazenda sem prévia garantia do juízo. (RITA, NOLASCO, 2003, apud BAJERSKI, 214, p. 860). Há ainda referência ao Decreto nº 5.225/1932 do Estado do Rio Grande do Sul, o qual criou a exceção de impropriedade do meio executivo, segundo o qual a parte devedora poderia apresentar exceções de suspeição,

⁵ Correspondente ao artigo 618 do CPC/73.

incompetência ou impropriedade do processo executivo. (DIDIER JÚNIOR, FREDIE, 2009, p. 390, apud BAJERSKI, 214, p. 860-61).

Em que pese essas últimas considerações, o fato é que a doutrina majoritária considera o caso Mannesmann como o início da utilização da exceção de pré-executividade como meio de defesa em processo de execução. Mas o curioso é que este instituto nasce para o mundo jurídico com prazo estabelecido para seu cabimento e com objeto restrito. Temas que abordaremos ao decorrer de nosso trabalho.

3.2 NATUREZA JURÍDICA

Outra reflexão importante acerca da exceção é quanto sua natureza jurídica. Para Araken de Assis, a exceção de pré-executividade tem natureza incidente processual, servindo como um meio de impugnação, à medida em que funciona como instrumento para o executado provocar a extinção do processo de execução. (ARAKEN, ASSIS, 2013, p 1227-28).

Lenice Silveira Moreira de Moura, citando Hugo Machado de Brito, constata que a exceção de pré-executividade não se trata de exceção, nem de objeção, visto que tanto a primeira quanto a segunda são meios de defesas unicamente processuais. Para ela, a exceção de pré-executividade cuida tanto de questões processuais quanto de mérito. Dessa forma, a exceção de pré-executividade possui a natureza jurídica de impugnação, conclui.⁶

A jurisprudência tem reconhecido a natureza de incidente processual para exceção de pré-executividade, conforme se depreende do julgado da Terceira Região do Tribunal Regional Federal da terceira região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. NATUREZA JURÍDICA DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. MATÉRIAS A SEREM ARGUIDAS EM SEDE DE EMBARGOS.

1. Somente é admissível a oposição de Exceção de Pré-Executividade quando tratar de matérias de ordem pública, conhecíveis de plano pelo

⁶ Essa natureza jurídica de impugnação denominada por Lenice de Moura citando Hugo Brito, é a mesma concepção de Leonardo Bajerski citando Araken de Assis, embora denominem, estes últimos, de incidente processual.

magistrado, possuindo natureza jurídica de mero Incidente Processual, cuja decisão deve ser combatida por agravo de instrumento ante ao cunho interlocutório, vez não ter posto fim à execução fiscal.² Precedentes do STJ.³ Recurso desprovido. (85861 SP 2007.03.00.085861-8, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL BAPTISTA PEREIRA, Data de Julgamento: 27/04/2009, QUINTA TURMA.

Portanto, é quase unânime na doutrina e jurisprudência a natureza de incidente processual para a exceção de pré-executividade.

3.3 DEFINIÇÃO

Existe na doutrina uma certa divergência quanto ao uso da terminologia exceção de pré-executividade. Para alguns, o correto seria a designação de exceção, outros preferem objeção de pré-executividade. Ainda outros criticam ambas as denominações.

Nelson Nery Jr. opta pela designação de objeção de pré-executividade, por ser a matéria arguida de ordem pública. (NERY JÚNIOR, NELSON, 1995, p. 131).

Com a ampliação do campo cognoscível em sede de exceção, em que pode ser veiculada qualquer matéria que prescindia de dilação probatória, revela com acerto a preferência da designação tradicional, em detrimento da origem do instituto quando conhecia apenas questões de ordem pública, passível de ser analisado de ofício pelo magistrado.

Nesse mesmo sentido compartilha Leonardo Munareto Bajerski: “Por objeção, considera-se a matéria de defesa que pode ser reconhecida de ofício pelo julgador. Já a exceção é aquele tipo de defesa que, para ser resolvida pelo julgador, necessita ser arguida por um interessado”⁷

Ainda nesse diapasão, discorre Wellington Pimentel:

⁷ Nesse sentido, Barjerski concorda com Araken de Assis. In: MELO FILHO, João Aurino de. (Organizador). **Execução Fiscal Aplicada – Análise Pragmática do Processo de Execução Fiscal**. 5ª ed. São Paulo: Editora Juspodvm, 2016, p. 863.

Parte da doutrina reconhece a existência de dois tipos de defesa contra o processo. As objeções, assim entendidas as alegações do réu contra o processo, versando a respeito de matéria sobre a qual pode o juiz, de ofício, se pronunciar, e as exceções processuais, entendidas como as que abrangem matérias em que se faz mister a arguição pelo réu. (PIMENTEL, Wellington, apud MOURA, Lenice, 2010, p. 114-115)

Inclusive, ressalta Araken de Assis citando Fernando Rister de Souza Lima e Lucas Rister de Souza Lima, que a diferença marcante entre a impugnação e a exceção é possibilidade da dilação probatória pela primeira, com a possibilidade de produção de provas pelo executado. Já para a exceção, essa possibilidade é vedada. (ASSIS, ARAKEN, 2013, p. 1234).

Araken de Assis, citando Berenice Soubhie Magri, leciona que o devedor tem basicamente quatro instrumentos para se insurgir contra o processo de execução fiscal, a saber: a oposição, que se refere a remédio processual autônomo; a impugnação, oposta incidentalmente; a exceção de pré-executividade, apresentada na própria execução, e as ações autônomas, ajuizadas de forma incidental ou ulterior ao processo de execução, principalmente para anular atos executivos.

A exceção de pré-executividade, nosso objeto de estudo, é uma invenção doutrinário-jurisprudencial que consiste no meio de defesa em juízo de admissibilidade da ação executiva fiscal oposta pela parte executada, os corresponsáveis, ou por terceiro, vítima de constrição patrimonial, arguindo matérias que prescinde de dilação probatória.

Para ilustrar o trabalho, recorremos ao conceito dado por Araken de Assis:

E, de fato, o mecanismo criado pela jurisprudência, e respaldado pela doutrina, representa um meio de reação ou de oposição, em sentido lato, contra a execução, e gera um incidente no processo. Sua finalidade é inobscurecível. Daí a reconhecer-lhe natureza de incidente processual, *tout court*, vai um passo largo, pecando por alguma inexpressividade. Nada se esclarece, concretamente, acerca da natureza do instituto através dessa fórmula genérica. Reconhecido o incidente como categoria própria, em geral identifica-se ele como um meio de introduzir questões no processo. Mas,

como se acentuou, o objetivo do executado consiste em provocar a extinção da execução. Neste sentido, o instituto melhor se afeiçoa a um meio de impugnação, que, na maioria das vezes, renova o procedimento, “refazendo uma segunda vez o caminho”.(ASSIS, ARAKEN, 2013, P. 1227-28)

Portanto, no processo de execução fiscal, a exceção é utilizado para combater vício no título executivo, o qual goza de relativa presunção de liquidez, certeza e exigibilidade; restando como meio de defesa mais utilizado no combater à execução fiscal, em contrapartida aos embargos à execução, que tem previsão em lei processual.

Embora exista vários doutrinadores que se prontificam em oferecer uma definição de exceção de pré-executividade, optamos pela da professora Lenice Silveira Moreira de Moura.

In verbis:

Trata-se da impugnação da execução no juízo de admissibilidade da ação executiva, por terceiro interessado ou por qualquer das partes, na qual se arguem matérias processuais de ordem pública (requisitos, pressupostos e condições da ação executiva etc.), bem como matérias pertinentes ao mérito, desde que cabalmente passíveis de comprovação mediante prova pré-constituída, em qualquer grau de jurisdição, por simples petição, que suspende o processo até seu julgamento definitivo, visando desconstituir a ação executiva e obstar os atos de constrição do patrimônio do executado. (MOURA, Lenice, 2010, p. 116)

A definição da exceção de pré-executividade passa por questões como o tipo de matéria arguida, sua natureza jurídica, dentre outras. Portanto, antes de mais nada, precisamos identificar suas peculiaridades.

4 OBJETO (ALGUMAS HIPÓTESES DE CABIMENTO)

A exceção de pré-executividade, como já abordado, sofreu alteração em seu pressuposto de admissibilidade no curso do tempo, com a ampliação de seu objeto de análise. No entendimento atual, pode-se dizer que, existindo prova pré-constituída da matéria em exame nos autos, qualquer assunto pode ser veiculado por via de exceção.

Especificamente na ação de execução fiscal, a Súmula 393 do STJ: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”, impõe uma interpretação mais restritiva, as exceções que demandem iniciativa das partes.

Passemos a analisar algumas matérias suscitadas em sede de exceção de pré-executividade no processo de exceção fiscal.

4.1 RECONHECIMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE

A jurisprudência tem aceitado a arguição do reconhecimento de inconstitucionalidade alegada em sede de exceção, desde que obedecido alguns requisitos como o já mencionado a dilação probatória e, nesse julgado específico, que possa encerrar execução natimorta, como denota o seguinte julgado da Egrégia Corte do Paraná:

APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO FISCAL - IPTU - ARGÜIÇÃO DEINCONSTITUCIONALIDADE EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - POSSIBILIDADE - PROGRESSIVIDADE - LEI MUNICIPAL QUE INSTITUI ALÍQUOTAS PROGRESSIVAS ANTES DO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. [29/00](#) - INCONSTITUCIONALIDADE - SÚMULA N. 668, SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - NULIDADE DA CDA - INCORRÊNCIA - APLICAÇÃO DA LEI ANTERIOR (LEI N. 2.909/66), DESDE QUE A ALÍQUOTA NÃO SUPERE O VALOR DO LANÇAMENTO FEITO PELO FISCO.

1. Como regra, a defesa do executado ocorre na via dos Embargos à Execução, na forma do artigo 16 da Lei de Execuções Fiscais. Entretanto, admite-se a interposição de exceção de pré-executividade para suscitar

matérias que independam de dilação probatória e que possam encerrar execução natimorta. Logo, nada impede que se alegue a inconstitucionalidade da lei instituidora do IPTU, como fundamento para a inexigibilidade de referido imposto.

2. É inconstitucional lei municipal que institui alíquotas progressivas para o IPTU antes do advento da Emenda Constitucional n. [29/00](#), sendo adequada a utilização, em substituição, da alíquota prevista na legislação municipal anterior - Lei n. 2.909/66 - desde que não supere o valor do lançamento realizado pelo Fisco.

3. Na sistemática adotada pela atual [Constituição Federal](#), com exceção do IPI (art. 153, § 3º, I) e do ICMS (art. 155, § 2º, III) não há que se falar em seletividade. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO.⁸

Doutra sorte, não poderia a exceção de pré-executividade ser rejeitada em seu cabimento, haja vista que a alegação de inconstitucionalidade é matéria de ordem pública, que poder ser alegada de ofício pelo magistrado.

4.2 ILEGITIMIDADE PASSIVA

A ilegitimidade de figurar no polo passiva de uma demanda de execução fiscal é um dos assuntos mais comum no manejo da exceção. Isso se dá pelo fato da Fazenda Pública arrolar gerentes, administradores e sócios como corresponsáveis do débito sem, contudo, demonstrar que agiram em infringência do art. 135 do CTN.

Com efeito, trata-se uma matéria que pode ser alegada de ofício pelo juiz, pois se refere a uma condição da ação. No processo de execução fiscal, os sócios administradores podem figurar como corresponsáveis no débito, acompanhado da parte executada.

Pode ocorrer que a responsabilização dos agentes administrativos com poder de mando na sociedade empresarial seja requerida de forma incidental ao processo executório. Nesse caso, ocorre o redirecionamento que, na maioria das vezes, está fundamentada no artigo 135 do Código Tributário Nacional, onde o caso mais recorrente é a dissolução irregular da

⁸ TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO PARANÁ. 2ª Câmara Cível. Recurso de Apelação nº AC 3886413 PR 0388641-3. Relator: Des. Luiz Cezar de Oliveira. Decisão unânime. Curitiba/PR. Julgamento em 12 de junho de 2007, publicação no DJ:7411.

pessoa jurídica, na oportunidade em que os sócios encerram as atividades da empresa executada sem observar o procedimento legal, deixando inclusive de comunicar às autoridades competentes. Esse é o entendimento sumulado do STJ. Eís o enunciado:

Súmula 435. Presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente.

Portanto, há o redirecionamento da execução para os corresponsáveis indicados na CDA, visto que existe a presunção de que eles dissiparam o patrimônio da sociedade em prejuízo de seus credores.⁹

Devemos, no entanto, ressaltar que, caso a comprovação da alegada ilegitimidade passiva necessite de dilação probatória, não caberá a exceção pelo executado na execução fiscal.

4.3 PRESCRIÇÃO

A prescrição também é uma matéria que pode ser levantada *ex officio* pelo juiz; no entanto, para ser alegada pelo excipiente, é necessário que os elementos probatórios sejam suficientes para analisar o mérito da questão, sem haver a necessidade de outras provas.¹⁰

Para a análise da prescrição, deve-se analisar os elementos relacionados ao prazo, entre eles, o termo *a quo*, que pode ser a constituição do crédito, o decurso do prazo por inércia do credor e a não ocorrência do termo *ad quem*, atualmente, o despacho que ordena a citação do executado, como dispõe o art. 174 do CTN, assim transcrito:

⁹ As sanções penais estão previstas no art. 135 do CTN.

¹⁰ Súmula 409 do STJ: “Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício (art. 219, § 5º, do CPC)”.

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

Ademais, além disso, há de ser comprovada a inexistência de causas suspensivas ou interruptivas da prescrição.

Por analogia aos embargos à execução, Leonardo Munareto Bajerski defende que essa ampliação do entendimento a respeito da exceção tem algumas ressalvas previstas na LEF em seu artigo 16, § 3º, onde traz uma vedação expressa acerca dessa ampliação nas hipóteses de cabimento desse meio de defesa. In verbus:

Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

§ 3º - Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.

4.4 PAGAMENTO.

O comprovante de pagamento via de regra é praticamente uma prova irrefutável, não havendo muita discussão em torno desse meio de prova.

Conforme dispõe o art. 156, I, do CTN, o pagamento extingue o crédito tributário, no entanto, ressalta-se consignar que o pagamento deve ser integral, vez que o pagamento parcial não é pressuposto de extinção da dívida.

Destarte, a jurisprudência firmou entendimento de que a alegação de pagamento enquanto matéria alegada em sede de exceção exige a comprovação do pagamento sem haver a necessidade de dilação probatória, v.g., a realização de perícia para apurar o *quantum*.¹¹

¹¹ Nesse sentido: AC 200102010235711, Des. Federal Lana Regueira, TRF2, 4ª T. Especializada, DJ 29/11/2010, e AG 200502010127520, Des. Federal Luiz Antonio Soares, TRF2, 4ª T. Especializada, DJ 04/12/2009.

5 ASPECTOS PROCESSUAIS NA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

5.1 PROCEDIMENTO

Por não existir nenhuma regulamentação em lei processual a respeito do trâmite da exceção de pré-executividade, convencionou-se tanto na jurisprudência quanto pela doutrina que a mesma seria oposta nos próprios autos executórios, ou seja, como mera petição acostada no caderno processual.

Nesse sentido, leciona Humberto Theodoro Júnior:

Não apenas por meio dos embargos o devedor pode atacar a execução forçada. Quando se trata de acusar a falta de condições da ação de execução, ou a ausência de algum pressuposto processual a arguição pode se dar por meio de simples petição nos próprios autos do processo executivo. (THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO, 2005, p. 465).

Leonardo Munareto Bajerski também coaduna com essa posição: “Além disso, não há necessidade de a exceção ser recebida em autos apartados e apensada na execução fiscal. Por tratar-se de uma petição, ela deve ser encarada nos autos da própria execução e lá mesmo ser decidida.”. (BAJERSKI, LEONARDO, 2015, p 867).

A Jurisprudência do STJ segue esse mesmo entendimento. Observemos:

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE DE PARTES. REDIRECIONAMENTO. A exceção de pré-executividade é oposição do executado nos próprios autos de execução, independentemente de oferecimento ou não dos competentes embargos do devedor, ocorrendo em termos tais como condições da ação e pressupostos processuais, os quais o juiz deve examinar de ofício, prescrição, decadência, nulidades formais da CDA, quitação do débito. A ilegitimidade de parte para figurar no pólo

passivo da execução é questão que pode ser apreciada na via da exceção de pré-executividade, dispensáveis embargos, desde que prescinda de dilação probatória.¹² (Grifei).

Em que pese alguns juízos procederem de forma diversa, autuando as exceções em autos apartados com a finalidade de evitar a obstrução da ação executória, em razão da analogia aos embargos, conforme entendimento de parte da doutrina debruçada sob a luz no novo Código de Processo Civil. A interpretação é no sentido de não conceder mais a suspensão automática, vez que a exceção não tem o condão de suspender o trâmite da execução fiscal. No entanto, em entendimento contrário, alguns doutrinadores consideram desarrazoável tal procedimento, posto que prejudicaria a celeridade e a economia processual inerente ao instituto estudado; até porque não se concebe o prosseguimento de uma execução cujo título executivo é manifestadamente nulo, não sendo este certo, líquido e exigível.

Destarte, em razão da exceção não está sujeita ao rigor normativo, também não estaria de todo equivocado um ou outro procedimento aplicado ao se trâmite judicial. O que é primordial nesse instituto, é oportunizar o direito de resposta ao exequente/excepto, em nome do princípio da ampla defesa e do contraditório.

Mesmo nos casos em que houver várias exceções no mesmo processo executório, ou por se tratar da mesma matéria com corresponsáveis distintos; alegando, por exemplo, ilegitimidade de partes, ou por se tratar de um mesmo executado alegando matéria diversa; o direito de resposta deve sempre ser respeitado. Para ilustrar, podemos usar o exemplo em que um corresponsável/executado que opõe uma exceção argumentando ilegitimidade para figurar no polo passivo e, em outra oportunidade, alegue prescrição. Vimos serem quesitos inteiramente possíveis em sede de exceção desde que prescinda de dilação probatória, nem o juízo *a quo* considere protelatório. Renovo a informação de que o importante, neste caso, é evitar o prosseguimento de execução baseado em título nulo.

Após o oferecimento da exceção nos autos, o magistrado fará o juízo de admissibilidade, quando verificará se estão presentes os requisitos exigidos. Admitida a exceção, o processo de execução ficará suspenso¹³, intimando o excepto para, querendo, se

¹² TRF4, 2ª turma, AI 2002.04.01.017014-2/PR, re. Des. Fed. Vilson Daros, ago/2002. Dessa forma, tanto a doutrina quanto a jurisprudência, majoritariamente, tendem a concordarem com essa posição.

¹³ Nos casos em que couber a suspensão. Leonardo Munareto Bajerski apud Araken de Assis: “o oferecimento da exceção não trava a marcha do processo executivo. E isso porque os casos de suspensão do processo, em geral (art. 265), e da execução, em particular (art. 79), encontram-se taxativamente previstos”. In: MELO FILHO, João Aurino de. (Organizador). **Execução Fiscal Aplicada – Análise Pragmática do Processo de Execução Fiscal**. 4ª ed. São Paulo:

manifestar acerca do alegado no prazo judicial¹⁴, vimos que mesmo que o procedimento seja simplório, deve-se observar a exigência do contraditório e da ampla defesa. Apresentada as manifestações no prazo determinado pelo juiz, a Secretaria Judiciária fará a remessa dos autos conclusos para decisão, embora possa ser proferida uma sentença e não uma decisão interlocutória.

Conclusos os autos, faz-se mister esclarecer que não cabe aditamento das peças acostadas pelas partes, pelo mesmo argumento da proibição da dilação probatória. Portanto cada ato praticado pelas partes são preclusivas, não cabendo mais qualquer aditivo. Caso o Juiz necessitar de novas provas para instruir sua decisão, ele deve de imediato rejeitar a exceção.

Uma última questão a considerar é que o excipiente não tem capacidade postulatória para opor a pré-executividade, devendo, para esse fim, constituir advogado para lhe assistir nos autos. No entanto, a doutrina mais abalizada defende a utilização desse meio de defesa pelo próprio executado sem acompanhamento de um patrono para arguir causas de extinção do feito, como o pagamento da dívida. (BAJERSKI, LEONARDO, 2015, p. 867).

5.2 LEGITIMIDADE

Não há na doutrina e jurisprudência divergência acerca da legitimidade da parte executada para opor exceção de pré-executividade, pelo fato de ser o principal devedor da dívida exequenda.

Os corresponsáveis que figuram na CDA contra quem a Fazenda Pública requeira o redirecionamento da execução. O sócio-administrador ou sócio que exerça a função de gerência, atuando conforme previstos no art. 135 do CTN; ou seja, praticando atos administrativos com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, além da dissolução irregular da sociedade, estão sujeitos ao redirecionamento.

O fato da matéria arguida em sede de exceção ter natureza de ordem pública, em que o juiz pode se pronunciar *ex officio*, legitima o terceiro interessado, que venha ter seu

Editora Juspodvm, 2015, p. 867.

¹⁴ Em razão da ausência de previsão legal para a manifestação do excepto, o prazo será arbitrado pelo magistrado, sendo portanto, um prazo judicial, não legal. Na ausência deste, o prazo será de cinco dias: Leonardo Munareto Bajerski APUD Fredie Didier, pg. 866.

patrimônio constricto, a opor a exceção de pré-executividade, suscitando a nulidade do título executivo. Assim advoga Araken de Assis (2013, p. 1236), Lenice Silveira Moreira de Moura (201, p. 111-112), Leonardo Munareto Bajerski (2015, p.866) e Marcos Valls Feu Rosa (1996, p. 76).

Dessa forma, estariam habilitados para opor a exceção de pré-executividade o executado, os corresponsáveis e o terceiro interessado.

5.3 PRAZO

Embora não exista previsão legal para opor a exceção de pré-executividade, mas por se tratar de matéria de ordem pública, como os pressupostos processuais e as condições da ação, que gera nulidade absoluta do título executivo, pode ser suscitada a qualquer tempo. Esse é o entendimento uníssono na doutrina e jurisprudência, com respaldo no art. 485, § 3º, do Novo Código de Processo Civil. *In verbis*:

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

(...)

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

Interessante observar que em sua origem, Pontes de Miranda defendia que o prazo para opor a exceção era 24 horas entre a citação e o oferecimento de bens à penhora. Entretanto esse entendimento nunca vigorou na doutrina ou jurisprudência.

Analisando a questão, Araken de Assis, se pronuncia da seguinte forma: “o tema é infenso à preclusão, cabendo argui-lo a qualquer tempo, no curso do processo”. (ASSIS, ARAKEN, 2013, p. 1229).

Com relação ao prazo de defesa do excepto, por inexistir previsão legal para manifestação, cumpre ao juiz fixá-lo, levando em consideração a complexidade do caso

concreto. Na ausência desse prazo judicial, Fredie Didier Júnior apregoa que o prazo é de 5 dias. (DIDIER, JÚNIO, 2009, p. 391, apud BAJERSKI, 2014, p. 866).

Assim, pela leitura do precedente legal, concluímos que o prazo máximo para oposição da exceção de pré-executividade é até o trânsito em julgado da ação de execução. A partir deste estágio processual não mais admitirá esse meio de defesa. Oposta a exceção pelo excipiente, intimar-se-á o excepto para apresentar sua manifestação no prazo judicial, ou seja, arbitrado pelo magistrado. Na ausência, aplicar-se-á o prazo legal de cinco dias, nos termos do art. 218, § 3º, do NCPC. Contudo, se a matéria suscitada pelo excipiente for de ordem pública, em que o juiz pode reconhecer *ex officio*, prescinde a oitiva do excepto; podendo o magistrado julgar de plano.

6 HONORÁRIOS

Os honorários advocatícios eram regidos pelo art. 20 do CPC/73. Com o advento do Novo Código de Processo Civil, houve grandes mudanças no tema, a começar pela Seção a qual registrava a seguinte denominação: Seção III - **Das Despesas e Das Multas**, classificando os honorários como espécie do gênero “despesas processuais”; corrigindo o equívoco, o NCPC traz o seguinte título: **Das Despesas, dos Honorários Advocatícios e das Multas**, mostrando que apesar de serem embasadas pelos princípios da sucumbência e causalidade, as despesas e os honorários advocatícios são institutos diferentes, exigindo, com isso, tratamento diferente.

Dentre as mudanças podemos destacar o § 2º do art. 85, o qual determina os valores mínimos para arbitrar os honorários, não afasta, contudo, a faculdade legal dada ao magistrado em arbitrá-los; pois ele pode escolher entre o mínimo 10% e o máximo 20%, analisando o caso concreto e o desempenho do patrono, nos termos descritos nos incisos de I ao IV do referido parágrafo¹⁵. A inovação está no fato de que o magistrado não poderá conceder valores ínfimos, como ocorria antes. Outra inovação está contida no § 14 do mesmo dispositivo legal, vedando a possibilidade de compensação em caso de sucumbência parcial, mecanismo usual na prática forense até então. Essa mudança corrige certa injustiça praticada

¹⁵ Artigo 85, § 8º, do novo Código de Processo Civil. É uma das várias mudanças trazidas pelo NCPC referentes aos honorários.

em desfavor do causídico, concebe-se doravante os honorários como verba de natureza alimentar, sendo portanto, indisponíveis à transação entre autor e réu.

A princípio não há que se falar em honorários advocatícios em sede de exceção de pré-executividade, por se tratar de incidente processual apresentada como mera petição encartada nos autos da execução¹⁶. Todavia, tanto a jurisprudência quanto a doutrina vêm sedimentando o entendimento de que caberá honorários advocatícios sucumbenciais em algumas situações, em razão dos princípios da causalidade e da sucumbência, ou seja, a condenação em verba advocatícia segue a seguinte regra: “em caso de procedência do pedido do excipiente, são devidos honorários pela exequente; já na hipótese de sua rejeição, não”.(BAJERSKI, LEONARDO, 2015, p. 869).

A professora Lenice Silveira Moreira de Moura, traz-nos, com bastante propriedade, alguns casos divergentes a respeito do tema: Cabimento de honorários apenas na hipótese de acolhimento da exceção e descabimento na rejeição (REsp 1005532/SP – 2007/0163651-9, 1ª T. do STJ, Rel. Min. Teori Albino Zavasck, DJe, 20-0/-2008); cabimento e descabimento de honorários da exceção acolhida em parte (REsp 837235/DF, 1º T. do STJ, Min. Francisco Falcão, DJ: 10/12/2007, p. 299, e AgRg no REsp 996943/RJ, 1ª T. do STJ, Rel. Min. José Delgado, DJe 16/04/2008, respectivamente); cabimento de honorários tanto na procedência quanto na improcedência (REsp 1087266/SP – 2008/0196873-5, 3ª T. do STJ, Rel. Min. Massani Uyeda, DJe, 16-3-2009); impossibilidade de revisão dos honorários pelo STJ (AgRg no REsp 728968/CE, Rel. Min. Luiz Fux, 1ª T. do STJ, DJ, 20-3-2006, p. 204); possibilidade de revisão dos honorários pelo STJ, tanto para majorar quanto para minorar (REsp 751.400/MG, 3ª T. Rel. Min. Ari Pangendler, DJ, 18-10-2005).¹⁷

A mais recente decisão do STJ a respeito da questão, foi proferida em 27 de setembro do ano em curso pela Min. Assusete Magalhães. Na oportunidade a Ministra determina que se oficie a todos os presidentes dos Tribunais de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais a fim de que seja suspensa a tramitação dos processos, individuais ou coletivos, que versem sobre a possibilidade de fixação de honorários advocatícios em exceção de pré-executividade, quando o sócio é excluído do polo passivo da execução fiscal, sendo esta extinta.¹⁸

Quanto ao procedimento do cumprimento da sentença referente aos honorários advocatícios sucumbenciais arbitrados na exceção, pode se dá tanto encartado nos próprios

¹⁶ Conforme Humberto Theodoro Júnior, 2014, p. 467, consubstanciado na leitura do artigo 20, § 1º, do antigo Código de Processo Civil.

¹⁷ Julgado citado pela professora Lenice de Moura. In: MOURA, Lenice Silveira Moreira de. **Exceção de Pré-executividade em Matéria Tributária**. São Paulo: Editora Saraíva, 2010, p. 94-109.

¹⁸ STJ. REsp 1.358.837-SP (2012/0268026-2), Rel. Min. Assusete Magalhães, DJe: 03/10/2016. Uma decisão importante a medida em que visa padronizar inúmeras demandas com o mesmo tema, mas com entendimentos diversos.

autos executivo quanto em autos apartados, a depender do caso concreto e da sistemática do Código de Processo Civil.

7 POSIÇÕES DIVERGENTES DA DOUTRINA ACERCA DO USO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

7.1 POSIÇÃO CONTRÁRIA AO USO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Como abordado perfunctoriamente na introdução, com o advento da Lei nº 11.382/16 que alterou o artigo 736 do Código de Processo Civil de 1973, bem como, a revogação do artigo 737 da referida lei processual, intensificaram as críticas contrárias por parte da doutrina com relação ao uso da exceção de pré-executividade, argumentando que não há mais razão de existir. Uma dessas novidades é a possibilidade do executado opor os embargos à execução independentemente de penhora, depósito ou caução (art. 914 do NCPC). Antes da Lei nº 11.382/06, havia a necessidade da prévia segurança do juízo para exercer esse direito pelo executado.

Outra alteração importante trazida pelo NCPC é o alargamento da matéria arguida em sede de embargos; antes, havia restrição às matérias que podiam ser alegadas, conforme preceituava o art. 741 do CPC/73. Doravante, o comando do inciso V do art. 917 do NCPC estabelece que os embargos possam versar sobre “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento”.

Um dos principais doutrinadores que advoga contrário a permanência da exceção é o Ministro Luiz Fux. Sobre o tema, ele argumenta:

“É cediço que em processo, o que é desnecessário é proibido. Conseqüentemente extraindo-se a razão de ser do dispositivo, juntamente com a interpretação histórica a que conduz a exposição de motivos, veda-se ao executado a apresentação de peças informais nos autos da execução para provocação acerca desses temas, anteriormente enquadráveis na denominada

exceção de pré-executividade. Interpretação diversa é notoriamente contra a mens legis.

Destarte, muito embora a exposição de motivos apresente uma justificação para a dispensa da garantia do juízo, a realidade é que essa exoneração de segurança judicial atende ao postulado do acesso à justiça, não só em relação aos que pretendiam se opor ao crédito exequendo e não ostentavam condições para caucionar, como também para aquelas hipóteses em que a fragilidade do crédito exequendo tornava injusto que o devedor comprometesse o seu patrimônio para livrar-se de um crédito evidentemente ilegítimo”. (FUX, LUIZ, 2008, p. 409).

Para Luiz Fux, a sobrevida da exceção não só passa a ser protelatório, como ilegal. Nesse mesmo sentido advogam Adriano Perácio de Paula e Diele José Coelho. (NUNES, DIELE, 2007, p. 13-14) e (PAULA, ADRIANO, 2007, p. 15). Para esses doutrinadores, doravante deve-se privilegiar os embargos por serem estes previstos em lei, sendo, portanto, o meio adequado para a defesa do executado em execução fiscal.

7.2 POSIÇÃO A FAVOR DO USO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Em que pese tal posição, existe vasta doutrina que advoga pela permanência da exceção de pré-executividade, sob o ponto de vista de vários argumentos, dentre os quais podemos destacar que: está prevista implicitamente na lei processual, em análogia a impugnação; seu verdadeiro embasamento teórico está no princípio da ampla defesa e do contraditório; já se tornou prática forense; dentre outros.

Araken de Assis assim manifesta acerca do assunto:

Nada mudou com a Lei 11.382/2006. É verdade que desapareceu a necessidade da “garantia do juízo”. O art. 736, *caput*, reza que os embargos prescindem de “penhora, depósito ou caução”. E o prazo para embargar, que é de quinze dias, flui da juntada aos autos do mandado de citação (art. 738,

caput). Sucede que a concessão de efeito suspensivo aos embargos, *ope iudicis*, explicitamente “não impedirá a efetivação dos atos de penhora a efetivação dos atos de penhora e de avaliação de bens” (art. 739-A, § 6º). Ora, subsiste o interesse (e a necessidade) de o executado, se for o caso, impedir a realização da penhora, por força das relevantes circunstâncias anteriormente exposta. Salvo engano, outra vez o legislador acentuou o campo de atuação da exceção de pré-executividade, antes de restringi-lo ou eliminá-lo. (ARAKEN, ASSIS, 2013, p. 131).

No mesmo diapasão, discorre Humberto Theodoro Júnior:

Pretendeu-se que teria desaparecido a exceção de pré-executividade nas execuções de título extrajudicial, depois que a Lei nº 11.382/2006 dispensou a penhora para o manejo dos embargos do executado.

No entanto, a angústia do prazo legal da ação incidental não pode impedir que o executado use a referida exceção quando tenha arguição de falta de condições de procedibilidade, por envolver a matéria questão de ordem pública não sujeita a preclusão e suscetível de apreciação judicial até mesmo de ofício.

De tal sorte, pode-se concluir que muito reduzido ficou o campo de aplicação da exceção de pré-executividade dentro da atual sistemática instituída pela Lei 11.382/2006 para as execuções dos títulos extrajudiciais. Não se deu, porém, a sua total inviabilização. (THEODORO JÚNIOR, HUMBERTO, 2014, p 467).

Independentemente da divergência na doutrina, dificilmente a exceção de pré-executividade irá espontaneamente desaparecer do nosso ordenamento jurídico, sem que expressamente a legislação determine, em razão de ser um instituto jurídico já canonizado pela prática jurídica e com efeitos práticos. Nem mesmo a crítica de alguns juristas renomados ou parte da jurisprudência advogando em seu desfavor, extinguirá a oposição pelo executado.

8 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E O NOVO CPC

O processo de execução foi uma das matérias que menos sofreram alterações no novo CPC, talvez pelo fato de que já havia sido alterado pelas leis 11.232, de 22 de dezembro de 2005, e 11.323, de 06 de dezembro de 2006.

Como explanado anteriormente, a exceção de pré-executividade não tinha previsão no CPC/73, podendo ser utilizada para alegação de matéria que prescindia de dilação probatória.

O novo Código de Processo Civil, embora tenha sofrido várias mudanças, não previu expressamente a exceção. Mas parte da doutrina fundamenta seu uso nos seguintes artigos: art. 25 § 11; art. 803, parágrafo único, bem como o artigo 525, § 11, para tratar do prazo que, no caso, por se tratar de questões de ordem pública, não há prazo, podendo ser suscitada a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Nesse contexto, o novo Código de Processo Civil deixou de regularizar uma prática forense bastante usual pelos operadores do direito no processo executório, sobretudo quanto a defesa do executado contra questões que prescindem de produção de provas.

Talvez o grande sucesso, bem como a persistência dos causídicos em usar este instrumento de defesa seja devido ao seu *modus operandi*, ou seja: mera petição nos próprios autos executivos; a desnecessidade de protocolar outra ação de embargos à execução no distribuidor cível, o que demandaria preparo; seu amplo prazo para oferecimento, podendo ser usado até o trânsito em julgado da sentença; a ampliação da matéria alegada já aceita pela jurisprudência do STJ, deixando de ser a de ordem pública para as questões que se prove de pronto; a possibilidade de obstar o andamento da execução fiscal que embora a princípio não teria o condão de sobrestar os autos de execução, na prática, acaba acontecendo; e por ser de resolução mais célere.

Diante da habitualidade e do constante uso deste instrumento, acreditamos que o novo CPC, poderia tê-lo regulamentado expressamente, mesmo que, no caso da execução fiscal, impusesse um campo mais restrito para seu cabimento, em consonância à Súmula 393 do STJ, onde determina que a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal quando obedecer dois requisitos cumulativamente: matérias conhecíveis de ofício e que não demandem dilação probatória. Portanto, adotando uma interpretação mais restritiva do que as demais ocorrências nas exceções, onde basta que a matéria prescindia da dilação probatória.

Por outro lado, há quem defenda que o novo CPC extinguiu esse instituto, vez que concedeu aos embargos sua oposição sem qualquer constrição patrimonial; questão já debatida no capítulo sobre posições contrárias à exceção de pré-executividade.

Daniel Roberto Hertel pondera que tanto na execução de título judicial quanto na do título extrajudicial, a exceção de pré-executividade continua manejável, sobretudo “nas execuções fiscais, por exemplo, em que se exige a garantia do juízo para apresentação dos embargos do devedor, é extremamente útil, constituindo em excelente mecanismo para arguição de prescrição, ilegitimidade e outras matérias de ordem pública” (2009, p. 443).

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, é possível concluir que a exceção de pré-executividade nasceu com um propósito que era atacar título executivo sem o *status* de exigível; podendo-se alegar, nesse ínterim, matéria de ordem pública, em que de plano pudesse ser alegada de ofício pelo juiz. Ao decorrer dos anos foi alargando o seu cabimento até o ponto de permitir que fosse suscitada qualquer matéria, de ordem pública ou não. O critério passou a ser a necessidade ou não de produção de provas. Dessa forma, se houvesse a necessidade de dilação probatória, não poderia ser o título executivo atacado em sede de exceção.

A exceção de pré-executividade com o alargamento da matéria suscitada, ganhou espaço como meio de defesa na execução fiscal, preterindo os embargos, os quais expressamente previstos em lei processual. Contudo, a simplicidade no manejo da exceção em face dos embargos, fizeram daquele instituto mas usado na prática forense. Esse sucesso se deve também a ampla aceitação pela jurisprudência dos tribunais que acolhe-a de forma quase unânime; mesmo sendo os embargos instituto que podem ser suscitadas qualquer matéria úteis à defesa do devedor, incluindo a possibilidade de dilação probatória, como realização de perícia técnica.

Entretanto, com o advento da Lei 11.382/2006 que alterou significativamente os procedimentos nos embargos à execução, de modo a permitir que o executado ingressasse com os embargos independentemente de penhora, depósito ou caução, a doutrina e a jurisprudência voltam suas atenções novamente para a aplicabilidade da exceção de pré-

executividade. Ao se debruçarem sobre a questão, ainda não chegaram a um acordo a respeito de sua extinção após o advento da referida lei.

A partir desse momento, acirra-se o conflito para saber se a exceção foi extinção do nosso ordenamento processual ou se ainda subsiste. Para, Araken de Assis e Humberto Theodoro Júnior a Lei nº 11.382/2006, dispensou a penhora para o manejo dos embargos do executado, não eliminou a exceção de pré-executividade, mas que reduziu muito o campo de aplicação da exceção desse instituto dentro da atual sistemática instituída pela referida lei.

As doutrinas divergentes terão um amplo campo para discussão, mas a verdade é que se por um lado o novo Código de Processo Civil não legalizou a aplicabilidade da exceção como meio de defesa em processo de execução, por outro lado também não proibiu a continuidade de seu uso, ao menos expressamente.

A jurisprudência começa dá sinal para padronizar o seu entendimento acerca do tema, pelo menos para discutir cabimento de honorários em sede desse instituto. É o que nos leva a crê a decisão proferida pela ministra Assusete Magalhães, da sexta turma do STJ, onde determina a suspensão da tramitação dos processos de execução fiscal atacada pela via da exceção de pré-executividade com a finalidade de discutir o cabimento de honorários em sede desse instituto.

No entanto, em que pese os fortes argumentos de parte da doutrina e jurisprudência contrários ao uso da exceção de pré-executividade, conclui-se que esse meio de defesa continuará a ser usado no âmbito do direito processual, mesmo após as alterações trazidas pela Lei nº 11.382/2006 e pelo Novo Código de Processo Civil. Isso se deve em razão da canonização de seu uso pela prática forense e sua boa aceitação por parte dos operadores do direito.

Assim, para parte da doutrina, a rejeição do uso da exceção de pré-executividade seria uma afronta à própria Constituição, em seu comando do inciso XXXV, artigo 5º, da CF/88, sobretudo quando tratar-se de matéria de ordem pública, em que faculta ao magistrado em analisá-la *ex officio*. A doutrina favorável ao seu uso também reporta para sua manutenção o fundamento do direito da ampla defesa e do contraditório, bem como em analogia à impugnação, por serem instrumentos processuais parecidos. Outro argumento dessa linha é o de que não seria de celerem nem econômico impulsionar execução baseada em título executivo imprestável para o seu fim.

Nesse sentido, o instituto de pré-executividade só deixará de ser inviabilizado se advir lei expressa que decreta sua ilegalidade ou em razão das reiteradas decisões contrárias ao seu uso. Doutra sorte, a exceção continuará servindo para os seus fins jurídicos.

Por fim, faz-se mister reforçar que a Súmula 393 do STJ, restringiu muito o campo da matéria arguida em sede de exceção de pré-executividade, mas de forma alguma inviabilizou o seu uso, apenas especificou seu campo de atuação.

Lamentamos, finalmente, que o legislador não tenha regulamentado expressamente no novo Código de Processo Civil esse importante meio de defesa, mesmo que restringisse a matéria veiculada; no entanto, essa ausência em lei processual está longe de ser um empecilho para a continuidade do uso deste instrumento pela comunidade jurídica.

10 REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken de. **Manual de Execução**. 15 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013

FUX, LUIZ. **O Novo Processo de Execução – O Cumprimento da Sentença e a Execução Extrajudicial**. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 409.

HERTEL, Daniel Roberto. **Curso de Execução Civil**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Processo de Execução**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

MELO FILHO, João Aurino de. (Organizador). **Execução Fiscal Aplicada – Análise Pragmática do Processo de Execução Fiscal**. 4ª ed. São Paulo: Editora Juspodvm, 2015.

MOURA, Lenice Silveira Moreira de. **Exceção de Pré-executividade em Matéria Tributária**. 2ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

NUNES, Diele José Coelho. **Alguns aspectos da Lei nº 11.382, de 06.12.2006, que alteram a sistemática da execução de títulos executivos extrajudiciais e dispõe sobre as regras da penhora e da alienação de bens.** RDCPC, nº. 45, jan./fev. 2007.

RIBEIRO, Antonio Carlos Silva; AMARO JÚNIOR, Oswaldo. Sinopse de Direito Tributário. Leme/SP: Editora CL Edijur, 2005.

PAULA, Adriano Perácio de. **Dos embargos de devedor e as modificações da Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006,** Caxias do Sul/RS: Juris Plenum /Editora Plenum. Ano III, n.º 15 (maio/jun 2007).

ROSA, Marcos Valls Feu. Exceção de Pré-executividade, matérias de ordem pública no processo de execução. Porto Alegre: Fabris, 1996.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil.** 49ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.