

A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE COMO AMPLIAÇÃO DA DEFESA NA EXECUÇÃO FISCAL¹

*THE PRE-EXECUTION EXCEPTION AS A FORM TO EXPAND THE DEFENSE IN FISCAL
EXECUTION*

João Paulo Dias MORANDINI²

Marcelo Augusto da SILVEIRA³

ISSUE DOI: 10.21207/2675-0104.2019.889

RESUMO

É patente que a via dos embargos à execução é e continuará sendo a via que comporta a maior possibilidade de defesa do executado onde se discutirá as matérias meritórias que demandem dilação probatória. Dessa forma, o ponto central do estudo não é desconstituir a via ordinária/legal de defesa citada, pelo contrário, é explicitar e delimitar as matérias arguíveis nas vias ordinárias e extraordinárias de defesa, no caso a Exceção de pré-executividade, com a finalidade de lastrear os limites jurisprudenciais de cada via. O estudo foi realizado através de densa análise bibliográfica estabelecendo, de proêmio, as bases sobre as quais estão amparadas as legislações processuais, bem como alguns dos princípios basilares que permeiam os procedimentos executórios. Traçado o panorama geral, foi abordada a exceção de pré-executividade, iniciando-se o estudo a partir da concepção desse no direito brasileiro, demonstrando como uma simples ideia doutrinária acabou sendo absorvida pelo

¹ O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2018-2019) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Discente da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP. Bolsista do Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2018-2019).

³ Possui graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Franca (1994) e mestrado em Direito Empresarial pela Universidade de Franca (2002). Atualmente é professor titular da Universidade de Franca (desde 2000). Professor titular concursado pela Faculdade Municipal de Direito de Franca desde 2006. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil. Advogado Militante.

ordenamento jurídico até ser incorporada a esse pela súmula n.º 393 do Excelso Superior Tribunal de Justiça.

Palavras chave: Direito Processual civil. Exceção de pré-executividade. Defesa do Executado. Fazenda Pública.

ABSTRACT

It is clear that the way of the embargoes to execution is and will continue to be the way that entails the greatest possibility of defending the defendant, where the meritorious matters that demand probationary delay will be discussed. Thus, the central point of the study is not to dismantle the aforementioned ordinary / legal defense, on the contrary, it is to make explicit and delimit the objectionable matters in the ordinary and extraordinary defense channels, in this case the Pre-execution exception, with the purpose to support the jurisprudential limits of each route. The study was carried out through a dense bibliographic analysis establishing, as a result, the bases on which the procedural laws are supported, as well as some of the basic principles that permeate the enforcement procedures. After tracing the general panorama, the pre-execution exception was approached, starting the study from the conception of this in Brazilian law, demonstrating how a simple doctrinal idea ended up being absorbed by the legal system until it was incorporated into this by the summary no. 393 of the Excelso Superior Tribunal de Justiça.

Keywords: Civil Procedural Law. Pre-execution Exception. Defense of the Executed. Public Treasury.

1 INTRODUÇÃO

Diante dos expressivos números de demandas de cunho executório que tramitam no país, olhar o procedimento não só sob a ótica dos credores, mas sob a ótica de quem sofre constrições patrimoniais é demasiadamente importante para a manutenção de uma sociedade democrática que visa caminhar rumo à majoração da justiça, da paz e da liberdade. Partindo-se da premissa de que grande parte dos devedores não deu causa proposital ao débito, mas por algum motivo acabaram se endividando e, por colário sendo expostos a processamento executório, para a execução forçada de uma obrigação, fundamental é a promoção de oportunidades de defesa a esses.

Diversas vezes, na jornada para obter a realização da obrigação, a voracidade do procedimento executório acaba por ensejar uma série de desrespeitos a normas e valores constitucionais com a pura finalidade de garantir a transferência de valores monetários de uma à outra parte.

Muitas vezes, ss devedores, são expostos a constrições financeiras e patrimoniais sem mesmo poder se defender de maneira digna. No presente artigo analisar-se-á quais são as possíveis atitudes de defesa, quando cabíveis, dos executados, sobretudo quando o título executado advém de um processo administrativo.

2 DOS PROCESSOS DE EXECUÇÃO EM GERAL – CONCEITO

Diferente do processo de conhecimento onde, como se sabe, o juiz buscará descobrir, delimitar e conhecer o mérito da relação jurídica envolvendo os litigantes, no processo de execução, tratado pelo Código de Processo Civil e legislações esparsas, em termos gerais, a atuação jurisdicional deverá se pautar na execução das ações necessárias à garantia de mérito conhecido ou já consolidado.

Tal espécie processual é marcada, predominantemente, por atos do credor, deferidos pelo juiz, que se caracterizam como mais invasivos que os atos processuais determinados em sede de conhecimento, pois caso assim não fosse, dificilmente os credores teriam suas obrigações de fato satisfeitas.

Sobre o tema, leciona Humberto Theodoro Júnior:

Enquanto no processo de conhecimento o juiz examina a lide para “descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso”, no processo de execução providencia as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade, de modo a que se realize a coincidência entre as regras e os fatos⁴.

Tal lição, utilizando-se da lógica, patenteia a premissa de que nessa espécie processual, a realização dos atos constritivos pelo credor pressupõe o inadimplemento voluntário da obrigação o que torna a execução comumente denominada como “forçada”.

Instado a agir em sede da espécie processual tratada, o Poder Judiciário o faz por meio do deferimento de medidas constritivas patrimoniais, sobretudo considerando o *princípio da responsabilização patrimonial do executado*, pois, nessas situações, em face do inadimplemento voluntário da obrigação, o ordenamento jurídico pátrio não delinea outra forma de garantir a obrigação que não seja por meio da interferência constritiva nos bens jurídicos do devedor pelo Poder judiciário.

Nesse almiré, leciona Geraldo da Silva Batista Júnior:

⁴ THEODORO JÚNIOR. Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*: vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2016.p. 259

O processo de execução é o único que se presta à realização prática, através de atos coercitivos, da posição de vantagem que o credor possui em relação ao devedor, obtida com a decisão favorável no processo de conhecimento ou representada por um título executivo extrajudicial⁵. (Grifos nossos)

Dito isso, a demanda cuja pretensão é de caráter executório inicia-se mediante a apresentação de título válido pelo *Credor*, em que conste indubitavelmente a obrigação a ser satisfeita, ao *juiz*, que dará início ao processamento executório, respeitando tanto o rito previsto pelo ordenamento como o conjunto de valores principiológicos e jurídicos que devem cercar a execução.

Abre-se um adendo nesse ponto para salientar que, com efeito, o fato de já ter sido superada a fase de conhecimento da obrigação contida no título executado, seara na qual em tese já se esgotaram as oportunidades de contraditório e a defesa da forma mais ampla possível, há nessa espécie, natural diminuição da defesa do executado, majorando a superioridade do credor em relação ao devedor.

Superada a breve análise dos fundamentos do processo de execução, faz-se apertada análise sobre alguns dos elementos necessários à propositura da ação propriamente dita.

No campo subjetivo da propositura da ação de execução é necessário que o Credor tenha o *direito* ao adimplemento de obrigação. Porém, dado o caráter invasivo e de constrição patrimonial dessa espécie processual, essa obrigação materializar-se-á objetivamente em título executável visando garantir ao juiz a segurança necessária ao deferimento dos atos de bloqueio, penhora e demais medidas.

Importante se faz mencionar que, por esse motivo, a apresentação do título executivo é requisito indispensável à propositura da ação de execução, motivo esse, inclusive fundamentado por princípios da execução como se demonstrará oportunamente. A necessidade da apresentação de título para a promoção de execução, apesar de parecer básica e lógica, guarda em si valores importantíssimos, como por exemplo, impedir que o Estado democrático brasileiro oportunize invasões patrimoniais injustificadas, muito mais condizentes com regimes totalitários do que democráticos.

⁵ BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. **Exceção de Pré-executividade:** Alcance e Limites. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2000. p. 8.

Nesse sentido, evidencia-se que dentre as inúmeras funções e qualidades do título executivo válido, está então a conferência da **legitimidade** aos atos constitutivos realizados pelo juiz. Tal é o raciocínio de Cassio Scarpinella: “*É o título executivo, pela sua função na e para a execução, que viabiliza a prática dos atos executivos pelo magistrado e que fornece as condições necessárias para se atestar a “certeza subjetiva” da obrigação nele retratada*”⁶ (Grifos nossos).

Ainda sobre o tema, importante se faz trazer à pesquisa a lição do Doutrinador Humberto Theodoro Júnior:

Para haver qualquer execução é necessário, primeiro, que exista o título executivo (NCPC, art. 771) e, depois, que esse título corresponda a uma obrigação líquida, certa e exigível (NCPC, art. 783). O título é o documento que, nos termos da lei, constitui o direito para o credor de usar o processo executivo para realizar a prestação que o devedor está obrigado a cumprir em seu favor. Toda obrigação emerge de algum fato, de sorte que, para se aquilatar da existência e do objeto de um vínculo obrigacional, é preciso conhecer, com segurança, o fato jurídico que o gerou e a prestação que terá de ser realizada para o respectivo cumprimento⁷.

Por todo o exposto, resta comprovado que para a promoção do processo de execução, esse deve encontrar-se necessariamente assentado sobre título. Porém, para que a execução seja consoante ao ordenamento jurídico, o que tomará o título de fato executável será a presença dos elementos denominados *certeza*, *liquidez* e *exigibilidade* que serão tratados a seguir, à luz de consagrado princípio jurídico.

2.1 PRINCÍPIO DA NULLA EXECUTIO SINE TITULO

O brocardo latino *nulla executio sine titulo*, de onde decorre consagrado princípio do direito processual, aduz, grosso modo, que será nula a execução que não esteja assentada regularmente sobre um título. Porém, partindo da análise desse brocardo, à luz das considerações tecidas anteriormente, demonstrar-se-á que além da necessidade de existência de

⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016 2. Ed. revisado, atualizado. e ampliado. – São Paulo: Saraiva, 2016. p.582

⁷THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 58.

um título propriamente dito para a execução, esse deverá apresentar características garantidoras de força.

O que tornará o título forte e de fato executivo será a presença dos requisitos denominados **certeza, liquidez e exigibilidade** que esse deve apresentar, conforme dispõe o artigo 783 do Código de Processo Civil.

Cassio Bueno Scarpinella, norteado pela influência da doutrina Carneluttiana⁸ referente à função documental do título, à luz dos atributos de **certeza, liquidez e exigibilidade** previstos no artigo 783 do diploma processual civil brasileiro, ensina:

Título executivo deve ser compreendido como documento que atesta a existência de obrigação *certa, líquida e exigível* e que autoriza o início da prática de atos jurisdicionais executivos. Os três atributos, o da *certeza, o da exigibilidade e o da liquidez*, constam expressamente do art. 783⁹: (grifos nossos)

Inicialmente, o requisito denominado **certeza**, elemento intrínseco ao título, se dará, segundo Teori Zavascki¹⁰, quando a partir da análise estrita do título, ignorando-se completamente os fatores extrínsecos que o cercam, seja possível constatar, indubitavelmente existência de relação obrigacional entre as partes.

O requisito **liquidez**, por sua vez, assim como o requisito **certeza**, também é intrínseco ao título e importa diretamente ao dimensionamento do seu objeto, ou seja, enquanto a *certeza* garante a existência da obrigação através da forma, a **liquidez** preenche o conteúdo refletindo o *quantum* ou a possibilidade de determinação do valor¹¹ a ser executado, visando o cumprimento da obrigação. Tal entendimento é patenteadado, *Exempli Gratia*, nas lições de Humberto Theodoro Júnior: *A liquidez consiste no plus que se acrescenta à certeza da obrigação. Por ela*

⁸ CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Campinas: Ed. Servanda, 1999. p.317

⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256. 2. Edição revista, atualizado e ampliado. – São Paulo: Saraiva, 2016. p.585

¹⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de Execução – parte geral**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

¹¹ SANTOS, Jerônimo Roberto F. dos. **A falsa complexidade da liquidez nos títulos executivos**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 1, nº 38, 02 de julho de 2001. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/159-artigos-jul-2001/6269-a-falsa-complexidade-da-liquidez-nos-titulos-executivos> <Acesso em 23.06.2019>

*demonstra-se não somente se sabe que 'se deve', mas também 'quanto se deve'*¹².

Finalmente, para entender a **exigibilidade** de um título será necessário, não só considerar seus requisitos intrínsecos, quais sejam “quem deve” (**certeza**) e “quanto deve” (**liquidez**), mas também as eventuais existências de circunstâncias envolvendo o cumprimento da respectiva obrigação, ou seja, deve-se analisar, para configurar a **exigibilidade** da cártula exequenda, se há alguma situação, condição ou circunstância que atente contra sua força executiva e, conseqüentemente, contra a execução.

Dessa forma, partindo da análise do brocardo latino *nulla executio sine titulo* e analisando-o à luz do processo civil brasileiro, é possível chegar à consideração de que, além da necessidade de um título propriamente dito, baseando a execução, esse deverá estar carregado, conforme dispõe o artigo 784 do Código de Processo Civil, dos elementos de **certeza, liquidez e exigibilidade**, pois, caso não esteja, mesmo existindo o título de fato, esse certamente não terá a força necessária à promoção de sua execução.

2.2 DA EXECUÇÃO FISCAL

A execução fiscal é o meio processual pelo qual a Administração pública promove a **execução forçada** de obrigação pré-constituída constante em título válido, resultante de regular processamento administrativo e inscrito em dívida ativa contra administrado. Tal instituto é regulamentado pela lei 6.830/80 conhecida como lei de execuções fiscais, a qual confere tratamento diferenciado ao Fisco na posição de exequente.

Após breve análise da legislação supramencionada, pode-se compreender facilmente que tal legislação, além de unificar legislações esparsas, acabou por criar privilégios ainda maiores para a Administração pública, além daqueles já garantidos pelo Código de Processo Civil, perante os demais credores. Com o advento desse diploma, por força da especialidade da norma, a Administração Pública passou a vincular-se às suas determinações para manejar suas cobranças, **restando como legislação subsidiária o então vigente Código de processo civil de 1973.**

¹² THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Processo de Execução**. 19 ed. São Paulo: LEUD, 1999. P. 174.

As justificativas para a descodificação do processamento executório da Fazenda Pública disciplinadas pela lei 6.830/80 encontraram guarida sobretudo na função de salvaguardar o interesse coletivo sobre o particular, **conferindo ainda mais rapidez, efetividade e satisfação dos débitos fazendários através dos processos executórios promovidos pelo referido ente**, principalmente considerando o fato de que era o erário público o garantidor das verbas necessárias à manutenção do equilíbrio e da justiça social que o Estado tenta promover.

Tal premissa é ilustrada pelo doutrinador James Marins: “*A instituição de privilégios na execução fiscal se deu em atenção principalmente à figura do credor [Estado], que por representar o interesse público merece gozar de certas prerrogativas para satisfazer seus créditos.*”¹³ (grifos nossos)

Desta forma, pode-se considerar, portanto, que a inovação legal especial estabeleceu o seguinte: i) Conferiu ao crédito público tratamento especial perante os demais créditos privados, garantindo máxima efetividade da cobrança e fazendo valer no processamento o disciplinado no ordenamento de forma axiológica, respeitando o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado; ii) garantiu a primazia do crédito público como um valor a ser protegido e iii) Deixou em aberto, ainda que em caráter subsidiário, a aplicação do Código de Processo Civil aos processos de execução fiscal, sendo um dos quesitos mais importantes à pesquisa, principalmente em face de eventuais vícios que possam tirar a força executiva dos títulos fazendários cuja previsão venha da codificação processual civil.

3 EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A exceção de pré-executividade foi concebida a partir da doutrina e jurisprudência brasileira frente a necessidade de criação de mecanismo que possibilitasse um meio mais simples de defesa do réu nos processos de execução, se comparado aos dispêndios financeiros e modo de processamento utilizado na via ordinária de defesa, qual seja a via dos embargos à execução.

¹³MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010.p.661

Historicamente, a doutrina começou a trabalhar a possibilidade de que o executado, em arguição preliminar, tivesse a possibilidade de suscitar argumentos formais que desconstruíssem os requisitos de executividade do título, que veio sendo construída sob as premissas de que o ponto arguido pelo Executado deveria ser aferível de ofício pelo juiz ou que se pudesse comprovasse através de elementos pré-constituídos nos autos.

Por meio do parecer n.º 95 de Pontes de Miranda¹⁴ envolvendo a Companhia siderúrgica Mannesmann o instituto começou a ser construído pela doutrina, sendo absorvido pela jurisprudência tempos mais tarde.

Pois bem, a Companhia Mannesmann, cujo *case* orientou a criação do instituto, à época, foi sujeitada a diversas execuções claramente fundadas em títulos falsos. Diante disso, visando discutir a higidez dos títulos apresentados pelas exequentes, a companhia era obrigada a utilizar-se da via ordinária de defesa, quais sejam, os embargos à execução, tendo por necessidade realizar toda a burocracia da via, principalmente dependendo recursos financeiros para a nova ação de conhecimento em questão.

Afora esses custos, a Companhia vinha sofrendo diversas constrações financeiras e patrimoniais advindas de determinação de penhoras judiciais face ao débito exequendo, o que vinha prejudicando de maneira direta o desempenho de suas atividades financeiras e mercadológicas e, indiretamente, a função social que a empresa exercia por meio de suas atividades.

Diante desse cenário, a Companhia Siderúrgica Manessmann encomendou um parecer ao doutrinador Pontes de Miranda que, quando questionado sobre a situação da siderúrgica Mannesmann, propugnou-se pela admissibilidade judicial de ferramenta, *que viria a ser batizada como exceção de pré-executividade posteriormente*, a qual possibilitaria ao Executado arguir certas matérias ao juízo, sem a necessidade de realizar depósito judicial ou sofrer qualquer constração patrimonial, já que um título eventualmente fraco, jamais poderia produzir tais efeitos.

Foram, o questionamento realizado a Pontes de Miranda e o seu parecer, respectivamente, nos moldes do Código de Processo Civil vigente à época:

¹⁴ PONTES DE MIRANDA. Francisco Cavalcanti. **Dez anos de pareceres**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.v.4.

Alegada a falsidade dos títulos, dentro do prazo previsto pelo art. 299 do Código de Processo Civil, pode o juiz exigir a penhora dos bens da empresa demandada antes de se pronunciar sobre a falsidade dos títulos? [...] Uma vez que houve alegação que importa em oposição de exceção pré-processual ou processual, o juiz tem de examinar a espécie e o caso, para que não cometa a arbitrariedade de penhorar bens de quem não estava exposto à ação executiva.

Muito embora não seja possível adentrar à esfera subjetiva cognoscível que motivou o doutrinador a entender pela criação de um instituto que possibilitasse defesa preliminar do executado, é inegável que ao entendimento de Pontes de Miranda estão arraigados diversos princípios de Direito, principalmente os gerais, como o da ampla defesa e contraditório, mesmo em sentido mitigado nas execuções, a proteção ao devedor, bem como os demais princípios inerentes à execução como o da execução menos gravosa ao executado e da *nulla executio sine titulo*.

Em suma, inaugurou-se com a teoria da exceção de pré-executividade forma alternativa de defesa do executado, não mais constituindo os embargos à execução via exclusiva de oposição. Tal teoria veio sendo acatada por outros doutrinadores até que os juízes começaram a aceitá-la, o que conseqüentemente levou ao Superior Tribunal de Justiça¹⁵ sumular entendimento.

Todavia, com a finalidade de não tomar letra morta a via ordinária de defesa para o executado, qual sejam, os embargos à execução, a jurisprudência sempre tratou de delinear a existência dessa ferramenta de forma condicionada a: i) que as matérias argúveis pela via sejam conhecíveis *ex officio* e ii) as matérias argúveis não dependam de novas provas (dilação probatória).

3.1 FORMA DE APRESENTAÇÃO, PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE E LEGITIMIDADE DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Principalmente pelo fato de o instituto ter sido concebido no sistema processual brasileiro através da doutrina e posteriormente da

¹⁵ Súmula 393 STJ: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”.

jurisprudência, o instituto não goza de previsão legislativa prescrita à sua interposição, tampouco acerca do recolhimento de custas ou seu modo de processamento.

Usualmente, a provocação do juiz por essa via se dará por simples petição processada nos próprios autos da execução, sendo, portanto, conceituada tecnicamente como forma incidental de defesa, não consistindo em ação autônoma como no caso dos embargos à execução, por exemplo.

No tocante à legitimidade para apresentar exceção de pré-executividade, realizando-se juízo por analogia, temos o entendimento dominante de que o Executado legitimado a apresentar embargos à execução também será legitimado a apresentar exceção de pré-executividade.

3.2 DAS MATÉRIAS ARGUÍVEIS EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE – MATÉRIAS GERAIS E ESPECÍFICAS DA EXECUÇÃO FISCAL

Dada a flagrante omissão legislativa sobre o instituto, esse não está subordinado a qualquer previsão de rol taxativo ou exemplificativo das matérias arguíveis por sua via, motivo pelo qual proceder-se-á à exemplificação de algumas matérias, sem a intenção de esgotar o tema, que certamente demonstram a aplicabilidade do instituto na promoção da defesa do Executado, considerando sobretudo os pontos já abordados.

Antes de elucidar tais matérias, insta mencionar que a exceção de pré-executividade é utilizada na arguição de matérias **predominantemente formais** sob pena de, adentrando na discussão acerca do conteúdo (mérito) que constituiu o título exequendo, ter o Excipiente sua defesa não conhecida e/ou convertida em embargos à execução.

Pois bem, retomando o raciocínio sobre as teorias do título executivo, no tocante aos elementos de **certeza, liquidez e exigibilidade**, responsáveis por garantir força executiva, temos inicialmente que a eventual ausência desses elementos pode ser atacada pela via da exceção de pré-executividade. A exemplo, analisemos o julgado do Superior Tribunal de Justiça dando provimento a agravo regimental contra decisão que não havia acolhido exceção de pré-executividade que atacava os

elementos de *certeza, liquidez e exigibilidade* de uma CDA (título executivo da execução fiscal) sob o fundamento de inconstitucionalidade de lei, cujo indeferimento monocrático baseou-se na prerrogativa de que o tema demandava dilação probatória quando, na verdade, não demandava:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 13 DA LEI 8.620/1993. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARGUIÇÃO. POSSIBILIDADE. 1. Hipótese em que o agravante ofereceu *Exceção de Pré-Executividade*, arguindo nulidade da CDA, sob o fundamento de que o art. 13 da Lei 8.620/1993 é inconstitucional, e o *Tribunal de origem afirmou que a defesa deve ser alegada em Embargos à Execução Fiscal*. 2. O STJ possui entendimento de que as questões de ordem pública, a prescrição e a decadência, assim como a inconstitucionalidade da lei, quando prescindem de dilação probatória, podem ser discutidas na via da Exceção de Pré-Executividade. 3. Agravo Regimental provido. (Agravo Regimental no Agravo 1156277/RJ, Relator Ministro HERMAN BENJAMIN, segunda turma, julgado em 22/09/2009, DJe 30/09/2009) (Grifos nossos)

Elucidado tal ponto, em seguida, em se tratando de ponto expressivo ao presente instituto, temos a possibilidade de arguição pela via estudada das chamadas **matérias de ordem pública**, que constituem, senão o maior volume de alegações nas exceções de pré-executividade, grande foco de discussão.

As matérias de ordem pública são aquelas conhecíveis de ofício, de interesse de toda a sociedade, que se situam em plano superior aos sujeitos da relação jurídica executória, não se sujeitando à prescrição e conhecíveis, em regra geral, a qualquer tempo pelo juiz.

São exemplos de matérias dessa natureza, que poderão ser arguidas pela via estudada:

Decadência/Prescrição: Institutos clássicos do direito brasileiro, a prescrição e a decadência, cujo embate doutrinário envolvendo os conceitos não caberá ser elucidado no presente estudo, poderão ser objeto da exceção de pré-executividade, conforme se observa em recente julgado do Tribunal de Justiça do estado de São Paulo:

TRIBUTÁRIO – ICMS – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO (CTN, ART. 156, V) – RECONHECIMENTO DA OCORRÊNCIA DE DECADÊNCIA (CTN, ART. 150, § 4º) – Sendo o ICMS um imposto sujeito a lançamento por homologação (CTN, art. 150), a decadência se opera conforme o disposto no art. 150, § 4º, do CTN – O prazo decadencial do tributo sujeito a

lançamento por homologação, inexistindo a declaração prévia do débito, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, é o do art. 173, I, do CTN – Nos casos em que há o recolhimento parcial do ICMS, o prazo a ser adotado é o previsto no art. 150, § 4º, do CTN – Decadência reconhecida (CTN, art. 150, § 4º) – Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal – Extinção da execução fiscal por fundamento diverso do que constou na r. sentença (NCP, art. 924, III; CTN, art. 156, V) – Honorários majorados – Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 0001587-63.2014.8.26.0294; Relator (a): Carlos von Adamek; Órgão Julgador: 2ª Câmara de Direito Público; Foro de Jacupiranga - 2ª Vara; Data do Julgamento: 24/07/2019; Data de Registro: 24/07/2019) (grifos nossos)

Prescrição intercorrente: A prescrição intercorrente, instituto inerente aos ramos jurídicos instrumentais, é o instituto que fulmina o direito à continuação do exercício da ação pela desídia, desinteresse ou inércia do Exequente¹⁶. O prazo para decretação da prescrição intercorrente está contido entre a citação do Réu e a inércia do Autor por determinado lapso temporal, que será definido considerando a natureza da matéria bem como as legislações inerentes tanto ao âmbito material quanto processual.

A *prescrição intercorrente* poderá ser suscitada pela via da exceção pois, em regra geral as provas da inércia/falta de movimentação processual do Exequente já estão contidas nos próprios autos. À exemplificação, é a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da Terceira Região, mantendo decisão que extinguiu execução fiscal sob o argumento de existência de prescrição intercorrente:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. **EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE.** 1. Há orientação do C. Superior Tribunal de Justiça no sentido de admitir a exceção de pré-executividade quando não se faz necessária dilação probatória ou na hipótese de questões que possam ser conhecidas de ofício pelo Magistrado. Súmula 393, do STJ. 2. ***O prazo prescricional para a cobrança de multas administrativas é de 5 anos, nos termos artigo 1º do Decreto nº 20.910/32.*** 3. As multas cobradas foram definitivamente constituídas em 17.05.1990, 29.06.1990 e 31.03.92, sendo os débitos inscritos em dívida ativa em 10.07.1993. Logo, sendo o despacho inicial datado de 09.09.1993 (art. 8º, §2º, da Lei nº 6.830/80), não há que se falar em prescrição do crédito. 4. A exequente requereu o levantamento da única penhora existente, o que foi deferido em 27.10.1995. A partir de então, a execução fiscal deixou de ter qualquer garantia. Em 29 de

¹⁶ Câmara, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro.** Câmara.3. ed. – São Paulo: Atlas, 2017.p.364

novembro de 1995, o exequente requereu a suspensão do feito. Não foram encontrados outros bens até a prolação da r. sentença, em 11.06.2007. **Decorrido prazo superior a 06 (seis anos), é de se reconhecer a ocorrência da prescrição intercorrente.** 5. Apelação improvida. (TRF-3- Apelação: 0008179-93.2008.403.9999 SP, Relator: Des. Fed. Mônica Nobre, Data de Julgamento: 04/04/2019, Quarta Turma, Data de Publicação: e-DJF3 Judicial, data 22/04/2019) (grifos nossos)

Ilegitimidade passiva: A legitimidade passiva, bastante explorada nos ramos do direito processual civil brasileiro, desde que cabível nas premissas gerais para aceitação da exceção de pré-executividade, também pode ser arguida pela via, uma vez que, geralmente, não demanda dilação probatória. A possibilidade de arguição do instituto pode ser constatada no julgado do Superior Tribunal de Justiça-STJ:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. **EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.** ARGÜIÇÃO DE PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. POSSIBILIDADE. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELA 1ª SEÇÃO. RELAÇÃO PROCESSUAL FORMADA APÓS A VIGÊNCIA DA LC 118/05. TERMO AD QUEM. DESPACHO QUE ORDENA A CITAÇÃO. 1. **O espectro das matérias suscetíveis através da exceção de pré-executividade tem sido ampliado por força da exegese jurisprudencial mais recente, admitindo-se a argüição de prescrição e de ilegitimidade passiva do executado, desde que não demande dilação probatória (exceção secundum eventus probationis).** 2. A prescrição, por ser causa extintiva do direito exequente, é passível de ser veiculada em exceção de pré-executividade. Precedentes: REsp 577.613/RS, DJ de 08/11/2004; REsp 537.617/PR, DJ de 08/03/2004 e REsp 388.000/RS, DJ de 18/03/2002. [...] (AgRg no REsp 1202195/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 22/02/2011)

Litispendência/Coisa julgada: Em que pese sejam matérias de ordem pública, a aparição de alegações desta natureza é naturalmente mais incomum, porém, nada impede que aconteça, por exemplo, em casos de ajuizamento dúplice de execuções fiscais baseadas no mesmo título, conforme exemplifica o julgado abaixo:

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. **Acolhimento da exceção de pré-executividade,** com a extinção, sem resolução do mérito, da execução fiscal, em virtude do **reconhecimento de litispendência.** R. sentença que condenou a FESP ao pagamento de honorários advocatícios, por equidade.

Cabimento de arbitramento de verba honorária quando há extinção da execução. Aplicação do decidido pela Corte Especial do E. STJ nos embargos de divergência nº 1.048.043/SP. Precedentes desta C. Corte. Observância do princípio da causalidade. Fixação dos honorários advocatícios em R\$ 5.000,00. Parâmetro razoável, compatível com o que preleciona art. 85 do CPC/2015, considerando a complexidade da causa, o trabalho realizado e a necessidade de remunerar condignamente o profissional do direito. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. Majoração, em grau recursal, nos termos do art. 85, §§ 1º e 11, do CPC/2015. Observação nesse sentido. RECURSO DE APELAÇÃO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação Cível 1500018-78.2016.8.26.0165; Relator (a): Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Dois Córregos - 1ª Vara; Data do Julgamento: 03/04/2019; Data de Registro: 04/04/2019) (grifos nossos)

Através da presente exposição demonstrou-se a importância do instituto no direito processual civil, sobretudo nos procedimentos de execução fiscal. Conforme já abundantemente mencionado, dada a vultosa produção normativa pelos mais diversos órgãos estatais, principalmente pelas autarquias reguladoras, os Executados muitas vezes não reúnem as condições necessárias à promoção da melhor defesa processual possível, seja pela falta de recursos, pela falta de conhecimento do assunto ou por quaisquer outros motivos.

A oportunidade de defesa desses Executados, ainda que mitigada na exceção de pré-executividade, deve ser respeitada, mantida, praticada e estudada cada vez mais, pois somente através do domínio desses mecanismos, poderá ser balanceada a relação entre a Administração pública e o administrado, garantindo assim uma sociedade cada vez mais justa, igualitária e promotora de acesso à Justiça.

3.3 DAS DIFERENÇAS ENTRE EMBARGOS À EXECUÇÃO E A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Considerando todo o exposto no artigo, em razão das limitações para uso da estudada exceção, é patente que os embargos à execução constituem e permanecerão sendo a via ordinária para a defesa dos Executados. Porém, como já foi demonstrado, a possibilidade de arguição de matérias pontuais para o exercício de defesa do Requerido, pela via da exceção de pré-executividade também é válida.

Proceder-se-á, finalmente, à comparação desses dois institutos, respeitando os requisitos obrigatórios e os limites de alcance das matérias arguíveis na via incidental, limitando-se de certa forma aos seus respectivos vieses técnicos.

Inicialmente, os embargos à execução detêm natureza jurídica de ação, ou seja, constituem procedimentos autônomos à execução e serão processados em autos apartados. A exceção de pré-executividade, por sua vez, será manejada nos próprios autos da ação executória, por meio de simples petição.

Note-se que, nesse ponto, para a provocação judicial pelas vias da exceção de pré-executividade, já que a provocação se dará nos próprios autos da execução, não será necessário o recolhimento de quaisquer custas processuais ou demais emolumentos. Já na oposição de embargos, considerando o rito comum e a disposição geral do CPC, incidirão todas as custas e emolumentos à sua distribuição, por exemplo a taxa de mandato, taxa judiciária dentre outras.

Em relação aos dispêndios financeiros processuais sob a ótica da lei de execuções fiscais, é previsão expressa do parágrafo 1º do artigo 1617 da LEF, que constitui regra geral, que não serão aceitos embargos antes de garantido o juízo, ou seja, o executado não terá a possibilidade de exercer qualquer direito de defesa antes de depositar ao juízo o valor objeto da cobrança fazendária, o que não ocorre na Exceção de pré-executividade.

Pois bem, como medida decisória judicial, temos nos embargos à execução, o pronunciamento judicial decisório realizado através de uma sentença, a qual poderá ser desafiada por meio do recurso de apelação cabível, nos termos do artigo 1.00918, caput, do CPC. Da exceção de pré-executividade, por sua vez, sobrevirá uma decisão interlocutória que poderá eventualmente ser desafiada pela via do agravo de instrumento, nos termos do parágrafo único do artigo 1.015 do Código de Processo Civil.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente objetivou compreender como se operacionalizam os procedimentos executórios, sobretudo com foco nas ações promovidas pela

¹⁷ Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados: [...] § 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.

¹⁸ Art. 1.009. Da sentença cabe apelação.

Fazenda Pública, quais sejam, as execuções fiscais. Diante das benesses concedidas ao ente por meio da legislação especial que regulamenta tais procedimentos, pôde-se entender, delimitar e pontuar como os Executados deverão ofertar suas teses de defesa, tanto pela via da Exceção de pré-executividade como pela via ordinária dos embargos à execução.

Inicialmente, na íntegra do presente estudo, demonstrou-se o caráter jurídico dos processos de execução, explicitando suas finalidades e requisitos para promoção bem como delimitando quais agentes poderão, por força da lei, figurar nos polos ativos e passivos nas demandas. Após tal análise, houve a explicitação dos princípios jurídicos sobre os quais deverão estar assentadas as demandas de caráter executório, demonstrando sobretudo como os Executados estão naturalmente protegidos, pelos valores e princípios que permeiam o ordenamento jurídico, de atos eventualmente excessivos do Exequente.

Após a demonstração do processamento executório *lato sensu*, passou-se à análise dos títulos executivos, delineando quais os elementos o garantem a devida força executiva, quais sejam a *certeza*, a *liquidez* e a *exigibilidade*. Através dessa abordagem, foi possível demonstrar qual o ponto inicial para o oferecimento da defesa dos Executados, que deverão atentar-se a todo o tramite que formou o título executivo, principalmente considerando a Certidão de Dívida Ativa- CDA, conferindo se todos os atos realizados pela Fazenda Pública para a constituição desse não apresentaram qualquer vício insanável que possa resultar na anulação do processo.

Após a demonstração do modo de processamento da execução geral e fiscal, bem como da análise dos valores que as permeiam, passou-se à demonstração do surgimento do instituto batizado como exceção de pré-executividade, explicando a forma de construção e evolução do instituto e delineando-se a sua forma de apresentação processual, os pressupostos para sua utilização bem como os requisitos de admissibilidade e legitimidade.

Explicados tais quesitos, abordou-se exemplificativamente o rol de matérias passíveis de arguição pela via, evidenciando o caráter vivaz do instituto que ainda continua em evolução, expandindo a possibilidade de defesa dos executados, sobretudo nas execuções fiscais.

Finalmente, demonstradas as qualidades do instituto, procedeu-se à comparação da via extraordinária de defesa estudada com a via

ordinária, quais sejam os embargos à execução, demonstrando os pontos positivos e negativos de cada instituto sob a ótica do Executado.

Nessa mesma linha, abordou-se ainda, sinteticamente, sobre a correta ponderação que os Executados devem realizar à utilização do instituto, sobretudo para não incorrerem em litigância de má-fé por eventual utilização da via como ato meramente protelatório no curso do processo.

O tema proposto teve como objetivo principal evidenciar e enaltecer o importante instituto jurídico criado a partir das mãos de doutrinadores e dos advogados, não dos legisladores como se faz usualmente. A ideia geral do trabalho foi demonstrar que a Exceção de pré-executividade, apesar de encontrar certas limitações, ainda constitui instituto em desenvolvimento sobre o qual diuturnamente são proferidas decisões inéditas que expandem a possibilidade de arguição de matérias que até então não eram aceitas pelos tribunais.

Com a finalidade de fomentar o estudo do tema, a partir de uma análise histórica e jurisprudencial do instituto, foi demonstrado que através da permanente e vivaz produção de conteúdo jurídico, principalmente através dos advogados inconformados com o tratamento feroz adotado pelo fisco para com o administrado, é possível continuar ampliando o rol de matérias conhecíveis pela via e continuar expandindo cada vez mais a possibilidade de defesa dos Executados, aumentando o equilíbrio entre as partes.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BATISTA JÚNIOR, Geraldo da Silva. **Exceção de Pré-executividade**: Alcance e Limites. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2000.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256, de 4-2-2016 2. Ed. revisado, atualizado. e ampliado. – São Paulo: Saraiva, 2016.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Manual de direito processual civil**: inteiramente estruturado à luz do novo CPC, de acordo com a Lei n. 13.256. 2. Edição revisto, atualizado e ampliado. – São Paulo: Saraiva, 2016.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2017.

CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do Processo Civil**. Campinas: Ed. Servanda, 1999.

SANTOS, Jerônimo Roberto F. dos. **A falsa complexidade da liquidez nos títulos executivos**. Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 1, nº 38, 02 de julho de 2001. Disponível em: <https://www.paginasdedireito.com.br/index.php/artigos/159-artigos-jul-2001/6269-a-falsa-complexidade-da-liquidez-nos-titulos-executivos> <Acesso em 23.06.2019>

MARINS, James. **Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial)**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**: vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum. vol. III. 47. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____. **Processo de Execução**. 19 ed. São Paulo: LEUD, 1999.

_____. **Lei de Execução Fiscal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Dez anos de pareceres**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo de Execução – parte geral**. 3. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.