Vinícius Gomes Casalino
Helton Kramer Lustoza

Manual do Advogado Tributarista

Teoria e Prática do Contencioso Tributário

2ª edição
Revista, atualizada e ampliada

2026

EDITORA JusPODIVM
www.editorajuspodivm.com.br



CAPÍTULO 9

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

9.1. CONTEXTUALIZAÇÃO

O sujeito passivo tributário tem à sua disposição uma série de mecanismos por meio dos quais pode levar a cabo a defesa de seus interesses.

Em primeiro lugar, pode defender-se em âmbito administrativo, impugnando o lançamento ou recorrendo administrativamente.

Esgotada ou não a instância administrativa, tem o direito de acessar o Poder Judiciário, por meio do qual pode obter decisão que proteja seus direitos. São as chamadas *ações antiexacionais*.

Assim, pode valer-se do mandado de segurança preventivo ou repressivo, conforme não exista ou já tenha sido confeccionado o lançamento e comprove a existência de direito líquido e certo. No primeiro caso (inexistência de lançamento), pode manusear ação declaratória de inexistência da relação jurídica tributária, caso tenha que produzir provas; no segundo (há lançamento ou auto de infração), ação anulatória do ato declarativo da dívida.

Em todas estas situações, contudo, tem ciência de que a simples *provocação* do Poder Judiciário não produz a eficácia necessária à proteção de seus interesses. Deve obter uma das causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário, a saber, a liminar em mandado de segurança, o depósito ou a antecipação dos efeitos da tutela, nos outros casos, conforme a situação específica.

Pois bem, uma vez que tenha falhado em impedir a inscrição do crédito em dívida ativa e o início da execução fiscal, o sujeito passivo, nos termos do art. 8º da Lei nº 6.830/80, "será citado para, no prazo de 05 dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução (...)".

Caso efetue o pagamento com juros, multa e demais encargos indicados na CDA, dá-se a extinção do processo executivo, nos termos do art. 924, II, do CPC.

Caso não o faça e pretenda discutir judicialmente a dívida, deve garantir a execução, nos termos do art. 9º da LEF (Lei nº 8.630/80). Ausente o pagamento ou a garantia, serão penhorados tantos bens quantos forem necessários e suficientes à satisfação do credor (Fazenda Pública).

O mecanismo por meio do qual o sujeito passivo tributário, ora executado, pode discutir a cobrança judicial, chama-se *embargos à execução* ou *embargos do devedor*.

Nos termos do art. 16, *caput*, da LEF, "o executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados do depósito; da juntada da prova da fiança bancária ou do seguro garantia; da intimação da penhora".

O § 1º, no entanto, é claro: "Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução".

Quer dizer, para que o Poder Judiciário examine a pretensão do executado, que se direciona contra o processo de execução fiscal, é necessário, antes, que garanta a execução, oferecendo dinheiro ou bens suficientes à satisfação da Fazenda Pública credora.

Existe, contudo, uma possibilidade de defender judicialmente seus direitos *depois* que o processo de execução fiscal foi instaurado, porém, *antes* de ser compelido à garantia da execução. Trata-se da chamada *exceção de pré-executividade*, também conhecida como *oposição pré-processual* ou *objeção de pré-executividade*. A propósito, Humberto Theodoro Jr. observa:

> Está assente na doutrina e jurisprudência atuais a possibilidade de o devedor usar da exceção de pré-executividade, independentemente de penhora ou depósito da coisa e sem sujeição ao procedimento dos embargos, sempre que sua defesa se referir a matéria de ordem pública e ligada às condições da ação executiva e seus pressupostos processuais. O que se reclama para permitir a defesa fora dos embargos do devedor é versar sobre questão de direito ou de fato documentalmente provado. Se houver necessidade de maior pesquisa probatória, não será própria a exceção de pré-executividade.

As matérias de maior complexidade, no tocante à análise do suporte fático, somente serão discutíveis dentro do procedimento regular dos embargos (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 826-827).

9.2. CONCEITO

Em sentido amplo, *exceção* significa *defesa*. *Pré-executividade* remete à ideia de algo que *precede* a execução. Numa primeira aproximação, portanto, pode-se afirmar que se trata da defesa do executado que antecede os atos de execução judicial.

Suponha-se, por exemplo, que o sujeito passivo tenha sido citado quanto a processo de execução fiscal relativo à dívida tributária no qual se verifica que, entre a inadimplência e o início do processo, transcorreram-se mais de 15 (quinze) anos.

Sabemos, no entanto, que, nos termos do art. 174 do CTN, a Fazenda Pública tem o prazo de 05 (cinco) anos para mover a execução fiscal, sob pena de prescrição. Esta, portanto, já ocorrera há 10 anos e, com ela, a extinção do crédito tributário (CTN, art. 156, V). Não há interesse processual, portanto, no que toca ao processo executivo.

Não faz sentido exigir que o sujeito passivo, citado no processo de execução, tenha primeiro que garantir a execução, depositando dinheiro ou oferecendo bens à penhora para, somente depois, adquirir o direito de opor embargos e, com eles, levantar a questão da prescrição.

A Corte Especial do STJ já se pronunciou nesse sentido:

> É possível que em exceção de pré-executividade seja alegada a ocorrência da prescrição dos créditos excutidos, desde que a matéria tenha sido aventada pela parte, e que não haja a necessidade de dilação probatória. Consoante informa a jurisprudência da Corte essa autorização se evidencia de justiça e de direito, porquanto a adoção de juízo diverso, de não cabimento do exame de prescrição em sede de exceção pré-executividade, resulta em desnecessário e indevido ônus ao contribuinte, que será compelido ao exercício dos embargos do devedor e ao oferecimento da garantia, que muitas vezes não possui [STJ, Corte Especial, EREsp 388.000/RS, 2005].

O executado está autorizado, portanto, através de simples petição nos autos do processo de execução, a levantar questões para as quais não se exige dilação probatória e que comprometem essencialmente a instauração e desenvolvimento da relação processual, o que conduziria fatalmente à extinção do processo.

O objetivo é viabilizar a ampla defesa do sujeito passivo tributário sem que tenha que comprometer seu patrimônio com a garantia da execução (o que se exige para a oposição dos embargos) nas situações em que se pretende demonstrar, sem a necessidade de dilação probatória, a existência de vícios insanáveis que conduzem à extinção do processo de execução, tais como hipóteses de suspensão ou extinção do crédito, nulidade da CDA etc.

Em suma, Regina Helena Costa explica:

> A assim chamada *exceção de pré-executividade*, apresentada mediante petição instruída com os documentos pertinentes, tem por objeto matérias que possam ser apreciadas de plano, independentemente de dilação probatória. Comporta, por exemplo, as alegações de pagamento, prescrição, decadência, desde que seja possível ao magistrado verificar, de imediato, sua procedência e declarar extinta a execução [COSTA, 2014, p. 442].

Finalmente, quanto a *natureza jurídica* da exceção, a doutrina inclina-se por considerá-la típico *incidente processual*. O incidente não instaura nova relação, mas provoca o julgador para que se manifeste sobre ponto específico, cuja existência, se constatada, conduz à extinção do processo.

9.3. PREVISÃO LEGAL

Sob o regime do CPC/73 não havia dispositivo legal específico disciplinando o cabimento e requisitos para admissão da exceção de pré-executividade. Tratava-se de construção jurisprudencial e doutrinária que ganhou corpo e se firmou ao longo do tempo.

O objetivo, sem dúvida, era nobre. Tratava-se de prestigiar os valores do contraditório e ampla defesa insculpidos no art. 5º da Constituição Federal, e viabilizar a defesa do executado diante de situações de patente irregularidade, sem que tivesse que comprometer parte de seu patrimônio. É exemplo de como doutrina e jurisprudência podem funcionar como fontes do direito.

É importante compreender, no entanto, que a instauração do processo de execução fiscal faz presumir que houve:

1. A constituição do crédito tributário pelo lançamento, abrindo-se a possibilidade de impugnação administrativa e judicial;
2. A inscrição do crédito em dívida ativa, ato de controle de sua legalidade, passível de questionamento por mandado de segurança.

A execução, portanto, é o derradeiro movimento rumo ao adimplemento do crédito tributário. É o último mecanismo à disposição da Fazenda Pública para tentar receber o quanto lhe é devido.

Mesmo aí, contudo, a defesa do executado está assegurada por meio dos embargos à execução. É verdade que a lei exige o oferecimento de garantia. No entanto, considerando que o sujeito passivo tem o direito de influenciar a constituição do crédito tributário até o último momento, é razoável que se faça esta exigência.

O CPC de 2015, se não chegou a tipificar esse meio de defesa do executado, previu-o, no entanto, de modo indireto.

De fato, o art. 518 estabelece: "Todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado nos próprios autos e nestes serão decididas pelo juiz".

Além do mais, no capítulo III, do Título II, da Parte Especial, que trata do cumprimento de sentença que reconhece a exigibilidade de pagar quantia certa, o art. 523 determina:

> **CPC (...)**
>
> **Art. 523.** No caso de condenação em quantia certa, ou já fixada em liquidação, e no caso de decisão sobre parcela incontroversa, o cumprimento definitivo da sentença far-se-á a requerimento do exequente, sendo o executado intimado para pagar o débito, no prazo de 15 (quinze) dias, acrescido de custas, se houver.
>
> § 1º Não ocorrendo pagamento voluntário no prazo do *caput* , o débito será acrescido de multa de dez por cento e, também, de honorários de advogado de dez por cento.
>
> § 2º Efetuado o pagamento parcial no prazo previsto no *caput*, a multa e os honorários previstos no § 1º incidirão sobre o restante.
>
> § 3º Não efetuado tempestivamente o pagamento voluntário, será expedido, desde logo, mandado de penhora e avaliação, seguindo-se os atos de expropriação.

Perceba-se que o dispositivo assegura ao executado a possibilidade de efetuar o pagamento voluntário da dívida, acrescido apenas das custas processuais, se houver. Se, no entanto, o executado permanece inerte, então se acresce ao valor da dívida a multa de 10% e honorários advocatícios de 10%. Ademais, expede-se mandado de penhora e avaliação, aos quais se seguem os atos de expropriação do patrimônio do devedor.

Nada obstante, o art. 525, § 11, estabelece:

> **CPC (...)**
>
> **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.

Uma vez que o prazo para pagamento voluntário tenha se esgotado, o executado pode apresentar impugnação ao requerimento do exequente.

O § 11, por sua vez, permite ao executado que, *por simples petição*, levante questões relativas a fato superveniente ao término do prazo para a impugnação; aquelas relativas à validade e adequação da penhora; da avaliação e dos atos executivos subsequentes.

Esta "simples petição" prevista no art. 525, § 11, do CPC, é, segundo alguns, a *exceção de pré-executividade*. Nesse sentido, Luiz Fux observa:

> Note-se que a expedição do mandado de penhora e avaliação e o início do prazo para impugnação ocorrerão em paralelo, tão logo esgotado o prazo para pagamento voluntário. Sendo assim, a irresignação do executado quanto à penhora ou à avaliação pode dizer respeito a acontecimento posterior ao final do prazo para impugnação. Nessa situação, esclarece o art. 525, § 11, do CPC/2015 que 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. *Para alguns autores, essa simples petição tem natureza de exceção de pré-executividade* (...) A impugnação ao cumprimento de sentença é o principal meio de defesa do executado no rito do cumprimento de sentença, assim como os embargos à execução configuram o meio, por excelência, de defesa do executado na execução de título extrajudicial. Há, contudo, outros meios de defesa do executado, como a *exceção de pré-executividade (arts. 518, 525, § 11, 803, parágrafo único, 903, § 2º, e 917, § 1º, do CPC/2015), veiculada por petição simples nos próprios autos*; a ação autônoma relativa à dívida (art. 784, § 1º, do CPC/2015), que é conexa à execução ou cumprimento de sentença (art. 55, § 2º, I, do CPC/2015); a ação anulatória de ato praticado no curso da execução (art. 966, § 4º, e 903, § 4º, do CPC/2015) etc. (FUX, 2022, pp. 1.626/1.816, *passim*, grifo nosso).

À luz desta doutrina, o fundamento de validade da exceção de pré-executividade encontra-se, principalmente, nos artigos 518 e 525, § 11, do CPC.

Para outros, no entanto, a exceção de pré-executividade não está prevista no CPC. Luis Guilherme Marinoni, por exemplo, observa:

> Em que pese o CPC não se refira a essa figura – como, aliás, nunca o fez no passado – ela continua a existir e deve ser admitida. Não se confunde com a previsão do art. 525, § 11, CPC, porque na "exceção de pré-executividade" não se trata de arguir questão nova (surgida depois do prazo para a impugnação). Trata-se de apontar matéria que deveria ter sido conhecida de ofício pelo juiz e não foi; para tanto, porque essas questões não precluem, pode a parte a qualquer momento no processo instar o juiz a decidir sobre elas, por meio de simples petição nos autos. O regime a ser deferido à exceção de pré-executividade deve ser o mesmo da impugnação, inclusive quanto à concessão de eventual efeito suspensivo da execução. Apresentada a alegação, deve o exequente ser ouvido, em quinze dias, decidindo o juiz posteriormente (art. 518, CPC) (MARINONI, 2017, p. 660).

9.4. REQUISITOS

Seja como for, isto é, quer se considere que está prevista no CPC ou não, o fato é que a exceção de pré-executividade tem sido pacificamente aceita pela jurisprudência.

Esta espécie de "defesa prévia", que não exige a garantia da execução, deve ser admita em casos excepcionais, quando se percebe que há *vício insanável*, ou seja, irregularidades que conduzem inexoravelmente à extinção do processo de execução.

Nesse sentido, há decisão paradigmática da Primeira Seção do STJ que enumera os *requisitos* para sua admissão:

> A exceção de pré-executividade é cabível quando atendidos simultaneamente dois requisitos, um de ordem material e outro de ordem formal, ou seja: (a) é indispensável que a matéria invocada seja suscetível de conhecimento de ofício pelo juiz; e (b) é indispensável que a decisão possa ser tomada sem necessidade de dilação probatória [STJ, REsp 1.110.925/SP, 2009].

Vejamos de modo particularizado:

- *Matérias conhecíveis de ofício* – Matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz são aquelas de "ordem pública", ou seja, que envolvem interesses que ultrapassam o âmbito meramente privado das partes. Verifiquemos, sem a pretensão de esgotá-los, alguns exemplos:
  - *Incompetência absoluta* – De acordo com o art. 64, § 1º, do CPC, "a incompetência absoluta pode ser alegada em qualquer tempo e grau de jurisdição e deve ser declarada de ofício";
  - *Preliminares de mérito* – O art. 337, *caput*, do CPC, determina que, antes de discutir o mérito, o réi deve alegar uma série de matéria. O § 5º, por sua vez, estipula que, "excetuadas a convenção de arbitragem e a incompetência relativa, o juiz conhecerá de ofício das matérias enumeradas neste artigo". Tais matérias (que, portanto, devem ser conhecidas de ofício) são: inexistência ou nulidade da citação; incompetência absoluta; incorreção do valor da causa; inépcia da petição inicial; perempção; litispendência; coisa julgada; conexão; incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização; ausência de legitimidade ou de interesse processual; falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar; indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça;
  - *Extinção do processo sem a análise de mérito* – O art. 485, *caput,* do CPC, prevê que "o juiz não resolverá o mérito quando" se deparar com as matérias enumeradas em seus incisos. O § 3º, por sua vez, determina que "o juiz conhecerá de ofício da matéria constante

dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado". São estas, portanto, que podem ser conhecidas de ofício: ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; a existência de perempção, de litispendência ou de coisa julgada; ausência de legitimidade ou de interesse processual; em caso de morte da parte, a ação for considerada intransmissível por disposição legal;

- *Resolução de mérito* – De acordo com o art. 487, II, do CPC, "haverá resolução de mérito quando o juiz (...) decidir, de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição";
- *Regra geral de execução* – O art. 803 do CPC, que trata, juntamente com outros artigos, de disposições gerais relativas às diversas espécies de execução, estabelece que "é nula a execução se o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível; o executado não for regularmente citado; for instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrer o termo". Ademais, o parágrado único determina que "a nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução";

- *Ausência de dilação probatória* – A exceção de pré-executividade deve versar sobre questões que podem ser comprovadas de plano, sem a necessidade de produção de provas. Se houver a necessidade de produzi-las, então a defesa deve ser formalizada por meio de embargos à execução. Em outras palavras, o óbice deve girar em torno de questões de direito, para as quais não se exige a comprovação da ocorrência de qualquer fato, ou, tratando-se de questões de fato, estes devem estar previamente comprovados por ocasião da distribuição da petição. Neste último caso, tem-se uma situação muito próxima à do direito líquido e certo, requisito que se exige para a impetração de mandado de segurança. Deve-se juntar à petição provas suficientes da ocorrência e modo de ser dos fatos a partir dos quais se eleva a argumentação jurídica. Como vimos, os documentos são o meio de prova mais adequado ao cumprimento desta exigência, de maneira que a petição de exceção deve, como regra, vir acompanhada de *prova documental.* Há jurisprudência de ambas as Turmas de Direito Público do STJ nesse sentido, além de entendimento sumulado:

> É certo que a jurisprudência admite a exceção de pré-executividade como meio processual para discussão de matéria de ordem pública. Entretanto também é pacífico que a exceção não comporta a discussão de temas que demandem dilação probatória, reservada ao âmbito dos embargos

de devedor. Essas conclusões nada têm de contraditórias [STJ, Segunda Turma, REsp 866.632/MG, 2007];

STJ – Súmula nº 393 – A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

9.5. CABIMENTO EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

A exceção de pré-executividade pode ser utilizada no âmbito da execução de título judicial (cumprimento de sentença) ou no âmbito da execução de título extrajudicial. Humberto Theodoro Jr. explica:

> Deve-se ressaltar que qualquer execução pode ser questionada por meio de exceção de pré-executividade, seja fundada em título extrajudicial ou em sentença. Se, por exemplo, o credor inclui na execução verba que evidentemente não foi contemplada na sentença, o devedor tem direito de impugnar o excesso de plano, porque, nessa parte, estará havendo execução sem título (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 827).

Nesse sentido, a exceção de pré-executividade tem pleno cabimento em âmbito tributário, pois, neste caso, trata-se de execução fundada em título extrajudicial, qual seja a CDA (certidão de dívida ativa).

Cumpridos os requisitos descritos no tópico anterior, a doutrina e a jurisprudência a tem admitido nas seguintes situações:

- *Suspensão da exigibilidade do crédito tributário* – As causas que suspendem a exigibilidade do crédito tributário (CTN, art. 151) podem ser analisadas sob dois aspectos: (1) se obtidas *antes* da instauração da execução fiscal, *impedem* que o processo tenha início; (2) se obtidas *depois* que a execução começou, *suspendem seu curso*. Pois bem, a exceção de pré– executividade pode ser utilizada nestas circunstâncias e seus efeitos dependem da situação específica. No primeiro caso, o processo de execução deve ser extinto; no segundo, a exceção serve como forma de suspendê-lo, sem que o executado tenha que oferecer bens em garantia. As duas Turmas de Direito Público do STJ têm entendimento nesse sentido:

  > A suspensão da exigibilidade do crédito tributário pelo depósito do montante integral do débito, nos termos do artigo 151, inciso II, do CTN, garante ao contribuinte não ser iniciado contra ele qualquer procedimento executório, enquanto discutida a existência do débito tributário. Na espécie, existente o depósito integral, inviável o ajuizamento e processamento da execução fiscal com a CDA que a embasa. Não se deve olvidar que em casos como o presente, em que o acolhimento da exceção de pré-executividade conduz à extinção do feito, mister se faz a condenação da Fazenda Nacional ao pagamento de honorários advocatícios [STJ, Segunda Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.108.852/RJ, 2009].

> No caso em análise, observa-se que a simples demonstração da existência do deferimento de liminar em mandado de segurança, no sentido de suspender a exigibilidade do crédito tributário em discussão, já é prova suficiente para se apreciar a possibilidade de suspensão da execução fiscal em curso. Desse modo, é plenamente cabível o instrumento da exceção de pré-executividade, tal como utilizado pela recorrente, haja vista a desnecessidade de aprofundamento da via probatória para comprovação das alegações aduzidas [STJ, Primeira Turma, REsp 726.834/RS, 2007];

- *Extinção do crédito tributário* – Ora, uma vez que o crédito tributário seja extinto por qualquer das causas enumeradas no art. 156 do CTN, não há que se falar na *possibilidade lógica* de instauração ou prosseguimento do processo de execução fiscal. Evidentemente, falta à Fazenda Pública interesse de agir. Em casos como estes, a exceção deverá ser acolhida para que o juiz determine a *extinção* do processo executivo. Há entendimento da Primeira Turma do STJ nesse sentido:

> *In casu*, cuida-se de exceção de pré-executividade na qual se aduziu constituir causa de extinção do crédito tributário executado a compensação efetuada pela empresa executada, com fulcro em decisão transitada em julgado em 15.3.99, que reconhecera a existência de indébito tributário, ante a declaração de inconstitucionalidade do tributo pelo STF. Consequentemente, *a compensação efetuada pelo contribuinte, antes do ajuizamento do feito executivo, pode figurar como fundamento de defesa* dos embargos *à execução fiscal ou da exceção de pré-executividade*, a fim de elidir a presunção de liquidez e certeza da CDA, máxime quando, à época da compensação, restaram atendidos os requisitos da existência de crédito tributário compensável, da configuração do indébito tributário, e da existência de lei específica autorizativa da citada modalidade extintiva do crédito tributário (*in casu*, as Leis 8.383/91 e 9.430/96) [STJ, AgRg no REsp 1085914 / RS, 2010];

- *Exclusão do crédito tributário* – O art. 175 do CTN, como se sabe, prevê duas hipóteses de exclusão do crédito tributário: isenção e anistia. A primeira refere-se à exclusão do crédito que provém dos tributos; a segunda, das multas. Em restando configuradas ambas as situações, a constituição do crédito, pelo lançamento, é ilegal, pois a isenção e a anistia provêm de lei. Por isso, a CDA eventualmente extraída é nula e, consequentemente, o processo de execução instaurado. Admite-se, pois, a oposição de exceção de pré-executividade. Lembre-se, contudo que a exceção não admite a produção de provas:
- *Imunidade* – A imunidade tributária é norma constitucional competência negativa. Assim, eventual lei que pretenda tributar uma pessoa, situação ou objeto imune estará eivada de inconstitucionalidade. Logo,

a formalização da dívida tributária pelo lançamento; a inscrição em dívida ativa; a extração da CDA e o início da execução não têm qualquer fundamento de validade. Pode-se opor exceção de pré-executividade, pleiteando a extinção do processo por nulidade do título executivo extrajudicial. Ambas as Turmas de Direito Público do STJ firmaram entendimento nesse sentido:

> A jurisprudência desta Corte possui o entendimento de que a imunidade tributária, comprovada de plano, pode ser suscitada em exceção de pré-executividade, por não exigir para a verificação do direito do executado a dilação probatória [STJ, Primeira Turma, AgRg no Ag 1.281.773/MG, 2011];
>
> A orientação de ambas as Turmas integrantes da Primeira Seção desta Corte é firme no sentido de que a imunidade tributária, comprovada de plano, pode ser suscitada em exceção de pré– executividade [STJ, Segunda Turma, AgRg nos EDcl no REsp 1.339.353/SP, 2012];

- *Declaração de inconstitucionalidade* – Outras inconstitucionalidades podem ser suscitadas pela exceção de pré-executividade, desde que não exijam dilação probatória. É o que ocorre, por exemplo, com a instituição, por lei ordinária ou medida provisória, de tributo para o qual a Constituição estabelece reserva de lei complementar; violação dos princípios da anterioridade, irretroatividade, isonomia, capacidade contributiva, dentre inúmeras outras situações. O vício no fundamento de validade compromete toda a regularidade do percurso de concretização da exigência tributária (lançamento/inscrição/CDA) de maneira que o título executivo extrajudicial que dá lastro à execução é nulo. Pede-se, pois, a extinção do processo. Há manifestação da Corte Especial do STJ nesse sentido:

  > O espectro das matérias suscitáveis através da exceção tem sido ampliado por força da exegese jurisprudencial mais recente, admitindo-se, por exemplo, a arguição de prescrição, ou mesmo de *inconstitucionalidade da exação que deu origem ao crédito exequendo*, desde que não demande dilação probatória (*exceptio secundum eventus probationis*) 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 arguível em sede de exceção de pré-executividade. Consectariamente, sua veiculação em exceção de pré-executividade é admissível" [STJ, Corte Especial, AgRg no Ag 977.769/RJ, 2010];

- *Ilegitimidade de parte e responsabilidade tributária* – As irregularidades relativas à ilegitimidade de parte, o que envolve o problema da responsabilidade tributária, podem, em princípio, ser discutidas no âmbito da exceção de pré-executividade. Como se sabe, a legitimidade constitui condição da ação e, como vimos logo acima, este é objeto típico deste

meio de defesa. Assim, por exemplo, se o nome do executado não consta da CDA, obviamente não poder ocupar o polo passivo da execução, de maneira que este vício pode ser apontado desde logo na exceção. No entanto, *como regra*, tais irregularidades, especialmente no que toca à demonstração de inexistência do vínculo de responsabilidade, *dependem da produção de provas*, *o que obsta a utilização da exceção*. Por isso, recomenda-se a análise detida do caso concreto e, na dúvida, que se proceda à oposição da exceção e, *simultaneamente*, dos embargos à execução, para que o prazo relativamente a este último não escoe e o sujeito passivo fique desguarnecido em sua defesa. A Primeira Seção do STJ possui julgado didático a respeito deste assunto:

> Sobre a averiguação da responsabilidade de sócio-gerente, a jurisprudência entende que: (a) a responsabilidade de sócio, por dívida fiscal da pessoa jurídica, em decorrência da prática de ato ilícito, demanda dilação probatória. A exceção de pré-executividade se mostra inadequada, quando o incidente envolve questão que necessita de produção probatória, como referente à responsabilidade solidária do sócio-gerente da empresa executada (...); (b) Havendo indícios de que a empresa encerrou irregularmente suas atividades, é possível redirecionar a execução ao sócio, a quem cabe provar o contrário em sede de embargos à execução, e não pela estreita via da exceção de pré-executividade (...); (c) tratando-se de Firma Individual, a responsabilidade do sócio é ilimitada, o que, *a fortiori*, obsta a arguição de ilegitimidade passiva, mormente em se tratando de exceção de pré-executividade, onde não se admite dilação probatória (...); (d) não se admite a arguição de ilegitimidade passiva *ad causam* por meio de exceção de pré-executividade quando sua verificação demandar extenso revolvimento de provas (...); (e) descabe o uso da exceção de pré-executividade com o objetivo de se discutir a legitimidade passiva do sócio-gerente de sociedade limitada em execução fiscal, devendo a matéria ser apreciada por meio de embargos do devedor (...) [STJ, EREsp 866.632/MG, 2007].

As situações acima elencadas são meramente exemplificativas. A exceção de pré-executividade tem cabimento em outras circunstâncias envolvendo a cobrança de dívidas tributárias, desde que restem cumpridos os dois requisitos exigidos pelo STJ:

1. Matérias conhecíveis de ofício pelo juiz;
2. Desnecessidade de dilação probatória.

9.6. PROCEDIMENTO, PRAZOS E RECURSOS

Para alguns, a exceção de pré-executividade estaria prevista no art. 525, § 11, do CPC. Neste caso, o prazo para sua oposição deve ser contado nos seguintes termos:

> **CPC (...)**
>
> **Art. 525 (...)**
>
> **§ 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.

Como se percebe, o prazo de 15 (quinze) dias conta-se da comprovação da ciência, pelo executado, de fato superveniente impeditivo ou extintivo da execução, ocorrido após o término do prazo para apresentação de impugnação, ou 15 (quinze) dias contados da intimação do ato de penhora e avaliação de bens.

Nada obstante, o dispositivo parece contrariar o "espírito" da exceção de pré-executividade, que consiste precisamente em obstar a execução *antes* da constrição de bens do executado. Nesse sentido, parece mais adequado fundá-la no art. 518 do CPC:

> **CPC (...)**
>
> **Art. 518.** Todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento da sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado nos próprios autos e nestes serão decididas pelo juiz.

Neste caso, não há prazo específico para a oposição da exceção de pré-executividade, o que é mais consentâneo com sua finalidade, já que, por meio dela se leva ao conhecimento do juiz matéria de ordem pública. Nesse sentido, Humberto Theodoro Júnior observa:

> Aliás, prevê o art. 518 do novo Código que todas as questões relativas à validade do procedimento de cumprimento de sentença e dos atos executivos subsequentes poderão ser arguidas pelo executado nos próprios autos e serão decididas pelo juiz. Tal arguição poderá ser feita por meio de simples petição ou por impugnação (art. 525, § 11). O referido art. 518, no dizer de Shimura, tem tudo para fazer as vezes do que a prática forense denominou de exceção de pré-executividade. Tratando-se de matéria conhecida dentro do prazo para apresentação da impugnação, recomenda-se que sejam alegadas na impugnação, reservando-se a alegação por petição para as matérias relativas a fatos supervenientes à sua apresentação ou conhecidos após ela. Tratando-se, ainda, de matéria típica de impugnação (matéria de ordem pública), também se recomenda que a arguição seja feita por meio da impugnação. Mas isto não quer dizer que o executado não possa, por meio de simples petição, arguir matérias de ordem pública pertinentes, por exemplo, à validade da execução, na medida em que podem ser conhecidas até mesmo de ofício pelo juiz, a qualquer tempo (THEODORO JÚNIOR, 2017, p. 131).

Uma vez que seja oposta, o executado assume a posição de "autor" e passa a ser chamado *excipiente*; a Fazenda Pública é a "ré" e recebe a denominação de *excepta*.

Quanto ao prazo, observe-se, inicialmente, o disposto no art. 8º da Lei nº 6.830/80: "O executado será citado para, no prazo de 05 dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução (...)".

Pois bem, em princípio, a exceção de pré-executividade deve ser oposta neste *prazo de 05 (cinco) dias*, entre a citação e a garantia da execução.

E isso porque, de acordo com o art. 10, "não ocorrendo o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o artigo 9º, a penhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis".

Quer dizer, se a exceção não for oposta neste prazo, um de seus objetivos primordiais, que é evitar a penhora dos bens do executado, não será obtido.

Alguns autores sugerem, ainda, o prazo de 15 (quinze) dias, por analogia ao disposto no art. 351 do CPC. No entanto, rigorosamente falando, *não há prazo para a oposição da exceção* porque não há dispositivo legal que o fixe de maneira explícita.

Assim, pode ser peticionada nos autos a qualquer momento, sempre que levantar matérias de ordem pública conhecíveis de ofício pelo juiz, inclusive (como resta consagrado na jurisprudência o STJ), ainda que já tenha sido realizada a penhora.

De fato, a Corte Especial assentou:

> A exceção de pré-executividade é passível de dedução, *ainda que esgotado o prazo para a oposição de embargos à execução*, quando a alegação do executado refere-se a vício do processo de execução ou do título executivo relativo à matéria cognoscível *ex officio* pelo julgador. Isto porque, não se encontrando findo o processo de execução, é lícito ao executado arguir nulidades de natureza absoluta, que porventura maculem o respectivo título exequendo, posto configurarem matéria de ordem pública, não se operando sobre elas a preclusão [STJ, Corte Especial, AgRg no Ag 977.769/RJ, 2010].

Questão importante consiste em saber se a oposição da exceção acarreta a *suspensão* do processo de execução para que a excepta manifeste-se sobre os pontos levantados, ou, pelo contrário, a marcha processual segue normalmente.

A doutrina, de modo geral, parece inclinar-se pela negativa. A execução deve prosseguir normalmente, sendo certo que apenas a decisão proferida pelo juiz, resolvendo o incidente, tem a aptidão de suspender o processo ou extingui-lo, conforme o caso.

O STJ, em algumas circunstâncias, manifestou-se pela possibilidade de suspensão, desde que o processo de execução esteja *garantido*. Na prática, contudo, isso equivale a tratar a exceção como embargos, o que altera a natureza jurídica daquela.

Parece-nos que a melhor saída é a análise do caso concreto.

Verificado, de plano, que as irregularidades são evidentes e conduzirão inexoravelmente à extinção do processo, independentemente de manifestação da Fazenda Pública (como, por exemplo, o recolhimento da quantia devida, comprovada pela juntada da guia aos autos), não existem motivos razoáveis que justifiquem o prosseguimento do processo executivo.

Se, por outro lado, as irregularidades não forem tão evidentes assim, de maneira que a manifestação da Fazenda Pública torna-se necessária à formação da convicção do juiz, a execução deve prosseguir normalmente.

Quanto aos *recursos* cabíveis, Cleide Previtalli Cais explica:

> Caso seja *rejeitada* pelo juízo, admite o recurso de *agravo* unicamente sob a forma de *instrumento*, pelo suposto devedor, a quem compete demonstrar o atendimento dos pressupostos objetivos dos arts. 522 e 527, III, do CPC, na medida em que o recurso de agravo, na forma retida, resultaria inócuo, eis que, em se tratando de decisão interlocutória, é incabível o recurso de apelação, que ensejaria a apreciação do recurso de agravo retido. Em sendo *acatada*, a decisão judicial extingue a execução e comporta *recurso de apelação* pelo suposto credor, que deve ser responsabilizado pelo pagamento das custas e honorários advocatícios [CAIS, 2011, p. 618].

Finalmente, no que toca à condenação em honorários advocatícios, duas são as situações a serem consideradas, de acordo com a jurisprudência do STJ:

1. *Exceção julgada improcedente* – "Não é cabível a condenação em honorários advocatícios em exceção de pré-executividade julgada improcedente" [STJ, Corte Especial, EREsp 1.048.043/SP, 2009];
2. *Exceção julgada procedente* – "É possível a condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios em decorrência da extinção da Execução Fiscal pelo acolhimento de Exceção de Pré-Executividade" [STJ, Primeira Seção, REsp 1.185.036/PE, 2010].

PRINCIPAIS ENTENDIMENTOS JURISPRUDENCIAIS

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

STJ – Súmula nº 393 – A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

ANEXO I
MODELO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

EXMO JUIZ DE DIREITO DA.....VARA DA FAZENDA PÚBLICA

....., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o n.º ....., com sede na Rua ....., n.º ....., Bairro ....., Cidade ....., Estado ....., CEP ....., representada neste ato por seu (sua) sócio(a) gerente Sr. (a). ....., brasileiro (a), (estado civil), profissional da área de ....., portador (a) do CIRG nº ..... e do CPF n.º ....., por intermédio de seu advogado (a) e bastante procurador (a) (procuração em anexo – doc. 01), com escritório profissional sito à Rua ....., nº ....., Bairro ....., Cidade ....., Estado ....., onde recebe notificações e intimações, vem mui respeitosamente à presença de Vossa Excelência apresentar sua

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Em face da Fazenda Pública, com escopo nos argumentos de fato e de direito que passa a expor:

I. O CABIMENTO DA PRESENTE EXCEÇÃO

Apesar de alguns poucos entendimentos em contrário, com a promulgação da atual Constituição Federal boas referências doutrinárias e jurisprudenciais têm gradativamente e com maior frequência afirmado ser possível, pelo executado, a impugnação à executividade do título apresentado pelo exequente depois de decorrido o prazo para interposição de embargos, ou **antes mesmo da realização da penhora**, como é o caso que se apresenta**.**

Os Tribunais brasileiros têm-se alinhado integralmente ao entendimento de que a defesa do executado não se faz somente mediante embargos, mas também no próprio processo de execução, através de expedientes incidentais onde serão discutidas matérias de ordem pública e que possam, ou venham, a demonstrar alguma irregularidade do título executivo.

II. DA SUSPENSÃO DA PRESENTE EXECUÇÃO FISCAL

Insta esclarecer que os débitos inscritos na CDA ..., correspondentes ao ICMS do período de ..., foram devidamente pagos pela executada com créditos de precatórios adquiridos de terceiros mediante procedimento de cessão e habilitação.

Entretanto, o pedido de compensação correspondente ... foi indeferido pelo fisco estadual que, com base nos decretos ...., condicionava o direito ao abatimento à prévia inscrição em dívida ativa e pagamento de pelo menos 50% do valor do débito.

Diante desse fato inopinado, a executada ajuizou ação declaratória com pedido de tutela antecipada (autos n. ....) buscando a declaração da inconstitucionalidade dos comandos exarados dos mencionados decretos e, via de consequência, o reconhecimento do seu direito à compensação dos débitos tributários existentes perante a Fazenda Estadual.

Ainda que comprovados todos os requisitos necessários, o Juízo *a quo* não antecipou os efeitos da tutela, indeferindo a liminar pretendida.

A executada recorreu desta decisão interlocutória, interpondo agravo de instrumento (AI ...) para o fim de se evitar uma possível execução fiscal antes do julgamento sobre os valores em discussão naquela ação ordinária.