

O INSTITUTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE COMO MEIO DE DEFESA NA EXECUÇÃO FISCAL

Fernando Daniel Pereira Alves¹

Fernanda Matos Fernandes de Oliveira Jurubeba²

RESUMO: O presente estudo tem como objetivo analisar o instituto da Exceção de Pré-Executividade como defesa válida e eficaz nos processos de execução fiscal. Este instituto foi construído no âmbito doutrinário e jurisprudencial, objetivando atacar a validade do processo executivo, que tem o Estado no polo ativo e o contribuinte no polo passivo, na medida em que se vislumbra a inobservância de qualquer pressuposto legal de existência e a regular validade da referida ação executiva. A utilização desse instituto é de grande importância, pois permite evitar execuções sem fundamento e os prejuízos inevitáveis que o executado pode sofrer, além de prevenir futuras demandas para restabelecer a situação fática anterior à execução fiscal.

Palavras-chave: Execução fiscal. Defesa do executado. Exceção de pré-executividade.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the Pre-Execution Exception as a valid and effective defense in tax enforcement processes. This institute was built within the doctrinal and jurisprudential scope, aiming to attack the validity of the executive process, which has the State at the active pole and the taxpayer at the passive pole, to the extent that it is envisaged the non-observance of any legal presupposition of existence and the regular validity of said executive action. The use of this resource is of great importance, as it allows to avoid unfounded executions and the inevitable losses that the defendant may suffer, in addition to preventing future demands to reestablish the factual situation prior to the tax execution.

2281

Keywords: Tax enforcement. Defense of the executed. Pre-execution exception.

I INTRODUÇÃO

A execução fiscal, instrumento jurídico destinado à cobrança de créditos tributários pela Fazenda Pública, caracteriza-se por sua celeridade e rigor procedural. Nesse contexto, o executado é frequentemente instado a satisfazer a obrigação ou garantir o juízo em prazo exígido, sob pena de sofrer constrições patrimoniais severas, como penhora de bens e bloqueio de contas bancárias. Tal dinâmica processual pode, em determinadas situações, comprometer os direitos constitucionais ao contraditório e à ampla defesa, pilares do devido processo legal.

¹Graduando do curso de Direito da Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS.

²Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza; Mestre em Direito pela Universidade do Amazonas; Assessora Jurídica de Desembargador do TJTO; Professora da Universidade Estadual do Tocantins – UNITINS.

Diante da ausência de uma fase específica de saneamento na execução fiscal, o executado vê-se limitado na arguição de eventuais nulidades ou vícios processuais que possam macular a pretensão executória do Estado. É nesse cenário que emerge a exceção de pré-executividade, instituto de origem doutrinária e jurisprudencial, que permite ao devedor suscitar, no bojo da própria execução e sem a necessidade de embargos ou garantia do juízo, matérias de ordem pública que não demandem dilação probatória.

A Exceção de Pré-Executividade é um instituto eficaz e válido para defesa do executado em um Processo de Execução Fiscal. Ela foi construída no âmbito jurisprudencial e doutrinário, tendo como objetivo principal a defesa do polo passivo (executado) em face do polo ativo (exequente), atacando a validade do processo executivo proposto pelo Estado contra determinado contribuinte, desde que vislumbrada a inobservância de um ou mais pressupostos legais de validade da ação executiva em questão.

Diante disso, tanto a jurisprudência quanto a doutrina evoluíram no sentido de possibilitar ao contribuinte indevidamente executado a efetivação do seu direito de defesa, de forma mais fácil e menos burocrática, sem que precise dispor de seus bens e valores para apresentar sua defesa, como ocorre com a apresentação dos embargos à execução, trazidos pelas sentenças executivas, com prazo irrisório de 5 (cinco) dias.

2282

Nesse diapasão, este estudo tem como objetivo analisar o instituto da exceção de pré-executividade no âmbito das execuções fiscais, abordando sua origem, natureza jurídica, requisitos de admissibilidade e as principais hipóteses de cabimento. Para tanto, será realizada uma pesquisa qualitativa, fundamentada em revisão bibliográfica e na análise de jurisprudências dos tribunais superiores, visando proporcionar uma compreensão aprofundada e crítica sobre o tema.

Primeiramente, será apresentada uma visão geral sobre o processo de execução fiscal, conceituando-o e mostrando sua finalidade, indicando, ainda, sua previsão legal e suas consequências ao executado, apontando os possíveis meios de defesa deste.

Em seguida, será explorado o conceito de exceção de pré-executividade, sua natureza jurídica e distinções dos embargos à execução. Além de mostrar como tal instituto é eficaz na defesa do executado fiscal, sobressaindo-se em relação aos embargos à execução, quando em se tratando de matéria que não demanda dilação probatória, haja vista a inexistência de prazo e simplicidade de apresentação.

Por fim, analisa-se como a Exceção de Pré-Executividade pode ser utilizada para apontar diversos vícios, materiais e formais, no processo de execução fiscal, desde que estes não

demandem dilação probatória. Demonstra-se ainda, como este “remédio” tem sido aceito pela jurisprudência no ordenamento jurídico pátrio.

2 DA EXECUÇÃO FISCAL: A EXECUÇÃO FISCAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

2.1 Conceito e finalidade da execução fiscal

A fim de viabilizar o funcionamento da máquina pública e garantir a realização de políticas públicas essenciais, o Estado institui e cobra tributos, cuja arrecadação destina-se à satisfação do interesse público, conforme estabelecido na Constituição da República Federativa do Brasil, abrangendo áreas como saúde, educação e segurança.

Nesse íam, Bruno Miranda Gomes de Constantino Bandeira (2013), em sua monografia argumentou que:

Ocorre que, para que toda essa máquina estatal seja viável e consiga realizar os objetivos consagrados na Constituição Federal, o Estado institui e cobra tributos das pessoas que serão beneficiadas pelas suas obras. A instituição e a cobrança de tais tributos visam gerar receitas que possibilitarão a realização desse fim. (Bandeira, 2013, p. 11)

Assim, a partir do momento que a Fazenda Pública identifica um possível inadimplemento tributário, ela gera uma Certidão de Dívida Ativa em nome do contribuinte identificado como inadimplente, constituindo um título executivo extrajudicial.

2283

Após, a Fazenda Pública se utiliza da Ação de Execução Fiscal para cobrar o crédito devido. Tal Ação é conceituada por Machado (2015) como a ação de que dispõe a Fazenda Pública para a cobrança de seus créditos, sejam tributários ou não, desde que inscritos como Dívida Ativa. O autor acrescenta:

A ação de execução fiscal é o instrumento que a ordem jurídica oferece à Fazenda Pública para haver seus créditos – vale dizer, para forçar seus devedores ao pagamento de suas dívidas, sejam tributárias ou não, desde que estas tenham sido apuradas regularmente e estejam inscritas como Dívida Ativa. (Machado, 2015, p. 481).

No mesmo sentido, Ichihara (2015) esclarece:

É uma execução especial onde, no pólo ativo, aparecem a União, os Estados, o Distrito Federal ou os Municípios, ainda, entidades menores da administração indireta, como é o caso do INSS etc., e que tem como objeto a dívida tributária, apesar de, no conceito de dívida ativa (art. 2º da lei nº 6.830/80), incluir também a dívida não tributária. (Ichihara, 2015, p. 307).

A Execução Fiscal, portanto, constitui o mecanismo pelo qual o Estado busca a satisfação dos créditos inscritos em Dívida Ativa, respaldado na presunção de certeza e liquidez dos títulos executivos extrajudiciais. A esse respeito, Theodoro Júnior esclarece que o Processo de Execução Fiscal não se presta à discussão sobre a existência ou não do crédito exequendo, uma vez que a constituição do débito precede a sua cobrança judicial:

Por conseguinte, não se destina o procedimento previsto na Lei n. 6.830 a acertamento da relação creditícia entre o Fisco e o contribuinte, nem à definição de responsabilidades outras relacionadas com o crédito tributário; mas apenas se volta para a expropriação de bens do devedor para satisfação do direito do credor (CPC, art. 824).

Só o título líquido, certo e exigível pode autorizar a execução por quantia certa, como dispõe o art. 783 do mesmo Código, já que no bojo do processo executivo não há lugar para discussões e definições de situações controvertidas ou incertas no plano jurídico.

O acertamento é fato que precede à execução e que se consolida no título executivo (no caso, a “Certidão de Dívida Ativa”). Daí a equiparação do título extrajudicial à sentença condenatória transitada em julgado, para efeito de autorizar a execução por quantia certa, em caráter definitivo (CPC, art. 523), como se deduz dos arts. 771 e 824 do CPC, e como faz certa a jurisprudência do STJ. (Theodoro Júnior, 2022, p. 36)

Desta forma, tem-se que as Certidões de Dívida Ativa, objeto das Execuções fiscais, são constituídas unilateralmente, sem nenhuma fase de conhecimento que proporcione defesa ao contribuinte. Tantas prerrogativas estatais são de acordo com os ditames legais, os quais serão tratados a seguir.

2.2 Previsão legal da execução fiscal e suas limitações

A Execução Fiscal está regulamentada pela Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Embora anterior à Constituição Federal de 1988, a referida legislação foi recepcionada como lei ordinária e permanece vigente, com aplicabilidade condicionada ao respeito aos princípios constitucionais.

2284

Para Theodoro Júnior (2022), mesmo sendo a lei nº 6.830/80 uma lei especial, a sua sistemática é a mesma do Código de Processo Civil, mantendo o caráter de “execução por quantia certa”, e o mencionado Código atua de maneira subsidiária à aplicação desta lei especial:

Em linhas gerais, a sistemática da execução fiscal introduzida pela Lei n. 6.830 é a mesma do Código de Processo Civil, ou seja, a da execução por quantia certa, como processo de pura atividade de realização do direito do credor.

Constou, aliás, da própria Exposição de Motivos do anteprojeto que veio a converter-se na citada Lei que sua regulamentação contém apenas normas processuais de especialização procedural da execução fazendária. Por isso, ressaltou-se que ‘também as disposições do Código que disciplinam especialmente a execução por quantia certa têm a sua aplicação mantida pelo anteprojeto’ (e, afinal, consagradas pela Lei). Não se preocupou em retirar a execução fiscal do campo da execução forçada, tal como a regula o Código. As inovações introduzidas, ainda conforme a Exposição de Motivos, ‘como normas peculiares à cobrança da Dívida Pública, têm por objeto os privilégios inerentes ao crédito fiscal e a preferência por normas processuais preexistentes, ajustadas ao escopo de abreviar a satisfação do direito da Fazenda Pública’. (Theodoro Júnior, 2022, p. 35)

Infere-se, do trecho acima, que o intuito do legislador na edição de uma lei especial de execução fiscal, foi conferir ao Estado maior agilidade na satisfação do crédito tributário devido pelo contribuinte inadimplente, dando margem para a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil, observando-se os limites constitucionais.

2.3 Efeitos da sentença no processo de execução fiscal

A lei é clara ao tratar da Certidão de Dívida Ativa como um título líquido, certo e exigível, equiparando-a a uma sentença condenatória transitada em julgado. Neste sentido, Humberto Theodoro Júnior (2022) afirma que a execução fiscal não é um processo de definição e sim de realização, em que a sentença visa satisfazer o pedido da fazenda exequente.

Ainda de acordo com o autor, mesmo que a execução seja embargada pelo executado, o que será analisado na sentença são os embargos e não a execução, veja:

Mesmo quando o devedor embarga a execução forçada, o que se submete à sentença diretamente são os embargos e, não, o pedido executivo. Apenas reflexamente a execução é atingida quando os embargos são julgados procedentes.

Essa força da execução fiscal, de chegar às últimas consequências, independentemente de julgamento incidental sobre o direito subjetivo da Fazenda credora, manifesta-se de forma concreta na regra do art. 7º da Lei n. 6.830, onde o legislador colocou como efeito automático do despacho da inicial a realização de atos que vão desde a citação até a avaliação dos bens penhorados, medida já preparatória da arrematação. (Theodoro Júnior, 2022, p. 38)

Conclui-se, com isso, que o objeto da execução fiscal não é a declaração do direito do exequente, nem a constituição do crédito, mas somente a efetivação do direito da fazenda pública, que se presume líquido, certo e exigível, por força de lei.

2.4 meios de defesa do executado no âmbito da execução fiscal

2285

O executado dispõe de alguns meios de defesa no curso da Execução Fiscal. O principal instrumento processual é a oposição de embargos à execução, conforme disciplinado nos artigos 16 e seguintes da Lei nº 6.830/80. O oferecimento de embargos, no entanto, exige a garantia do juízo.

Hugo de Brito Machado (2015) discute a questão do efeito suspensivo dos embargos à execução, sustentando que a execução fiscal deveria ser automaticamente suspensa diante da interposição dessa medida:

Não se pode esquecer que nas execuções para cobrança de dívida consubstanciada em título executivo extrajudicial, regida pelo Código de Processo Civil, o título executivo em princípio é formado com o consentimento de devedor, enquanto o título executivo do crédito tributário é constituído unilateralmente pelo credor.

Aliás, por isto mesmo nos parece que, em face dos princípios constitucionais garantidores dos direitos do cidadão em face da Fazenda Pública, a eficácia suspensiva dos embargos à execução fiscal subsistiria mesmo em face de lei específica em sentido contrário, que seria inconstitucional. Seria contrária aos princípios constitucionais da garantia de jurisdição, da razoabilidade e da justiça – e, por isto mesmo, desprovida de validade jurídica. (Machado, 2015, p. 480).

O autor mostra-se insatisfeito com a ideia de que os embargos não conferem efeito suspensivo à execução, pois, assim, seriam praticadas injustiças graves, haja vista a existência de eventuais cobranças indevidas de tributos por meio da execução fiscal, ensejando a alienação

de bens do executado, os quais estarão prejudicados quando da decisão que julgar procedentes os embargos, restando definitivamente lesados os direitos do executado.

Fortunato (2001) vai de encontro a Machado, reforçando a ideia de que os embargos do devedor não pode ser o único meio de defesa admitido na execução, prejudicando substancialmente o executado:

Considerar como única a via jurisdicional dos *embargos do devedor*, como forma de o executado impugnar a execução condicionando sempre as suas razões à prévia segurança do juízo, representa grave violação ao contraditório e ao tratamento paritário das partes litigantes. Sendo possível o reconhecimento imediato dos direitos do executado, não há razão plausível para se aguardar a penhora, que muitas vezes tem repercussões econômicas muito graves. (Shimura, 2001, p. 570)

Assim, é nítido o descontentamento dos estudiosos com a possibilidade de existir somente os embargos à execução como meio de defesa do executado, passando a defender outros institutos, dos quais o devedor pode dispor.

Além dos embargos, existe a possibilidade de propositura de ação anulatória do lançamento fiscal, especialmente nos casos em que não houve a interposição de embargos ou quando estes não foram conhecidos. O STJ já consolidou entendimento nesse sentido:

Inocorre preclusão, e portanto a validade e eficácia do título executivo extrajudicial podem ser objeto de posterior ação de conhecimento, quando na execução não forem opostos embargos do devedor, e igualmente quando tais embargos, embora opostos, não foram recebidos ou apreciados em seu mérito. Inexistência de coisa julgada material, e da imutabilidade dela decorrente" (Theodoro Júnior, 2022, p. 38)

2286

Vê-se, nesse sentido, que a presunção de liquidez e certeza do título executivo da Execução fiscal é relativa, como exposto por Hugo de Brito (2015), que aponta que tal presunção é relativa e pode, portanto, ser afastada por prova a cargo do executado.

No entanto, Hugo Machado se refere aos Embargos à Execução. Já Humberto mostra outra possibilidade, sendo esta posterior tanto à Execução quanto aos Embargos, iniciando uma ação de conhecimento, no intuito de anular o lançamento fiscal.

Existe ainda uma terceira via pela qual o executado pode questionar a Execução Fiscal. Trata-se da Exceção de Pré-Executividade, que pode ser utilizada para discutir o prosseguimento da Execução sem a necessidade de pagamento ou apontamento de bens à penhora.

3 O INSTITUTO DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL

3.1 Conceito e finalidade da exceção de pré-executividade

A exceção de pré-executividade configura-se como um instrumento processual que possibilita ao executado impugnar a execução fiscal diretamente nos autos, sem a necessidade de garantir o juízo ou apresentar embargos à execução. Cardoso (2015) define o instituto como

um meio pelo qual o executado pode alegar, a qualquer tempo, questões que comprometam a exigibilidade do crédito tributário, desde que tais alegações possam ser verificadas de plano pelo magistrado, sem necessidade de dilação probatória. O autor afirma:

A exceção de pré-executividade constitui remédio jurídico de que o executado pode lançar mão, a qualquer tempo, sempre que pretenda infirmar a certeza, a liquidez ou a exigibilidade do título por meio de inequívoca prova documental, independendo de prévia segurança do juízo, exigível, conforme a nova ordem processual, apenas para o fim de receber os embargos no efeito suspensivo. (Cardoso, 2015, p. 21)

De forma complementar, Cardoso (2015) afirma que pela exceção de pré-executividade o suposto devedor pode comprovar a inviabilidade do procedimento executório, diretamente nos autos de execução, sem necessitar para tanto garantir o juízo pela penhora, nem opor embargos. Ao permitir a discussão da própria validade da execução sem a necessidade de garantir o juízo, a exceção de pré-executividade viabiliza o exercício do direito de defesa de maneira célere e eficaz.

De encontro a essa premissa, Fortunato (2020) afirma:

A exceção de pré-executividade trata-se de uma modalidade excepcional de oposição do executado que visa fulminar de plano uma execução antes de garantido o juízo. É prudente, no entanto, que não se faça interpretação ampliativa das hipóteses em que este incidente possa caber, só podendo trazer em seu bojo matérias que tenham o poder de extinguir ab initio essa execução, ou seja, matérias que possam ser reconhecidas de ofício pelo magistrado, a qualquer tempo e que não necessitem de dilação probatória muito aprofundada. (Fortunato, 2020, p. 10).

2287

Nesses termos, tem-se claro que o mencionado instituto é mais simples que os embargos à execução, haja vista que pode ser apresentado a qualquer tempo e sem a obrigatoriedade de garantir a sentença proferida pelo juízo. A sua relevância desse reside na possibilidade de impedir execuções que, por vícios formais ou materiais, não deveriam sequer ter sido iniciadas. Dessa forma, evita-se a oneração indevida do executado, preservando direitos fundamentais como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, previstos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal.

3.2 Natureza jurídica da exceção de pré-executividade

A exceção de pré-executividade não está positivada, ou seja, não está expressamente prevista em lei, sendo um instituto de origem doutrinária e jurisprudencial. Mas é tratada, indiretamente, nos artigos 525 e 803 do Código de Processo Civil de 2015, veja-se:

Art. 525. Transcorrido o prazo previsto no artigo 523 sem o pagamento voluntário, inicia-se o prazo de 15 (quinze) dias para que o executado, independentemente de penhora ou nova intimação, apresente, nos próprios autos, sua impugnação.

Art. 803. É nula a execução se:

- I - o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível;
- II - o executado não for regularmente citado;

III - for instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrer o termo.

Parágrafo único. A nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução.

Nota-se, da leitura dos artigos acima, que o legislador trata da oportunidade de impugnação por parte do executado, independentemente do pagamento voluntário, de penhora ou nova intimação. O Código estabelece também que a execução pode ser declarada nula, tanto de ofício quanto a requerimento do executado, neste último caso, independe de embargos à execução.

Conforme se observa, a legislação prevê a possibilidade de arguição de nulidades da execução independentemente da interposição de embargos. O Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao consolidar o entendimento sobre o tema, editou a Súmula nº 393, que dispõe: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória."

Essa interpretação reforça a natureza jurídica da exceção de pré-executividade como um incidente processual destinado a sanar nulidades e irregularidades flagrantes na execução, sem que o executado precise onerar seu patrimônio para exercer seu direito de defesa. Cardoso (2015) esclarece:

Por construção doutrinária e dos costumes judiciais, a orientação jurisprudencial, inclusive do STJ, vem admitindo a arguição da exceção de pré-executividade no que concerne a matérias de ordem pública na ação executiva, tais como condições da ação e pressuposto processuais, desde que não seja necessário, para tal mister, dilação probatória. (Cardoso, 2015, p. 14)

2288

Nessa seara, percebe-se que a exceção de pré-executividade só pode ser utilizada quando não se demandar dilação probatória e é pedida em uma petição simples, juntada aos autos da execução, sem natureza de ação.

3.3 Exceção de pré-executividade vs. embargos à execução

A exceção de pré-executividade e os embargos à execução são instrumentos distintos, embora ambos possam ser utilizados para impugnar a exigibilidade do crédito exequendo.

Apesar da exceção de pré-executividade ser parecida com os embargos à execução, principalmente no sentido de refutar ou anular a ação de execução, eles são meios de defesa distintos, pois aquela independe do recolhimento de custas processuais, nem de garantia do valor executado.

Além disso, a exceção de pré-executividade pode ser proposta após o prazo estipulado pelo juízo da execução para apresentação dos embargos à execução, como pontua Cardoso:

O instituto da exceção de pré-processual, por não contar com regramento legislativo, não está ligado aos prazos, tampouco às particularidades estabelecidas em lei, especialmente ao CPC.

[...]

Entendemos que o instituto restou prestigiado, mesmo após a edição da Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, vez que, na ausência de tempo para apresentação de embargos, alternativa não restará ao executado senão a apresentação da exceção de pré-executividade, que não tem prazo para implementação. (Cardoso, 2015, p.16)

Logo, no implemento da exceção de pré-executividade, o executado necessita somente da demonstração, por meio de provas documentais, ao juízo, da possibilidade de anulação ou modificação da execução, tendo em vista que seu objetivo é apontar erros ou vícios em matéria de ordem pública processual.

Corroborando com o tema, Nunes (2017), assevera: [...] é fato que a simplificação desse meio de defesa em relação à petição inicial dos embargos ou mesmo da peça de impugnação ao cumprimento de sentença justifica a sua permanência na execução.

Por outro lado, os embargos à execução possuem caráter mais amplo, possibilitando a discussão de matérias que exigem dilação probatória, o que não é admitido na exceção de pré-executividade. Ichihara (2015) ressalta que os embargos devem ser apresentados no prazo de 30 dias após garantido o juízo, conforme disposto no artigo 319 do Código de Processo Civil.

No mais, tem-se que o ato decisório relativo a um pedido de exceção de pré-executividade tem natureza jurídica de decisão interlocatória, em regra, pois a decisão que extinguir a execução será uma sentença.

2289

Frisa-se que apesar de o Código de Processo Civil de 2015 não exigir mais a garantia para apresentação dos embargos à execução, a lei de execução fiscal (lei nº 6.830/1980) exige tal garantia, prevalecendo esta sobre o referido Código, por se tratar, a LEF, de lei especial.

3.4 Hipóteses de cabimento da exceção de pré-executividade no processo fiscal

Para a admissão da exceção de pré-executividade, é necessário que a matéria arguida seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz e que sua análise não demande dilação probatória. Cardoso (2015) esclarece:

A jurisprudência vem buscando defini-la, atribuindo-lhe a natureza de defesa específica no processo de execução. Exige, entretanto, como regra de admissão da postulação especial, nos próprios autos, a demonstração cabal do víncio apontado, sem importar em aprofundamento na dilação probatória. (Cardoso, 2015, p. 39 e 40)

Assim, é notório que em se tratando do requisito material, o executado só pode propor exceção de pré-executividade de matéria que possa ser conhecida de ofício pelo juiz como, por exemplo, a ilegitimidade de quaisquer das partes. Já com relação ao requisito formal, a questão que será apresentada não pode demandar dilação probatória, ou seja, a prova tem de ser pré-constituída.

Nesse escopo, alega-se iliquidizez, inexigibilidade da obrigação, inexequibilidade do título, ilegitimidade da parte (tanto do exequente quanto do executado), prescrição, dentre outras, haja vista que tanto para doutrina quanto para a jurisprudência tal instituto é cabível para sanar qualquer tipo de vício, a qualquer tempo.

De encontro a isso, o jurista Scalabrin (2014) argumenta que:

[...] Como não é da natureza do procedimento executivo a realização de ampla cognição, por mais que aceita a citada medida defensiva, o seu objeto é limitado. Não é qualquer matéria que pode ser conjurada em sede de exceção de pré-executividade. Assim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou tese restritiva, no sentido de que apenas matérias conhecíveis de ofício e que não demandem dilação probatória poderiam ser conhecidas neste degrau [...] (Scalabrin, 2014, p. 1).

Desse modo, o título executivo objeto da execução fiscal tem de ser líquido, certo e exigível, conferindo-se àquele os postulados de existência e validade necessários ao processo de execução. Caso contrário, o executado pode usar do dispositivo da exceção de não-executividade para atacar a relação jurídico-processual carente de elemento essencial, prescindindo dos embargos, desde que não tenha o caráter propriamente de defesa (Cardoso, 2015). Cardoso afirma, ainda:

Seria injustamente oneroso exigir que o devedor gravasse seu patrimônio para só então demonstrar, via embargos do executado, após garantido juízo, a fim de obter o efeito suspensivo, a estapafúrdia inexigibilidade do título executivo, experimentando, às vezes por anos, o dissabor da morosidade do judiciário para ver anulada a pretensão executória. (Cardoso, 2015, p. 41)

2290

Infere-se, então, que é perfeitamente possível a interposição do instituto em estudo na defesa do executado, independente da apresentação de embargos à execução anteriormente. A utilização deste recurso jurídico será objeto de estudo no capítulo seguinte.

4 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE COMO GARANTIA DE DEFESA DO EXECUTADO FISCAL

4.1 A defesa do executado sem pagamento ou garantia da dívida

A exceção de pré-executividade constitui um meio processual eficaz para que o executado possa exercer sua defesa na execução fiscal sem a necessidade de garantir o juízo por meio de depósito ou penhora. Diferentemente dos embargos à execução, cuja interposição exige a garantia do valor cobrado, a exceção de pré-executividade permite a impugnação da execução de forma incidental, viabilizando o afastamento de cobranças indevidas e evitando constrições patrimoniais desnecessárias.

Nesse sentido, Cardoso (2015) enfatiza que o executado pode comprovar a inviabilidade do procedimento executório diretamente nos autos da execução, sem a necessidade de garantir o juízo por meio da penhora ou da interposição de embargos.

Para o referido autor, é obrigação do Estado-Juiz proporcionar ao cidadão um meio de defesa contra a ação injusta do Estado, pois:

Se o pseudocredor pode, a seu crivo, ajuizar execução desfalcada de título líquido e certo, ao executado deve ser franqueado instrumento jurídico adequado que impeça, a tempo e hora, a continuidade dos efeitos dessa distribuição, inclusive pela nulidade até mesmo do despacho inicial positivo, sem esquecer que até o procedimento penal pode se trancado na sua tramitação. (Cardoso, 2015, p. 31)

Ainda de acordo com o autor, embora seja permitida a manifestação do executado em vários momentos no processo de execução, a defesa é prejudicada, pois não se vislumbra um momento adequado para o exercício da ampla defesa, por meio da discussão do mérito. Daí a importância do “remédio jurídico” da Exceção de Pré-Executividade.

A utilização desse mecanismo assegura o respeito aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, previstos no artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal. Trata-se, portanto, de um instrumento de proteção contra execuções fiscais manifestamente ilegais ou abusivas, conferindo ao executado a possibilidade de demonstrar, de maneira célere e eficaz, a inexistência de pressupostos para a cobrança estatal.

Desse modo, o consagrado doutrinador resume o exposto acima em poucas frases, ao falar sobre os objetivos do instituto em análise, *verbis*:

2291

A exceção de pré-executividade visa a:

- a) acelerar a prestação jurisdicional;
- b) evitar execução que onere excessivamente o executado, posto que pode suspender a execução sem a necessária garantia do juízo, diferente do que ocorre com os embargos do executado;
- c) atender ao princípio da ampla defesa, garantido ao executado outra forma de se defender da execução proposta. (Cardoso, 2015, p. 23)

Nota-se que, ao apresentar a Exceção de Pré-Executividade, o executado se utiliza de um meio adequado para ter reconhecido o direito de não ser executado indevidamente pelo Estado, opondo-se ao constrangimento da limitação de seu patrimônio, devendo o juiz coibir absurdos e aventuras processuais, litigadas de má-fé pelo exequente.

4.2 Questões materiais e formais levantadas por meio da exceção de pré-executividade

A Exceção de Pré-Executividade, como pontuado no tópico 2.4, é cabível quando preenchidos dois requisitos simultaneamente: um formal e outro material, logo, para Cardoso (2015) é servil a suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, aos pressupostos processuais e às condições da ação executiva.

Outrossim, faz-se necessária que a decisão possa ser tomada sem a necessidade de dilação probatória. Do mesmo modo, acrescenta:

As matérias passíveis de serem alegadas por tal expediente não podem ser outras senão aquelas que incumbem ao magistrado conhecer e declarar de ofício, bem como aquelas que estão devidamente comprovadas, sendo, assim, desnecessária qualquer produção de provas, em razão de ser incompatível a produção de provas em sede de exceção de pré-executividade. (Cardoso, 2015, p. 39)

Portanto, a Exceção de Pré-Executividade é admissível quando o executado apresenta uma defesa que possa obstruir, de imediato, o regular prosseguimento do processo executivo, suscitando questões e considerações evidentes relativas aos pressupostos processuais.

A seguir, serão examinadas algumas das principais hipóteses de cabimento da exceção de pré-executividade no âmbito da execução fiscal.

4.2.1 Possíveis matérias de conhecimento de ofício pelo juiz

Com relação a essas matérias Cardoso (2015) afirma que tanto para a doutrina, quanto para a jurisprudência, o executado tem e deve apresentar uma atuação supletiva ao juiz, para provocar e subsidiar a manifestação deste, podendo tais matérias ser arguidas a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Como pontuado alhures, as matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo magistrado são passíveis de arguição por meio da exceção de pré-executividade. Segundo o Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme consagrado na Súmula nº 393, a exceção de pré-executividade pode ser utilizada para contestar pressupostos processuais e condições da ação executiva, desde que não exijam dilação probatória.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é clara no entendimento de que as matérias de ordem pública e conhecíveis de ofício pelo magistrado, não são submetidas ao instituto da preclusão, em conformidade com o disposto na legislação (Cardoso, 2015).

Entre as principais matérias conhecíveis de ofício pelo juiz que podem ser suscitadas na exceção de pré-executividade, destacam-se: a inexigibilidade do título executivo (a inexistência de um título executivo válido, certo e exigível pode ser arguida a qualquer tempo); a prescrição do crédito tributário (a prescrição pode ser reconhecida pelo magistrado independentemente de provocação da parte); a falta de citação válida (a ausência de citação regular compromete o prosseguimento da execução fiscal, justificando sua extinção); a ilegitimidade passiva (a execução fiscal não pode prosseguir contra parte ilegítima, cabendo sua extinção nos casos em que o executado não seja o real devedor do tributo cobrado).

4.2.2 Fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do exequente, desde que comprovados de plano

A exceção de pré-executividade é aceita não somente quando se trata de matérias de ordem pública, mas também quando envolve fatos modificativos, extintivos ou impeditivos do direito do exequente, desde que comprovados de plano, por prova documental pré-constituída.

Entre as hipóteses passíveis de alegação, destacam-se: a quitação da dívida tributária (caso o executado comprove o pagamento do tributo cobrado, a execução deve ser extinta de imediato); a compensação tributária já reconhecida (se houver decisão administrativa reconhecendo a compensação do crédito, a execução deve ser afastada); o erro material no valor executado (nos casos em que o valor da dívida está evidentemente incorreto, pode-se pleitear a correção da cobrança).

4.2.3 Excesso de execução

O excesso de execução ocorre quando o valor cobrado pela Fazenda Pública supera o montante efetivamente devido. Embora essa alegação seja mais comumente feita por meio dos embargos à execução, a jurisprudência do STJ tem admitido a utilização da exceção de pré-executividade nos casos em que o excesso puder ser verificado por meio de prova documental pré-constituída, sem necessidade de perícia contábil ou produção de novas provas. Sobre a

2293

Porém, em havendo excesso na execucional de título judicial comprovado, nada mais salutar do que aceitar a interposição da exceção de pré-executividade como veículo hábil a frear qualquer descompasso entre a sentença exequenda e a execução efetivamente proposta, cujo fim é evitar a criação de mais uma hipótese de rescisão da coisa julgada, porque, em termos práticos, o que se verificaria nessa situação seria a mudança do comando decisório expresso no decisum, com nítida ofensa a coisa julgada. (Cardoso, 2015, p. 53)

Para o autor, não são raros os casos em que o exequente apresenta valores superiores aos reais, violando o teor da sentença condenatória e, com isto, é crescente o entendimento dos doutrinadores no sentido de se admitir a exceção em caso de excesso de execução.

4.2.4 Falta de condições da ação

Para que ocorra um provimento jurisdicional legítimo, as condições da ação são requisitos indispensáveis, sendo elas: legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido.

Assim, na falta de algumas das citadas condições, cabe Exceção de Pré-Executividade. A questão do cabimento da Exceção de Pré-Executividade para arguir a falta de condições

essenciais da ação está pacificada no STJ, em consonância com o entendimento da doutrina majoritária, que confirma a possibilidade (Cardoso, 2015).

4.2.5 Prescrição

Quando a Fazenda Pública não propõe a Ação de Execução Fiscal no prazo estipulado pela legislação, opera-se a prescrição. Então, diante de tal prescrição, pode o executado, com o intuito de excluir a execução fiscal, manejar Exceção de Pré-Executividade. Sobre a matéria:

É possível que, em exceção de pré-executividade, seja alegada a ocorrência da prescrição dos créditos executados, mesmo que a matéria não tenha sido aventada pela parte, e que não haja a necessidade de dilação probatória, vez que referida matéria – prescrição – hoje pode ser arguível de ofício. (Cardoso, 2015, p. 58)

Nesse sentido, sempre que o executado perceber que o crédito cobrado esteja prescrito, pode utilizar-se da Exceção de Pré-Executividade.

4.2.6 Ausência dos requisitos de validade do título executivo

A existência dos requisitos de validade, liquidez, certeza e exigibilidade, são fundamentais para a validade do título executivo. A ausência de qualquer um destes elementos compromete a eficácia do título, abrindo margem ao executado para buscar a satisfação de seus direitos, o que poderá ocorrer por meio da Exceção de Pré-Executividade, desde que, nas palavras de Hélio Apoliano, possa o julgador verificar de plano, sem necessidade de qualquer dilação probatória, apenas com o reexame da matéria probatória existente nos autos.

A seguir, será demonstrado como a Jurisprudência tem efetivado o uso da Exceção de Pré-Executividade na garantia dos direitos do executado, diante das matérias arguidas.

4.3 Análise jurisprudencial: eficácia e utilização da exceção de pré-executividade em defesa do contribuinte

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem consolidado o entendimento de que a exceção de pré-executividade é um instrumento processual adequado para afastar execuções fiscais ilegais ou abusivas, garantindo ao executado o direito de defesa sem a necessidade de garantir o juízo.

No julgamento do Tema 1.229, o STJ estabeleceu que:

À luz do princípio da causalidade, não cabe fixação de honorários advocatícios quando a exceção de pré-executividade é acolhida para extinguir a execução fiscal em razão do reconhecimento da prescrição intercorrente, prevista no art. 4º da Lei n. 6.830/1980.

A título exemplificativo, cita-se o seguinte julgado:

Ementa: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. TEMA 1.229 DO STJ. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE. ACOLHIMENTO. EXTINÇÃO DO FEITO

EXECUTIVO.

PREScriÇÃO

INTERCORRENTE.

ART. 4º DA LEI N. 6.830/1980. NÃO LOCALIZAÇÃO DO EXECUTADO OU DE BENS PENHORÁVEIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. NÃO CABIMENTO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. APLICAÇÃO.

1. A questão jurídica controvertida a ser equacionada pelo Superior Tribunal de Justiça, em julgamento submetido à sistemática dos repetitivos, diz respeito à possibilidade de fixação de honorários advocatícios quando a exceção de pré-executividade é acolhida para extinguir a execução fiscal, em razão do reconhecimento da prescrição intercorrente, nos termos do art. 4º da Lei n. 6.830/1980.

2. Os princípios da sucumbência e da causalidade estão relacionados com a responsabilidade pelo pagamento dos honorários advocatícios, sendo que a fixação da verba honorária com base na sucumbência consiste na verificação objetiva da parte perdedora, que caberá arcar com o ônus referente ao valor a ser pago ao advogado da parte vencedora, e está previsto no art. 85, caput, do CPC/2015, enquanto o princípio da causalidade tem como finalidade responsabilizar aquele que fez surgir para a parte ex adversa a necessidade de se pronunciar judicialmente, dando causa à lide que poderia ter sido evitada.

3. O reconhecimento da prescrição intercorrente, especialmente devido a não localização do executado ou de bens de sua propriedade aptos a serem objeto de penhora, não elimina as premissas que autorizavam o ajuizamento da execução fiscal, relacionadas com a presunção de certeza e liquidez do título executivo e com a inadimplência do devedor, de modo que é inviável atribuir ao credor os ônus sucumbenciais, ante a aplicação do princípio da causalidade, sob pena de indevidamente beneficiar a parte que não cumpriu oportunamente com a sua obrigação.

4. Ainda que a exequente se insurge contra a alegação do devedor de que a execução fiscal deve ser extinta com base no art. 4º da LEF, se esse fato superveniente prescrição intercorrente for a justificativa para o acolhimento da exceção de pré-executividade, não há falar em condenação ao pagamento de verba honorária ao executado.

5. Tese jurídica fixada: "À luz do princípio da causalidade, não cabe fixação de honorários advocatícios na exceção de pré-executividade acolhida para extinguir a execução fiscal em razão do reconhecimento da prescrição intercorrente, prevista no art. 4º da Lei n. 6.830/1980".

6. Solução do caso concreto: a) não se configura ofensa aos art. 489, § 1º, III, IV e VI, e 1.022, II, do CPC/2015, quando o Tribunal de origem aprecia integralmente a controvérsia, apontando as razões de seu convencimento, mesmo que em sentido contrário ao postulado, circunstância que não se confunde com negativa ou ausência de prestação jurisdicional; b) o entendimento firmado pelo TRF da 4ª Região é de que os honorários advocatícios, nos casos de acolhimento da exceção de pré-executividade para reconhecer a prescrição intercorrente, nos termos do art. 4º da LEF, não são cabíveis quando a Fazenda Pública não apresenta resistência ao pleito do executado, enquanto o precedente vinculante aqui formado explicita a tese de que, independentemente da objeção do ente fazendário, a verba honorária não será devida em sede de exceção de pré-executividade em que se decreta a prescrição no curso da execução fiscal.

7. Hipótese em que o acórdão recorrido merece reparos quanto à tese jurídica ali fixada, mas o desfecho dado ao caso concreto deve ser mantido.

8. Recurso especial conhecido e desprovido.

Acórdão

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Foi aprovada, por unanimidade, a seguinte tese jurídica, no tema 1229:

"À luz do princípio da causalidade, não cabe fixação de honorários advocatícios quando a exceção de pré-executividade é acolhida para extinguir a execução fiscal em razão do reconhecimento da prescrição intercorrente, prevista no art. 4º da Lei n. 6.830/1980". Os Srs. Ministros Paulo Sérgio Domingues, Teodoro Silva Santos, Afrânia Vilela, Francisco Falcão, Maria Thereza de Assis Moura, Benedito Gonçalves e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Essa decisão reforça a importância da exceção de pré-executividade como meio legítimo de defesa contra cobranças indevidas, afastando o ônus financeiro do executado em casos nos quais a ilegalidade da cobrança fiscal seja manifesta.

Com o fortalecimento desse entendimento na jurisprudência, a exceção de pré-executividade tem se consolidado como um instrumento processual essencial para a proteção dos contribuintes contra execuções fiscais que carecem de fundamento jurídico, garantindo a observância dos princípios do devido processo legal, da ampla defesa e da razoabilidade no exercício do poder de cobrança estatal.

5 CONCLUSÃO

A exceção de pré-executividade consolidou-se como um relevante instrumento processual para a defesa do executado no âmbito da execução fiscal, assegurando o respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, previstos no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Vê-se que desde a primeira menção ao instituto da Exceção de Pré-Executividade a preocupação dos operadores do direito é no sentido de propiciar ao executado o devido processo legal, para que o exequente não se aproprie indevidamente do patrimônio do executado, sem ao menos proporcionar a este o princípio constitucional do contraditório e da ampla defesa, estampado no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil que assegura, no inciso LV, aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

Sua admissão pela doutrina e pela jurisprudência reflete a necessidade de equilibrar a relação processual entre a Fazenda Pública e o contribuinte, evitando a imposição de ônus excessivos e indevidos ao executado antes mesmo da verificação da regularidade do crédito tributário.

Nesse diapasão, o Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao editar a Súmula nº 393, consolidou o entendimento de que a exceção de pré-executividade pode ser arguida em sede de execução fiscal sempre que a matéria discutida for conhecível de ofício pelo juiz e não demandar dilação probatória.

Tal entendimento reforça a importância do instituto como mecanismo de impugnação direta de ilegalidades na execução, sem necessidade de garantir o juízo ou interpor embargos à execução.

Logo, infere-se que o instituto em questão é tido como um incidente processual, que pode ser apresentado a qualquer tempo, haja vista que há preclusão das matérias arguidas por meio de tal instituto, sendo um excelente meio de defesa do executado.

Trata-se, portanto, de um meio eficaz para afastar cobranças indevidas, proteger o patrimônio do executado e assegurar a correta aplicação das normas processuais, contribuindo para um sistema de execução fiscal mais justo, proporcional e alinhado aos princípios constitucionais.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Bruno Miranda Gomes de Constantino. **A exceção de pré-executividade como forma de defesa na execução fiscal.** Recife: IBET, 2013. Disponível em: <https://www.ibet.com.br/wp-content/uploads/2017/07/Bruno-Miranda-Gomes-de-Constantino-Bandeira.pdf>. Acessado em 19/02/2025.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **Exceção de Pré-Executividade: teoria e prática – 3^a ed.** Leme: J.H. Mizuno, 2015.

FORTUNATO, Aluizio Antônio. ROLÓN, Júlio Cézar Cardozo. SANTOS, Osmair Oliveira dos. **Exceção de pré-executividade como direito de defesa.** RACE vol. 8, 2020. Disponível em: https://www.academia.edu/76124856/Exce%C3%A7%C3%A7%C3%A3o_de_Pr%C3%A9-C%C3%A7%C3%A9do_executividade_como_Direito_de_Defesa.pdf. Acessado em 19/02/2025. 2297

ICHIHARA, Yoshiaki. **Direito Tributário – 19 ed.** São Paulo: Atlas, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário – 36^a ed.** São Paulo: Malheiros, 2015.

NUNES, Leonardo Silva. LAGE, Thiago Chaves Gaspar Bretas. **Defesas decorrentes de construções jurisprudenciais no processo tributário: a cautelar inominada e a exceção de pré-executividade.** In: Impactos do novo CPC sobre o processo judicial tributário – vol 2. HENRIQUES, G. de A.; GODOI, M. S. de; BONITO, R. F.; LOBATO, V. de S. (coords.). Belo horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

SCALABRIN, Felipe. **Exceção de pré-executividade: breve reflexão sobre o seu cabimento e os seus efeitos na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** In: Âmbito Jurídico. Rio Grande, XVII, n. 124. Disponível em: https://www.academia.edu/12015235/Exce%C3%A7%C3%A3o_de_pr%C3%A9_executividade_breve_reflex%C3%A3o_sobre_o_seu_cabimento_e_os_seus_efeitos_na_jurisprud%C3%Aancia_do_Superior_Tribunal_de_Justi%C3%A7a.pdf. Acessado em 19/02/2025.

SHIMURA, Sérgio, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coordenadores). **Processo de execução.** São Paulo: ed. Revista dos tribunais: processo de execução e assuntos afins – vol 2, 2001.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal – 14 ed.** São Paulo: SaraivaJur, 2022.