



Curso de Pós Graduação em Direito Tributário e Finanças Públicas

DENIS J. S. B. SARAUSA

DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL

Brasília – DF

2015



DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL

Monografia apresentada como um dos requisitos à obtenção título de Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Tributário e Finanças Públicas do Instituto Brasileiro de Direito Público – IDP.

DENIS J. S. B. SARAUSA

Brasília – DF

2015

DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL

Monografia apresentada como um dos requisitos à obtenção título de Especialista em Direito Tributário e Finanças Públicas, no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu em Direito Tributário e Finanças Públicas do Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP.

Aprovado pelos membros da banca examinadora em __/__/__, com menção _____ (_____).

Banca Examinadora:

Presidente: Prof.

Integrante: Prof.

Integrante: Prof.

DENIS J. S. B. SARAUSA

Brasília – DF

2015

Resumo

O tema abordado para consecução da presente monografia se limita tão somente a uma abordagem *strictu sensu* acerca do tema escolhido – exceção de pré-executividade como meio de defesa do contribuinte no processo fiscal. Ao passo que tal incidente processual, utilizado para discutir matéria de ordem pública na execução fiscal, a exemplo daquelas que não permitem dilação probatória, vem sendo amplamente utilizado por operadores do direito na área tributária, face a sua importância como meio de defesa. Para tal, o autor se utilizou do método qualitativo de pesquisa, o qual consiste na revisão bibliográfica, estudo da doutrina e pesquisas jurisprudenciais. Ainda, buscou-se por meio de pesquisas em doutrinas, artigos, leis e decisões dos tribunais demonstrar a importância da utilização da exceção de pré-executividade como meio de defesa do executado no âmbito da execução fiscal promovida pela Fazenda Pública. Sendo certo que o referido “recurso” visa garantir ao litigante contra fazenda um processo menos gravoso, já que sua admissão prescinde de preparo e garantia do valor executado. De modo que restou demonstrado que tal incidente processual é notadamente utilizado como mais um meio de defesa, além do próprio embargos do executado, tanto na esfera processual cível quanto tributária, cuja aplicação no mundo jurídico-social está aliada aos interesses daqueles operadores do direito que militam, especificamente na área tributária em defesa dos direitos do contribuinte. O presente estudo tem como escopo demonstrar de forma sintética a importância desse meio de defesa, expor suas peculiaridades e meios de aplicação. Apesar de sua importância e ampla utilização, a exceção de pré-executividade ainda é um instrumento de defesa controverso, pois não há previsão legal para sua admissão, sendo que sua admissibilidade está resguardada pela doutrina e jurisprudência majoritária. Nesse sentido, abre-se espaço para uma crítica acerca do novo CPC, o qual passa a vigorar em março de 2016, e que não traz nenhum dispositivo que resguarde aplicação do instituto da exceção. Sendo assim, o novo CPC deixa uma lacuna acerca da matéria, o que significa que sua admissão no caso concreto deverá permanecer a critério de cada julgador. Razão pela qual o direito ao contraditório e a ampla defesa podem ser prejudicados, demandando do advogado da causa maior acuidade nesses casos, uma vez que o direito do jurisdicionado não pode ser violado, devendo ser resguardado os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório nos moldes trazidos pela Constituição Federal em seu artigo 5º.

Palavras chave: Exceção. Pré-executividade. Execução. Fiscal.

Abstract

The theme approached to achievement of this monograph is limited solely to a strict sense approach on the chosen topic - Pre-execution exception as a defense of the taxpayer in the tax process. While such a procedural issue, used to discuss matters of public policy on tax enforcement, such as those that do not allow probative delay, has been widely used by legal professionals in the tax area, given its importance as a means of defense. For this purpose, the author used a qualitative research method, which consists in the literature review, study of the doctrine and jurisprudence research. Still, we sought through research in doctrines, articles, laws and court decisions demonstrate the importance of using the pre-execution exception by way of defense of the executed within the tax collection action filed by the Treasury. It being understood that such "resource" is intended to ensure the litigant against farm a less burdensome process, since its admission dispenses preparation and ensuring the run value. So that left shown that such procedural issue is especially used as another means of defense, in addition to the run embargoes own, both in the civil as tax procedural sphere, whose application in the legal and social world is allied with the interests of those legal professionals who militate, specifically in the tax area in defense of the taxpayer rights. This study has the objective to show synthetically the importance of such a remedy, exposing its peculiarities and means of implementation. Despite its importance and widespread use, with the exception of pre-execution is still a controversial defense instrument because there is no legal provision for their admission, and its admissibility is guarded by the doctrine and jurisprudence majority. In this sense, there is room for a critique about the new CPC, which goes into effect in March 2016, and that does not bring any device that protects application of the exception Institute. Thus, the new CPC leaves a gap on the matter, which means that admission in this case should remain at the discretion of each judge. Why the right to contradictory and full defense could be harmed, demanding the cause more accurately lawyer in such cases, since the right of the claimants can not be violated and should be safeguarded the constitutional principles of legal defense and the adversarial in molds brought by the Federal Constitution, article 5.

Keywords: Exception. Pre-execution. Execution. Supervisor.

SÚMARIO

INTRODUÇÃO.....	8
1 - A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL.....	13
2 – EXECUÇÃO FISCAL.....	17
II.I Embargos do devedor, ampla defesa e o contraditório no âmbito fiscal.....	19
II.II Da necessidade de garantia em juízo.....	22
3 - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.....	24
III.I - Origem do instituto.....	24
III.II - Doutrina.....	26
III.III - Jurisprudência.....	29
III.IV - Terminologia.....	30
III.V - Natureza Jurídica.....	31
4 – POSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA NA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE DE SÓCIO NÃO CONSTANTE DA CDA.....	32
IV.I – Arguição de ilegitimidade de sócio não constante da CDA.....	33
5 – ASPECTOS PROCESSUAIS DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.....	37

V.I - Legitimidade.....	37
V.II - Forma.....	38
V.III – Matéria a ser alegada.....	38
V.IV - Prazo.....	39
V.V - Procedimento.....	41
CONCLUSÃO.....	42
REFERÊNCIAS	44

Introdução

O presente trabalho acadêmico traz uma abordagem *strictu sensu* acerca do cabimento da exceção de pré-executividade no processo de execução fiscal, promovida pela Fazenda Pública em face do contribuinte. Por sua vez, a problemática consiste na utilização de tal instituto como meio de defesa do executado em faces dos excessos cometidos pela Fazenda Pública.

A hipótese formulada traz para o campo das discussões a aplicação da exceção de pré-executividade, suas características, legitimidade, forma, prazo e procedimento no processo executivo fiscal.

Sendo assim, o autor buscou por meio de pesquisas em doutrinas, leis e decisões dos tribunais superiores ressaltar a importância de um meio de defesa eficaz, a chamada exceção de pré-executividade, em face dos embargos do devedor de dívida fiscal.

Para o desenvolvimento da monografia, foi utilizado o método qualitativo de pesquisa que consiste na revisão bibliográfica acerca do assunto. A revisão da doutrina favoreceu a verificação dos conceitos e das teorias gerais do direito, além de possibilitar o contato com a evolução histórica da matéria e suas diversas vertentes conceituais.

As discussões no âmbito do estudo do direito são amplas e inesgotáveis, às vezes com vertentes e pontos de vistas diferentes, mas que em algum momento convergem para a mesma linha de pensamento do estudo ora formatado. O tema envolve legisladores, doutrinadores, advogados, promotores, juízes entre outros notáveis.

Em linhas gerais, os embargos à execução, apesar de não ser este o tema da monografia, o autor discorre que no processo de execução fiscal, via de regra, promovido pela fazenda pública em desfavor do contribuinte, explica que tal instituto é admitido como meio de defesa do executado, o qual deverá ser oferecido no prazo de 30 dias. Todavia, se faz necessário que o embargante ofereça bens à penhora como forma de resguardar o valor exequendo, conforme disciplina o artigo 16, da Lei de Execuções Fiscais (LEF).

Ressalta que a questão controvertida nasce a partir da leitura do art. 736 do Código de Processo Civil, o qual ao contrário da Lei de Execuções Fiscais, admite que os embargos poderão ser opostos sem garantia ao juízo.

Nessa esteira, ao citar Leandro Paulsen¹, este explica que o art. 736 do CPC não se aplica à execução fiscal, uma vez que existe norma especial, até porque o executado pode se valer de ação anulatória para discutir a dívida.

“É válido exigir a garantia do juízo para os embargos à execução fiscal, pois é dotado de efeito suspensivo, ao contrário dos embargos do executado previstos no CPC.”

Sendo certo que diferentemente dos embargos à execução a jurisprudência passou a admitir o incidente processual da exceção de pré-executividade para discutir matérias de ordem pública, ou seja, aquelas em que o juiz deve conhecer de ofício, nos próprios autos do processo de execução sem necessidade de dilação probatória.

O que se busca nos capítulos seguintes, após uma breve citação acerca dos embargos, é demonstrar que a exceção de pré-executividade nasce da incansável luta do advogado pela defesa dos direitos. E nesse sentido, ressalta a

¹ PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora; ESMAFE, 2009

importância de Pontes de Miranda como precursor da matéria no meio jurídico e social.

A partir de sua arguição nos idos de 1966, o eminente jurista citado, em parecer proferido no mesmo ano, aponta que “a alegação de inexistência, da invalidade ou da ineficácia da sentença é alegável antes da expedição do mandado de penhora”, em sua obra, **Dez anos de Pareceres**².

E como tal deixou de forma meritória sua constatação nos meios jurídicos e acadêmicos que a exceção de pré-executividade, mesmo sendo frequentemente utilizada, precisa ser melhor embarcada no texto legal. O que para sua decepção e ampla maioria dos militantes do direito ainda não ocorreu.

De modo que cabe ao Congresso Nacional legislar sobre a matéria com vistas a criar uma lei que normatize a aplicação do incidente com vistas a estender o amplo direito de defesa e do contraditório nos processos tributários, positivando de uma vez por todas o cabimento de tal medida.

Portanto, resta evidente tratar-se de um incidente processual, fundamental e decisivo em vários casos jurídicos, cujo pano de fundo visa discutir exclusivamente matéria de ordem pública, ou seja, aquela em que o juiz tem a obrigação de manifestar-se na primeira oportunidade, mas que ao deixar de fazê-lo, abre espaço para que a parte se manifeste por meio da competente exceção de pré-executividade.

Por sua vez, o problema consiste na viabilidade processual de tal “recurso” como meio de defesa do contribuinte na execução fiscal, aceitação pelo judiciário como medida excepcional para atacar matéria de ordem pública, o qual deveria ser reconhecida de ofício pelo magistrado.

² MIRANDA, Pontes de. **Dez Anos de Pareceres**, Vol. 4, Rio de Janeiro, Livraria Francisco Alves editora S.A, 1975.

Sendo certo que o autor deixa evidente que tal medida não permite dilação probatória. Uma vez que a hipótese formulada visa trazer para o campo das discussões a exceção de pré-executividade criada a partir da jurisprudência, amplamente utilizada, a qual permite a discussão da dívida tributária sem a necessidade de garantir o juízo.

Noutro ponto, busca por meio dos estudos jurídicos e doutrinários, demonstrar que a exceção de pré-executividade sequer fora discutida no âmbito legislativo, tornando-a na maioria dos casos suscetível ao crivo dos magistrados que poderá ou não admiti-la, justamente pela falta de regulamentação legislativa que obrigue o seu conhecimento de plano.

Resta demonstrado que a utilização de tal medida é uma excepcionalidade admitida pela jurisprudência e doutrina para que a parte litigante contra a Fazenda Pública possa discutir qualquer matéria de ordem pública, uma vez que o executado busca promover a defesa de seus direitos e interesses, independentemente de prazo ou do oferecimento de bens a serem penhorados.

O que se busca com o presente estudo é demonstrar que o incidente processual traz peculiaridade, e o que o diferencia é a sua utilização como meio de defesa do executado que, ao contrário dos embargos à execução, uma vez interposto não obriga o pagamento da dívida em discussão, ou oferecimento de bens como garantia.

Para o ilustre doutrinador Araken de Assis³, “A exceção de pré-executividade só é aceita em caráter excepcional: havendo prova inequívoca de que a obrigação inexistiu, foi paga, está prescrita ou outros casos de extinção absoluta”. Ainda, quando demonstrado pelo executado eventual violação de matéria de ordem pública, é admitida a suspensão do andamento da exceção de pré-executividade em qualquer momento processual.

³ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 13. ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

Resta evidente na monografia que o juiz, após ciência da arguição do devedor, quanto a real progressão do viável processo legal, diante da verossimilhança do direito requerido, poderá suspender os efeitos da execução até que seja julgada a exceção de pré-executividade.

Com base nos estudos e pesquisas realizados, o autor apresenta as conclusões gerais e formula proposições, conforme o assunto, problema, objetivos e hipótese objetos desta monografia.

Evidente que o trabalho realizado não esgota o assunto e as questões suscitadas. Porém, objetiva também contribuir com a pesquisa realizada e com pontuações de fatos concretos, no estímulo e no avanço dos debates sobre as questões abordadas, o que evidencia sua discussão e debate no âmbito acadêmico.

1 – A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL

A exceção de pré-executividade é um instrumento que pode ser interposto no processo de execução pelo devedor, com o objetivo de extinguir a ação executiva, sob alegação de uma nulidade processual, que pode, inclusive, suspender a execução até seu julgamento.

O juiz deve se manifestar de ofício, diante do conhecimento de vício ou mácula, no conhecimento ou no curso do processo executivo, atuando também no mesmo sentido o devedor, a fim de evitar prejuízos decorrentes da ação executiva, deve se manifestar quando verificado alguma nulidade processual.

Olavo de Oliveira Neto considera a objeção um incidente processual, classificando-a de “incidente de pré-executividade”⁴, atribuindo a este instrumento uma defesa importante, pois vê nele relevância em prol de agilidade e efetividade no processo de execução.

Segundo o autor:

Através de pré-executividade pode-se chegar rapidamente à extinção de execuções nulas, em benefício da economia processual, evitando diversas diligências e atos processuais realizados inutilmente, e dispensando, também, a imposição de restrições (penhora) a quem, apesar de estar sendo executado, não é, claramente, devedor⁵.

Destaca-se na doutrina mais recente adotada por Teresa Arruda Alvim Wambier, a qual assevera que “o incidente de exceção de pré-executividade melhor

⁴ OLIVEIRA NETO, Olavo de - DIREITO PÚBLICO – 341 - Direito Processual Civil - Decisões judiciais. Vias de execução. Vias de recurso - p. 27–36, 2007. **Revista do Tribunal Regional Federal: 4ª Região.**

⁵ OLIVEIRA NETO, Olavo de - DIREITO PÚBLICO – 347 - Direito Processual Civil - Decisões judiciais. Vias de execução. Vias de recurso - p. 36-40, 2007. **Revista do Tribunal Regional Federal: 4ª Região.**

se denomina objeção de pré-executividade”⁶, conceito este que em nada muda o seu fim no processo executivo. Arruda Alvim, tratando assim da denominada objeção, lembra que tal distinção foi feita à perfeição por Chiovenda, tendo em vista, primordialmente, o “*critério da possibilidade de conhecimento ex officio*”.⁷

No entendimento de Teresa Arruda Alvim Wambier e Humberto Theodoro Júnior⁸ seria conveniente utilizar a expressão objeção de pré-executividade, pois seu objeto é matéria de ordem pública e, por esta razão, pode ser reconhecida de ofício pelo juiz, bem como é insuscetível de preclusão.

Por sua vez, Theodoro Júnior entende que o oferecimento da objeção de pré-executividade nas execuções fiscais somente é cabível quando versar sobre matéria de ordem pública. Segundo o ilustre jurista:

“de acordo com o art. 618 do CPC, incorre em nulidade o processo de execução quando o credor não dispõe de título executivo ou quando este não se apresente revestido de liquidez, certeza e exigibilidade. Esses verdadeiros pressupostos processuais devem ser aferidos de ofício pelo juiz e, ou isso, podem ser arguidos pela parte prejudicada, independentemente dos ônus dos embargos à execução. Basta uma simples petição no bojo dos autos (...). Enfim, não há razão para excluir-se a execução fiscal do alcance do art. 618 do CPC e, conseqüentemente, da exceção de pré-executividade.”⁹

⁶ ALVIM, Arruda, Direito processual civil – **Teoria geral do processo de conhecimento**, vol. II, São Paulo: RT, 1972, p. 17.

⁷ ALVIM, Alvim, Direito processual civil – **Teoria geral do processo de conhecimento**, vol. II, São Paulo: RT, 1972, p. 23.

⁸ Nelson Nery Junior e Rosa Nery se utilizam das expressões exceção e objeção de executividade. Dizem os ilustres juristas que enquanto a exceção de executividade é modalidade de defesa de direito material que dispensa segurança do juízo e que contém matérias que o juiz somente pode examinar a requerimento da parte, a objeção de executividade constitui meio de defesa que também dispensa segurança do juízo, mas em cujo bojo só podem ser alegadas matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo magistrado Nelson Nery Junior e Rosa Nery, **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**, 11.ª ed., São Paulo: RT, 2009, pp. 1073 e 1074, notas 5 e 7 ao art. 736.

⁹ . THEODORO JÚNIOR, Humberto, **Lei de execução fiscal**, 10.ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 135.

O art. 618 do CPC dispõe da seguinte forma:

Art. 618. É nula a execução:

- I - se o título executivo não for líquido, certo e exigível (art. 586);
- II - se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível (art. 586); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
- III - se o devedor não for regularmente citado;
- IV - se instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrido o termo, nos casos do art. 572.¹⁰

Também quanto a regra do dispositivo 791 do Código de Processo Civil admite amplitude de sua aplicação, acolhendo inclusive a suspensão do processo de execução, requerido em exceção de pré-executividade, caso hipótese de anterioridade de ação revisional em que seja discutido o valor do débito, nesse entendimento destaca-se jurisprudência do STJ.¹¹

Art. 791. Suspende-se a execução:

- I - quando os embargos do executado forem recebidos com efeito suspensivo;
- II - no todo ou em parte, quando recebidos os embargos do devedor (art. 739, § 2o); (Redação dada pela Lei nº 8.953, de 13.12.1994)
- III - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução (art. 739-A); (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
- IV - nas hipóteses previstas no art. 265, I a III;
- V - quando o devedor não possuir bens penhoráveis.¹²

¹⁰ BRASIL. Lei nº 5.869, 1973, art. 618

¹¹BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso especial. Ação de execução. Ação revisional anterior. Suspensão do processo executivo. Ausência de penhora. Exceção de pré-executividade rejeitada. 1. Ausentes quaisquer omissões no aresto recorrido, tendo em vista que fundamentadamente apreciados os temas do cabimento da exceção de pré-executividade e da suspensão do processo executivo. 2. A ação ordinária proposta para discutir a dívida executada suspende a ação de execução, relativa ao mesmo título, posteriormente proposta pelo credor quando e somente se garantido o juízo, requisito não caracterizado na hipótese presente. 3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp 590.482/SC, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, 3ª Turma, julgado em 04.11.2004, DJ 14.03.2005, p. 326)

¹² Brasil. Lei nº 5.869, 1973, art. 791.

Ressalta que a palavra "exceção" possui, no contexto analisado, o sentido de "defesa", e que para a interposição da mesma basta tão somente ao contribuinte arguir qualquer matéria de ordem pública, a exemplo da prescrição ou da decadência.

Nesse sentido, a utilização do incidente processual de exceção de pré-executividade no âmbito do processo fiscal tributário demonstra sua eficácia e singularidade como meio de objeção quanto às matérias de ordem pública.

Também é sabido que a exceção de pré-executividade não encontra previsão em nenhum diploma legal, ficando, inclusive, de fora do Novo CPC, qualificando-se como uma construção doutrinária, apoiada nos artigos 5º, incisos XXXV e LV da Constituição Federal, os quais asseguram que a lei não excluirá da apreciação do judiciário, lesão ou ameaça a direito, bem como o direito ao contraditório e a ampla defesa.

2 – EXECUÇÃO FISCAL

Assim como na execução comum, a execução fiscal é a busca de crédito por uma inadimplência. No caso da execução fiscal, trata de procedimento especial no qual a Fazenda Pública requer de contribuintes inadimplentes o crédito que lhe é devido, usando do poder judiciário para buscar este crédito. Para tanto, a Fazenda Pública, por meio do judiciário busca, junto ao patrimônio do executado, bens suficientes para o pagamento do crédito fiscal. Ou seja, é o processo no qual os entes federativos buscam satisfação do crédito público.

A atual Lei de Execução Fiscal (LEI Nº 6.830, de 22 de setembro de 1980) regula os procedimentos das execuções fiscais para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias,

Como na execução comum, a execução fiscal se baseia em título extrajudicial, que no caso em comento, se denomina CDA – Certidão de Dívida Ativa – o qual possui fundamentos suficientes para se buscar a cobrança da dívida, ao passo que esse goza de presunção de certeza e liquidez.

Os requisitos aos quais devem obedecer as Certidões de Dívida Ativa, estão elencados nos artigo 202 do Código Tributário Nacional. Ou seja, depois de gerado o crédito, seja tributário ou não, e não sendo pago, fica a Fazenda apta a escrever o débito administrativo, e, se mesmo assim o pagamento não for efetuado, apta a escrever na dívida ativa.

Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios:

Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

I – o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de

outros;
II – a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;
III – a origem e natureza de crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;
IV - a data em que foi inscrita;
V – sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.¹³

A execução fiscal tem como escopo garantir ao fisco um instrumento célere de cobrança da dívida ativa, ou seja, a Fazenda ingressa em juízo para a cobrança forçada do crédito tributário. Além da lei específica, ainda aplica-se subsidiariamente o Código de Processo Civil.

Como a Fazenda goza de presunção de legitimidade e legalidade, cabe ao contribuinte provar o contrário, ou seja, nessa situação, o ônus da prova se inverte. Trata-se de cognição sumária, ao passo de que não há debate sobre os fatos a serem interpretados, isso porque essa modalidade processual já possui a certeza do direito, quando esta já está materializada pelo título, seja judicial ou extrajudicial.

O debate não invade o campo meritório, na verdade, apenas versa sobre o fato do não cumprimento por parte de um dos litigantes de uma obrigação existente. A função do Estado se limita a atuar para que o devedor cumpra a prestação que está obrigado e não a fez de forma voluntária.

Existem algumas peculiaridades que permeiam esse rito processual. Diferente de outros, no processo de execução o devedor é citado para pagar ou nomear bens a penhora, não para oferecer defesa, ou contestação. Somente depois de efetuar a penhora e/ou segurar o juízo é que o devedor, por meio de embargos do devedor, poderá se opor à execução – de forma fundamentada.

¹³ BRASIL. Lei nº 5.172, 1966, art. 202.

II.I – Embargos do devedor, ampla defesa e o contraditório no âmbito fiscal

São ações autônomas, de natureza desconstitutiva ou constitutiva negativa e tem por escopo obstar o processo de execução. No caso da execução fiscal, o embargo é uma espécie de ação judicial destinada à defesa do contribuinte devedor de algum crédito tributário.

Segundo o artigo 739-A, do CPC, os embargos não possuem efeito suspensivo, além de que trata-se de ação distribuída por dependência na ação de execução fiscal.

Art. 739-A, do CPC

Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1o O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

Os embargos à execução fiscal podem ter efeito suspensivo desde que:

- a) se houver o requerimento do embargante,
- b) relevância da argumentação,
- c) risco de grave dano de difícil ou incerta reparação e,
- d) **garantia integral do juízo através de penhora, depósito ou caução referente ao crédito tributário devido.**¹⁴ Grifo nosso.

No tocante ao item “d” chama a atenção para o fato de que há exigência expressa da garantia integral ou caução do crédito tributário, sob pena de não ser conhecida a ação de defesa do contribuinte. Enquanto que na exceção de pré-executividade o excipiente se opõe a execução sem que haja obrigatoriedade do cumprimento de tal exigência.

¹⁴ BRASIL. Lei nº 5.869, 1973, art. 739 – A.

Diz o art. 16, III, da Lei 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal):
“O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias contados:
I – do depósito;
II – da juntada da prova da fiança bancária;
III – da intimação da penhora.”¹⁵

Para o ilustre professor Nelson Nery Jr. os embargos, “Fazem as vezes de recurso, já que se dirigem contra decisões judiciais, as ações autônomas de impugnação, exercitadas em processo distinto em relação àquele que lhe deu origem.”¹⁶

Ou seja, embora terem o objetivo de impedir a expropriação de bens do devedor através do processo de execução, os embargos se mostram inconvenientes, pois só podem ser opostos depois de realizada a garantia do juízo.

Os embargos de devedor são largamente lembrados quando há questionamento quanto a ausência de contraditório no processo de execução. Mostra-se claro que é o meio mais utilizado pelos executados, porém não se mostra suficiente para garantir o tão clamado devido processo legal, isso porquê, os embargos do devedor estão condicionados à prévia garantia do juízo, o que se torna uma agressão ao patrimônio do devedor, e limita o acesso a ampla defesa.

O inciso LIV, art. 5º, da Constituição Federal de 1988, assegura que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Com efeito, os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal jamais serão respeitados se a defesa do executado estiver restrita aos embargos, posteriormente à penhora.

A rigor do que dispõe a CF/88 sobre o direito sagrado a ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal resta evidente que além dos embargos do

¹⁵ BRASIL. Lei nº 6.830, 1980, art. 16, III

¹⁶ NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ª edição. São Paulo: Editora RT, 2004. p.106

devedor, cabem outros meios de defesa a fim de resguardar tais princípios.

O devedor não deve ser restringido apenas ao oferecimento dos embargos, uma vez que este meio de defesa pode priva-lo de seus bens. Sendo certo que em caso de defeito processual, no tocante a matéria de ordem pública, poderá haver prejuízos insanáveis.

Porém, não se pode generalizar, pois ao passo que pode o credor ter razão ao buscar o cumprimento de certa obrigação, este também pode está utilizando-a indevidamente, seja em face de pessoa errada, seja fundada em dívida prescrita, em título viciado por alguma nulidade ou por qualquer outra razão.

Com isso, pode-se dizer que esses, indevidamente executados, são prejudicados por uma legislação processual completamente voltada para a proteção da Fazenda, ao passo que não lhe é oferecido a oportunidade de defesa sem que sofra a constrição de seus bens.

Precisa ser desmitificada a ideia de que o processo de execução não é compatível com o contraditório, visão esta contrária ao direito atual e com os princípios legais da ampla defesa e do contraditório.

Para tanto, o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988 assegura o contraditório e a ampla defesa a todos os litigantes, não fazendo nenhuma distinção entre processos judiciais, ou seja, o processo de execução também deve observar esse princípio.

Assim dispõe a Constituição Federal:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa,

com os meios e recursos a ela inerentes;¹⁷

Ainda, convalidando esta ideia, o inciso LIV, também do artigo 5º, determina que ninguém será privado dos seus bens sem o devido processo legal, senão vejamos:

LIV – ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Vislumbrando esta grande distância, e essa feroz ameaça aos direitos de defesa do executado, Pontes de Miranda, inovando na doutrina, propôs a exceção de pré-executividade como forma de defesa de devedor.

II.II – Da necessidade de garantia em juízo

A oposição dos embargos a execução fiscal, precede de garantia, pois é condição para apresentação, que busca desconstituir o título executivo.

A apresentação de garantia insuficiente em relação ao valor total do juízo inviabilizaria a oposição dos embargos, segundo o que regula artigo 16 da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal):

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

I - do depósito;

II - da juntada da prova da fiança bancária;

III - da intimação da penhora.

§ 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.

(...)

¹⁷ BRASIL. Constituição Federal 1988. Art. 5º, LV.

Baseando-se no dispositivo citado, a garantia do juízo é condição para se opor os embargos à execução, tendo o executado 30 dias para fazê-lo, contados do depósito, da juntada da prova da fiança bancária ou da intimação para penhora.

Sendo assim, os embargos à execução fiscal é um meio de defesa, na qual o executado tem por obrigação para sua oposição, garantir a dívida, o que não ocorre com a exceção de pré-executividade, que, inclusive, pode ser apresentada em qualquer momento da execução.

3 – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A exceção de pré-executividade é um instituto processual que há tempos vem sendo utilizado em nosso ordenamento jurídico como meio de defesa que dispõe o devedor, quando executado. Criada pela doutrina e amplamente respaldada pela jurisprudência majoritária, firmou-se no direito com o efeito de garantir ao executado a arguição de determinadas matérias independentemente de garantia do juízo.

Para a oposição dos embargos, principal instrumento de defesa em sede do processo de execução fiscal, o devedor deve garantir em juízo para opor os embargos. Diante da existência de questões de ordem pública ou que deveriam ser reconhecidas de ofício pelo juiz, sem necessidade de dilação probatória, parecia injusto sujeitar o executado a constrição de seus bens, para tais casos, tem-se a utilização da exceção de pré-executividade, interponível por simples petição e sem maiores formalidades.

III.I - Origem do instituto

A exceção de pré-executividade teve origem no Parecer nº 95 de Pontes de Miranda, grande marco histórico, elaborado em 30 de julho de 1966, a pedido da Companhia Siderúrgica Mannesmann.

Tinha como base a seguinte sustentação:

“Alguns credores formularam pedidos de abertura de falência contra a empresa em comento, que restaram indeferidos, sob o fundamento de que se baseavam em títulos falsos. Com isso, não satisfeitos, os credores usaram da ação executiva de títulos extrajudiciais – que já tinham suas falsidades decretadas judicialmente”.

Com o recebimento da execução, geraria como efeito a penhora de tantos bens quantos fossem necessários para que o “crédito” fosse garantido. E só depois de garantidos, a Companhia poderia alegar suas matérias de defesa através dos embargos à execução.

Diante desse grande inconveniente, ao passo que uma execução com base em títulos falsos daria ensejo à invasão do Estado no patrimônio da empresa, o ilustre jurista Pontes de Miranda, propôs parecer, no qual reconheceu a possibilidade de apresentação de defesa incidental na própria execução, ou seja, independente de penhora.

Pontes de Miranda foi o precursor do uso da exceção de pré-executividade, para quem o referido instituto constituía um instrumento utilizado como meio de defesa para atacar os vícios da execução, sem que houvesse a necessidade de realizar-se penhora ou a oposição de embargos.

Vale destacar alguns trechos do parecer:

“Se alguém entende que pode cobrar dívida que consta de instrumento público, ou particular, assinado pelo devedor e por duas testemunhas, e o demandado – dentro das vinte e quatro horas – argúi que o instrumento público é falso, ou de que a sua assinatura, ou de alguma testemunha é falsa, tem o juiz de apreciar o caso antes de ter o devedor de pagar ou sofrer penhora (...).

A penhora ou o depósito somente é de exigir-se para a oposição de embargos do executado; não, para a oposição das exceções e de preliminares concernentes à falta de eficácia executiva do título extrajudicial ou da sentença.

O que é declarável de ofício ou decretável de ofício é suscetível entre o despacho do juiz e o cumprimento do mandado de citação ou de penhora.”

Após as considerações de Pontes de Miranda, muitos doutrinadores atentaram para exceção de pré-executividade, e em sua grande maioria, como

diversos tribunais, manifestou entendimento favorável à admissão do instituto.

Assim, a exceção de pré-executividade nasce a partir de uma construção doutrinária e jurisprudencial carente de previsão legal expressa. Concebida originariamente como meio de defesa do executado para atacar vícios no título executivo representativos de ausência das condições da ação de execução.

Ao longo dos anos, se tornou referência para pré-questionar execuções manifestamente ilegais.

III.II – Doutrina

Pode se dizer, sem estranheza alguma que hoje a exceção de pré-executividade é largamente defendida pela maioria e esmagadora doutrina pátria. É espantosa a difusão que este instituto trouxe ao mundo jurídico.

A exceção de pré-executividade é bem visita, e tem grande importância e eficácia na praxe jurídica. Tem como fortes doutrinadores e defensores deste instituto, como: Humberto Theodoro Jr., Araken de Assis, Luiz Edmundo Appe Bojunga, Nelson Nery Junior, Ernane Fidélis dos Santos, entre muitos outros. E mesmo alguns que não usam o nome “exceção de pré-executividade, mas também são defensores da prática do instituto criado por Pontes de Miranda, como por exemplo o mineiro Ernane Fidélis dos Santos, quando em sua doutrina diz:

Para que se defira a execução, basta que o título, em aparência, revele liquidez, certeza e exigibilidade.. Se tal não acontecer e, mesmo assim, a execução for deferida, é lógico que o executado poderá alegar o vício, em grau de embargos, mas não necessariamente, pois, se o Juiz, em qualquer fase do processo, deve, de ofício, reconhecer a nulidade, pode também fazê-lo provocado.¹⁸

¹⁸ FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. **Manual de Direito - Processual Civil**. São Paulo: Saraiva, 1989. V.3.

O que Ernane Fidélis traz não é nada menos que a exceção de pré-executividade, colocada de maneira simples, como realmente é o instituto.

Neste esteio, Araken de Assis defende que apesar de não haver previsão legal que discipline a matéria, é possível sua utilização como meio de defesa para discutir os elementos jurídicos sobre os quais o magistrado deveria reconhecer de ofício, vejamos:

Embora não haja previsão legal explícita, tolerando o órgão judiciário, por lapso, a falta de algum pressuposto, é possível o executado requerer seu exame, quiça promovendo a extinção da demanda executória, a partir do lapso de vinte e quatro horas, assinado pelo art. 652. Tal provocação de matéria passível de conhecimento de ofício pelo juiz prescinde de penhora, e, a fortiori, do oferecimento de embargos (art. 737,I).¹⁹

Complementando, Humberto Theodoro Jr.:

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 pressupostos processual, a arguição pode se dar por meio de simples petição nos próprios autos do processo executivo.²⁰

O mesmo entendimento tem o doutrinador Nelson Nery Junior, o qual também discorre que o devedor pode oferecer o incidente sem que para isso precise oferecer bens como garantia, senão vejamos:

Mesmo antes de opor embargos do devedor, o que somente pode ocorrer depois de seguro o juízo pela penhora, o devedor pode

¹⁹ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 13. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

²⁰ THEODORO JR., Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. 36 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

utilizar-se de outros instrumentos destinados à impugnação no processo de execução, notadamente no que respeita às questões de ordem pública por meio da impropriamente denominada exceção de pré-executividade... A possibilidade de o devedor, sem oferecer bens à penhora ou embargar, poder apontar a irregularidade formal do título que aparelha a execução, a falta de citação, a incompetência absoluta do juízo e outras questões de ordem pública, é manifestação do princípio do contraditório no processo de execução.²¹

Na mesma esteira, o mestre Vicente Greco Filho ensina que a exceção de pré-executividade poderá ser oferecida a qualquer momento, independente dos embargos:

Como os defeitos do art. 618 estão expressamente cominados como nulidade, o juiz pode reconhecê-los de ofício, independentemente de embargos do devedor. A matéria é de ordem pública, podendo ser arguida a qualquer tempo e por qualquer meio. Os embargos são a sede própria para a alegação de nulidades (art. 741), mas nas matérias do art. 618 qualquer oportunidade é válida.²²

Sendo certo, a rigor do que leciona os ilustre professores aqui já citados, a doutrina é pacífica quanto a existência, sua aplicação e eficácia da exceção de pré-executividade como meio de defesa do devedor.

Resta ainda demonstrado que não há tempo para sua oposição, ou independe de já ter sido apresentado os embargos. O certo é que matérias de ordem pública, as quais deveriam ter sido reconhecidas pelo magistrado, de ofício, e não o foi, é plenamente factível a apresentação do incidente processual.

²¹ NERY JR., Nelson. **Teoria Geral dos Recursos**. 6ª edição. São Paulo: Editora RT, 2004.

²² GRECO FILHO, Vicente. **Direito Processual Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000, 3v.

III.III – Jurisprudência

A fim de evitar decisões conflitantes acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) resolveu pacificar o entendimento, e com base na lei dos recursos repetitivos, editou a Súmula 393, a qual trata da admissibilidade da exceção de pré-executividade para os casos em que se dispensa o exame de provas, vejamos, “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”.

Assim decidiu o e. STJ quando do julgamento do Resp. 1.104.900/ES, confira:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL
AqRq no AREsp 41860 GO 2011/0112050-0 (STJ)

Data de publicação: 17/04/2012

Ementa: TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA. NOMES CONSTAM DA CDA NO POLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. ÔNUS DA PROVA QUE INCUMBE ÀQUELE QUE FOI INSCRITO EM DÍVIDA ATIVA. RESP 1.104.900/ES. SISTEMÁTICA DO ART. 543-C DO CPC . 1. Caso em que o Tribunal de origem, mantendo a sentença, concluiu que os agravantes, por constarem seus nomes na CDA, são responsáveis pelas obrigações tributárias apuradas no processo administrativo, "já que em momento algum comprovaram os requisitos do artigo 135 ,III, do CTN " (fl. 325). 2. Regularmente inscrito em dívida ativa, é o recorrente que tem o ônus de demonstrar que não se enquadra na hipótese legal de responsabilidade tributária, nos termos do que foi decidido pela Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.104.900/ES , da relatoria da Ministra Denise Arruda e que foi realizado na sistemática do art. 543-C do CPC . 3. Agravo regimental não provido.²³

Desta feita, o STJ entende que a exceção de pré-executividade é medida

²³ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial AGRG no Aresp 41860 GO 2011/0112050-0

processual de cunho restrito, sendo apenas admissível nos casos em que a situação jurídica seja demonstrável de plano, conhecidas de ofício pelo juiz sem que haja a necessidade de dilação probatória.

III.IV – Terminologia

Claro que, para começar, vale dar prioridade a Pontes de Miranda, por ter sido o primeiro a tratar do assunto no Brasil. Este atribuiu a terminologia “exceção de pré-executividade”. Junto ao Pontes de Miranda, Araken de Assis e Alberto Camiña defendem esta terminologia, aos seguintes argumentos:

Araken de Assis diz que:

a forma excepcional de oposição do devedor ao processo de execução fundada nos pressupostos processuais merece o rótulo genérico de exceção de pré-executividade, porque fulmina no nascedouro praeceptum e o ato executivo de constrição (depósito ou penhora).

Já para o doutrinador Alberto Camiña a exceção de pré-executividade é um meio de defesa interna dentro do processo executivo, vejamos:

a exceção de pré-executividade assume o caráter de dedução, pelo executado, de defesa interna ao processo de execução, tem subordinação ao gravame da penhora (...) exceção na prática é a alegação articulada pelo réu.²⁴

Contudo, como foi dito, a maioria dos doutrinadores divergem quanto a terminologia. Dentre eles estão Luiz Peixoto de Siqueira Filho, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery. Estes defendem a utilização da expressão “objeção de

²⁴ MOREIRA, Alberto Camiña. **Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade**. São Paulo: Saraiva, 1998

pré-executividade”. Com o argumento de que as exceções estariam enquadradas nas defesas que dependem de alegação da parte, e as objeções nas defesas que não dependem de alegação da parte.

Outro argumento usado é que na exceção de pré-executividade só pode ser alegado matéria de ordem pública, o que torna o termo objeção mais adequado.

Neste esteio, pesa pelo uso da terminologia “exceção de pré-executividade”, isso porque se encontra bem fundamentada, e já está bem popularizada na doutrina atual.

III.V – Natureza Jurídica

No tocante a natureza jurídica da exceção de pré-executividade, verifica-se que existem na doutrina, várias posições conflitantes.

A primeira se restringe a dizer que a exceção de pré-executividade tem natureza de objeção, pois são matérias que podem ser reconhecidas de ofício, não sendo o devedor único legitimado para alegá-las.

Contraopondo a primeira, existe uma segunda posição, que coloca a natureza da exceção de pré-executividade como uma defesa do executado, isso porque, para quem defende essa ideia, defesa é toda argumentação de oposição ao pedido de outrem, e que tal atividade é típica do pólo passivo.

No entanto, a corrente majoritária tem entendido que o instituto possui caráter incidental, vez que estabelece uma relação de causalidade entre a solução do incidente e o êxito da execução.

4 – POSSIBILIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA NA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E ARGUIÇÃO DE ILEGITIMIDADE DE SÓCIO NÃO CONSTANTE DA CDA

Como já dito anteriormente a exceção de pré-executividade foi concebida originariamente como meio de defesa do executado para atacar vícios no título executivo, representativo de ausência das condições da ação de execução. Portanto, carente de uma construção legal expressa, doutrinária e jurisprudencial.

Suas razões são fundadas nos princípios da celeridade e utilidade processual, as quais ampliaram a admissibilidade da exceção de pré-executividade. Tal medida passou a ser utilizada para alegação de questões de mérito que inviabilizassem a execução, como a decadência, a prescrição e o pagamento do crédito tributário, no entanto, devem ser de plano comprovadas, uma vez que na exceção de pré-executividade não há dilação probatória.

O fato de não haver espaço para dilação probatória não significa que a alegação precise ser fundada somente na CDA. No nosso direito, dilação probatória significa produção de prova que não pode ser realizada em um só ato, como a prova pericial ou a testemunhal. No tocante à prova documental, esta deve ser produzida de imediato, com a simples juntada do documento, a rigor da possibilidade do manejo na exceção de pré-executividade.

Nesse sentido:

“(...) doutrina e jurisprudência têm sido inequívocas em rejeitar o cabimento de exceção de pré-executividade que demande “dilação probatória”, excluída notadamente a prova testemunhal. Não se afigura ser esse, no entanto, o caso da prova documental, cuja produção e análise requerem cognição com profundidade compatível com a ação executiva. Assim, a priori, a prova documental não se mostra incompatível com o instituto da exceção de pré-executividade,

e, por isso, não se vislumbra motivo para afastar, de plano, o conhecimento da exceção.”²⁵

Ao passo que a matéria alegada esteja incluída dentre aquelas passíveis de conhecimento em exceção de pré-executividade. Sendo certo que esta não incorrerá em dilação probatória caso se fundamente no próprio título executivo ou em documento juntado, desde que do documento resulte claramente o fato que se pretende provar e que sua falsidade não seja arguida fundamentadamente pela parte contrária.

IV.1 – Arguição de ilegitimidade de sócio não constante da CDA

Pressupõe o CTN que o lançamento é ato administrativo plenamente vinculado, o qual impõe como condição de validade a comprovação do pressuposto de fato autorizador de sua edição, qual seja, a ocorrência do fato gerador. Exige-se ainda a devida motivação que enquadre o fato provado à hipótese de incidência tributária e que identifique quem deve responder pela obrigação tributária, nos termos do art. 142 do mesmo *codex*. Esse, aliás, o entendimento do CARF - Conselho de Contribuintes:

OMISSÃO DE RENDIMENTOS – AUSÊNCIA DA DECLARAÇÃO DE AJUSTE ANUAL – IMPOSSIBILIDADE DA COMPROVAÇÃO DA OMISSÃO DE RENDIMENTOS APONTADA PELA FISCALIZAÇÃO - Na forma do art. 142 do Código Tributário Nacional, é ônus da autoridade atuante juntar aos autos as provas que demonstrem a materialidade e a autoria da infração tributária. Não havendo documentação que comprove a omissão de rendimentos imputada ao

²⁵ BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Agravo de Instrumento 2002.02.01.026617-7. Relatora: Des. Fed. Vera Lúcia Lima. Publ. no DJ de 22/05/2003, p. 206.

recorrente, deve-se prover o recurso do contribuinte. Recurso voluntário provido.²⁶

Para tanto, a identificação do sujeito passivo, acompanhada da devida prova e fundamentação, é matéria a ser explicitamente exteriorizada pelo lançamento. Logo, nos casos em que a Fazenda pretenda imputar a responsabilidade tributária diretamente ao sócio-gerente, pela configuração de uma das hipóteses do art. 135 do CTN, tais situações devem restar demonstradas e motivadas na esfera administrativa quando da feitura do lançamento. E não é só. Conforme visto, a oportunidade de impugnação pelo sujeito passivo é que dota a obrigação tributária da necessária certeza para que seja inaugurada a via executiva.

Sendo assim, os sócios-gerentes devem então ser notificados do lançamento que se fundamente no art. 135 do CTN, não basta para tanto apenas a notificação da sociedade. Isso porque as matérias de interesse de ambos são distintas, uma vez que o sócio-gerente terá o interesse em demonstrar a inexistência daquelas hipóteses previstas no art. 135 do CTN, matéria que pode não ser alegada pela sociedade.

Com isso, a CDA que traga consigo o nome dos sócios só será apta a autorizar a inclusão destes no polo passivo da execução caso o lançamento que lhe dá origem tenha se fundamentado no art. 135 do CTN, acompanhado da comprovação de ocorrência das situações ali previstas e da notificação regular do sócio-gerente.

Caso isso não se verifique, a inclusão do sócio no polo passivo da execução fiscal poderá ser combatida com exceção de pré-executividade, sob a alegação de inexistência de correspondência entre a CDA e o lançamento, a ensejar a nulidade

²⁶ BRASIL, Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, 1º Conselho de Contribuintes, 6ª Câmara. Acórdão nº 106- 16962. Processo: 13708.000506/2001-92. Recurso: 152129. Data da Sessão: 26/06/2008 00:00:00. Relator Cons. Giovanni Christian Nunes Campos.

daquela, nulidade que também decorre da supressão do devido processo legal administrativo, garantido pela Constituição e pelo CTN. Tal alegação pode ser facilmente comprovada de plano com a juntada do processo administrativo que dá origem à CDA, cuja menção em seu corpo é de resto requisito obrigatório (LEF; art. 2º, §5º, VI e CTN; art. 202, V). Caso não conste dos autos do processo administrativo termo escrito (CTN; art. 196) atestando a regular notificação do sócio-gerente para oferecimento de impugnação contra lançamento fundado no art. 135 do CTN, restará provada a nulidade da CDA.

Conclui-se que o simples fato de ter o nome do sócio constado da CDA não é critério válido para se obstar o manejo da exceção de pré-executividade quando inexistente a correspondência com o lançamento e sem a prévia possibilidade de participação do sócio na formação e confirmação do lançamento na esfera administrativa.

Porém, mesmo quando o lançamento se funde no art. 135 do CTN e tenha havido regular notificação do sócio-gerente, com sua manutenção na esfera administrativa, a exceção de pré-executividade será meio hábil à impugnação quando se demonstre de plano faltar ao lançamento provas da conduta ilícita do sócio-gerente. É o caso, por exemplo, de prova documental, pela juntada de atos societários devidamente registrados no órgão competente, de que o sócio-gerente se encontrava desligado das funções de administração quando da data da ocorrência do fato gerador, sem que a Fazenda tenha comprovado, no processo administrativo, que o mesmo continuava a exercer de fato a administração da sociedade (o que se prova também com a juntada do inteiro teor do processo administrativo).

Conclui-se, assim, que a necessidade de embargos do devedor (ou outra ação de conhecimento) para defesa do sócio-gerente só será imprescindível em caso de ter havido sua regular notificação para impugnação de lançamento fundado no art. 135 do CTN e embasado em provas da ocorrência das situações lá descritas,

com a manutenção do lançamento em caso de improcedência da impugnação ou inércia do sócio-gerente em oferecê-la.

Nesse sentido, apenas a estes casos é aplicável a jurisprudência do STJ, se adequadamente compreendida em consonância com as normas que regem a formação do título executivo da dívida tributária.

Caso contrário haverá verdadeira premiação de ilegalidades da Fazenda Pública no que toca à inclusão indiscriminada dos sócios-gerentes sem o prévio conhecimento e acerto administrativo. Isso porque tal prática implicará permissão para a inclusão de seus nomes em cadastro de devedores com negativa à certidão de regularidade fiscal, a agressão ao seu patrimônio e a submissão forçada a uma discussão judicial infundada, o que representa verdadeiro constrangimento ilegal e coação indireta (sanção política) sobre os sócios para obter o pagamento de tributos, prática reiteradamente rechaçada pela jurisprudência do Supremo (Súmulas 70, 323 e 547).

Em suma, a necessidade de ação de conhecimento (como os embargos do devedor) só deve ser exigida quando o reconhecimento da ilegitimidade passiva tiver de passar pela desconstituição da demonstração de que os sócios agiram ilicitamente nos termos do art. 135 do CTN, feita pela Fazenda quando da fiscalização e lançamento.

Não é lícito subverter o princípio geral segundo o qual deve ser presumido que todos agem de boa-fé e em respeito às normas jurídicas, imputando aos sócios o dever de provar que não cometeram qualquer infração, quando é a Fazenda que deve comprovar a conduta infracional. Deve então ser aberta aos sócios, com o perdão da repetição de palavras, a possibilidade de “comprovar que a Fazenda não comprovou” a conduta dolosa ou culposa, e não exigir que façam prova material da inexistência das situações previstas no art. 135 do CTN, por consistir em inversão do ônus da prova em franca contrariedade ao art. 142 do CTN.

5 – ASPECTOS PROCESSUAIS DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A exceção de pré-executividade é um incidente processual, que deverá ser peticionado nos próprios autos da execução, não há recolhimento de custas nem garantia da execução. Por tais requisitos é um instituto muito utilizado pela defesa para arguição de matéria de ordem pública e/ou nulidades.

IV.I – Legitimidade

A maior parte da doutrina entende que são legítimos todos aqueles que podem figurar no polo passivo do processo executivo, como assim dispõe o art. 568, do CPC:

Art. 568. – “São sujeitos passivos na execução:
I – o devedor, reconhecido como tal no título executivo.
II – o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor;
III – o novo devedor, que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo;
IV – o fiador judicial;
V – o responsável tributário, assim definido na legislação própria.²⁷

A doutrina também admite em determinados casos o oferecimento do instituto por terceiros, desde que sejam juridicamente interessados.

Por último, também é legítimo aqueles que foram equivocadamente citados, ou seja, aqueles que foram de forma errônea indicados pelo autor na petição inicial.

²⁷ BRASIL. Lei nº 5.869, 1973, artigo 568.

IV.II – Forma

Não há divergência quanto a forma, inclusive já é posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. A exceção de pré-executividade deverá ser oposta por meio de simples petição nos próprios autos, sendo dispensadas as formalidades prescritas no art. 282 do CPC.

Isso porque, o que o executado quer mostrar ao juiz é apenas alertá-lo de determinada ausência dos requisitos da execução.

IV.III – Matéria a ser alegada

Há dois entendimentos quanto a alegação de matéria na exceção de pré-executividade. Uma parte da doutrina entende que sua utilização se limita a matéria de ordem pública, e a outra estende a arguição de matéria.

A doutrina que entende expandir a matéria arguível é composta por grandes doutrinadores, como: Alberto Camiña, Araken de Assis e Leonardo Greco. Estes entendem que pode-se arguir na exceção de pré-executividade não só matéria de ordem pública, como também o excesso de execução, pagamento, prescrição, decadência, compensação, anulabilidades.

A jurisprudência acompanha tal entendimento, expandindo a abrangência da exceção de pré-executividade.

O que resta claro no seguinte julgado:

TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.

1. As matérias passíveis de serem alegadas em exceção de pré-executividade não são somente as de ordem pública, mas também os fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente, desde que comprovados de plano, sem necessidade de dilação probatória.

2. É possível arguir-se a prescrição por meio de exceção de pré-executividade, sempre que demonstrada por prova documental inequívoca constante dos autos ou apresentada juntamente com a petição.

3. A Corte Especial, no julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n.º 388.000RS (acórdão ainda não publicado), por maioria, concluiu se possível alegar-se prescrição por meio de exceção de pré-executividade.

4. Embargos de divergência improvidos.

(PROCESSO: ERESP 615272; EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL 20040094035-5. Relator (a): Ministro Castro Meira)²⁸

Com isso, fica evidenciado que não só a doutrina como a jurisprudência entende pela majoração das matérias argúveis na exceção de pré-executividade, não se limitando, assim, somente a matéria de ordem pública.

Nesse esteira, ressalta que a exceção de pré-executividade também seria admissível nos casos de prescrição intercorrente, uma vez que esta deve ser conhecida de ofício pelo julgador, e por também não depender de dilação probatória.

Sendo certo que a prescrição intercorrente é aquela que se verifica no curso da demanda, quando a parte se mantém inerte na prática de atos processuais, permitindo a paralisação do processo injustificadamente.

IV.IV – Prazo

Ao contrário dos embargos à execução que estabelece 30 dias para sua oposição, conforme preconiza o art. 736 do CPC; na exceção de pré-executividade não há prazo para sua interposição. Sendo assim, conclui-se que a exceção poderá ser manifestada em qualquer momento até a extinção do processo de execução,

²⁸ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, ERESP 615272; EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO RECURSO ESPECIAL 20040094035-5, Ministro Castro Meira

uma vez que matérias processuais de ordem pública podem ser interpostas a qualquer tempo, sendo responsabilizado o réu somente pelas custas do retardamento, pela disposição do artigo 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005)

§ 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento.²⁹

De modo que há a possibilidade de o juiz conhecer a qualquer tempo das questões relativas aos pressupostos processuais, seguindo esse raciocínio a 4ª Turma do STJ que proclamou que a exceção, formulada nos autos da execução, não depende “do prazo fixado para os embargos do devedor”.

Para Arakem de Assis,³⁰ como não existe prazo para apresentar a exceção de pré-executividade, “perder o direito de praticar o ato” não parece coerente. Já para Lenice Silveira Moreira, as objeções podem ser arguidas em qualquer grau de jurisdição:

“O direito de excepcionar, que vem ao encontro do próprio interesse do Estado de que o seu órgão, na relação processual, o juiz seja compatível e exercera sua função no processo, pode ser exercido em qualquer tempo, ou grau de jurisdição”.³¹

Em face do exposto, denota-se que toda vez que se constatar a possibilidade de manejo do incidente de exceção de pré-executividade, nos casos de matéria de ordem pública, deve o executado buscar exercer os seus direitos

²⁹ Brasil. Lei nº 5.869, 1973, artigo 267.

³⁰ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**, 11ª edição, RT, p.1068.

³¹ MOREIRA, Lenice Silveira. **A exceção de pré executividade e o juízo de admissibilidade na ação executiva**. – ano 99 - caderno 3 - p. 102

como forma de garantir os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

IV.V – Procedimento

Pode ser proposta nos próprios autos da execução, normalmente por simples petição que contenha argumentos e fundamentos que entende prejudicial a execução, juntamente com documentos que deseja juntar para comprovar suas alegações.

Quanto as provas, vale destacar que não se admite dilação probatória na exceção, razão pela qual a prova é documental e pré-constituída.

Recebida a exceção, o juiz deve promover o contraditório, para que o exequente se manifeste a respeito da arguição da execução, dando-lhe um prazo razoável para tal. Findado o prazo, o juiz deve se manifestar sobre a exceção, sendo que se for rejeitada, caberá agravo, e se aceita, caberá apelação.

Verifica-se que para a defesa do executado a regra é os embargos. É admissível, entretanto, a apresentação de um incidente que nada mais é que a exceção de pré-executividade.

Conclusão

À vista do exposto, restou demonstrado que além dos embargos, apesar da não previsão expressa em lei, admite-se que o executado possa oferecer a exceção de pré-executividade como forma de defesa no processo de execução fiscal, que nada mais é do que uma forma de defesa quando se busca a extinção da execução com base em alguma matéria de ordem pública que deveria ter sido reconhecida de ofício pelo magistrado, mas não o fora, a exemplo de uma nulidade ou prescrição.

Sendo certo que os tribunais pátrios também admitem ainda a exceção de pré-executividade quando a matéria arguida puder ser comprovada de plano, sem que haja a necessidade de uma dilação probatória. Outro fator importante ao contribuinte que litiga com a Fazenda Pública é que este não precisa garantir o juízo, a exemplo do que dispõe o CPC acerca da oposição dos embargos.

Como visto, a exceção de pré-executividade é uma criação doutrinária-jurisprudencial, originalmente dada pelo ilustre jurista Pontes de Miranda, através do **Parecer nº 95, de 1966**. Tal instituto ganhou corpo com o passar dos anos, sendo utilizado de forma recorrente.

Acerca do incidente, resta demonstrado que a exceção tem como escopo arguir matéria de defesa incidentalmente, sem a necessidade de garantir o juízo, consubstanciada pelo direito constitucional da ampla defesa e do contraditório inerentes ao executado.

Além de que a garantia da defesa do executado é exercida sem que haja necessidade de se assegurar a execução, conforme exigência do art. 16, III, da Lei 6.830/8, para oposição dos embargos. Sendo certo que sua aplicabilidade proporciona o exercício pleno da defesa do contribuinte sem que seu patrimônio seja engessado.

Noutro eixo, vale destacar a omissão do novo Código de Processo Civil, o qual não faz qualquer menção acerca da matéria aqui discutida. É certo que sua aplicação é utilizada com frequência nos tribunais pátrios, de modo que seu recebimento pelo julgador não padece de qualquer dúvida, uma vez que se trata de meio de defesa eficaz e justa amparada pelo direito a ampla defesa e o contraditório, assegurado pela CF/88.

Sendo assim, não há qualquer explicação para que o novo CPC se calasse acerca da matéria, haja vista sua ampla utilização fundamentada na jurisprudência e na doutrina. De modo que ao nosso ver o legislador pátrio não deu a devida importância ao instituto da exceção de pré-executividade, sendo que o seu acatamento continua a ser por conta da jurisprudência, doutrina e do bom-senso dos magistrados.

Referências

ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda. **A recente reforma do Código de Processo Civil**, operada pela Lei 11.382 de 2006 e a objeção de pré-executividade em matéria fiscal. Revista Jurídica, Porto Alegre.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 13. ed. ver. ampl. e atual. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2010.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **Exceção de pré-executividade: Teoria e Prática. 2.** Ed. Leme: J. H. Mizuno, 2009.

CARDOSO, Hélio Apoliano. **Exceção de Pré-Executividade e o efeito suspensivo.** Revista Bonijuris, Curitiba, n. 524, 2007.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 8. Ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

FIDÉLIS DOS SANTOS, Ernane. **Manual de Direito processual civil**. São Paulo: Saraiva, 1989. V.3.

JÚNIOR, Nelson Nery. NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil Comentado**. 4ed. rev. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

JÚNIOR, Clito Fornaciari. **Revista Síntese de Direito Civil e Processual Civil**. 1v.,n.1, set./out., Porto Alegre: Síntese, 1999.

Danilo. **Exceção de pré-executividade**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

HINOJOSA, Anita Flávia. **Objecção e Exceção de pré-executividade**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução Civil**. 4ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1995.

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