

Os Reflexos do Novo Código de Processo Civil na Exceção de Pré-Executividade em Matéria Tributária

The Reflections of the New Civil Process Code with the Exception of Pre-Executivity in Tax Matters

Mickael Ferreira Alves

Faculdade Pitágoras de Belo Jardim, Curso de Direito, PE, Brasil.

E-mail: mickael.alves@kroton.com.br

Resumo

Com a publicação no ano de 2015 do Novo Código de Processo Civil serão analisados ao longo deste trabalho acadêmico seus reflexos no instituto da exceção de pré-executividade em matéria tributária. Sabe-se que ela é um importante incidente processual de defesa que o ordenamento jurídico do Brasil permite que seja manuseada quando determinada pessoa está sendo executada em face de uma cobrança equivocada quando existe uma Certidão de Dívida Ativa. Também serão analisadas algumas questões pontuais da execução fiscal que sofreram impactos devido a nova legislação processual civil, uma vez que esta é fonte complementar ou até mesmo pode ser invocada como norma principal para os procedimentos administrativos tributários. E por último serão debatidos aspectos relacionados a diferenciação entre a exceção de pré-executividade e os embargos, em que em ambas as situações estão sendo discutidos créditos tributários, em virtude das inúmeras ações tributárias movidas diariamente, inclusive em sede de execuções fiscais conforme disposições na Lei nº 6.830/1980.

Palavras-chave: Novo Código de Processo Civil. Exceção de Pré-Executividade. Execução Fiscal. Embargos.

Abstract

With the publication in 2015 of the New Code of Civil Procedure, its reflexes in the institute of the exception of pre-execution in tax matters will be analyzed throughout this academic work. It is known that it is an important procedural defense incident that the Brazilian legal system allows it to be handled when a certain person is being executed in the face of a mistaken collection when there is an Active Debt Certificate. Some specific issues of tax enforcement that have been impacted by the new civil procedural legislation will also be analyzed, since this is a complementary source or may even be invoked as the main rule for administrative tax procedures. Finally, aspects related to the differentiation between the pre-execution exception and the embargoes will be discussed, in which in both situations tax credits are being discussed, due to the numerous tax lawsuits filed daily, including in the case of tax foreclosures as provided in the Law No. 6,830 / 1980.

Keywords: *New Code of Civil Procedure. Pre-execution exception. Tax Enforcement. Embargoes.*

1 Introdução

Um tema que há tempos ocupa posição de destaque na jurisprudência brasileira, berço de sua própria criação, é a objeção (ou exceção) de pré-executividade (ALVIM; MOREIRA, 2017). Como é sabido, o projeto original do CPC/1973 previa apenas a ação incidental de embargos como remédio universal contra a execução injusta. Entretanto, condicionou a sua apresentação à penhora ou ao depósito (garantia do juízo).

Com isso, abriu-se enorme campo para que a doutrina e a jurisprudência criassem a objeção (ou exceção – sem adentrar, aqui, nas polêmicas terminológicas) de pré-executividade, por meio da qual, veiculada por simples petição, o executado, mesmo sem a garantia do juízo, poderia alegar vícios graves que deveriam, inclusive, ser conhecidos de ofício pelo juiz.

A adoção de um sistema de precedentes judiciais no direito brasileiro, com características bem peculiares a nossa realidade, passou a ter relevância significativa no meio acadêmico e profissional desde algum tempo, chegando-

se, inclusive, a que se questionar em que medida o direito brasileiro, desde sempre filiado a tradição do civil *law*, estaria se aproximando na cultura do *common law* (ARAÚJO, 2016).

Embora o Novo Código não exija garantia do juízo para impugnar (na fase de cumprimento de sentença – títulos executivos judiciais – NCP, art. 515 e 525, caput) ou apresentar embargos à execução (no processo de execução autônomo – títulos executivos extrajudiciais – arts. 784 e 914, caput), ainda tem espaço para a manutenção da objeção de pré-executividade no sistema – sobretudo na execução fiscal, na qual a apresentação de embargos ainda depende, como regra, de prévia segurança do juízo (v. Lei Federal nº 6.830/1980, art. 16, §1º e Enunciado nº 393 da Súmula do STJ).¹

Não é de hoje que o número de processos que tramitam em nossos tribunais é incompatível com o número de julgadores capazes de propor soluções justas aos litígios. Isto influenciou, por exemplo, a opção do legislador pela técnica de julgamento de recursos repetitivos, além do filtro da repercussão geral para processos a serem julgados pelo STF, previstas no Código de

¹ <http://www.cpcnovo.com.br/blog/objecao-de-pre-executividade-no-novo-cpc/>

Processo Civil de 1973 e mantidas pelo Código de Processo Civil de 2015 em seus arts. 1.035 e 1.036 (ARAÚJO, 2016).

Percebe-se também que, apesar de não estar previsto explicitamente em lei processual, com a evolução da jurisprudência e da doutrina no Brasil foi construída a exceção de pré-executividade como uma via de defesa na execução fiscal antes da ocorrência da constrição patrimonial de quem está sendo executado.

Conforme comenta Costa (2016), o processo de execução foi um dos temas que menos sofreu alterações no novo Código de Processo Civil (CPC). Acredita-se que isso ocorreu porque, anteriormente, já sofreu substanciais transformações em decorrência das Leis 11.232/05 e 11.382/06. De toda forma apesar dessas poucas alterações do Novo Código de Processo Civil refletirem no processo de execução, é pertinente comentarmos aqui ao longo deste trabalho visto a grande relação processual existente entre o processo de execução e o direito processual civil.

A obra de Conrado e Araujo (2016) ensina que processo, é relação que instrumentaliza o dever estatal de prestar jurisdição. Por transitividade, possível dizer, a partir da indigitada premissa, que processo executivo é o que instrumentalizaria jurisdição desse específico quilate. Quer isso significar que a relação processual não é, nessa nova realidade, própria e exclusivamente cognitiva ou executória; não se direciona, portanto, a um único tipo de tutela (e de jurisdição, por conseguinte), tendendo a experimentar, isso sim, uma outra (e simultânea) face: eis a figura do sincretismo processual.

Claro que no direito brasileiro, nenhuma lei chegou a escrever de modo claro e expresso alguma referência à exceção de pré-executividade. Não há previsão específica no novo código nem na Lei de Execução Fiscal fazendo referência ao instituto, ainda que, como analisar-se-á a seguir, exista via para fundamentar o seu uso dentro de alguns artigos no novo código, do CTN e da própria Lei de Execuções Fiscais, conforme consta na obra de Barretto (2011).

Dessa feita a pergunta de pesquisa norteadora para a presente pesquisa se deu da seguinte maneira: Quais os principais reflexos do novo código de processo civil na exceção de pré-executividade em matéria tributária?

2 Desenvolvimento

2.1 Metodologia

O presente trabalho, de forma metodológica, foi construído como uma pesquisa teórica de referências, visto que foram usadas citações a diversos autores e dispositivos legais, bem como utilizado o método hipotético-dedutivo, porque conforme Henriques e Medeiros (2008) esse método parte de princípios considerados indiscutíveis para chegar a conclusões gerais apenas utilizando a lógica formal, o raciocínio silogístico.

2.2 Defesas do Executado

Inicialmente é importante salientar que ao executado existem vários meios de defesa para impedir a continuação de uma execução fiscal. Barreto (2011) afirma que nas execuções fundadas em título executivo extrajudicial, os embargos à execução se apresentam ao ordenamento jurídico com o propósito de atuarem como principal forma de defesa de um executado, quando este se vê sujeito ao desconfortável patamar de réu em processo executivo de tal natureza.

O referido autor inclusive, continua dizendo que no tocante ao próprio nome, há divergência quanto ao uso da expressão embargos à execução, visto que muitas vezes não se pretende invalidar a própria execução, mas ataca-se apenas parte do objeto dela, não se pretendendo, portanto, embargar a execução, mas sim propiciar uma readequação do título e uma recomposição do montante correto; e às vezes, os embargos são ajuizados apenas em face de alguns atos executivos, mas não necessariamente da execução, propriamente dita.

Com relação a classificação achou-se a mais adequada a estes tipos de defesas do executado, aquelas chamadas de tipicamente taxadas pelo Código de Processo Civil, bem como aquelas que são atípicas em que mesmo não estando taxadas servem para tal fim.

Dos meios tipificados, o executado dispõe da impugnação ao cumprimento de sentença, que nada mais é que um incidente processual de defesa, na qual o impugnante terá limitação da matéria de defesa a ser alegada, conforme o artigo 475-L do Código de Processo de 1973, e dos embargos à execução, que têm a característica de ação, uma vez que sempre são processadas em autos apartados.

Esse dispositivo que estava no art. 475-L do código de 1973 hoje podemos dizer que está relacionado no art. 525 do novo código de processo civil, *in verbis*:

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

§ 1º Na impugnação, o executado poderá alegar:

- I - falta ou nulidade da citação se, na fase de conhecimento, o processo correu à revelia;
- II - ilegitimidade de parte;
- III - inexecutibilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;
- IV - penhora incorreta ou avaliação errônea;
- V - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;
- VI - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;
- VII - qualquer causa modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença..

Por outro lado, estão as defesas atípicas, que, apesar de não constarem no rol de defesas do executado, têm a mesma finalidade. Neste tipo de defesa, encontra-se a exceção ou objeção de pré-executividade, na qual o executado poderá alegar questões de ordem pública referentes à inexistência de condições formais para o prosseguimento da execução que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz, desde que, para

comprovar suas alegações, não haja necessidade de dilação probatória. Em outras palavras, para opor a exceção de pré-executividade, o executado deve estar munido de prova pré-constituída. Além desse tipo de defesa atípica, admite-se as chamadas defesas heterotópicas, que nada mais são que ações autônomas prejudiciais à execução que o executado pode manejar para resguardar seus direitos.

Mas voltando a área tributária que será o objeto de relação com o novo código de processo civil neste trabalho acadêmico, temos que a execução fiscal é regida por uma lei específica, a lei nº 6.830/80. A fim de melhor ilustrar referidos meios de defesa, foi feita uma abordagem dos institutos a luz dos princípios da ampla defesa e do contraditório, que são prestigiados pela exceção de pré-executividade e os embargos à execução, vez que garantem ao devedor uma garantia de defesa, não obstante a Certidão de Dívida Ativa, se tratar de título líquido, certo e exigível (BASTOS, 2015).

É importante antes de passar adiante, dizer que o sistema tributário nacional estabelece que o Poder Legislativo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios elaborará lei descrevendo as hipóteses de incidências tributárias, conforme nos ensina CASSONE (2010). E o referido autor continua dizendo que com a ocorrência do fato gerador tributário, deve, o contribuinte, no prazo legal pagar o tributo correspondente. Se não pagar, o Fisco formaliza o título executivo, inscrevendo o crédito tributário no Livro da Dívida Ativa, de onde extrairá a Certidão da Dívida Ativa (CDA), que é o título executivo extrajudicial, que autoriza a propositura da Ação de Execução Fiscal, nos termos do CPC:

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

[...]

VI - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

§ 1º A propositura de ação anulatória de débito fiscal não inibe a Fazenda Pública de promover-lhe a cobrança.

Agora com o novo código de processo civil, teremos o art. 784, que nos remete aos títulos executivos extrajudiciais e mais precisamente em seu inciso IX, vejamos:

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

(...)

IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

§ 1º A propositura de qualquer ação relativa a débito constante de título executivo não inibe o credor de promover-lhe a execução.

Pode-se perceber que não houve muita mudança em relação a este dispositivo processual, até porque a Lei nº 6.830/80 que regula a execução da Dívida Ativa da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias, aplicando-se, subsidiariamente, o código de processo civil, a teor do do que decidiu a 2ª Turma do STJ no Resp. 640.871/PE: “1. A Lei de Execução Fiscal é norma especial em relação ao Código de Processo Civil – o qual será aplicado subsidiariamente

em relação àquela consoante o art. 1º da LEF” (CASSONE, 2010).

Em relação à exceção de pré-executividade e os embargos à execução, mais adiante serão demonstrados seus principais aspectos, prazos, hipóteses de cabimento etc.

2.3 Embargos à Execução Fiscal

A Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980, intitulada de Lei de Execução Fiscal e, costumeiramente, chamada de LEF, dispõe acerca dos embargos à execução fiscal, no art.16 que diz:

[...]

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

I - do depósito;

II - da juntada da prova da fiança bancária ou do seguro garantia;

III - da intimação da penhora.

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

§ 2º - No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.

§ 3º - Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.

Essa é a previsão legal, ou seja, o embasamento para o cabimento da referida ação de defesa do executado, e no novo código de processo civil temos no art. 914 que o executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá se opor à execução por meio de embargos.

Apenas para facilitar a delimitação deste ponto específico do presente trabalho é importante mencionar a diferença colocada pela legislação sobre dívida ativa tributária e dívida ativa não tributária em que aquela conforme art. 201 do CTN constitui dívida tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento pela lei ou por decisão final proferido em processo regular. E o art. 2º da LEF diz que:

[...]

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

§ 2º - A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

Destarte, entende-se que dívida ativa não tributária, por exclusão são os créditos que não possuem natureza tributária. Seguindo essa linha tem-se que o órgão competente

para a apuração e inscrição da Dívida Ativa da União, que é consubstanciada na CDA (Certidão de Dívida Ativa), é a Procuradoria da Fazenda Nacional; não obstante a Dívida Ativa regularmente inscrita gozar de presunção de certeza e liquidez, assiste ao executado o direito de se opor a referido título extrajudicial através das defesas previstas em lei.

Continuando sobre a questão da dívida ativa, Bastos (2015) diz que a CDA (Certidão de dívida Ativa), pode ser emendada ou substituída até a decisão de primeira instância, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos (artigo 2º. § 8º, Lei nº 6.830/80 - LEF); além disso referida certidão possui outras características conforme expõe a Lei de Execução Fiscal:

[...]

§ 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa;

VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

§ 6º - A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente.

§ 7º - O Termo de Inscrição e a Certidão de Dívida Ativa poderão ser preparados e numerados por processo manual, mecânico ou eletrônico.

§ 8º - Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.

§ 9º - O prazo para a cobrança das contribuições previdenciárias continua a ser o estabelecido no artigo 144 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.

E por sinal uma vez admitida a ação, o devedor é devidamente citado para pagar ou nomear bens à penhora no prazo de cinco dias, se permanecer inerte a execução fiscal prosseguirá.

Fazendo um paralelo entre o código de processo civil de 1973 exista a questão da execução por quantia certa disposta no art. 646, em que a execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591), e no novo código de processo civil temos agora essas disposições no art. 824 em que a execução por quantia certa realiza-se pela expropriação de bens do executado, ressalvadas as execuções especiais.

Nesse contexto sobre os embargos à execução fiscal, pode-se dizer que nela tem-se uma ação de conhecimento, por meio da qual o sujeito passivo poderá alegar toda e qualquer matéria de defesa que entender cabível e claro existem alguns pressupostos de admissibilidade que devem ser preenchidos, os quais estão no artigo 16 da LEF já comentado anteriormente,

em que seria uma espécie de garantia integral daquele crédito tributário que está sendo discutido e bem como a questão da tempestividade.

Pois bem, outro ponto importante sobre a execução fiscal está delimitado no art. 9º da LEF, que nos demonstra as formas de garantia do bem, que diz:

[...]

Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

I - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária;

II - oferecer fiança bancária;

III - oferecer fiança bancária ou seguro garantia;

III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou

IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.

Claro que tem-se uma outra forma de garantia também chamada de seguro garantia, que inclusive é muito menos onerosa ao sujeito passivo que poderia assim garantir a sua execução fiscal por meio da sua apresentação, como ocorre nas execuções cíveis há bastante tempo, em que em razão disso e em aplicação subsidiária do código de processo civil a lei de execuções fiscais, o STJ apreciou essa forma de garantia através do Resp. 139.4408/SP não considerando essa forma de garantia, uma vez que ela não consta no rol previsto na lei de execuções fiscais porque se trata de um procedimento específico, vejamos sua ementa:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. SEGURO GARANTIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE USO DESSA GARANTIA NAS EXECUÇÕES FISCAIS COMO MODALIDADE DE CAUÇÃO. PRECEDENTES: AGRG NO ARESP 266.570/PA, REL. MIN. HERMAN BENJAMIN, DJE 18.03.2013; AGRG NO RESP 1.201.075/RJ, REL. MIN. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJE 09.08.2011; RESP 1.098.193/RJ, REL. MIN. FRANCISCO FALCÃO, DJE 13.05.2009. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (STJ, 2013, online).

Mas com a alteração legislativa pela Lei nº 13.043/2014, foi incluído no rol do art. 9º da LEF, o seguro garantia, até porque ele é mais interessante do que o depósito por exemplo, porque não vai impactar o fluxo de caixa do sujeito passivo, sendo também melhor do que a carta de fiança bancária porque possui taxas bem menores e também não reduz o limite de crédito daquele sujeito passivo junto a instituição financeira. E claro bem melhor também do que a penhora porque não irá prender nenhum bem do sujeito passivo, ficando assim aqueles argumentos do STJ com relação a não previsibilidade em lei caíram “por terra”.

Quando se fala anteriormente em tempestividade como pressuposto, tem-se que são 30 dias contados dependendo da espécie de garantia apresentada, ou seja, em sendo o depósito contar-se-á a partir da data de realização deste depósito. Se for uma carta de fiança ou apresentação do seguro garantia

conta-se da juntada desses instrumentos aos autos e se for uma penhora da data de intimação do sujeito passivo da realização desta.

No novo código de processo civil em seu art. 917 vem demonstrar um rol de alegações em que o executado poderá se valer, vejamos:

Art. 917. Nos embargos à execução, o executado poderá alegar:

- I - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;
- II - penhora incorreta ou avaliação errônea;
- III - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;
- IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de execução para entrega de coisa certa;
- V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;
- VI - qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

Apenas a título de exemplo, analisando no primeiro inciso tem-se num exemplo extremamente hipotético, que um determinado sujeito tenha um título executivo extrajudicial, um cheque por exemplo, e o STF vem determinar que aquele cheque é inconstitucional, sendo assim a partir desse momento não sendo possível executar este cheque, uma vez que ele perdeu sua condição de título executivo extrajudicial. Outro exemplo hipotético seria um sujeito “A” paga um determinado valor para que o sujeito “B” faça uma revisão em sua moto, só que foi pago agora, digamos no mês de outubro, mas ficou acordado para esta revisão ocorrer, apenas no final do ano em curso, mas o sujeito “A” já em outubro mesmo quer cobrar a exigência da execução da revisão, ou seja, não tem cabimento, uma vez que o título só poderá ser executado no final do ano.

Voltando a questão das formas de defesa do executado, constantes no art. 9º da LEF, quando por exemplo temos um bem penhorado, o executado pode também nomear bens a serem penhorados e não sendo dinheiro, porque este é o primeiro na ordem de preferência pela fazenda, sendo esta convidada a se manifestar se aceita ou não aquele bem que o devedor trouxe para garantia e satisfação do crédito na execução fiscal. Mas digamos que a fazenda não aceite ou ela aceite aquele bem, o juiz vai determinar que seja lavrada a penhora e na data que o devedor for intimado daquela penhora no dia seguinte contar-se-á o prazo o prazo de 30 dias para a apresentação da defesa e agora a novidade com o novo código de processo civil, são os prazos contados em dias úteis conforme já expomos acima no art. 16 da lei de execuções fiscais.

Um observação feita nesse artigo 16, é com relação ao seu §1º em que não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução, ou seja, em uma hipótese está sendo executado para um crédito de 1 milhão de reais e o juiz determina o bloqueio da conta bancária do devedor que devidamente citado não se manifestou no processo, sendo penhorado cerca de 100 mil reais da conta deste devedor, não sendo assim penhorada a totalidade da dívida, sendo assim possível o devedor entrar com os embargos conforme

precedentes do STJ e sendo seguidos pelos demais tribunais inferiores, em virtude dos princípios do contraditório e da ampla defesa, uma vez que não foi neste exemplo penhorado a totalidade da dívida, o devedor mesmo assim poderá apresentar os embargos à execução fiscal, sendo processados e julgados sem o efeito suspensivo, conforme o art. 919, §1º do NCPC, *in verbis*:

[...]

Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo. § 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Para melhor compreensão deste ponto que estamos abordando, vejamos um exemplo de julgado:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA PARCIAL DO JUÍZO. EMBARGOS À EXECUÇÃO. CABIMENTO. POSSIBILIDADE DE POSTERIOR GARANTIA INTEGRAL. PELO PROVIMENTO DO AGRAVO. 1. O STJ, no julgamento do REsp n. 1.127.815/SP, em 24/11/2010, de relatoria do ministro Luiz Fux, submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, ratificou entendimento de que, uma vez realizada a penhora, ainda que insuficiente, encontra-se presente a condição de admissibilidade dos embargos à execução fiscal, diante da possibilidade de posterior garantia integral do juízo, mediante reforço da penhora. 2. Embora não tenha havido a integralidade da garantia, não há óbice à abertura de prazo para apresentação de embargos do devedor, razão pela qual a decisão recorrida não deve ser mantida. 3. Agravo de instrumento provido. (TRF-5, 2014).

Por isso pode-se dizer que os embargos são um meio de defesa mais completo que o executado poderá realizar em virtude de uma ação de execução fiscal, porque nos embargos podem ser alegados qualquer matéria de defesa, produção de provas, requerimento de ouvida de testemunhas, ou seja, é um processo de conhecimento, podendo ser feito uma dilação probatória ampla.

Passasse agora para outra forma de defesa do executado que são as exceções de pré-executividade.

2.4 A Exceção de Pré-Executividade

Foi comentado no tópico anterior, sobre uma das formas de defesa do executado, que são os chamados embargos à execução fiscal. Agora iremos passar neste presente trabalho a outra forma de defesa do executado, que são as chamadas exceções de pré-executividade que ganharam papel de destaque com a entrada em vigor do novo código de processo civil.

Antes de garantir o juízo, o executado poderá alegar matérias com a finalidade de demonstrar que a execução não preenche todos os requisitos legais, sendo que tal manifestação feita através de simples petição foi denominada pela doutrina e pela jurisprudência de Exceção de Pré-executividade que decorre do princípio do devido processo legal, princípio do contraditório e o princípio da ampla defesa, todos previstos no

art. 5º, LIV, LV, XXXV da Constituição Federal, ou seja, é um meio de defesa incidental aceito pelos Tribunais.²

O art. 16, § 1º, da LEF determina que “não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução”, contudo, isto não impede a apresentação de Exceção de Pré-executividade (MARTINS, 2011).

Sobre o conceito de exceção de pré-executividade o STJ já deu posicionamento acerca deste instituto, conforme julgado abaixo, vejamos:

A exceção de pré-executividade é espécie excepcional de defesa específica do processo de execução, admitida, conforme entendimento da Corte, nas hipóteses em que a nulidade do título possa ser verificada de plano, bem como quanto às questões de ordem pública, pertinentes aos pressupostos processuais e às condições da ação, desde que desnecessária a dilação probatória. (STJ, 2007).

Na obra de Chucrí (2017) tem-se que a exceção de pré-executividade é o meio de reação ou oposição do executado contra a execução. Trata-se de uma forma que é possibilitada ao executado de intervir no curso da execução, comunicando ao magistrado a existência de algum óbice ao seu prosseguimento.

E com relação aquelas hipóteses constantes no art. 485 do Novo Código de Processo Civil o referido autor continua dizendo que foi inclusive pela ausência de uma dessas condições do mencionado artigo que o instituto da exceção de pré-executividade tornou-se a partir do parecer de Pontes de Miranda no caso da Siderúrgica Manesmann, no qual a empresa foi alvo de diversas execuções fundadas em títulos nulos. Todavia, a origem do instituto remonta o momento anterior, com o Decreto Imperial nº 9.885/1.888, o qual possibilitava a defesa nas execuções propostas pela Fazenda sem prévia garantia de juízo (NOLASCO, 2003).

Com relação as hipóteses de cabimento têm-se as seguintes situações: a. matérias de ordem pública e; b. impossibilidade de dilação probatória. Desta feita, a permissividade à utilização da exceção de pré-executividade reside na existência de vício atinente à matéria de ordem pública, desde que concomitantemente haja presença de prova pré-constituída, sem dilação probatória, em que o juiz de ofício pode reconhecer. De maneira que se for preciso a dilação probatória, deverá o executado opor embargos à execução em vez da exceção de pré-executividade.³

A exceção de pré-executividade poderá ser proposta por simples petição ou até mesmo verbalmente em audiência. Rosa (1996) apresenta em sua obra que mecanismos informais e mesmo extrajudiciais (principalmente com a previsão do novo CPC da ata notarial) possam ser utilizados com intuito principal de levar ao conhecimento do magistrado o noticioso.

Se são matérias de ordem pública para cabimento da exceção de pré-executividade, podemos citar aquelas do art.

337 do novo código de processo civil, conforme abaixo, em que poderão conforme já mencionamos ser conhecidas de ofício nas instâncias inferiores de primeiro e segundo graus, vejamos:

[...]

Art. 337. Incumbe ao réu, antes de discutir o mérito, alegar:

- I - inexistência ou nulidade da citação;
- II - incompetência absoluta e relativa;
- III - incorreção do valor da causa;
- IV - inépcia da petição inicial;
- V - preempção;
- VI - litispendência;
- VII - coisa julgada;
- VIII - conexão;
- IX - incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;
- X - convenção de arbitragem;
- XI - ausência de legitimidade ou de interesse processual;
- XII - falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar;
- XIII - indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça.

Pode-se exemplificar dizendo que quando o devedor é citado conforme art. 8º da lei de execuções fiscais, para que no prazo de 5 dias, possa pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, ou seja, nomear bens à penhora, pode ser proposta uma exceção de pré-executividade alegando uma questão de ordem pública, conforme incisos do art. 337 que mencionamos há pouco.

Essa questão da dilação probatória, está consubstanciada na Súmula 393 do STJ, que nos explica dizendo que a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

Vejamos um julgado em relação a questão da dilação probatória em consonância com a exceção de pré-executividade:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. SÚMULA 393 DO E. STJ. MATÉRIA QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que não conheceu da exceção de pré-executividade, sob o fundamento de que a questão suscitada demandaria dilação probatória. Nos termos da Súmula nº 393 do STJ, “a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”. No caso, o Executado opôs exceção de incompetência, alegando a inexigibilidade do título executivo, uma vez que o débito ora cobrado refere-se a verbas de horas extras e “ajudas de custo” que, por terem natureza indenizatória, seriam isentas de Imposto de Renda. Da análise dos autos verifica-se inexistir qualquer documento capaz de comprovar que o tributo ora cobrado incidiu sobre verbas de natureza indenizatória, sendo evidente a necessidade de dilação probatória, o que afasta a possibilidade de utilização do incidente da exceção de pré-executividade. Agravo de instrumento não provido. (TRF-2,

2 http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9720&revista_caderno=26

3 <https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/456090997/a-excecao-de-pre-executividade-no-novo-cpc>

2016, online).

É importante mencionar também que se através de uma exceção de pré-executividade conseguir derrubar a eventual cobrança que está sendo imposta na execução fiscal, também serão devidos os honorários sucumbenciais, porque se foi desconstituído aquele título executivo, ou seja, foi julgado improcedente aquela defesa, o juiz condenará também a fazenda ao pagamento dos honorários.

Destaca-se que o prazo máximo para apresentação do incidente é até o trânsito em julgado da execução. A partir daí não se admitirá mais a exceção de pré-executividade. Apresentada pelo executado e não se tratando de questões de ordem pública, que a priori deverão ser julgadas de ofício, abrir-se-á o prazo para a manifestação da parte exequente, no prazo estabelecido pelo juiz. Diante do silêncio, aplica-se o prazo supletivo de cinco dias. (art. 218 § 3º do novo CPC).⁴

Da decisão que acolhe ou rejeita tal incidente, caberá recurso de apelação ou de agravo. Deve ser analisado cada caso até que seja julgada definitivamente a sua procedência. É uma matéria pacífica, uma vez que é reconhecida pela doutrina e jurisprudência a sua eficácia dentro do ordenamento jurídico, pois viabiliza que o executado se utilize dessa modalidade de defesa para se proteger dos vícios e irregularidades existentes no processo executivo, de uma maneira mais célere e menos onerosa (COSTA, 2016).

Contudo, o rol de hipóteses passíveis de apresentação pela via de exceção passou a crescer com o passar do tempo, englobando, inclusive, matérias sobre as quais o juiz não poderia manifestar-se de ofício. Atualmente, pode-se inferir que qualquer matéria pode ser arguida em sede de exceção, desde que respeite um único limite: a existência de prova pré-constituída ou, em outras palavras, a vedação à dilação probatória, conforme Bajerski (2017). Nesse sentido, em que qualquer alegação de defesa pode ser veiculada por exceção de pré-executividade, desde que possa ser comprovada por prova pré-constituída.

Seguindo essa linha de raciocínio, até mesmo questões que demandem prova de natureza pericial podem ser arguidas na via da exceção, bastando a sua plena comprovação de plano no incidente. Assim, não há mais se falar em vedação material no âmbito da exceção de pré-executividade (BAJERSKI, 2017).

Claro que na LEF, em seu art. 16, §3º, traz uma vedação expressa com relação essa questão da prova pré-constituída, em que não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, que serão arguidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos. O mesmo auto já mencionado acima diz que se trata de proibição da apresentação de determinadas defesas na ação de embargos, proibição que também deve ser respeitada na exceção de pré-

executividade, por ser uma via mais estreita que a ação típica de defesa do executado. Vejamos um julgado do STJ sobre essa questão em particular:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 544 DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS QUE DISCIPLINAVAM AS EXAÇÕES ENSEJADORAS DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXEQÜENDO. POSSIBILIDADE. IPTU. TAXAS DE LIXO E ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ESPECIFICIDADE E DIVISIBILIDADE. ARTS. 77 E 79, DO CTN. MATÉRIA DE NATUREZA CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO EG. STF. 1. A exceção de pré-executividade é servil à suscitação de questões que devam ser conhecidas de ofício pelo juiz, como as atinentes à liquidez do título executivo, os pressupostos processuais e as condições da ação executiva. 2. O espectro das matérias suscetíveis através da exceção tem sido ampliado por força da exegese jurisprudencial mais recente, admitindo-se, por exemplo, a argüição de prescrição, ou mesmo de inconstitucionalidade da exação que deu origem ao crédito exequendo, desde que não demande dilação probatória (exceptio secundum eventus probationis) 3. A inconstitucionalidade das exações que ensejaram a propositura da ação executória sub judice infirma a própria exigibilidade dos títulos em que esta se funda, matéria, inequivocamente argüível em sede de exceção de pré-executividade. 4. Consectariamente, sua veiculação em exceção de pré-executividade é admissível. Precedentes desta Corte: REsp n.º 595.451/RJ, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki; DJ de 06/09/2004; REsp n.º 600.986/RJ, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 11/05/2005, REsp 625203/RJ Rel. Ministro Francisco Falcão, DJ 01.07.2005 . 5. A análise da questão acerca da progressividade da alíquota do IPTU, bem como da divisibilidade e especificidade de taxas referentes a serviços de limpeza pública e de iluminação pública é inviável em sede de Recurso Especial, porquanto os dispositivos infraconstitucionais suscitados no Recurso Especial (arts. 77 e 79 do CTN) repetem preceito constitucional contido no art. 145 da Carta vigente. 6. Agravo regimental desprovido. (STJ, 2005, online).

Para fecharmos este tópico sobre a exceção de pré-executividade é importante mencionar algumas considerações sobre o cabimento de honorários contra e a favor, em que Bajerski (2017) nos ensina dizendo que o julgamento da exceção pode redundar, na procedência do pedido do excipiente ou na sua rejeição. Nestes dois casos, fica a indagação acerca da responsabilidade sobre as verbas de sucumbência. Basicamente, doutrina e jurisprudência aplicam a seguinte regra: em caso de procedência do pedido do excipiente, são devidos honorários pela exequente, já na hipótese de sua rejeição, não.

Ainda nesta seara, esta conclusão não parece ser a mais adequada, pois no direito processual civil brasileiro assentou-se que o princípio da sucumbência – pelo qual a parte vencida deve ressarcir as custas e despesas processuais, além dos honorários advocatícios – está inserido em outro princípio, de onde retira seu fundamento de validade, que é o princípio da causalidade.

Com isso não se pode concluir que o acolhimento da

4 <https://www.conjur.com.br/2016-abr-21/lara-costa-excecao-pre-executividade-usada-cpc>

exceção de pré-executividade vá considerar sempre em uma condenação para o credor ao pagamento das verbas de sucumbência, temos que ter em mente que quem deu a origem à propositura da demanda, conforme explicamos sobre o princípio da causalidade.

Tendo sido o devedor quem deu causa ao ajuizamento da demanda, com a apresentação de uma declaração de tributos equivocada, não faz jus ao recebimento de honorários. Pelo contrário: conquanto tenha logrado êxito na sua postulação judicial, é ele quem deve arcar com os ônus de sucumbência (BAJERSKI, 2017).

Questão interessante surge com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015. Neste, mais precisamente no art. 85, §8º, estipulam-se parâmetros para a fixação de honorários nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou ainda, naquelas em que o valor da causa seja muito baixo. Nessa situação, o juiz deverá fixar os honorários por meio de apreciação equitativa. Trata-se de situação que pode ocorrer na seara das execuções fiscais como, no reconhecimento da ilegitimidade passiva de executado conforme nos ensina Bajerski (2017). Vejamos um julgado do TRF da 4ª Região:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCLUSÃO DO SÓCIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 85 DO NCP. APLICAÇÃO. 1. Inexistindo efetivo proveito econômico que possa ser estimado, tampouco condenação, como no caso em que é excluído o sócio do pólo passivo da execução fiscal, subsistindo integralmente o débito executado, devem os honorários advocatícios ser arbitrados em valor fixo, com fundamento no art. 85, § 8º, do CPC de 2015. 2. Agravo provido apenas para majorar os honorários, observadas as balizas previstas no § 2º do artigo 85. (TRF-4, 2016).

Com isso pode-se dizer que a cobrança dos honorários advocatícios, quando fixados na exceção, pode se dar tanto no feito onde se deu a condenação como em autos apartados. Trata-se de singelo cumprimento de sentença, devendo observar a sistemática prevista no Código de Processo Civil (BAJERSKI, 2017).

2.5 Os Reflexos do Novo Código de Processo Civil na exceção de pré-executividade em matéria tributária

Tínhamos os embargos à execução e a impugnação a execução normalmente sendo debatidas doutrinariamente e com os dispositivos legais, mas a exceção de pré-executividade era uma criação apenas doutrinária do renomado Professor Francisco Cavalcante Pontes de Miranda, sendo assim incorporada pela jurisprudência nacional.

Agora com o novo código de processo civil, temos artigos específicos sobre a exceção de pré-executividade, em que antes de adentrarmos nestes artigos é importante dizermos que ela possuía duas características fundamentais que eram: a) utilizada para alegação de matérias de questões de ordem pública e também questões de ordem privada desde que estivesse presente prova pré-constituída, ou seja, desde que

fosse juntado na petição de exceção de pré-executividade a prova pré-constituída, a prova que demonstrasse o que estava sendo alegado naquela petição de exceção de pré-executividade e; b) não há prazo para alegação da exceção de pré-executividade, simplesmente porque se está sendo alegado questão de ordem pública, ela pode ser conhecida há qualquer tempo.

Agora, como já dissemos, com o novo código de processo civil, no seu art. 525, §11 temos de forma explícita essas questões, vejamos:

[...]

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

(...)

§ 11. As questões relativas a fato superveniente ao término do prazo para apresentação da impugnação, assim como aquelas relativas à validade e à adequação da penhora, da avaliação e dos atos executivos subsequentes, podem ser arguidas por simples petição, tendo o executado, em qualquer dos casos, o prazo de 15 (quinze) dias para formular esta arguição, contado da comprovada ciência do fato ou da intimação do ato.

Com isso quando o dispositivo menciona “por simples petição”, está se referindo exatamente a exceção de pré-executividade, tendo assim o executado em qualquer dos casos mencionados no próprio dispositivo o prazo de 15 dias para formular esta peça de defesa.

Mais adiante no novo código de processo civil, perceberemos em seu art. 803 que tratam de algumas nulidades e que no seu parágrafo único vai nos remeter também a exceção de pré-executividade, uma vez poderão ser pronunciadas essas nulidades pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução, vejamos o dispositivo:

[...]

Art. 803. É nula a execução se:

- I - o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível;
- II - o executado não for regularmente citado;
- III - for instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrer o termo.

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

Lembrando também que não é válido dizer, e na nossa opinião, que o novo código de processo civil limitou essas matérias para a exceção de pré-executividade, sendo assim, esse rol ser meramente exemplificativo, podendo continuar alegando questões de ordem pública por mera exceção de pré-executividade, e como são matérias de ordem pública podem ser arguidas há qualquer momento, sem vista daquele prazo de 15 dias mencionado no art. 525, §11 do novo código de processo civil, que ora já mencionado.

2.6 Exceção de pré-executividade versus embargos

Neste ponto específico dessa obra teceremos pequenos

comentaremos sobre os embargos à execução fiscal e a exceção de pré-executividade, fazendo uma espécie de paralelo entre esses meios de defesa do executado.

Conforme já abordado ao longo deste trabalho, o Estado possui uma atividade através de um meio coercitivo para garantir o pagamento de uma dívida tributária, em que depois que o contribuinte é lançado e este não realiza o cumprimento da obrigação, o Fisco começa a tomar algumas atitudes com o objetivo de garantir o cumprimento do crédito tributário. Essas garantias, ou seja, essas formalidades que o Fisco executa é para que lá na frente caso o devedor não importe no pagamento, parcelamento, não cumpra a obrigação, ele possa então promover a chamada execução fiscal tributária.

É importante também mencionar que para poder o Fisco executar, existe uns requisitos, que são: lançamento do contribuinte, inscrição na dívida ativa, emissão da dívida ativa e assim com este título executivo extrajudicial poder de fato promover a ação de execução fiscal, em que após a citação válida o contribuinte poderá se manifestar com a propositura dos chamados embargos à execução fiscal.

Dessa forma pode-se dizer num primeiro momento que os embargos à execução possuem as seguintes características: a) natureza jurídica de ação; b) requer-se o recolhimento de custas processuais; c) o ato decisório consiste em sentença; d) a decisão desafia recurso de apelação.

Já na exceção de pré-executividade temos as seguintes características: a) é uma mera petição; b) não há necessidade do recolhimento de custas processuais; c) o ato decisório consiste em decisão interlocutória; d) a decisão desafia recurso de agravo de instrumento, por força do parágrafo único do art. 1.015 do CPC/15. De tal modo o procedimento da exceção de pré-executividade é mais célere, mais barato e menos formal. Vejamos cada ponto mencionado nesses pequenos paralelos que fizemos entre os dois institutos de defesa.

Nós mencionamos que os embargos à execução fiscal têm natureza jurídica de ação justamente porque a execução fiscal é um rito especial do processo de execução que visa à satisfação do crédito fazendário. Desta feita, os embargos à execução fiscal ganham natureza de demanda independente do rito executivo, possuindo natureza de uma demanda do processo de conhecimento, onde se é permitido utilizar-se da ampla defesa e do contraditório em suas formas plenas Chucuri (2017).

Segundo Machado (2010) os embargos do executado representam ação de conhecimento autônoma, mas estreitamente relacionada com a execução. Seu principal objetivo é o de obter a invalidação, total ou parcial, do título executivo, e, por conseguinte, obter a extinção da execução por ele aparelhada.

Já na exceção de pré-executividade dissemos que ela é mera petição, justamente porque ela é concebida para comunicar nos autos alguma questão que o magistrado poderia reconhecer ex officio, conforme nos ensina Bajerski (2017).

Outro ponto é que nos embargos à execução existe a

necessidade do recolhimento de custas processuais, enquanto que na exceção de pré-executividade não há esta necessidade, ou seja, se os embargos têm natureza de ação é um dos requisitos para a propositura desse meio de defesa do executado o recolhimento antecipado das custas processuais conforme art. 916 do NCPC. Já na exceção de pré-executividade como é mera petição não existe a necessidade formal como pré-requisito para sua propositura o recolhimento das custas processuais, independentemente de penhora e embargos para fulminar a execução indevida, que não fica submetida ao fenômeno da preclusão, é inclusive o que corrobora um julgado do tribunal de justiça do estado do Piauí, vejamos:

PROCESSO CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DECISÃO QUE MANDA EMENDAR A INICIAL. COMPLÇAO DO VALOR DA CAUSA E RECOLHIMENTO DE CUSTAS. DESNECESSIDADE. NATUREZA JURÍDICA DE INCIDENTE PROCESSUAL. 1. Exceção de Pré-Executividade é isenta de custas e apresenta-se através de simples petição nos autos da Execução, independentemente de penhora e embargos para fulminar a execução indevida, que não fica submetida ao fenômeno da preclusão. 2. O valor dado à exceção de pré-executividade, este já consta nos autos pré-constituídos, mas nada impede que o coloque como referência. No tocante ao recolhimento de custas a exceção de pré-executividade constitui forma de oposição ao feito executivo. Assim, não é exigível o recolhimento de custas. Recurso provido. (TJ-PI, 2011).

Com relação a questão da decisão, tem-se que nos embargos à execução fiscal, o ato decisório tem caráter de sentença, já na exceção de pré-executividade é de decisão interlocutória. Dessa forma contra a decisão dos embargos poderá ser atacada através do recurso de apelação, enquanto isso cabe recurso contra a decisão que não recepiona a exceção de pré-executividade, é o agravo de instrumento por se tratar de decisão interlocutória, não encerrando o processo de execução, claro que da decisão que recepionar a exceção de pré-executividade pondo fim a execução, caberá o recurso de apelação.

2.7 Exceção de pré-executividade e cooperação

Conforme já abordado anteriormente, uma característica marcante da exceção de pré-executividade está de certa forma sintetizada, cristalizada na Súmula 393 do STJ, em que é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

Dessa forma no art. 6º do Novo Código de Processo Civil de 2015 diz que é um dever de todos os sujeitos do processo, o de cooperar entre si para eu se obtenha em tempo razoável decisão de mérito justa e efetiva.

Na obra de Theodoro Júnior (2015), o renomado autor diz que se trata de um desdobramento do princípio moderno do contraditório assegurado constitucionalmente, que não mais

pode ser visto apenas como garantia de audiência bilateral das partes, mas que tem a função democrática de permitir a todos os sujeitos da relação processual a possibilidade de influir, realmente, sobre a formação do provimento jurisdicional. É, também, um consectário do princípio da boa-fé objetiva, um dos pilares de sustentação da garantia constitucional do processo justo. E continua dizendo que a doutrina nacional, mesmo antes do novo CPC, já reconhecia a presença do princípio da cooperação no devido processo legal assegurado por nossa Constituição, à base de um contraditório amplo e efetivo. Com efeito, “se o contraditório exige participação e, mais especificamente, uma soma de esforços para melhor solução da disputa judicial, o processo realiza-se mediante uma atividade de sujeitos em cooperação.

Com isso segundo essa redação do novo código, todos os sujeitos do processo estão sobre este mandamento, e em sede de execução fiscal, temos Fazenda, executado e juiz.

Conrado e Araujo (2016) ensinam que nos casos que via exceção de pré-executividade, o executado afirme extinto o crédito cobrado, afirmando-se desde antes compensado com um dado indébito. Sabe-se que, no âmbito federal, a compensação é legalmente autorizada, processando-se, administrativamente por iniciativa do contribuinte. Dessa forma sigamos, pois bem, com o exemplo: ele, o executado, traz com sua exceção, documentos que atestam o aparelhamento da compensação, extraídos do sistema disponibilizado pela Receita Federal para esse fim; há, pois, indicativos suficientes de que a alegada extinção (por compensação) verificara-se. Sabe-se, a par disso, que a autoridade judicial não pode decidir sem oportunizar o regular contraditório à Fazenda (se isso já não era possível antes, quando estávamos sob os auspícios do Código de Processo Civil de 1973, menos ainda agora, com o Código de 2015, demarcado que está por diretrizes com as dos arts. 9º e 10).

Pois bem, ouvida a Procuradoria da Fazenda pouco tem a dizer, de pronto, sobre a alegada compensação, visto que referido fato se processa (e “jurisdiciza”, conseqüentemente) no órgão da Administração que responde pela constituição dos créditos tributários (Receita Federal); necessário, pois que, a par dos indicativos trazidos pelo contribuinte-executado, a Procuradoria da Fazenda busque elementos de prova (tendentes a revelar ou rechaçar, com a segurança esperada dos atos administrativos, o fato da extinção), fazendo-o junto à Receita, conforme explicado por Conrado e Araujo (2016).

Dessa forma se há, indicativos plausíveis, trazidos por exceção de pré-executividade, que denunciem a inexigibilidade do crédito executado, parece sem sentido que se pretenda, com base num juízo formal, a manutenção da atividade executória, tudo porque não cabalmente demonstrada, pelo executado, o fato da inexigibilidade. Esse tipo de comportamento processual, se não é o melhor, fosse qual fosse o pano de fundo (público ou privado), nos casos que envolvem a Fazenda Pública mostram-se ainda mais repugnáveis (CONRADO; ARAÚJO, 2016).

Assim o referido autor diz que aquilo sobre o que nossa “tradição” vinha se debruçando até então – vale dizer, que a exceção de pré-executividade é figura que “sincretiza” o processo de execução fiscal em hipóteses muito apertadas, em que se supõe a liquidez dos fatos afirmados pelo executado – merece, pois, revisitação, revisitando-se por conseguinte, o alcance da Súmula 393 do STJ, tudo de molde a conciliá-la com os casos em que a Fazenda deve participar do processo de construção dos fatos que autorizam a emissão de decisão “justa e efetiva” – e não puramente formal.

E para concluir esta seção, pode-se dizer conforme nos ensina Theodoro Júnior (2015), que dessa maneira, o princípio da cooperação tende a “transformar o processo civil numa comunidade de trabalho”, na qual se potencializa o franco diálogo entre todos os sujeitos processuais – partes, juiz e intervenientes – a fim de alcançar “a solução mais adequada e justa ao caso concreto”. A cooperação não se restringe à relação parte-juiz, tampouco se limita ao relacionamento entre as partes. Dela se extraem “deveres a serem cumpridos pelos juízes e pelas partes”, de sorte que, na verdade, deve haver “a cooperação das partes com o Tribunal, bem como a cooperação do Tribunal com as partes”.

Diante de todo o exposto, tem-se que o princípio da cooperação (art. 6º) deve ser amplamente utilizado, inclusive nos casos em que a Fazenda Pública seja parte, como ocorre nas execuções fiscais, seja na aplicação no incidente de desconsideração da personalidade jurídica na apuração da responsabilidade tributária, ou na dinamização do ônus da prova no âmbito da exceção de pré-executividade, bem como em inúmeros outros casos que não foram listados no presente trabalho, mas que, na rotina processual, os juízes e as partes devem levar em conta esse princípio.

Não é porque a exequente é um ente público que o princípio da cooperação deva ser mitigado, muito pelo contrário: uma administração que se preze não deveria se importar apenas em cobrar, mas sim cobrar o que lhe é devido, com o justo contraditório e com os demais deveres decorrentes do princípio da cooperação.

3 Conclusão

Pode-se concluir que com a entrada em vigor no dia 18.03.2016 do Novo Código de Processo Civil aprovado pela Lei nº 13.105/2015 temos uma espécie de modernização na entrega da prestação jurisdicional, principalmente com o respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Vimos ao longo do trabalho que uma das espécies de defesas do executado, a chamada exceção de pré-executividade, não tinha uma previsão legal específica, ou seja, era uma construção doutrinária do saudoso Pontes de Miranda, assim como, era utilizada para alegação de matéria de ordem pública e privada (com prova pré-constituída e podia ser alegada a qualquer tempo. Agora com a novel legislação processual civil, vimos que a exceção de pré-executividade possui dispositivos específicos, tais como o art. 525, §11 e

o art. 803, parágrafo único do NCPC, sendo que seu prazo específico para arguição é de 15 dias.

Também é importante destacarmos que apesar da nova legislação processual civil, permanecemos considerando que as questões de ordem pública, assim como era no CPC/73, não há prazo, sendo que permanece podendo ser alegada a qualquer tempo.

Destaca-se que o prazo máximo para apresentação do incidente é até o trânsito em julgado da execução. A partir daí não se admitirá mais a exceção de pré-executividade. Apresentada pelo executado e não se tratando de questões de ordem pública, que a priori deverão ser julgadas de ofício, abrir-se-á o prazo para a manifestação da parte exequente, no prazo estabelecido pelo juiz. Diante do silêncio, aplica-se o prazo supletivo de cinco dias⁵

Um conceito importante na exceção de pré-executividade podemos extrair do ilustríssimo Arruda Alvim (2015), que diz de maneira geral, pode ser conceituada como a técnica pela qual o executado, no curso do próprio procedimento executivo, e sem a necessidade de observância dos requisitos necessários aos embargos do devedor ou da impugnação, suscita alguma questão relativa à admissibilidade ou à validade dos atos executivos, que poderia ser conhecida de ofício pelo juiz. Para tanto, exige, a jurisprudência, que a questão a ser suscitada esteja dentre aquelas que poderia ser conhecidas *ex officio* pelo juiz, e que, ademais, não seja necessária dilação probatória para sua solução. Caso contrário, ausente alguma dessas condições, não se admite alegação da matéria pela via da exceção de pré-executividade, cabendo, ao devedor, manejar embargos ou impugnação.

Podemos dizer também que com a nova legislação processual temos uma maior clareza com relação as principais diferenças entre os embargos à execução fiscal e a exceção de pré-executividade, em que num primeiro momento os embargos à execução possuem características como natureza jurídica de ação, recolhimento de custas processuais, o ato decisório consiste em sentença e a decisão desafia recurso de apelação. Já na exceção de pré-executividade características como de uma mera petição, não há necessidade do recolhimento de custas processuais, o ato decisório consiste em decisão interlocutória e a decisão desafia recurso de agravo de instrumento, por força do parágrafo único do art. 1.015 do CPC/15.

O novo Código de Processo Civil vem reafirmar a tendência do direito brasileiro em adotar um modelo próprio de aplicação de precedentes. Os vários dispositivos analisados demonstram a opção do legislador em definir quais decisões se transformam em precedente.

O fato, porém, de termos uma legislação que adota o respeito ao precedente como algo primordial ao bom andamento do sistema jurídico não implica afirmar que teremos desde

já a uniformização dos entendimentos de nossos tribunais superiores, sem qualquer percalço na busca deste mister. Ao contrário, não teremos nenhuma significativa mudança se a forma de aplicação de precedentes no Brasil não sofrer um grande aprimoramento. Na verdade, se a ideia de um direito jurisprudencial é hoje uma realidade, ela não pode persistir aplicando precedentes de forma mecânica sem o cotejo com a situação concreta que se apresenta. O exercício hermenêutico é fundamental, sob pena de adotarmos um modelo brasileiro de precedentes que apenas repetirá problemas interpretativos que a própria lei já apresenta.

E ao final da pesquisa encerra-se comentando sobre a importância do manejo da exceção de pré-executividade, inclusive para fins de emissão das certidões negativas de débitos tributários, estas que podem por exemplo, serem fundamentais para um processo licitatório em que determinada empresa está tentando ser vencedora.

Por tudo isso pode-se observar que o novo Código de Processo Civil irá trazer significativas alterações relacionadas às defesas do executado, uma vez que o novo diploma legal busca tornar as defesas do executado muito mais coerentes com processo de execução, de modo a aperfeiçoá-las.⁶

Referências

ALVIM, R.; MOREIRA, F. *Objecção de pré-executividade no Novo CPC*. Disponível em: <<http://www.cpcnovo.com.br/blog/objecao-de-pre-executividade-no-novo-cpc/>> Acesso em: 30 jul. 2020.

ALVIM, A. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: RT, 2016.

BARRETTO, P. *Exame de Ordem. Teoria e Prática*. São Paulo: Método, 2011.

BASTOS, T. Os meios de defesa do executado na execução fiscal. Disponível em: <<https://thamibastos.jusbrasil.com.br/artigos/258935345/os-meios-de-defesa-do-executado-na-execucao-fiscal>> Acesso em: 27 jul. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. SEGURO GARANTIA JUDICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE USO DESSA GARANTIA NAS EXECUÇÕES FISCAIS COMO MODALIDADE DE CAUÇÃO. PRECEDENTES. Processo nº 888176 RJ 2007/0089637-9. Órgão Julgador: T1 – Primeira Turma. Data de Julgamento: 20/05/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL Nº 1.653.282 - RS (2017/0027715-1) RECORRENTE: ANGELA CARMELA BARREIROS CASQUEL BERNARDELLI ADVOGADO : CLEBER MARCONDES - PR024530 RECORRIDO : FAZENDA NACIONAL DECISÃO Trata-se de recurso especial interposto por ANGELA CARMELA BARREIROS CASQUEL BERNARDELLI, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO, assim ementado: AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCLUSÃO DO

5 <https://www.conjur.com.br/2016-abr-21/lara-costa-excecao-pre-executividade-usada-cpc>

6 <https://juridicocerto.com/p/coelho-scapini-moll/artigos/dos-tipos-de-defesa-do-executado-1908>

- SÓCIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 85 DO NCPC. APLICAÇÃO. Processo nº 1653282 RS 2017/0027715-1. Data de Julgamento: 30/03/2017.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. REGULARIDADE DE CLÁUSULA DE CONTRATO OBJETO DE EXECUÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. ELEMENTOS. AUSÊNCIA. PJE nº 0801254-37.2016.4.05.0000. Data de Julgamento: 22/09/2016.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCLUSÃO DO SÓCIO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 85 DO NCPC. APLICAÇÃO. Processo nº 1567811-0. Data de Julgamento: 29/11/2016.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ- EXECUTIVIDADE ACOLHIDA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. EXTINÇÃO POR QUESTÃO MERAMENTE PROCESSUAL. ART. 85, § 8º. CPC/2015. APLICABILIDADE. MAJORAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ART. 19 DA LEI Nº 10.522/02. NÃO APLICABILIDADE. Processo nº 50342229520164040000 5034222-95.2016.404.0000. Data de Julgamento: 25/10/2016.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. SÚMULA 393 DO E. STJ. MATÉRIA QUE DEMANDA DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. Processo nº 00094112120134020000 RJ 0009411-21.2013.4.02.0000. Data de Julgamento: 31 e maio de 2016.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. CPD-EN. DECADÊNCIA. LITISPENDÊNCIA. INEXISTÊNCIA. APELAÇÃO PROVIDA. Processo nº AC 00015174820124025102 RJ 0001517-48.2012.4.02.5102. Data de Julgamento: 12 de julho de 2017.
- CASSONE, V.; CASSONE, M. E. T. *Processo Tributário. Teoria e Prática*. São Paulo: Atlas, 2010.
- COELHO, S. *Dos tipos de defesa do executado*. Disponível em: <<https://juridicocerto.com/p/coelho-scapini-moll/artigos/dos-tipos-de-defesa-do-executado-1908>> Acesso em: 6 mar. 2020.
- CONRADO, P.C.; ARAÚJO, J.F.C. *O Novo CPC e seu impacto no Direito Tributário*. São Paulo: Fiscosoft, 2016.
- COSTA, L.L. Exceção de pré-executividade pode ser usada no novo CPC. 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-abr-21/lara-costa-excecao-pre-executividade-usada-cpc>> Acesso em: 21 jul. 2020.
- CHUCRI, A.N. *Execução fiscal aplicada: análise pragmática do processo de execução fiscal*. Salvador: Juspodivm, 2017.
- HENRIQUES, A.; MEDEIROS, J.B. *Monografia no Curso de Direito. Como elaborar o trabalho de conclusão de curso (TCC)*. São Paulo: Atlas, 2008.
- THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I*. Rio de Janeiro: Forense, 2015
- ROSA, M.V.F. *Exceção de pré-executividade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1996.