

Carlos Sousa: Exceção de pré-executividade e a execução fiscal

27/06/2023

1. Do surgimento do instituto da exceção de pré-executividade

Quando se fala de origem histórica do instituto da EPE, aponta-se Pontes de Miranda [1] como o seu criador. De fato, o instituto restou evidenciado a partir do parecer exarado pelo eminente jurista em favor da Companhia Siderúrgica Mannesman, à época em que havia diversos pedidos de falência em detrimento da empresa, todos fundados em títulos extrajudiciais eivados de nulidade. A siderúrgica Mannesmann, em 1966, foi alvo de execuções fiscais embasadas por títulos confeccionados com assinatura falsa de um de seus diretores [2]. Sabia-se que o objetivo dos títulos e das ações executivas fiscais era a realização de penhoras em desfavor da empresa, a fim de forçar a paralisação das suas atividades. A finalidade da EPE, então, era obstar o prosseguimento de execuções fiscais anômalas antes do oferecimento de garantia.



A despeito da notável relevância histórica do parecer

de Pontes de Miranda para a EPE, há quem faça referência ao Decreto Imperial nº 9.885/1.888 como a genuína origem do instituto [3]. Os artigos 10 e 31 do aludido decreto são apontados como o primeiro registro de admissão de manifestação do executado, independentemente de garantia do juízo.

Neste sentido, em regra, o executado não seria ouvido sem antes assegurar o juízo, com as ressalvas para os casos de: 1) comprovação, com documento hábil, de pagamento ou anulação do débito na esfera administrativa; ou 2) diante das suas alegações, o próprio representante da Fazenda requeresse o arquivamento do processo.

Daí, então, dessa brecha excepcional, malgrado a controvérsia acerca da sua verdadeira gênese, teria surgido o que hoje se conhece como EPE, cujas hipóteses de aplicação alargaram-se durante o tempo, como se demonstrará nas próximas seções.

2. Exceção de pré-executividade como sinônimo de acesso à Justiça

Como sabido, a legislação em vigor estabelece que, ajuizada a ação executiva fiscal pela

Fazenda Pública, o executado deve primeiramente oferecer garantia para, depois, questionar a dívida em juízo. Todavia, nem sempre o devedor consegue se defender, pois, há casos em que não dispõe de patrimônio para tanto. Daí decorrem inúmeras situações conturbadas que o executado pode enfrentar, quando a execução se fundamenta em Certidão de Dívida Ativa que não possui a certeza e a liquidez que lhe é característica, dentre elas, contratação de advogado e indicação de bens à penhora, como explica Cleide Previtalli Cais [4].

É justamente neste cenário que surge a EPE como via apta a propiciar o acesso à justiça pelo jurisdicionado desprovido de bens para ofertar em garantia, a despeito da ausência de previsão legal para manifestação de defesa do executado em sede de execução fiscal sem a garantia do juízo.

Tal linha argumentativa foi acolhida pela jurisprudência pátria, consolidando-se com o Enunciado de nº 393 da Súmula do STJ, *in verbis*: "*A Exceção de Pré-Executividade é admissível na Execução Fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória*". Assim, em determinado momento, o objeto da EPE estava limitado às matérias das quais o juízo poderia conhecer de ofício, desde que para tanto pudesse se valer dos elementos constantes dos autos, sem necessidade de dilação probatória.

3. Da exceção de pré-executividade: procedimento, efeitos e objeto

3.1 Do Procedimento

Decorrente do seu surgimento a par da lei, a EPE não apresenta rigor formal para a sua oposição, devendo observar as particularidades do caso concreto, de modo a se expor as razões de fato e de direito pelas quais se entende incabível a execução atacada.

A interposição da EPE se dá nos próprios autos da ação de execução fiscal, mediante simples petição, não havendo prazo para a sua arguição. Em homenagem ao princípio do contraditório, é dada vista da exceção à parte exequente, para que esta, caso queira, manifeste-se acerca do seu teor, e, posteriormente, seja exarada uma decisão com relação ao incidente, a partir das informações prestadas pelas partes envolvidas.

Especialmente em matéria tributária, a legitimidade ativa conferida ao órgão/ente instituidor do tributo raramente é questionada em sede de EPE. Contudo, o polo passivo da relação processual executiva fiscal, sobretudo em razão do que dispõe o artigo 4º da Lei de Execuções Fiscais (LEF) – Lei nº 6.830/80 — é recorrentemente objeto de exceção.

3.2 Dos efeitos

No que tange aos seus efeitos, observa-se que a oposição da EPE obsta o andamento da execução fiscal, interrompendo o seu curso até que seja apreciada a questão por ela suscitada.

O Código de Processo Civil (CPC), Lei nº 13.105/2015, traz em seu artigo 921 as causas de suspensão da execução. Observa-se, entretanto, que a oposição de EPE não está prevista na legislação como causa de suspensão da execução. A despeito disto, em determinadas hipóteses em que o objeto da discussão perpassa a viabilidade do próprio processo de execução, conforme a conexão com a situação concreta, é cabível a concessão de efeito suspensivo no curso da ação executiva fiscal até que seja decidida a matéria pendente em outra ação, fazendo-se, para tanto, uso da EPE.

No tocante aos recursos, o acolhimento ou não da EPE é o que determina o recurso cabível, considerando-se a natureza jurídica da decisão que a aprecia. Se acolhida a EPE com extinção da execução, poderá a parte exequente valer-se da apelação para atacar a decisão, ante a natureza de sentença da manifestação judicial. Por outro lado, caso rejeitada a exceção ou tão somente acolhida parcialmente, com prosseguimento da execução fiscal, abre-se a possibilidade de o executado interpor agravo de instrumento, uma vez que a sua rejeição, acolhimento parcial ou, ainda, o não recebimento da exceção são estabelecidos por decisão interlocutória, sem que se extinga a execução fiscal. E, neste sentido, vale a menção ao REsp 572.421/RS, da 2ª Turma do Colendo STJ.

3.3 Do objeto

Embora haja na doutrina quem sustente que com a inovação trazida pela nova redação do artigo 736 do CPC/73 (artigo 914, CPC/2015) dada pela Lei nº 11.238/2006 a EPE perdeu a razão de existir, uma vez que, a partir desta mudança, é desnecessária a garantia do juízo para a proposição da ação de embargos à execução, prevalece o entendimento segundo o qual este dispositivo não é aplicável às execuções fiscais, ante a existência do artigo 16 da Lei de Execuções Fiscais — Lei nº 6.830/80, que permanece com a sua redação originária, obrigando a garantia da execução. Neste caso de aparente conflito de normas, aplica-se a lei especial em detrimento da lei geral ao procedimento específico.

Consoante dispõe o Enunciado nº 393 do STJ, já citado, não é em qualquer hipótese que poderá ser apresentada a EPE ao juízo da execução. A jurisprudência pátria consolidou-se no sentido de que as situações que ensejam a defesa do executado sem garantia do juízo dependem de 1) arguição de matérias de ordem pública, que podem ser conhecidas de ofício pelo juízo; e 2) prova pré-constituída, que não demande dilação probatória.

Sobre a abrangência do objeto da EPE, é bastante elucidativa a decisão proferida no bojo do AI: 4.323/SP 2010.03.00.004323-3, exarada pela 3ª Turma do eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

O objeto da EPE passou por diversas modificações no decurso do tempo, que alargaram as hipóteses de cabimento, tornando o instituto cada vez mais utilizado para a defesa dos executados no âmbito das execuções fiscais, sobretudo em razão da pragmaticidade. Há vozes na doutrina [5], inclusive, a sustentar que qualquer matéria pode ser veiculada pela via da EPE, desde que haja prova pré-constituída.

4. Do cabimento de honorários: contra e a favor

Tal como os embargos à execução, a EPE é uma forma de defesa do executado em ação executiva fiscal que lhe é imposta. Em sede de embargos, por sua natureza jurídica de ação, se providos, geram a extinção da execução correspondente e a condenação do exequente em honorários advocatícios. No caso da EPE, caso esta seja acolhida, gera o mesmo resultado na execução fiscal correspondente, razão pela qual doutrina [6] e jurisprudência têm entendido que também são devidos honorários advocatícios em favor do advogado do excipiente.

A conclusão a que se chega, portanto, é que caso a exceção seja acolhida, são devidos honorários advocatícios; do contrário, se rejeitada a exceção, não. Entretanto, tal

posicionamento recebe críticas por parte da doutrina, sob o argumento da possibilidade de haver nestes casos violação ao princípio da causalidade.

Como sabido, ao lado do princípio da sucumbência, para fins de condenação em honorários, subsiste o princípio da causalidade. Por este princípio, a responsabilidade pelos encargos de sucumbência deve ser atribuída àquele que deu causa injustamente ao ajuizamento da ação [7]. Portanto, considerando-se que somente na sentença o magistrado formará o seu convencimento sobre a propositura da ação, seria este o momento de se analisar se o sujeito ativo tinha ou não justos motivos para o ajuizamento da demanda e, por conseguinte, tornar possível a definição dos honorários advocatícios.

Por outro lado, no caso de rejeição da EPE, é dominante no STJ o entendimento no sentido do não cabimento de condenação em honorários, a despeito da existência de julgados isolados que entendem pela condenação em honorários mesmo no caso de rejeição da exceção.

5. A exceção de pré-executividade e o novo CPC

Dentre as novas disposições implementadas pelo Novo CPC, um dos temas menos alterados foi o processo de execução. O CPC de 1973 já havia sofrido consideráveis alterações no seu "*Livro II — Processo de Execução*" por meio das Leis nº 11.232/05 e 11.382/06, cujas bases foram mantidas pelo novo diploma processual em vigência.

Além disso, o artigo 803 do novo diploma processual manteve em seus incisos as hipóteses já anteriormente arroladas no artigo 618 do CPC/73. Contudo, acresceu ao dispositivo o parágrafo único que prevê que "*A nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução*".

Assim, apesar de não fazer menção à nomenclatura da EPE, é possível que tal petição seja assim nomeada por quem as interpõe, tendo em vista a consolidada aceitação do instituto pela nossa jurisprudência.

6. Conclusão

A cobrança judicial dos créditos da Fazenda Pública ocorre embasada pelas certidões de dívida ativa emitidas pelas repartições públicas competentes. A despeito da presunção de legalidade dos atos administrativos, pode ocorrer de o ente fazendário propor a execução fiscal calcada em título que não possui a certeza e a liquidez que dele se espera. Em princípio, pela legislação aplicável, o executado deve garantir a dívida para poder impugnar o suposto débito exigido, por meio da ação de embargos à execução.

Dessa maneira, e considerando-se que o Estado brasileiro assegura a todos o amplo acesso à justiça, surgiu como criação doutrinária e jurisprudencial o instituto da EPE, meio excepcional de defesa no âmbito das execuções, que dispensa a garantia do juízo e permite a manifestação do executado, para que demonstre a irregularidade que macula o executivo fiscal, desde que o faça através de prova preconstituída.

Referências



ASSIS, Araken de. Manual do processo de execução. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

CAIS, Cleide Previtalli. O processo tributário. 8ªed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

CHIMENTI, Ricardo Cunha. ABRÃO, Carlos Henrique. ÁLVARES, Manoel. BOTTESINI, Maury Ângelo. FERNANDES, Odmir. Lei de execução fiscal comentada e anotada: lei 6.830, de 22.09.1980: doutrina, prática, jurisprudência. 5ª ed. rev. atual. E ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil: Execução. 12ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

FUX, Luiz. O novo processo de Execução – O cumprimento de Sentença e a Execução Extrajudicial, 1ª Edição, Rio de Janeiro: Forense, 2008.

MELO, Leonardo Augusto Santos. A exceção de pré-executividade na execução fiscal. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, nº 78, mar. 2002.

MELO FILHO, João Aurino de. Execução Fiscal Aplicada: Análise pragmática do processo de execução fiscal. 4ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015.

NOLASCO, Rita. Exceção de pré-executividade. São Paulo: Método, 2003.

PAULO, José Ysnaldo Alves. Pré-executividade contagiante no Processo Civil. São Paulo: Forense, 2000.

PAULSEN, Leandro. Curso de direito tributário: completo. 5ª ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

[1] DIDIER JÚNIOR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. 12ª Ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 389.

[2] PAULO, José Ysnaldo Alves. *Pré-executividade contagiante no Processo Civil*. São Paulo: Forense, 2000, p. 118.

[3] NOLASCO, Rita. *Exceção de pré-executividade*. São Paulo: Método, 2003, p. 170.

[4] CAIS, Cleide Previtalli. *O processo tributário*. 8ªed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 527.



[5] MELO FILHO, João Aurino de. *Execução Fiscal Aplicada: Análise pragmática do processo de execução fiscal*. 4ª edição revista, ampliada e atualizada. Salvador: Ed. Juspodivm, 2015, p. 863.

[6] DIDIER JÚNIOR, Fredie, op cit., p.392.

[7] MELO FILHO, João Aurino de, *op. cit.*, p. 870.

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2023-jun-27/carlos-sousa-excecao-pre-executividade-execucao-fiscal/>