

INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS - IBET
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO TRIBUTÁRIO

A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE COMO FORMA DE
DEFESA NA EXECUÇÃO FISCAL

BRUNO MIRANDA GOMES DE CONSTANTINO BANDEIRA

Recife, 2013

BRUNO MIRANDA GOMES DE CONSTANTINO BANDEIRA

**A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE COMO FORMA DE
DEFESA NA EXECUÇÃO FISCAL**

Monografia apresentada à banca examinadora do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, como exigência para obtenção de título de especialista em Direito Tributário.

Recife, 2013

BRUNO MIRANDA GOMES DE CONSTANTINO BANDEIRA

**A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE COMO FORMA DE
DEFESA NA EXECUÇÃO FISCAL**

Monografia submetida à análise da banca examinadora, abaixo relacionada, do IBET –
Instituto Brasileiro de Estudos Tributários, e aprovada no dia ____/____/____.

Presidente

Examinador

Examinador

DEDICATÓRIA

À minha família, em especial ao meu Avô,
Wilson Gomes (*in memoriam*), a Grande Pessoa.

AGRADECIMENTOS

Primeiramente, à minha família, que me deu condições de concluir mais uma etapa em minha vida. Sou muito grato pelos incentivos que recebi. Graças a esses incentivos me tornei a pessoa que sou hoje.

Agradeço, também, a todos que, direta ou indiretamente, me ajudam a alcançar meus objetivos acadêmico-profissionais.

RESUMO

O presente estudo se propõe a analisar o instituto da exceção de pré-executividade com uma forma válida e eficaz de defesa nos processos de execução fiscal. Trata-se de um instituto construído no âmbito doutrinário/jurisprudencial pátrio que tem, como objetivo principal, atacar a validade do processo executivo que tem o Estado (exequente) figurando no pólo ativo da relação processual e um suposto contribuinte (executado) no pólo passivo, na medida em que se vislumbra a inobservância de um ou alguns pressupostos legais para a existência e a regular validade da referida ação executiva. A utilização desse instituto se mostra de extrema relevância, uma vez que pode-se evitar execuções que se revelem sem fundamento e o conseqüente e inevitável prejuízo que pode suportar o executado, bem como posteriores demandas a fim de se restabelecer a situação fática existente, precedente à ação de execução fiscal.

Palavras-chaves: Execução fiscal – exceção de pré-executividade.

ABSTRACT

This study aims to analyze the institution of pre-execution exception as a valid and effective defense in cases of tax enforcement. It is an institute built within doctrinal and Court decisions that has as main goal, attacking the validity of the process that has the executive State (petitioner) appearing on the plaintiff's procedural relations and a suspected contributor (runs) in a passive to the extent that one sees the failure of one or a few legal requirements for the existence and validity of the regular executive action. The use of this institute proves extremely important, since it can avoid plays that prove unfounded and the consequent and inevitable damage that can support the run as well as subsequent demands in order to restore the factual situation existing prior to the tax foreclosure action.

Key words: Tax enforcement - pre-execution exception

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	9
1 DA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL	11
1.1 Natureza Jurídica	11
1.2 Pretensão: crédito regularmente inscrito em dívida ativa	12
1.3 Título Executivo: certidão de dívida ativa	14
1.4 Procedimento	15
1.5 Ato executivo: penhora	19
2 DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL	20
2.1 Conceito	21
2.2 Exceção ou objeção de pré-executividade?	22
2.3 Natureza jurídica	23
2.4 Processamento da exceção de pré-executividade	24
2.4.1 Requerimento	24
2.4.2 Prazo para oferecimento	24
2.4.3 Meio de prova admitido	25
2.4.4 Contraditório	25
2.4.5 Legitimidade	26
2.4.6 Decisão e recurso	26
3 HIPÓTESES DE CABIMENTO	27
3.1 Ausência de pressupostos processuais e condições da ação	28
3.1.1 Pressupostos processuais	28
3.1.2 Condições da ação	29
3.2 Excesso de execução	31
3.3 Nulidade de penhora	32
3.4 Pagamento	33
3.5 Prescrição	34
CONCLUSÃO	37
REFERÊNCIAS	39

INTRODUÇÃO

A edição da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, Lei de Execução Fiscal, conhecida como LEF, teve um claro objetivo que foi o de estabelecer um procedimento especializado, distinto do procedimento da execução por quantia certa previsto no Código de Processo Civil, para agilizar a ação executiva fiscal.

Pois bem, a ação de execução fiscal tem como finalidade a realização de um direito/crédito, o do exequente, em face de um dever/débito do executado. No caso em comento, considera-se exequente a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias, conforme o art. 1º, da Lei nº 6.830/1980.

O procedimento adotado pela LEF não o foi para que se discuta se determinado contribuinte está em falta para com o Fisco, sequer para definir responsabilidades relacionadas a determinado crédito tributário. Tal procedimento foi adotado para a expropriação de bens do devedor a fim de satisfazer o direito do credor (CPC, art. 646).

Como qualquer execução forçada por quantia certa, a execução fiscal requer o preenchimento de formalidades como, por exemplo, a existência de um título executivo, no caso a Certidão de Dívida Ativa (CDA), dotada de presunção de liquidez, certeza e exigibilidade

No entanto, existem casos em que a existência e a validade da ação executiva fiscal encontram-se maculados, quer seja pela iliquidez e incerteza, uma vez que a sua presunção é apenas relativa, quer seja pela inexigibilidade do crédito contido no título executivo.

Na tentativa de possibilitar ao contribuinte indevidamente executado que, de maneira mais fácil e menos burocrática, efetivasse o seu direito de defesa sem a necessidade de ver-se privado dos seus bens ou valores, independentemente do prazo fixado para apresentação dos embargos, é que a doutrina e a jurisprudência evoluíram, passando a admitir a apresentação da

defesa no processo de execução, através de uma simples petição denominada Exceção de Pré-Executividade.

Desse modo, com o presente estudo objetiva-se analisar a exceção de pré-executividade que

constitui remédio jurídico de que o executado pode lançar mão, a qualquer tempo, sempre que pretenda infirmar a certeza, a liquidez ou a exigibilidade do título por meio de inequívoca prova documental, independentemente sua propositura de prévia segurança do juízo, exigível, conforme a nova ordem processual, apenas para o fim de receber os embargos no efeito suspensivo. (CARDOSO, 2009, p. 25)

Para tanto, para uma melhor compreensão do tema abordado, o presente estudo será dividido em quatro partes. A primeira delas tratará da ação de execução fiscal propriamente dita, destacando, dentre outros, a sua natureza jurídica, qual o seu objetivo, o seu título executivo (Certidão de Dívida Ativa).

Numa segunda parte, será abordada a exceção de pré-executividade na execução fiscal, concernente à sua nomenclatura, à sua natureza jurídica e o seu processamento. A terceira parte cuidará das hipóteses em que o executado poderá manejar tal instituto.

Finalmente, o trabalho será encerrado com algumas conclusões acerca do tema.

1 DA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL

O Estado, a fim de sustentar a finalidade para a qual foi criado, necessita estruturar-se numa complexa rede organizacional, sempre com a finalidade de satisfazer o bem da coletividade e do interesse público.

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

Os tributos instituídos pelo Estado, encontrando-se em conformidade com os ditames legais para a sua instituição e cobrança, serão legalmente devidos e a sua inadimplência dá direito ao Estado de cobrá-lo, seja extrajudicial ou judicialmente.

A ação de execução fiscal, instituída pela lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, é a forma pela qual a Fazenda Pública, que pode ser a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e suas respectivas autarquias, de cobrar judicialmente os créditos da Dívida Ativa, seja tributária ou não.

1.1 Natureza Jurídica

O processo de execução tem como finalidade a consecução de um direito que já se encontra definido, seja judicialmente (título judicial) ou extrajudicialmente (título extrajudicial), sendo desnecessária a atividade de cognição do órgão dotado de jurisdição.

A Lei nº 6.830/1980 (LEF) dispõe, em seu art. 1º, que:

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

No caso, a execução fiscal, ajuizada para cobrar a dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e suas respectivas autarquias, é considerada uma execução por quantia certa, um nítido processo de realização do direito do credor.

Leia-se o art. 646, do Código de Processo Civil, *in verbis*: “A execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591).”

O procedimento previsto na Lei nº 6.830/1980 não se destina ao accertamento da relação creditícia entre o Estado e o contribuinte, muito menos busca a definição de qualquer responsabilidade em relação ao crédito. A ação de execução fiscal “apenas se volta para a expropriação de bens do devedor para a satisfação do direito do credor (CPC, art. 646).” (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 8)

1.2 Pretensão: crédito regularmente inscrito em dívida ativa

De acordo com o art. 2º, *caput*, da Lei nº 6.830/1980, “Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não-tributária na Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964...”

Desse modo, percebe-se que

A Lei n. 6.830 dá abrangência ampla ao conceito de Dívida Ativa e admite a execução fiscal como procedimento judicial aplicável tanto à cobrança dos créditos tributários como dos não-tributários. Até mesmo as obrigações contratuais, desde que submetidas ao controle da inscrição, podem ser exigidas por via da execução fiscal. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 14)

O Código Tributário Nacional (CTN), em seu art. 201, define a dívida ativa tributária como “a proveniente do crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.”

A Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, conceitua no § 2º, do art. 39, o que é dívida ativa tributária e dívida ativa não-tributária, vejamos:

Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias. (Redação dada pelo Decreto Lei nº 1.735, de 20.12.1979)

§ 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais. (Parágrafo incluído pelo Decreto Lei nº 1.735, de 20.12.1979)

No entanto, a inscrição em dívida ativa requer o cumprimento de formalidades a fim de dar validade e eficácia ao ato de inscrição, tais como, ser autenticado pela autoridade competente; fazer constar o nome do devedor e dos corresponsáveis (se for o caso), juntamente com a indicação, sempre que possível, do domicílio ou residência; a quantia devida e a forma de calcular os juros de mora; qual a origem e a natureza do crédito, mencionando o dispositivo legal que fundamenta tal inscrição; a data da inscrição; o número do processo administrativo, se for o caso, que deu origem ao crédito.

Caso algum desses requisitos seja omitido ou sejam feitos erroneamente, poderão dar causa a nulidade da própria inscrição, bem como do processo de cobrança decorrente.

Esse crédito regularmente inscrito em dívida ativa, segundo os art. 204, do Código Tributário Nacional, e o art. 3º, da Lei nº 6.830/1980, gozam de presunção de certeza e liquidez. Porém, tal presunção é apenas relativa, a qual pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro a quem aproveite.

É da regular inscrição do crédito fazendário em Dívida Ativa que se extrai o competente título executivo extrajudicial, que irá instrumentalizar a execução fiscal, qual seja, a Certidão de Dívida Ativa.

1.3 Título Executivo: certidão de dívida ativa

Toda execução requer a existência de um título executivo, que pode ser judicial ou extrajudicial, e que a obrigação contida nesse título seja certa, líquida e exigível.

A certeza da obrigação estará observada quando estampar a natureza da prestação, seu objeto e seus sujeitos. Haverá a liquidez quando o título permitir, sem que se faça necessária a prova de outros fatos, a exata definição da quantidade de bens/valores devidos objeto da execução. Já a exigibilidade, esse requisito estará satisfeito se houver a indicação de que a obrigação já deve ser cumprida, ou por não estarem submetidos a condição ou temor, ou por já terem ocorrido e/ou estejam demonstrados.

“O título é o documento que, nos termos da lei, constitui direito para o credor de usar o processo executivo para realizar a prestação que o devedor está obrigado a realizar em seu favor.” (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 17)

No caso da execução fiscal, o título executivo é a Certidão de Dívida Ativa, que é um título extrajudicial, conforme o art. 585, inciso VII, do Código de Processo Civil. Ainda, o § 6º, do art. 2º, da Lei de Execução Fiscal, preceitua que “a Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente.” Já o parágrafo único, do art. 202, do Código Tributário Nacional, diz que a certidão, além dos requisitos previstos para o Termo de Inscrição, conterá a indicação do livro e da folha da respectiva inscrição.

Tais formalidades impostas à Certidão de Dívida Ativa o são para que o crédito executado seja devidamente identificado, além de propiciar meios para que o executado se defenda.

Outra característica da Certidão de Dívida Ativa, bem como do Termo de Inscrição, é que eles podem ser preparados e numerados por processo manual, mecânico ou eletrônico (§ 7º, art. 2º, da Lei nº 6.830/1980).

O § 8º, do art. 2º, da LEF, estabelece que a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, até a decisão de primeira instância, assegurando-se ao executado a devolução do prazo para embargos.

Como já dito acima, a execução fiscal, cujo procedimento foi estabelecido pela Lei nº 6.830/1980, não se direciona para o acerto de um direito e uma futura condenação, e sim para a execução forçada de um crédito. Trata-se de um processo de realização e não de definição. Portanto, não existe uma decisão/sentença de primeira instância.

Assim, a decisão a que se refere o § 8º, do art. 2º, da LEF, é decisão proferida em sede de embargos à execução. Desse modo, havendo omissão ou erro com relação à Certidão de Dívida Ativa, a Fazenda Pública poderá alterar ou substituir o referido título a fim de evitar a nulidade prevista no art. 203, do Código Tributário Nacional.

No entanto, o Superior Tribunal de Justiça limitou as hipóteses em que a Fazenda Pública poderá alterar ou substituir a CDA, ao editar a súmula 392, que se transcreve a seguir:

A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.
(Súmula 392, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 07/10/2009)

Como a Certidão de Dívida Ativa é um título produzido unilateralmente, sem a participação do contribuinte, a presunção de certeza e liquidez prevista no art. 3º, parágrafo único, da Lei de Execução Fiscal e no art. 204, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro a quem aproveite.

1.4 Procedimento

A Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal) prevê, em seu art. 4º, que a execução fiscal poderá ser promovida contra o devedor; o fiador; o espólio; a massa; os responsáveis, tributários ou não e aos sucessores a qualquer título.

O procedimento administrativo que antecede o momento da inscrição em Dívida Ativa é a oportunidade para se definir quem vem a ser o devedor principal, subsidiário ou co-responsável que, via de consequência, delimitará quem será a parte legítima para figurar no pólo passivo da execução fiscal. Em outras palavras, “é pelo exame do título (Certidão de Dívida Ativa) e, eventualmente, por meio de outros documentos complementares, que se pode pesquisar e definir a legitimação do sujeito passivo da execução fiscal” (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 37).

De acordo com o art.6º, da Lei de Execução Fiscal, a petição inicial deverá indicar o juiz (leia-se “juízo”) a quem é dirigida; o pedido; e o requerimento para a citação do devedor/executado.

Como o procedimento da execução fiscal tem a finalidade de expropriar bens do devedor/executado a fim de satisfazer um direito definido no título executivo (CDA) do credor/exequente, diferentemente do processo de conhecimento, em que se procura discutir a relação jurídica findando numa sentença que “fará” o direito, a petição inicial não requer as mesmas formalidades previstas para a petição inicial do procedimento ordinário, art. 282, do Código de Processo Civil, tais como, a exposição dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido e o requerimento de produção de provas.

A petição inicial deverá ser instruída com o título executivo, qual seja, a Certidão de Dívida Ativa, que será parte integrante da inicial. Podendo, inclusive, fazer parte de um único documento (§§ 1º e 2º, do art. 6º, da LEF). A produção de provas pela Fazenda Pública independe de requerimento na petição inicial, bem como o valor da causa será o valor da dívida objeto da Certidão de Dívida Ativa (§§ 3º e 4º, do art. 6º, da LEF).

Uma vez distribuída, a petição inicial da execução fiscal poderá deferida ou indeferida. O indeferimento da petição inicial é possível na medida em que não ocorra alguma das situações previstas no art. 295, do Código de Processo Civil, não sem antes se oportunizado o devido saneamento (arts. 284 e 616, do CPC).

Caso o indeferimento seja mantido, caberá apelação, nas execuções em geral (art. 296, do CPC) ou embargos infringentes, para o próprio juiz do feito, quando a execução for de valor até 50 ORTN's.

Caso seja deferida a petição inicial, importará no despacho positivo da petição nos moldes do art.7º, da LEF.

O despacho positivo da petição inicial importa, em primeiro lugar, na abertura do prazo de cinco dias para o pagamento da dívida ajuizada ou nomeação, pelo devedor, de bens para constituir a segurança do juízo executivo. O prazo corre independentemente de juntada do mandado citatório, pois o oficial deve retê-lo para efetuar a penhora, se o devedor não pagar nem garantir a execução. Após o prazo dado ao executado, sem manifestação válida de sua parte, a penhora será feita livremente pelo oficial, que não está adstrito à ordem de preferência lançada traçada pelo art. 11 da Lei n. 6.830/80 apenas para a nomeação de iniciativa do devedor. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 82)

Dispositivo que demonstra um dos grandes privilégios referendados à Fazenda Pública em relação à execução fiscal é o previsto no § 2º, do art. 8º, da Lei de Execução Fiscal. Tal dispositivo estabelece que “ o despacho do juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.

O Código de Processo Civil, em seu art. 219 e parágrafos, prevê que a citação válida tem o condão de interromper a prescrição. O próprio Código Tributário Nacional previa, em seu art. 174 e parágrafo único, que a prescrição do crédito tributário só se interrompia com a citação pessoal do devedor.

Grande parte dos tributaristas entendiam que a norma inserta na Lei nº 6.830/1980, de que a prescrição era interrompida pelo despacho citatório, era inconstitucional por ser conflitante com o Código Tributário Nacional, na medida em que este código é revestido das características de Lei Complementar.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça já havia decidido que no que concerne à matéria prescricional, deverão prevalecer os dispositivos contidos no Código Tributário Nacional em detrimento dos dispositivos da Lei nº 6.830/1980, conforme os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. POSSIBILIDADE. PESSOA JURÍDICA. REDIRECIONAMENTO DA AÇÃO. SÓCIO. CITAÇÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. ART. 8º, IV E § 2º, DA LEI Nº 6.830/80. ART. 219, § 4º, DO CPC. ARTS. 125, III, E 174, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CTN. SUAS INTERPRETAÇÕES. PRECEDENTES.

[...]

7. A mera prolação do despacho que ordena a citação do executado não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC, e com o art. 174 e seu parágrafo único, do CTN.

[...]

11. Precedentes desta Corte de Justiça e do colendo STF.

12. Recurso especial provido.

(REsp 388000/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/02/2002, DJ 18/03/2002 p. 192)

PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - PRESCRIÇÃO - DESPACHO ORDENATÓRIO - AUSÊNCIA DE CITAÇÃO - INTERRUPÇÃO NÃO CONFIGURADA - LEI 6.830/80 (LEF) - CTN, ART. 174, PARÁGRAFO ÚNICO -PRECEDENTES STJ.

O simples despacho do juiz, ordenando a citação do executado, não tem o condão de interromper a prescrição, em processo de execução fiscal.

Somente a citação do devedor produz o efeito de interromper o prazo prescricional, em obediência às normas contidas na Lei 6.830/80, em harmonia com o art. 174, parágrafo único do CTN.

Recurso não conhecido.

(REsp 76739/RS, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/1999, DJ 17/05/1999 p. 151)

No entanto, no ano de 2005, foi publicada a Lei Complementar nº 118, que reformou o Código Tributário Nacional, alterando o disposto no art. 174, parágrafo único, inciso I, para dispor que a prescrição do crédito tributário será interrompida “pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal.”

Dessa maneira, toda a controvérsia com relação ao § 2º, do art. 8, da LEF deixou de existir na medida em que ficou em consonância com o Código Tributário Nacional (que tem característica de Lei Complementar) com a alteração estabelecida pela LC nº 118/2005.

Uma vez citado, o executado poderá oferecer os competentes embargos à execução previstos no art. 16, da LEF. No entanto os embargos não serão admitidos antes de garantida a execução. Quer dizer, o contribuinte que se encontra numa situação de executado,

vislumbrando que essa execução não preenche os requisitos necessários, deverá ter seu patrimônio prejudicado para poder se defender.

É nesse tipo de situação que, ao invés de garantir uma execução infundada, por exemplo, a fim de oferecer os embargos à execução, o executado pode, através da exceção de pré-executividade, atacar o prosseguimento da execução sem precisar ter seu patrimônio violado.

1.5 Ato executivo: penhora

Caso o devedor, devidamente citado, deixe de pagar ou garantir a execução, poderá ter seus bens penhorados, conforme o art. 10, da Lei n 6.830/1980. A penhora ou arresto deverá obedecer ordem de preferência contida no art. 11, da LEF, *in verbis*:

Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

I - dinheiro;

II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;

III - pedras e metais preciosos;

IV - imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - veículos;

VII - móveis ou semoventes; e

VIII - direitos e ações.

Ocorre que, para que a penhora produza os seus efeitos, ela precisa ser efetuada observando-se certas formalidades como, por exemplo, constar de termo processual adequado.

O ato em questão denomina-se “auto de penhora”, quando é lavrado fora do processo, pelo oficial de justiça, em cumprimento de mandado executivo; e “termo de penhora”, quando redigido pelo escrivão nos próprios autos do processo, diante da aceitação ou aprovação da nomeação feita pelo executado. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 103)

Vale salientar que deverá constar a avaliação dos bens penhorados, tanto no auto de penhora como no termo.

O art. 12, da Lei de Execução Fiscal, é de extrema importância, uma vez que estabelece a intimação da penhora ao executado, mediante publicação, no órgão oficial, do ato de juntada do termo ou do auto de penhora. É importante esclarecer que, se a citação do executado feita pelo correio não tiver a sua assinatura no aviso de recebimento, a intimação da penhora deverá ser feita pessoalmente.

2 DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL

O primeiro doutrinador a se manifestar sobre a possibilidade do executado se defender de um processo de execução, através do instituto da exceção de pré-executividade, foi Pontes de Miranda, quando elaborou o Parecer nº 95 para a Companhia Siderúrgica Mannesman, a qual vinha sofrendo várias ações de execução e pedidos de falência.

Este parecer tentou responder se a Companhia solicitante poderia requerer, antes que se efetuasse a penhora nas ações de execução que lhe eram movidas a nulidade da citação sob o argumento de serem falsos os títulos em que se baseavam referidas ações.

O ilustre jurista tentou demonstrar que os embargos não constituíam a única forma de defesa do executado, uma vez que poderia apresentar defesas pré-processuais versando sobre os requisitos de admissibilidade do processo executivo.

2.1 Conceito

A exceção de pré-executividade é uma forma incidental de defesa, por simples petição nos próprios autos, sem a necessidade de se interpor embargos à execução, muito menos de garantir o juízo, na qual o executado, munido de prova documental pré-constituída, provoca o juízo a fim de cumprir seu dever de reconhecer nulidade que macula o processo executivo, com o objetivo de regularizar ou extinguir o processo, evitando-se, assim, que o executado tenha seu patrimônio afetado por um processo eminentemente nulo.

Apenas a título de ilustração, traremos outros conceitos formulados por alguns estudiosos do tema.

Hélio Apoliano Cardoso entende que

A exceção de pré-executividade constitui remédio jurídico de que o executado pode lançar mão, a qualquer tempo, sempre que pretenda infirmar

a certeza, a liquidez ou a exigibilidade do título por meio de inequívoca prova documental, independentemente sua propositura de prévia segurança do juízo, exigível, conforme a nova ordem processual para o fim de receber os embargos no efeito suspensivo. (CARDOSO, 2009, p. 25)

Marcos Zenóbia Soares conceitua que

Com a exceção de pré-executividade, o executado ingressa diretamente na execução fiscal impugnando sua validade, independentemente de penhora, quando se tratar de pressupostos processuais e condições da ação, cujo exame o juiz realiza de ofício por terem relação com exigências de ordem pública, condicionadoras do exercício da jurisdição (...) (SOARES, 2001, p.31)

Para Francisco Wildo Lacerda Dantas,

A exceção de pré-executividade constitui a defesa – e, por isso, exceção – que exerce no processo de execução, independentemente da oposição de embargos e da prévia segurança de juízo, quando se alega que essa foi desfechada sem atender aos pressupostos específicos para a cobrança de crédito que, na redação do art. 586 do CPC, se resume à exigência de título líquido, certo e exigível. (DANTAS, 1997, p.28)

2.2 Exceção ou objeção de pré-executividade?

“Exceção, em sentido amplo, é o poder jurídico de que se acha investido o réu e que lhe possibilita opor-se à ação que lhe foi movida.” (CINTRA, 2005, p. 279-280).

As objeções e as exceções podem ser diferenciadas, de acordo com a possibilidade do conhecimento da matéria *ex officio*. Segundo José Manuel Arruda Alvim,

Aquela pode ser conhecida de ofício pelo juiz a qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto a exceção depende sempre de provocação da parte. As exceções, portanto, salvo nos casos de expressa autorização legal, submetem-se aos efeitos da preclusão, ou seja, se não opostas no momento oportuno, não podem mais ser alegadas pela parte interessada ou apreciada pelo juiz em um momento futuro. Já as objeções, como foi dito, podem ser conhecidas a qualquer tempo e grau de jurisdição, não se submetendo, assim, aos efeitos da preclusão. (ALVIM, 1972, p. 5-6)

Outro aspecto polêmico acerca da nomenclatura do instituto refere-se ao termo pré-executividade. Alguns doutrinadores, dentre eles José Carlos Barbosa Moreira (2000, p. 86), entendem que o substantivo executividade indica algo que é executivo, ou seja, como essa característica é própria do processo e do título executivo, o prefixo pré poderia deturpar a concepção do processo e do título, levando a pensar em processo pré-executivo ou título pré-executivo.

Apesar de toda a polêmica acerca da definição do nome a ser designado o instituto estudado na presente monografia, trata-se de objeção ou exceção de pré-executividade, se seria uma fase pré execução, entendemos que a expressão 'exceção de pré-executividade' consegue melhor externar a defesa do executado no processo executivo. Logicamente, o termo exceção entendido como defesa em sentido amplo, como manifestações deduzidas pelo réu, executado.

2.3 Natureza jurídica

Como já visto acima, a exceção de pré-executividade é uma forma incidental de defesa, por simples petição nos próprios autos, sem a necessidade de se interpor embargos à execução, muito menos de garantir o juízo, na qual o executado, munido de prova documental inequívoca, provoca o juízo a fim de cumprir seu dever de reconhecer nulidade que macula o processo executivo, com o objetivo de regularizar ou extinguir o processo, evitando-se, assim, que o executado tenha seu patrimônio afetado por um processo eminentemente nulo.

Trata-se de um incidente visto que recai sobre um processo já existente, o qual deverá ser resolvido. Portanto, a exceção de pré-executividade é o meio de defesa que o executado pode fazer uso para exterminar uma execução ilegal e abusiva.

Desse modo, a natureza jurídica da exceção de pré-executividade é de um incidente processual que objetiva sobrestar a execução, provocando um novo juízo de admissibilidade que poderá revelar nulidades que podem invalidar o processo executivo como um todo.

2.4 Processamento da exceção de pré-executividade

2.4.1 Requerimento

Por se tratar de um incidente processual que deve ser argüido em processo já existente, a exceção de pré-executividade deverá ser manejada por simples petição no bojo dos próprios autos da execução fiscal.

Segundo Humberto Theodoro Júnior,

Quando o executado dispõe de defesa prejudicial capaz de impedir, de plano, o desenvolvimento válido e regular do processo executivo, não precisa submeter-se às exigências e condicionamentos dos embargos à execução. (...) Esses verdadeiros pressupostos processuais devem ser aferidos de ofício pelo juiz e, por isso, podem ser argüidos pela parte prejudicada, independentemente dos ônus dos embargos à execução. Basta uma simples petição no bojo dos autos. (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 141)

2.4.2 Prazo para oferecimento

No Parecer nº 95, solicitado pela Companhia Siderúrgica Mannesman, Pontes de Miranda limitava a possibilidade do oferecimento da exceção de pré-executividade no prazo de 24 horas, contados da citação.

Atualmente, o entendimento que prevalece é o de admitir o seu oferecimento a qualquer tempo, pois não ocorre preclusão quanto às matérias argüíveis em exceção de pré-executividade.

No entanto, algumas matérias suscitadas em exceção de pré-executividade, uma vez decididas e havendo recurso, podem provocar preclusão consumativa, quer dizer, a iliquidez de um título não reconhecida na decisão proferida no juízo *a quo* nem pela decisão do recurso interposto, não mais poderá ser argüida pelo executado.

2.4.3 Meio de prova admitido

Como já visto, a exceção de pré-executividade se presta a combater matérias que podem ser reconhecidas de ofício pelo juiz, sem a necessária dilação probatória, a qual ficará restrita aos embargos à execução.

O Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou acerca da dilação probatória da exceção de pré-executividade quando tratou de editar a Súmula 393, *in verbis*:

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

No caso da exceção de pré-executividade, a única espécie de prova que se admite a utilização é a prova documental, especificamente, a prova documental pré-constituída.

Dessa forma, o executado, ao manejar a exceção, deverá instruí-la com todos os documentos que comprovem o seu direito, pois deixando de fazê-lo, poderá sofrer indeferimento imediato. A prova, como no mandado de segurança, deverá ser pré-constituída.

Toda essa preocupação quanto à pré-constituição da prova alegada em exceção de pré-executividade existe para diferenciar este instituto dos embargos à execução.

2.4.4 Contraditório

Existem duas correntes a respeito do tema: a primeira, que admite a manifestação da exequente sobre a exceção de pré-executividade apresentada pelo executado; e a segunda, a qual entende desnecessária a ouvida do exequente.

A corrente que se manifesta favorável ao contraditório entende que haveria violação ao princípio do contraditório caso o juiz pusesse fim à execução com base nas provas produzidas por uma das partes.

A outra corrente, entende que o juiz pode analisar bem como reconhecer o vício alegado pelo executado e decretar a extinção do processo, pois poderia fazê-lo, de ofício, caso identificasse o mesmo defeito, situação em que não incorreria em erro de procedimento.

Trata-se de discussão com argumentos favoráveis para ambas correntes. Caso o juiz, ao apreciar a exceção de pré-executividade, entenda ser razoável ouvir a parte exequente antes de se decidir sobre uma possível extinção da execução, não haveria problema em fazê-lo. Já tendo o juiz, levando-se em consideração as provas produzidas pelo executado, entendido pela nulidade da execução, não haveria problema, também, caso decidisse pela extinção, de plano, da execução guerreada.

2.4.5 Legitimidade

Teoricamente, quem detém legitimidade para arguir a exceção de pré-executividade é o executado. Porém, entende-se que, fora o executado, serão legitimados para oferecer exceção de pré-executividade todos aqueles que detém legitimidade para a oposição dos embargos. “A legitimação para opor embargos à execução fiscal é do executado.” (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 140)

Sabe-se que a execução fiscal poderá ser promovida contra (art. 4º, da Lei de Execução Fiscal) o devedor, o fiador, o espólio, a massa e o responsável por dívidas tributárias ou não, de pessoas físicas ou jurídicas de direito privado e os sucessores a qualquer título. Portanto, essas pessoas poderão oferecer a exceção de pré-executividade.

2.4.6 Decisão e recurso

Em linhas gerais, por ser a exceção de pré-executividade um incidente, da decisão que a rejeitar, caberá agravo de instrumento; da decisão que acolher, caberá apelação.

No entanto, é preciso destacar que nem toda decisão acolhedora de exceção de pré-executividade acarreta a extinção da execução. Há situações em que a exceção de pré-

executividade é acolhida para regularizar o processo executivo, não incorrendo em nenhuma das hipóteses previstas nos arts. 267 e 269, do Código de Processo Civil (CPC).

O art. 513, do CPC, prevê que caberá apelação quando proferida sentença (hipótese dos arts. 267 e 269, do CPC). Portanto, sendo acolhida a exceção de pré-executividade apenas para regularizar a execução, sem que tenha sido uma decisão sem resolução ou com resolução de mérito, o recurso a ser manejado é o agravo de instrumento.

3 HIPÓTESE DE CABIMENTO

Na exceção de pré-executividade serão alegados vícios que comprometem o processamento regular da execução. A verificação de tais vícios pode ser feita de ofício pelo Juízo e a qualquer tempo no processo.

Por se tratar de matéria de ordem pública ou referente à regularidade da relação jurídica processual é que pode ser procedido de ofício pelo Juízo. Isso quer dizer que não somente as questões de ordem pública, mas também todos os fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente, com comprovação evidente, sem a necessidade de dilação probatória.

O Código Tributário Nacional dispõe, em seu art. 156, as causas extintivas da obrigação tributária, que devem ser levadas em consideração pelo magistrado e, dentre elas, a seguir serão destacadas alguma delas.

3.1 Ausência de pressupostos processuais e condições da ação

3.1.1 Pressupostos processuais

Pode-se definir os pressupostos processuais como as exigências legais que, caso não obedecidas, impedem o processo de se estabelecer nem se desenvolver regularmente. O art. 267, inciso IV, do Código de Processo Civil classificam os pressupostos como de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

(...) são pressupostos processuais: a) uma demanda regularmente formulada (CPC, art. 2º; CPP, art. 24); b) a capacidade de quem a formula; c) a investidura do destinatário da demanda, ou seja, a qualidade de juiz. A doutrina mais autorizada sintetiza esses requisitos nesta fórmula: uma correta propositura da ação, feita perante uma autoridade jurisdicional, por uma entidade capaz de ser parte em juízo. (CINTRA, 2005, p. 297)

Com relação à capacidade processual, uma vez que é considerada pressuposto de validade da relação jurídica, é dever do juiz conhecer de ofício a sua ausência, embora, não

exista empecilho à parte executada indevidamente alegar a ausência deste pressuposto, pois estará mais atenta e terá melhores condições de identificar o defeito.

Os pressupostos processuais são exigências contidas no art. 267 do CPC, tratando-se de requisito essencial para a validade da petição inicial, existência da jurisdição com a conseqüente triangulação processual (autor, juiz, réu), podendo ainda ser observadas as onze causas extintivas previstas ao longo do art. 156 do CTN.

3.1.2 Condições da ação

Condições da ação são requisitos condicionantes a um provimento jurisdicional legítimo. São elas: possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimação *ad causam*.

(...) ainda que a resposta do juiz se exauria na pronúncia de carência da ação (porque não se configuraram as condições da ação), terá havido exercício da função jurisdicional. Para uma corrente, as condições da ação são condições de existência da própria ação; para outra, condições para o seu exercício. (CINTRA, 2005, p. 266)

A possibilidade jurídica do pedido significa que o pedido feito deve ser juridicamente possível no ordenamento jurídico.

“Às vezes, determinado pedido não tem a menor condição de ser apreciado pelo Poder Judiciário, porque já excluído a priori pelo ordenamento jurídico sem qualquer consideração das peculiaridades do caso concreto.” (CINTRA, 2005, p. 266)

No caso da execução fiscal, o pedido que se faz ao Poder Judiciário é o de citar o executado para pagar o montante de dívida apresentada na Certidão de Dívida Ativa.

Quanto ao interesse de agir, percebe-se que essa é uma condição que

(...) assenta-se na premissa de que, tendo embora o Estado o interesse no exercício da jurisdição (função indispensável para manter a paz e a ordem na

sociedade), não lhe convém acionar o aparato judiciário sem que dessa atividade se possa extrair algum resultado útil. É preciso, pois, sob esse prisma, que, em cada caso concreto, a prestação jurisdicional solicitada seja necessária e adequada. (CINTRA, 2005, p. 267)

A necessidade traduz-se na impossibilidade de satisfazer o direito alegado, no caso, o crédito da Fazenda perante o executado, sem a interferência do Estado, seja pela negativa da parte contrária em satisfazer tal direito, seja pela determinação da própria lei. A adequação refere-se à escolha da via a fim de satisfazer tal direito. No caso da cobrança judicial da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e suas respectivas autarquias, a via adequada é a execução fiscal.

Já a legitimidade *ad causam*, pode-se traduzir na legitimidade para ser parte no processo, seja ativamente (titular do direito subjetivo material cuja tutela se pede), seja passivamente (titular da obrigação correspondente).

No caso da execução fiscal, a legitimidade *ad causam* ativa encontra-se nas pessoas jurídicas da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas respectivas autarquias, pois são os titulares da ação (art. 1º, da Lei de Execução Fiscal). Já a legitimidade *ad causam* passiva, o art. 4º, da Lei de Execução Fiscal, estabelece quais as pessoas que podem ser executadas em sede de execução fiscal.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL PROPOSTA CONTRA DEVEDOR JÁ FALECIDO. CARÊNCIA DE AÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. ALTERAÇÃO DO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO PARA CONSTAR O ESPÓLIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 392/STJ.

1. O exercício do direito de ação pressupõe o preenchimento de determinadas condições, quais sejam: a) a possibilidade jurídica do pedido; b) o interesse de agir; e c) a legitimidade das partes. No caso em análise, não foi preenchido o requisito da legitimidade passiva, uma vez que a ação executiva foi ajuizada contra o devedor, quando deveria ter sido ajuizada em face do espólio. Dessa forma, não há que se falar em substituição da Certidão de Dívida Ativa, haja vista a carência de ação que implica a extinção do feito sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil.

(...)

(AgRg no REsp 1056606/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 19/05/2010) (grifamos)

À respeito, é interessante transcrever o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, através do verbete nº 392, *in verbis*:

A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução. (Súmula 392, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 07/10/2009)

A legitimidade da parte (credor ou devedor) pode ser auferida a partir do título que se pretende executar, todavia, esta apenas serve como um indício. Se o nome da pessoa não constar quando da inscrição da dívida, esta se torna inválida, por não estar taxativamente quem efetivamente é o devedor.

Assim, a exceção de pré-executividade é o veículo mais adequado e rápido para atacar execuções viciadas, seja por falta de pressuposto processual seja por carência da ação, fadadas ao insucesso, que iriam movimentar a máquina judiciária inutilmente e macular o patrimônio do executado indevidamente.

3.2 Excesso de execução

Antes de mais nada, é necessário fazer a diferenciação entre excesso de execução e excesso de penhora. Excesso de execução significa o aumento do pedido feito na inicial da execução fiscal, já o excesso de penhora acontece quando ocorre a penhora de bens em valores muito superiores ao valor da execução.

O Código de Processo Civil, em seu art. 743, estabelece quais as hipóteses em que haverá excesso de execução, quais sejam:

- Art. 743. Há excesso de execução:
- I - quando o credor pleiteia quantia superior à do título;
 - II - quando recai sobre coisa diversa daquela declarada no título;
 - III - quando se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença;
 - IV - quando o credor, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da do devedor (art. 582);
 - V - se o credor não provar que a condição se realizou.

Apesar do rol de situações em que há excesso de execução previsto no art, 743, verdadeiramente, apenas o inciso I refere-se, na prática, a excesso de execução. Todos os outros incisos dão conta de situações em que há falta de condição da ação.

Portanto, sempre que na execução fiscal o exequente pleitear quantia superior à indicada na Certidão de Dívida Ativa, poderá o executado utilizar a exceção de pré-executividade para atacar essa execução evitando-se qualquer constrangimento de ordem patrimonial por parte do executado.

3.3 Nulidade de penhora

O art. 655 e incisos (com redação dada pela Lei nº 11.382/2006), do Código de Processo Civil, prevê

Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:
I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
II - veículos de via terrestre;
III - bens móveis em geral;
IV - bens imóveis;
V - navios e aeronaves;
VI - ações e quotas de sociedades empresárias;
VII - percentual do faturamento de empresa devedora;
VIII - pedras e metais preciosos;
IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;
X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
XI - outros direitos.

Haverá nulidade de penhora quando esta recair sobre bens considerados impenhoráveis ou quando deixar de obedecer previsão legal.

Sobre a impenhorabilidade de bens, o art, 649, do CPC, indica quais o bens absolutamente impenhoráveis, vejamos:

Art. 649. São absolutamente impenhoráveis:

- I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
- II - os móveis, pertences e utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
- III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
- IV - os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, observado o disposto no § 3º deste artigo; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
- V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício de qualquer profissão; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
- VI - o seguro de vida; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
- VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
- VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
- IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
- X - até o limite de 40 (quarenta) salários mínimos, a quantia depositada em caderneta de poupança. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).
- XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos, nos termos da lei, por partido político. (Incluído pela Lei nº 11.694, de 2008)

É fato que a ordem pública deve ser prevalecida. Nesse sentido, havendo nulidade absoluta está deverá ser arguida em qualquer momento processual, independentemente da apresentação de embargos, através de simples petição.

A utilização da exceção de pré-executividade, neste caso, pretende tutelar a dignidade da pessoa humana, conforme determina a Constituição Federal já em seu artigo 1º, III. Está revestida de amplo cunho social, protegendo os bens dos executados, inservíveis para a satisfação do crédito.

3.4 Pagamento

Um das modalidades de extinção do crédito tributário, de acordo com o inciso I, do art. 156, do Código Tributário Nacional, é o pagamento. “O pagamento é a causa mais natural de extinção das obrigações.” (ALEXANDRE, 2008, p. 408)

O pagamento é “forma ordinária, usual, de extinção do crédito tributário, o pagamento é a entrega ao sujeito ativo, pelo sujeito passivo ou por qualquer pessoa em seu nome, da quantia correspondente ao objeto do crédito tributário.” (MACHADO, 2003, p. 184)

Já o professor Paulo de Barros Carvalho indica que “Pagamento é a prestação que o devedor, ou alguém por ele, faz ao sujeito pretensor, da importância pecuniária correspondente ao débito do tributo”. (CARVALHO, 2007, p. 469)

Portanto, não havendo quanto ao pagamento da dívida executada, especificamente quanto à sua prova apresentada pelo executado, deverá o juiz acolher a exceção de pré-executividade para determinar a extinção da execução fiscal uma vez que já ocorreu o adimplemento do crédito contido na Certidão de Dívida Ativa, devendo, por conseguinte, levar à extinção a execução fiscal.

3.5 Prescrição

A prescrição opera-se, segundo Ricardo Alexandre, “quando a Fazenda Pública não propõe, no prazo legalmente estipulado, a ação de execução fiscal para obter a satisfação coativa do crédito tributário” (ALEXANDRE, 2008, p. 457)

De acordo com o art.174, do Código Tributário Nacional, “a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva”.

Dizer que a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos significa dizer que a Fazenda Pública tem o prazo de cinco anos para cobrar judicialmente, para propor a execução do crédito tributário. Tal prazo é contado da constituição definitiva do crédito, isto é, da data em que não mais admita a Fazenda Pública discutir a seu respeito, em procedimento administrativo. Se não efetua a cobrança no prazo de cinco anos, não poderá mais fazê-lo. (MACHADO, 2003, p. 206)

Quer dizer, uma execução fiscal distribuída em 2010 cobrando um crédito que foi constituído no ano 2000 está evidentemente fulminada pela prescrição. Então, poderá o executado manejar a exceção de pré-executividade a fim de extinguir a execução fiscal em que se cobra um crédito já prescrito.

No entanto, é importante salientar a questão da prescrição intercorrente, prevista no art. 40, da Lei de Execução Fiscal, *ipsis litteris*:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a **prescrição intercorrente** e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004) (grifamos)

O artigo supra transcrito dispõe sobre a possibilidade de se suspender a ação de execução fiscal no caso de não se localizar o devedor ou bens sobre os quais possa recair a penhora. “O fato de não terem sido encontrados bens a penhorar não é motivo para extinguir a execução fiscal. Nem mesmo a não-localização do devedor para a citação produz tal consequência.” (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 228)

O prazo de tal suspensão é de 1 (um) ano, conforme o § 1º desse artigo. No entanto, decorrido esse prazo sem que o devedor fosse localizado ou encontrado bens penhoráveis, o juiz ordenará o arquivamento da execução.

O que causava estranheza era o fato de o arquivamento do processo se dar se a observância de prazo, ou seja, a execução fiscal poderia se perpetuar no tempo sem sequer ter havido completado a relação processual pela citação do devedor.

Ocorre que, com a edição da Lei nº 11.051/2004, foi acrescentado o § 4º, ao art.40, dispondo sobre a prescrição intercorrente, prevendo que “se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”.

(...) sempre se teve como certo que não podia o juiz, de ofício, decretar a prescrição pelo decurso do prazo de cinco anos a contar do arquivamento da execução oficial por falta de penhora. É que o sistema do ordenamento jurídico não aceitava partisse a iniciativa da prescrição do próprio juiz, devendo sempre condicioná-lo ao exercício da exceção por parte do devedor (CC, art. 194, revogado pela Lei n. 11.280, de 16-2-2006) (THEODORO JÚNIOR, 2009, p. 231)

Ou seja, tanto a prescrição, como prazo que a Fazenda Pública tem para executar judicialmente o crédito tributário, como a prescrição intercorrente, poderão ser atacadas via exceção de pré-executividade, sempre que o executado perceber que o crédito cobrado está prescrito.

CONCLUSÃO

A exceção de pré-executividade, com visto, é uma criação doutrinária e jurisprudencial, não havendo, ainda, qualquer tratamento legislativo direto sobre o tema. Esse instituto teve sua primeira sinalização através do ilustre jurista, Pontes de Miranda, quando elaborou o Parecer nº 95 para a Companhia Siderúrgica Mannesman, a qual vinha sofrendo várias ações de execução e pedidos de falência.

Este parecer tentou responder se a Companhia solicitante poderia requerer, antes que se efetuasse a penhora nas ações de execução que lhe eram movidas, a nulidade da citação sob o argumento de serem falsos os títulos em que se baseavam referidas ações. Pois bem, nos dias atuais, não é mais admissível que os contribuintes, indevidamente executados, sejam obrigados a disponibilizar parte de seu patrimônio para garantir o juízo a fim de se defenderem de uma execução fiscal malfadada, com a oposição dos embargos à execução.

Desse modo, tanto a doutrina como a jurisprudência nacional evoluíram, passando a acolher a defesa do contribuinte indevidamente executado através de uma simples petição nos próprios autos da execução, que se denominou exceção de pré-executividade, principalmente quando existem questões que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz que não demandem dilação probatória.

O termo exceção deve ser entendido como um poder de reação do executado e a expressão pré-executividade, como a possibilidade de manifestar defesa sem que tenha sido realizada a penhora, tratando-se de um incidente processual.

A exceção de pré-executividade pode e deve ser oferecida no próprio bojo dos autos da execução fiscal por meio de uma simples petição, a qual pode ser ofertada a qualquer momento, atacando matéria que poderia ser conhecida de ofício pelo juiz, desde que haja uma ampla prova documental pré-constituída, pois, de acordo com a Súmula 393, do Superior Tribunal de Justiça, não pode haver dilação probatória no manejo da exceção de pré-executividade.

Homenageando o princípio do contraditório, ao ser oferecida a exceção de pré-executividade, o juiz poderá intimar a parte exequente para se pronunciar sobre o oferecimento da exceção, e, confirmando-se que a execução fiscal é indevida ou está maculada pelo não atendimento aos requisitos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, a execução fiscal deverá ser extinta.

Sendo acolhida a exceção de pré-executividade, a execução fiscal será extinta, cabendo à parte exequente se irrisignar através do recurso de apelação. Todavia, sendo denegada a exceção de pré-executividade apresentada, ao executado apenas cabe o manejo do recurso de agravo de instrumento, por se tratar de uma decisão interlocutória, facultando-se pugnar pela concessão do efeito suspensivo, previsto no art. 558, do Código de Processo Civil.

O que existe de mais relevante no instituto de exceção de pré-executividade é a possibilidade de o contribuinte, até então tido como devedor de uma obrigação, valer-se do seu direito de defesa constitucionalmente garantido, justamente pelo fato de não deter condições financeiras de arcar com a garantia do juízo, quer seja em espécie, quer seja com o oferecimento de bens a penhora. Seria muito injusto e oneroso exigir que o contribuinte, indevidamente executado, tivesse o seu patrimônio gravado para, somente a partir daí, demonstrar que não devia.

Objetivamente, a exceção de pré-executividade vem se mostrando ser de grande valia para todos os operadores do Direito e, em especial, para os até então tidos como devedores e terceiros prejudicados.

A exceção de pré-executividade trouxe grandes benefícios para a sociedade em face da economia processual decorrente do seu manejo, ajudando, inclusive e principalmente, a movimentar e a impulsionar mais rapidamente os processos, dando espaço, assim, a uma justiça mais célere e eficaz.

Nesse sentido, entendemos ser de extrema importância o aprimoramento deste instituto, seja pela ampliação e aprofundamento da discussão, seja pela iniciativa de se promover um estudo analítico do assunto, sempre na direção do desenvolvimento dessa legítima ferramenta de defesa, qual seja, a exceção de pré-executividade.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário esquematizado**. 2.ed. São Paulo: Método, 2008.
- ALVIM, José Manuel Arruda. **Direito processual civil**. São Paulo: Revisa dos Tribunais, 1972, v. 2.
- CARDOSO, Hélio Apoliano. **Exceção de pré-executividade: teoria e prática**. 2. ed. Leme: J. H. Mizuno, 2009.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 18 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- DANTAS, Francisco Wildo Lacerda. **Exceção de pré-executividade: aspectos teóricos e práticos**. Publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, nº 24, p. 21-29. São Paulo: Dialética, setembro de 1997.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz**. Informativo Semanal ADV/COAD, 05/2000.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Dez anos de pareceres**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1975, v. 4.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SOARES, Marcos Zenóbia. **Exceção de pré-executividade: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: CL-EDIJUR, 2001.
- BRASIL. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em : < <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>>. Acesso em: 14.01.2013.
- BRASIL. Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964. **Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal**. Disponível em : < <http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>>. Acesso em: 20/01/2013.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**, Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em (<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>>. Acesso em: 12/01/2013.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**, Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em (<http://www2.planalto.gov.br/presidencia/legislacao>). Acesso em: 12/01/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Súmula 392. Brasília, 23.09.2009. DJe 07.10.2009, RSTJ vol. 216 p. 747. Disponível a partir de: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18/01/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Primeira Seção. Súmula 393. Brasília, 23.09.2009. DJe 07.10.2009, RSTJ vol. 216 p. 748. Disponível a partir de: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18/01/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp 388000/RS. Relator(a): MINISTRO JOSÉ DELGADO. Decisão unânime. Brasília, 21.02.2002. DJ de 18.03.2002, p. 192. Disponível a partir de: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18/01/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 1ª Turma. REsp 76739/RS. Relator(a): MINISTRO FRANCISCO PEÇANHA MARTINS. Decisão unânime. Brasília, 23.02.1999. DJ de 17.05.1999, p. 151. Disponível a partir de: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18/01/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. 2ª Turma. AgRg no REsp 1056606/RJ. Relator(a): MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES. Decisão unânime. Brasília, 27.04.2010. DJe de 19.05.2010. Disponível a partir de: <<http://www.stj.gov.br>>. Acesso em: 18/01/2013.