

A exceção de pré-executividade na execução fiscal

Fabiano Afonso*

RESUMO: Este trabalho tem por objetivo analisar a perspectiva do emprego da exceção de pre-executividade na execução fiscal como peça autônoma de defesa e como meio célere de substituição dos embargos à execução fiscal, notadamente por que esse exige para o seu manejo alguns requisitos processuais, como a garantia da execução, enquanto a exceção prescinde desses elementos e torna mais efetiva a prestação jurisdicional.

Palavras-chave: Exceção de Pré-Executividade. Execução Fiscal. Embargos do Devedor. Nulidade. Certidão de Dívida Ativa.

Introdução

O Processo Civil é instituto processual criado para aplicação da lei civil, dentre elas a de natureza tributária. O Código de Processo Civil passou por profundas modificações a partir da Constituição Federal de 1988, tida como a Constituição cidadã, justamente porque se tornara inconcebível o afastamento do acusado das suas prerrogativas de cidadão brasileiro.

A previsão inserta no art. 5º, LIV e LV, confere a qualquer pessoa, natural ou jurídica, uma série de garantias constitucionais, que vieram a ser consagradas pela legislação infraconstitucional.

A principal controvérsia doutrinária advinda da reforma, e a que se coloca neste trabalho, é da equiparação, em garantias processuais, da exceção de pré-executividade aos embargos do devedor na execução fiscal.

A importância do tema é singular, uma vez que não se pode retirar do cidadão comum os avanços processuais após o advento do art. 5º, *caput*, da Constituição, que determina que se tratem todos os iguais de forma igual, de modo que não é possível se permitir que aquele injustamente executado tenha que se valer de uma longa ação ordinária, que são os embargos de devedor, com garantia do juízo e penhora de bens, para fazer seus direitos, mormente quando são indenês de dúvidas.

* Doutor e mestre em Direito Processual pela PUC. Juiz de Direito.

Por isso, a exceção tem amparo constitucional e se funda não só no direito de petição consagrado no art. 5º, XXXIV, a, e XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil.

Com efeito, diante da importância das reformas processuais vigentes, impõe-se um estudo mais acurado sobre a ampliação, ou não, das garantias processuais ao executivo fiscal com o emprego de mecanismos mais céleres e efetivos.

1 O que é exceção de pré-executividade na execução fiscal

A exceção de pré-executividade é diferenciada forma de defesa da parte executada nas ações de execução fiscal, sem que seja necessária a dilação probatória, porquanto se funda no direito de petição de acesso à justiça (art. 5º, XXXIV, a, XXXV, CF). Tem como finalidade permitir um instrumento, independentemente de penhora, para que as pessoas possam participar do contraditório e da ampla defesa no executivo fiscal, que possam defender seus direitos e esclarecer situações que lhes digam respeito.

É uma forma de defesa incidental, que não exige garantia e pode ser apresentada em qualquer fase na execução fiscal, não havendo preclusão processual quanto a isso.

Em que pese não haver previsão legal, o Judiciário a prevê, por meio da 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”.

Portanto, inegável o seu uso e a sua eficácia, ao que nos dedicaremos no tópico seguinte.

2 O uso da exceção como substitutivo dos embargos à execução fiscal

Apesar de a doutrina e a jurisprudência já terem admitido amplamente o uso da exceção de pré-executividade diretamente no executivo fiscal, ainda há resistência de muitos magistrados em admiti-la, com o subterfúgio de não analisar o mérito da questão proposta sem a garantia do juízo.

Sucedo que nem sempre a parte dispõe de bens para dar em garantia à execução, e questões de direito deixam de ser apreciadas desde logo, fazendo com

que nulidades deixem de ser analisadas e sobrecarreguem o serviço forense com demandas que já poderiam ter sido resolvidas antecipadamente.

Por isso, é que o rigor de se deixar quase tudo que depende de análise de provas aos embargos à execução pode acarretar a ineficiência da prestação jurisdicional.

Assim, nos tópicos seguintes, serão apontadas as diversas formas como a parte poderá se insurgir contra a execução fiscal por meio da exceção de pré-executividade, sem que tenha que garantir o juízo, evitando-se o excessivo rigor na exigência dos embargos do devedor, sem que, contudo, deixe de considerar a necessidade legal do uso dos embargos à execução, sob pena de se substituir esse instrumento legal por um mecanismo criado pela doutrina e jurisprudência.

3 Objetos de discussão aceitos pela jurisprudência

3.1 Prescrição da dívida ativa

A exceção de pré-executividade é cabível quando o executado dispõe de defesa capaz de impedir, de plano, o desenvolvimento válido e regular do processo executivo, trazendo questões e ponderações evidentes, concernentes aos pressupostos processuais.

Assim, uma das matérias passíveis de reconhecimento, de ofício, com a prescrição e a decadência, caracteriza-se em uma das hipóteses do manejo desse tipo de defesa processual.

A perda do direito potestativo do Fisco de constituir o crédito tributário pela prescrição e decadência é matéria passível de reconhecimento, de ofício, pelo magistrado, o que outrora não era.

Portanto, se a Fazenda Pública tem o dever de constituir o seu crédito tributário em lapso decadencial de cinco anos, cujo termo *a quo* se dá no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado (CTN, art. 173, I), a sua desídia deve e pode ser apontada por meio dessa defesa processual.

E isso porque a constituição definitiva do crédito tributário faz começar a fluir o prazo prescricional de cinco anos para o ajuizamento da execução fiscal (CTN, art. 174).

De modo que, para se evitar constrições judiciais sobre bens de forma sem eficácia legal, a exceção é o instrumento processual célere e cabível nessas hipóteses.

Apesar de a dívida ativa gozar da presunção de certeza e liquidez, essa presunção pode ser afastada por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro a quem aproveite (art. 204 do CTN).

Desse modo, a exceção de pré-executividade na execução fiscal, para arguir essa matéria cognoscível de ofício e que não demanda dilação probatória, é o meio mais eficaz e efetivo na prestação jurisdicional.

O Código Tributário Nacional, ao prever, no art. 173, a prescrição, dispõe:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:
I – do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;
II – da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.
Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.

Portanto, em quaisquer das hipóteses acima, em que estiverem amparados os créditos reclamados na certidão de dívida ativa e que tiveram seus vencimentos após o prazo de cinco anos, estes se encontram prescritos.

É, portanto, necessário dizer que a função da exceção de pré-executividade é atacar a execução fundada em créditos com a exigibilidade suspensa ou extinta, ou em títulos carentes dos requisitos legais de exigibilidade.

Esse instrumento processual faz com que o julgador reexamine a admissibilidade do executivo fiscal.

A exceção de pré-executividade faz com que um processo executivo constituído de forma irregular ou infundada deixe de ser instrumento para penhora de constrição de bens judicialmente.

A execução fiscal deve ser amparada por título certo, líquido e exigível, ou seja, na falta de qualquer desses pressupostos, tem-se a nulidade do título, que pode ser arguida por simples petição, uma vez que suscetível de exame de ofício pelo juiz.

De forma que, estando a execução fiscal fundada em título prescrito, é passível de ser analisada em sede de exceção de pré-executividade.

E isso é assegurado, também, pela dicção do art. 219, § 5º, do CPC. E o STJ editou a Súmula 409, possibilitando o decreto de ofício da prescrição, cuja leitura, por si só, é esclarecedora: “Em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício”.

3.2 Prescrição do redirecionamento da execução ao sócio

O Superior Tribunal de Justiça fixou a tese a respeito da prescrição para o redirecionamento da execução fiscal, no prazo de cinco anos, considerando como termo inicial o momento da ciência inequívoca do titular do direito da dissolução irregular da pessoa jurídica, para ato praticado depois da citação do devedor principal (Tema 444 - REsp 1.201.993/SP).

Assim, passados os cinco anos, a Fazenda Pública não pode requerer em juízo o redirecionamento da execução fiscal aos sócios minoritários, que não se encontravam inscritos em dívida ativa no ato do ajuizamento da execução, ou mesmo quando assim não procedeu a respeito da dissolução irregular da sociedade nesse mesmo prazo.

Sendo que o sócio, caso seja acionado em infringência das hipóteses mencionadas pelo STJ no Tema 444 supra, poderá se opor ao executivo fiscal por meio da exceção de pré-executividade.

3.3 Créditos suspensos

A questão afeta à suspensão da exigibilidade do crédito tributário garante ao executado, pela exceção de pré-executividade, que o Fisco não o execute.

Caso o Fisco ingresse com execução de crédito suspenso, a execução é nula por lhe faltar o requisito da exigibilidade.

E a defesa por meio da exceção de pré-executividade não demanda preparo ou garantia do juízo, sendo proposta no bojo da própria execução fiscal, pois se refere à admissibilidade da execução e matérias que impedem a própria existência do executivo fiscal.

A exceção de pré-executividade funda-se na celeridade processual, evitando-se dispêndios processuais, podendo, inclusive, haver deferimento sem oitiva da parte contrária, sendo essa a regra, bem como em virtude de não comportar dilação probatória.

Assim, o instituto da exceção reforça o compromisso da jurisdição com os princípios balizadores do direito brasileiro, visto que oferta ao executado o direito de manifestar-se sobre possível nulidade da ação executiva, sem a necessidade de garantia do juízo, por meio de simples petição sustentada por prova pré-constituída, havendo clara materialização dos princípios constitucionais suscitados.

Desse modo, a exceção visa a garantir a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, de modo que, nesse caso, a exceção pode ter efeito suspensivo.

3.4 Nulidade da execução

A exceção de pré-executividade é uma construção pretoriana que não encontra previsão expressa em lei, com cabimento, segundo os Tribunais, nos casos em que se discute matéria de ordem pública, ou seja, nas hipóteses excepcionais e restritas de flagrante inexistência ou nulidade do título executivo, judicial ou extrajudicial, bem como nas hipóteses referentes à falta de pressupostos processuais e/ou condições da ação.

A controvérsia devolvida a essa instância recursal se cinge ao cabimento de exceção de pré-executividade e, posteriormente, à análise da questão de fundo relacionada à regularidade na exclusão e constituição de crédito tributário no mesmo processo administrativo tributário.

A exceção de pré-executividade pode se insurgir contra a nulidade da execução por vício no PTA, desde que se afigure a ilegalidade na exclusão da pessoa jurídica do regime tributário do Simples Nacional e, no mesmo processo, a constituição do crédito tributário exequendo.

Como também quando a execução se funda em crédito pago, pois a exigibilidade da obrigação exequenda inexistirá se já tiver ocorrido o pagamento. É, portanto, o pagamento inerente aos requisitos da obrigação exequenda que é matéria de ordem pública.

Assim, é possível que a alegação da parte se funde apenas em questão de direito, hipótese em que será dispensada qualquer espécie de produção de prova.

A exceção de pré-executividade, desde que haja prova pré-constituída, é admitida, desde que documental, não se admitindo a dilação de prova, ou seja, a produção de prova de outra natureza que não a documental na própria execução.

De forma que, se a apuração das irregularidades fiscais e do fato gerador objeto do crédito tributário se deu antes da exclusão do Simples Nacional, com ausência de observância do requisito formal do procedimento, individualizando as etapas, compromete-se o direito de defesa do contribuinte.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais afirmou que

[...] constatado vício formal do lançamento, tendo em vista não ter sido seguida a regra constante da Resolução CGSN nº 15/07, que determina ser necessária a intimação ao contribuinte da exclusão do Simples Nacional para apresentar, se quiser, defesa contra o ato e, somente após decisão definitiva desfavorável terá efeito dita exclusão. Desta forma, só depois de concluído todo o processo de exclusão, inclusive com seu registro no Portal do Simples Nacional, pode ser lavrado Auto de Infração exigindo o ICMS pelo sistema normal do imposto (Conselho dos Contribuintes do Estado de Minas Gerais). A Fazenda Pública não poderia ter realizado, de maneira imediata, a exclusão da empresa do Simples Nacional, em virtude das ocorrências apuradas, tudo no mesmo auto de infração, sem oportunizar a ampla defesa e o contraditório (TJMG - Apelação Cível 1.0024.13.282380-8/003, Rel.^a Des. Heloisa Combat, 4^a Câmara Cível, j. em 30/7/2015, p. 5/8/2015).

3.5 Nulidade da citação

Uma das hipóteses de nulidade de citação é quando ela se dá por edital, que, por ser medida excepcional, é admitida apenas nas hipóteses em que foram exauridos os meios diversos de localização da parte.

Não sendo exaurida a possibilidade de localização do devedor, a citação por edital carece de legitimidade e legalidade.

De modo que, se desobedecida a legalidade na hipótese da citação, seja por edital ou até mesmo pelos correios, poderá o contribuinte e/ou executado se insurgir contra a execução, requerendo a nulidade do processo desde a citação nula, bem como cumular o pedido com o pedido de prescrição, caso acolhida a nulidade de citação, haja vista que somente a citação válida interrompe a prescrição e desde que seja feita no prazo legal fixado no Código de Processo Civil.

3.6 Ilegitimidade passiva

O STJ firmou entendimento no sentido de que, se o nome do corresponsável não estiver incluído na CDA, na qual incumbe à Fazenda Pública comprovar a ocorrência de uma das hipóteses listadas no art. 135 do CTN e assim não o faz, bem como constando o nome na CDA inadvertidamente, pode a parte se insurgir contra a execução por meio da exceção de pré-executividade.

Pois a simples presença do nome do administrador na CDA, sem, contudo, nenhuma indicação de sua responsabilidade, não é capaz de demonstrar a autuação como corresponsável pelo débito, o que gera nulidade da CDA em seu nome e independe de dilação probatória.

A prova documental da ilegitimidade passiva também reforça o uso da exceção, por exemplo, quando comprovado que o imóvel objeto da execução fiscal foi vendido em data anterior à incidência do IPTU, por meio de escritura de compra e venda no Registro Imobiliário, pois é oponível *erga omnes*, não podendo o município exigir o tributo do antigo proprietário, sendo caso de extinção da execução.

Portanto, um dos casos mais comuns de emprego da exceção como defesa processual é a ilegitimidade passiva, que se dá, inclusive, quando o Fisco dirige a execução contra o novo sócio, enquanto a incidência tributária se deu na gestão do antigo sócio.

4 Prazo para a exceção de pré-executividade

As matérias argúveis na exceção de pré-executividade, por serem de ordem pública, não possuem prazo processual preclusivo, haja vista que o que é nulo é inexistente e pode ser alegado a qualquer tempo ou grau de jurisdição.

A exceção de pré-executividade permite ao devedor obter a extinção do procedimento executivo mediante discussão de matérias de ordem pública, aquelas cognoscíveis de ofício e a qualquer tempo pelo juízo. Tratando-se de questionamentos consistentes em alegado descumprimento contratual, fazendo-se necessária a comprovação de adimplimento do débito, dilação probatória, referidas explanações não devem ser ventiladas por intermédio de exceção de pré-executividade (TJMG - Agravo de Instrumento Cível 1.0000.21.111740-3/001, Rel. Des. Fabiano Rubinger de Queiroz, 11ª Câmara Cível, j. em 22/9/2021, p. em 22/9/2021).

5 Efeito suspensivo à exceção

Outro ponto controvertido é a possibilidade de efeito suspensivo que é dado a exceção de pré-executividade.

A questão passa pela naturalidade dessa medida, pois, se há nos autos praça pública marcada e o devedor ingressa com a medida alegando e comprovando que não é parte legítima e que o bem não lhe pertence, não há como não suspender a praça com a abertura de vista ao exequente, sob pena de causar graves prejuízos a terceiro.

Assim, tal como a medida carecer de previsão legal é admitido pela doutrina e jurisprudência, de modo que, presentes os requisitos legais, o juiz deverá conceder o efeito suspensivo, pois o art. 919, § 1º, do CPC prevê que o juiz poderá atribuir efeito suspensivo aos embargos à execução quando presentes, mas que, no caso da exceção, estará a desnecessidade de garantia do juízo:

- (a) requerimento do embargante;
- (b) relevância da argumentação;
- (c) risco de dano grave de difícil ou incerta reparação.

Portanto, o juízo deverá observar os princípios acima independentemente de garantia do juízo para deferir o efeito suspensivo à execução, sob pena de causar prejuízo à parte excipiente.

6 Conclusão

A exceção de pré-executividade é sim instrumento processual legítimo e ao qual, inclusive, pode ser atribuído efeito suspensivo, como forma de se conhecer de matérias de ordem pública pautadas em prova documental, sendo oponível a qualquer tempo e grau de jurisdição.

Referências:

ASSIS, Araken de. *Manual do processo de execução*. Porto Alegre: Fabris, 1987.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Direito e processo: influências do direito material sobre o processo*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

BOJUNGA, Luiz Edmundo Appel. A exceção de pré-executividade. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 55, p. 67, jul./set. 1989.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A execução na teoria geral do direito processual civil*. 1972. 214 f. Tese (Livre Docência) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 1972.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Execução civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 1996. v. 2 e 3.

GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. 2. ed. São Paulo: RT, 1995.

LACERDA, Galeno. Execução de título extrajudicial e segurança do juízo. *Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul – Ajuris*, Porto Alegre, v. 23, p. 7-15, nov. 1981.

LIEBMAN, Enrico Tulio. *Processo de execução*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1980.

LIMA, Alcides Mendonça. *Comentários ao Código de Processo Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1993.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. *Embargos à execução*. São Paulo: Saraiva, 1996.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. São Paulo: Saraiva, 1998.

NERY JUNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 5. ed. São Paulo: RT, 1999.

PEREIRA, Tarlei Lemos. Exceção de pré-executividade. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 760, fev. 1999.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Dez anos de pareceres*. São Paulo: Francisco Alves, 1975.

ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.

SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997.



THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 16. ed. São Paulo: Forense, 1996. v. 2.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de execução*. 21. ed. São Paulo: Leud, 2002.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 1998.