

## Defesa em execução: exceção de pré-executividade ou embargos?

O processo de execução fiscal, sabe-se, é manejável pela Fazenda Pública na intenção de ver satisfeito o direito creditório apontado, em seu proveito, num específico documento — a assim designada certidão de dívidas tributárias, como das não tributárias.



Supondo, portanto, o estado de inadimplemento, o processo de que

falamos tem por escopo promover sua reversão, ou, de forma mais direta, o adimplemento "forçado" do crédito fazendário — incluso nesse conceito, naturalmente, o crédito tributário, aquele a que nos dedicamos.

Observado esse sentido, os atos dali (da execução) emanados projetam-se na direção da expropriação do patrimônio do sujeito passivo, tudo a bem da satisfação da dívida então pendente.

Como bem destacado em texto produzido por Luiz Cláudio Cantanhede nessa mesma coluna [1]: "*É por meio da prestação da tutela jurisdicional executiva que o Poder Judiciário vai solucionar este específico conflito decorrente da inadimplência pura e simples, que exige do Fisco o exercício do direito de ação, com a conseqüente instauração de uma relação jurídica processual especialmente regulada pela Lei de Execuções Fiscais, Lei Federal 6.830/80*".

Nessa pretensão, todavia, é obviamente cabível a oposição de resistência, caminho a ser formalmente trilhado ou por meio da chamada exceção de pré-executividade, ou, como mais ordinariamente admitido, por meio dos embargos.

Embora voltados a propósitos análogos, os instrumentos em foco diferenciam-se em muitos aspectos, circunstância que faz relevante a questão lançada no título deste artigo.

Os embargos, lembremos de pronto, só propiciam a suspensão da atividade executória se previamente formalizada garantia do cumprimento da obrigação questionada. Para além disso, operando subsidiariamente em relação à Lei nº 6.830/80, o CPC, por seu artigo 919, §1º, ainda exige a formulação de expresse requerimento do embargante em tal sentido (da atribuição de efeito suspensivo, repise-se), a relevância da argumentação deduzida nos embargos e a demonstração de risco de dano grave de difícil ou incerta reparação.

O racional da exceção de pré-executividade atua, a seu turno, em sentido diverso.

Constituindo-se, com efeito, como defesa dedutível na própria execução, exige que o executado esteja acautelado de prova documental irrefragável, sendo oponível antes e independentemente da suplantação da fase de prestação de garantia — como se usa dizer na prática forense, aliás, é por meio de "simples petição", materializada nos próprios autos da execução fiscal que a exceção se formaliza.

É clara, nessa perspectiva, a inclinação que se teria, no confronto dos dois meios, pela exceção de pré-executividade — dissociada de tempo específico de apresentação da prévia prestação de garantia, ela permitiria que o julgador apurasse eventual irregularidade na pretensão executiva, fazendo-o ou para determinar sua regularização (se possível) ou para extinguir o processo, tudo de modo a assegurar ao executado, no fim das contas, o direito de não ter seu patrimônio afetado sem justa causa.

Do assunto trata, sinteticamente, a Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça, vazada nos seguintes termos: *"A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória"*.

Conquanto refira as *"matérias conhecíveis de ofício"* como aparente conteúdo da exceção, o enunciado deixa bem claro, na sua sequência, que o instrumento é de possível emprego se os temas nele cogitados não se sujeitem à dilação instrutória.

Vale dizer: o(s) vício(s) arguido(s) com a exceção deve(m) estar atestado(s) em prova pré-constituída; do contrário, ao executado será dada apenas a oposição de embargos.

O que se mostra(va) como instrumento desejável, fixada essa linha, revela sua face, digamos, "difícil": os temas a que a exceção se reporta não são quaisquer — como em princípio se admitiria em relação aos embargos, via processual em que se autorizam, além dos temas citados (os tipificadores do campo de incidência da exceção), aqueles que demandam ampliação cognitiva, o que ocorre, por exemplo, quando os fatos suscitados exigem a produção prova pericial contábil, aspecto relativamente comum na prática tributária.

Se rejeitada — ou porque formalmente incabível ou porque meritoriamente improcedente —, a exceção dará lugar a um específico tipo decisório: a assim designável decisão interlocutória, desafiando o recurso de agravo de instrumento. Esse aspecto não se identifica em relação aos embargos, cujo julgamento formal ou improcedência (assim como a procedência ou procedência parcial) é sempre formalizada por sentença, impondo, no caso de insatisfação, o manejo de recurso de apelação (também no plano recursal, como se vê, os instrumentos apresentam distinções que não podem ser ignoradas).

Lembremos, a par disso tudo, que, no meio do caminho, casos há em que o tema de resistência do executado, conquanto possa ser conhecido de plano (como a inconstitucionalidade já decretada em precedente vinculante), precisa ser concretamente apurada, definido-se se, quando e em que medida a pretensão fazendária coincide com o estabelecido no julgado invocado.

Para tais situações, a indagação que nos dispomos a enfrentar demanda avaliação cuidadosa, pois, se não é desejável submeter o contribuinte aos ônus derivados dos embargos, é igualmente desejável que sua defesa aponte concretamente para a subsunção do caso posto ao caso precedente.

A linha divisora dos embargos em relação à exceção mostra-se, nessa situação, bastante permeável, dependendo intensamente da forma como atuam as partes: o contribuinte, na formulação de sua defesa, e a Fazenda, no que toca ao dever de, em cooperação, buscar levantar a efetividade afinidade do crédito com o obstáculo derivado do precedente.

[1] Texto produzido por Luís Cláudio Ferreira Cantanhede: <https://www.conjur.com.br/2021-abr-13/cantanhede-tutela-jurisdicional-executiva-inadimplencia>.

**Date Created**

27/06/2021