


**TRIBUNAL REGIONAL
FEDERAL DA 2ª REGIÃO**
PRESIDENTE:

Desembargador Federal Valmir Peçanha

VICE-PRESIDENTE:

Desembargador Federal Frederico Gueiros

CORREGEDOR-GERAL :

Desembargador Federal Castro Aguiar

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA:Desembargador Federal Sergio Feltrin – *Presidente*

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

Desembargador Federal André Fontes

DIRETOR GERAL:

Luiz Carlos Carneiro da Paixão

**DIRETOR:**

Desembargador Federal Sergio Feltrin Corrêa

COORDENADOR:

Desembargador Federal Poul Erik Dyrlund

PROJETO EDITORIAL:

Alexandre Tinel Raposo (Diretor da SED)

COORDENAÇÃO DE PRODUÇÃO:

Sergio Mendes Ferreira (ATED/SED)

COORDENAÇÃO EDITORIAL:

Carmem Lúcia de Castro (DIJAR/SED)

GERENCIAMENTO DE MATÉRIAS:

Ana Cristina Lana Albuquerque (SEJURI/DIJAR/SED)

SELEÇÃO, REDAÇÃO E REVISÃO:

Seção de Jurisprudência (SEJURI/DIJAR/SED)

DIAGRAMAÇÃO E IMPRESSÃO:

Divisão de Produção Gráfica e Editorial (DIGRA/SED)

As matérias publicadas na coluna “Pelos Sessões”, de autoria da Assessoria de Comunicação Social (ACOS), são extraídas do site do TRF-2ª Região.

PERIODICIDADE: quinzenal**TIRAGEM:** 2.200 exemplares
NESTA EDIÇÃO

**EXCEÇÃO DE
PRÉ-EXECUTIVIDADE**

Esta edição especial do INFOJUR está direcionada ao tema da exceção de pré-executividade.

Instituto de origem doutrinária, a exceção de pré-executividade se popularizou e se tornou no curso do tempo um veículo processual de largo manejo, amplamente consagrado por reiterada jurisprudência. Na ausência de qualquer cominação legal específica, o processamento das exceções de pré-executividade se norteia pela informalidade, por intermédio de simples petição nos próprios autos da execução em andamento. Uma de suas peculiaridades é que a exceção pode ser oposta independentemente da interposição de embargos à execução, sem que esteja garantido o juízo.

Em atenção ao enorme relevo assumido por este instituto na atualidade, esta edição do INFOJUR contempla uma seleção de julgados significativos que representam, por amostragem, o entendimento dos tribunais sobre a matéria.

Este informativo não se constitui em repositório oficial da jurisprudência do TRF - 2ª Região. Para críticas ou sugestões, entre em contato com jornalinfojur@trf2.gov.br

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO

Rua Acre, nº 80 - Centro - Rio de Janeiro/RJ

Cep.: 20081-000 - Tel.: (21) 2276-8000

www.trf2.gov.br

1ª TURMA - TRF-2ª RG

Agravo de Instrumento

Proc. nº 2002.02.01.004278-0

Publ. no DJ de 06/05/2004, pág. 252.

Agravante: F. J. F.

Agravado: INSS

Relator: Des. Fed. CARREIRA ALVIM

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – PENHORA DE BEM DE CONDOMÍNIO EXTINTO.

I – A exceção de pré-executividade, como meio de defesa de que pode se valer o executado, sem a necessária e prévia garantia do Juízo, deve se limitar a matérias pertinentes à admissibilidade da execução.

II – Pretende o agravante a nulidade de execução fiscal, ao fundamento de violação à ampla defesa, alegando ainda que jamais poderia ter sido leiloado patrimônio de pessoa física para cobrir débito de empresa da qual não faz mais parte do capital societário.

III – A exceção de pré-executividade não é instrumento adequado para substituir os embargos à execução nem embargos à arrematação não interpostos.

IV – Agravo de instrumento improvido.

POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO.

EXECUÇÃO FISCAL – NULIDADE – PENHORA DE BEM DE CONDOMÍNIO EXTINTO

Cuida-se na hipótese de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu exceção de pré-executividade em ação de execução fiscal onde se discute penhora de bem de condomínio extinto.

Sustenta, resumidamente, o agravante que a dívida questionada não fora por ele contraída, mas sim pelo Sr. N.M.J. e sua mulher, uma vez que assumiram o ativo e passivo da empresa executada.

A Primeira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo consoante o voto do relator, abaixo transcrito:

“O direito processual pátrio tem acolhido a figura da exceção e da objeção de pré-executividade, ante a injustiça que seria causada se se exigisse do executado garantir o juízo com bens seus, para opor os embargos de devedor, quando seu direito de não sofrer a execução fosse demonstrado de plano. Por

isso mesmo, é requisito para a admissão desse tipo de defesa, no processo executivo, a ausência de necessidade de dilação probatória. Tal critério é razoável, vez que a necessidade de um procedimento instrutório já desfigura o caráter de evidência das alegações do executado e legitima a oposição de embargos à execução.

A exceção de pré-executividade, como meio de defesa de que pode se valer o executado, sem a necessária e prévia garantia do Juízo, deve se limitar a matérias pertinentes à admissibilidade da execução, desde que dos documentos, facilmente possa constatar a inexistência de qualquer uma das condições genéricas da ação de execução, ou de qualquer um de seus pressupostos processuais.

Na espécie, o agravante pretende a nulidade de execução fiscal, ao fundamento de violação à ampla defesa, alegando ainda que jamais poderia ter sido leiloado patrimônio de pessoa física para cobrir débito de empresa da qual não faz mais parte do capital societário.

Não merece reparo a decisão a quo, porquanto não foram interpostos os embargos à execução nem embargos à arrematação, não sendo a exceção de pré-executividade o instrumento adequado para substituí-los.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo de instrumento, nos termos da fundamentação supra. É o voto.”

1ª TURMA - TRF-2ª RG

Apelação Cível

Proc. nº 2002.02.01.015252-4

Publ. no DJ de 16/12/2004, pág. 188

Agravante: União Federal

Agravado: C. M. C. I. Ltda.

Relatora: Juíza conv. LILIANE RORIZ DO ESPÍRITO SANTO

EMBARGOS À EXECUÇÃO. INTEMPERATIVIDADE. EXCEÇÃO PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. LEGITIMIDADE UNIÃO FEDERAL SUBSTITUTA JARDIM BOTÂNICO

1 – O prazo da União Federal para embargos à execução na forma do art 730 do CPC é de dez dias até a edição da MP nº 1984-16, em 6 de abril de 2000, quando passou a ser de 30 dias, razão por que são intempestivos os presentes.

2 – Considerando que a legitimidade *ad causam* das partes é matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício em qualquer fase do processo e grau de jurisdição (arts. 267, VI, § 3º, c/c 301, VIII, § 4º, do CPC), não há óbice à sua análise em sede de exceção de pré-executividade.

3 – Com o advento da Medida Provisória nº 1.549-29, de 15.04.97, convertida na Lei nº 9.649, de 27/05/1998, a teor do disposto no artigo 34, o Jardim Botânico do Rio de Janeiro foi transformado em Instituto de Pesquisas, passando a integrar a estrutura do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, razão pela qual a União Federal passou a ser a entidade legitimada para figurar no pólo passivo da demanda principal, representada judicialmente pela Advocacia Geral da União.

4 – A jurisprudência é pacífica no sentido de que os honorários sucumbenciais, em sede de embargos à execução, devem incidir sobre a diferença entre o valor executado e o definido nos embargos.

5 – Nego provimento ao recurso da União e dou parcial provimento ao recurso adesivo da autora.

POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA UNIÃO E DADO PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO DA AUTORA.

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - MATÉRIAS DE ORDEM PÚBLICA

O caso em comento é de apelação cível interposta pela União e de recurso adesivo de C.M.C.I. Ltda. contra sentença proferida em sede de embargos à execução de título judicial que foram rejeitados, por intempestivos e, em consequência, julgada subsistente a execução, deixando de condenar a embargante em honorários advocatícios por não ter sido fixado valor à causa dos embargos.

Em suas razões, pretende a União a reforma da sentença, ao fundamento de que deve o juiz valer-se, analogicamente, do princípio da fungibilidade dos recursos e apreciar a sua ilegitimidade passiva apontada na peça de embargos, ainda que recebendo a referida petição como exceção de pré-executividade, posto que a matéria impugnada, pela sua natureza de ordem pública, pode ser objeto da referida defesa.

Por sua vez, a apelada, em seu recurso adesivo, defende a reforma da sentença, apenas na parte relativa à condenação da embargante aos ônus sucumbenciais sob a alegação de haver contradição no dispositivo da sentença.

Em suas contra-razões, a União requer seja o recurso

adesivo inadmitido, por serem os embargos de declaração o meio próprio para discutir contradição na sentença.

O órgão do MPF opina pela reforma da sentença recorrida, ao argumento de serem os embargos tempestivos, em face do disposto na Medida Provisória nº 2.180-55, de 24/8/01, quando a União passou a gozar do prazo de 30 dias para opor embargos à execução.

Em seu voto, a Juíza Federal convocada Liliane Roriz assim colocou a questão:

“Preliminarmente, discordo da posição adotada pelo Ministério Público Federal no que tange à tempestividade dos embargos à execução interpostos, vez que a Medida Provisória nº 2.180-35, que é reedição da MP nº 1798, de 13/01/99, alterou a redação do art 1º-B da Lei nº 9.494/97, apenas quando da sua reedição através da MP nº 1984-16, de 6 de abril de 2000.

Ora, o prazo para interposição de embargos pela União Federal, como bem descrito na sentença, foi iniciado em 24 de janeiro de 2000, quando ainda vigorava o prazo de dez dias para a sua interposição, só passando a fluir por trinta dias a partir de 6 de abril de 2000, quando da publicação da MP nº 1984-16. Tendo a ação sido proposta em 03 de fevereiro de 2000, é a mesma intempestiva como bem analisou o Juízo a quo.

*A própria União Federal, em suas razões, admite a intempestividade do recurso ao requerer apenas que seja aplicado o princípio da fungibilidade dos recursos para que a peça de embargos à execução seja recebida como exceção de pré-executividade para que a sua alegação de ilegitimidade passiva **ad causam** seja apreciada e acolhida, ao argumento de que a matéria em discussão é de ordem pública.*

Predomina na doutrina e na jurisprudência o entendimento no sentido de que tem lugar a exceção de pré-executividade quando a matéria alegada for de ordem pública, ou seja, àquela reconhecível de ofício pelo juiz, a qualquer tempo ou grau de jurisdição, ou que possa gerar nulidade do título executivo, desde que, de plano, através de prova documental inequívoca, fique comprovada a inviabilidade da execução.

*Considerando que a legitimidade **ad causam** das partes é matéria de ordem pública, que pode ser conhecida de ofício em qualquer fase do processo e grau de jurisdição (arts. 267, VI, § 3º, c/c 301, VIII, § 4º, do CPC), não há óbice à sua análise em sede de exceção de pré-executividade.*

Face ao princípio da celeridade e da economia processual passo a analisar a questão relativa à legitimidade argüida pela União, fazendo um breve

histórico das diversas sucessões processuais, para melhor entendimento da matéria impugnada.

Ao tempo da propositura da ação principal (10.02.88) o extinto Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal – IBDF detinha legitimidade para as ações propostas em face do Jardim Botânico do Rio de Janeiro, tendo sido sucedido pelo IBAMA, com base na Lei nº 7.735/89, a quem incumbiu a tarefa de dar continuidade ao trabalho por aquele desenvolvido, não só no aspecto administrativo, quanto no judicial (Decreto nº 97.946/89).

Com o advento da Medida Provisória nº 1.549-29, de 15.04.97, convertida na Lei nº 9.649, de 27/05/1998, a teor do disposto no artigo 34, o Jardim Botânico do Rio de Janeiro foi transformado em Instituto de Pesquisas, passando a integrar a estrutura do Ministério do Meio Ambiente, dos Recursos Hídricos e da Amazônia Legal, razão pela qual a União Federal passou a ser a entidade legitimada para figurar no pólo passivo da demanda principal, representada judicialmente pela Advocacia Geral da União, conforme informa o próprio IBAMA, às fls. 119 dos autos principais em apenso.

Aberta vista dos autos à União Federal, em 11-08-97, deixou a mesma de se manifestar, conforme certidão de fls. 121, datada de 24.11.97, tendo o Juízo a quo determinado a alteração do pólo passivo para União Federal, em 20.07.99, não havendo prova nos autos de interposição de recurso à ordem judicial.

Logo, é a União Federal parte legítima para a execução do julgado, cuja defesa, ultrapassada a preliminar de ilegitimidade, só poderia ser feita através de embargos à execução, que, no caso, foram intempestivos, conforme examinado na sentença, que deve ser mantida.

No que concerne ao pedido relativo à condenação de honorários de sucumbência contido no recurso adesivo interposto pela apelada, a jurisprudência é pacífica no sentido de que os honorários sucumbenciais, em sede de embargos à execução, devem incidir sobre a diferença entre o valor executado e o definido nos embargos que, no caso, é o valor apurado pela União Federal (fls. 5).

Ocorre que a recorrente pretende percentual de 20%, a título de honorários, o que considero excessivo. Assim, fixo a verba honorária em 10% sobre a diferença entre o valor executado e o valor indicado às fls. 5, em favor da apelada.

Diante do exposto, NEGO PROVIMENTO à apelação da União Federal e DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso adesivo da autora. É como voto.”

2ª TURMA - TRF-2ª RG

Agravo de instrumento

Proc. nº 2003.02.01.006551-6

Publ. no DJ de 05/05/2004, pág. 245.

Agravante: C. P. B.

Agravado: INSS

Relator: Des. Fed. ANTONIO CRUZ NETTO

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ADESÃO AO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO DO CRÉDITO.

1 - Em exceção de pré-executividade, o exame das questões estão limitadas àquelas relativas aos pressupostos processuais, às condições da ação e aos vícios objetivos do título, referentes à certeza, liquidez e exigibilidade.

2 - Não há como ser acolhida a exceção quando a questão demanda um exame mais aprofundado dos fatos e documentos, o que só é possível em sede de embargos, como é o caso de se aferir eventual comprovação da responsabilidade subjetiva do agravante, nos termos do art. 135, III, do CTN. Isto porque é obrigação legal da empresa recolher os tributos devidos, de forma que, em princípio, o sócio-gerente que não cumpre essa obrigação infringe a lei.

3 - O simples parcelamento do débito fiscal junto ao REFIS não guarda qualquer relação com a exclusão do nome do agravante do pólo passivo da execução, visto que implica tão-somente na suspensão do crédito tributário, e não na sua extinção, até porque o mero inadimplemento de uma das prestações pactuadas pode ensejar o desligamento da empresa executada daquele programa fiscal.

4 - Agravo de instrumento improvido.

POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DILAÇÃO PROBATÓRIA - IMPOSSIBILIDADE

O caso é de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação de execução fiscal, não acolheu a exceção de pré-executividade apresentada pelo ora agravante, sob o argumento de que o acordo de parcelamento,

ainda que calçado em confissão irretroatável da dívida, não induz à extinção por ausência superveniente de interesse processual, e sim à suspensão do processo.

Alega, em síntese, o agravante que a inclusão de seu nome como responsável solidário no pólo passivo da presente execução é indevida, visto que a respectiva ação se encontra suspensa em razão do parcelamento da dívida firmado junto ao REFIS. Além disso, aduz não se ter comprovado, por parte do exequente, a ocorrência da hipótese do art. 135, III, do CTN. Pede a atribuição de efeito suspensivo.

Em suas contra-razões, pugna o agravado pelo improvimento do recurso, por entender que o não recolhimento do tributo devido acarreta, por si só, o ato irregular que caracteriza a responsabilidade prevista no art. 135, III, do CTN. De outra sorte, aduz outrossim que o fato de a empresa executada haver aderido ao REFIS não modificaria a situação do co-responsável, posto que o acordo de parcelamento apenas suspende o curso do processo até o total adimplemento do crédito.

A Segunda Turma, por unanimidade, referendou a decisão do relator Des. Fed. Cruz Netto e negou provimento ao recurso.

A seguir trechos do decisório:

(...)

“Não merece ser modificada a decisão agravada. Inicialmente, anoto que a exceção de pré-executividade, que não é prevista em lei, tem sido admitida, segundo jurisprudência reiterada, apenas nos casos em que se mostre extreme de dúvidas a idoneidade do título executivo ou falte uma das condições da ação. Não serve, esta modalidade de defesa, para discutir questões que demandam dilação probatória ou que se mostrem complexas.

Em exceção de pré-executividade, repita-se, o exame das questões estão limitadas àquelas relativas aos pressupostos processuais, às condições da ação e aos vícios objetivos do título, referentes à certeza, liquidez e exigibilidade. Não há, pois, como ser acolhida a exceção quando a questão demanda um exame mais aprofundado dos fatos e documentos, o que só é possível em sede de embargos.

Neste sentido, veja-se a lição do Ministro Luiz Fux:

‘Outrossim, algumas questões, pela sua natureza processual, prescindem do instrumento formal dos embargos para serem suscitadas. Possível conhecê-las interinamente, no bojo da própria execução por simples petição uma vez que indicam que a execução sequer poderia ter sido iniciada, como, v.g., a alegação de que o título não é executivo, a obrigação é ilícita ou o processo

não se formou regularmente etc. Esse rol de matérias compõem o que se denomina ‘exceções de pré-executividade’, que ‘podem ser suscitadas nos próprios autos e, por isso, ‘sem necessidade de segurança do juízo’. O que impende esclarecer é que ‘não se pode promiscuir a categorização das exceções de pré-executividade’, posto que isso reduziria o processo executivo destinado à rápida satisfação do credor num simulacro de execução transmutando-se em tutela cognitiva ordinária’. (in CURSO DE DIREITO PROCESSUAL CIVIL, Luiz Fux, Rio de Janeiro, Forense, 2001. p. 1196)

Essa é a posição que vem sendo adotada pelo STJ, como se vê do acórdão proferido no agravo regimental no agravo de instrumento nº 197.577/GO, Relator o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do seguinte teor:

‘PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ADMISSIBILIDADE. HIPÓTESES EXCEPCIONAIS. PRECEDENTES. DOUTRINA. REQUISITOS. INAPLICABILIDADE AO CASO. AGRAVO PROVIDO.

I – A exceção de pré-executividade, admitida em nosso direito por construção doutrinário-jurisprudencial, somente se dá, em princípio, nos casos em que o juízo, de ofício, pode conhecer da matéria, a exemplo do que se verifica a propósito da higidez do título executivo.

II - Suscitadas questões, no entanto, que dependeriam do exame de provas, e não dizem respeito a aspectos formais do título executivo, e nem poderiam ser conhecidas de ofício, não se mostra adequada a exceção de pré-executividade.’

O egrégio STJ, ao julgar o AGA 444774/SC, Relator o Ministro Castro Meira, DJU de 20/10/2003, assim se manifestou:

‘PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE APROFUNDADA DILAÇÃO PROBATÓRIA. MATÉRIA FÁTICA. SÚMULAS 7, 83, 182/STJ E 282 E 356/STF.

I – Aplicável a Súmula 182/STJ quando não combatidos em agravo regimental todos os fundamentos da decisão acoimada.

2 – Para utilização da via Especial há que ter sido prequestionada matéria referente às violações de cunho infraconstitucional apontadas para consubstanciá-lo. Aplicáveis Súmulas 282 e 356 do STF.

3 – Não cabe a via Especial quando necessário reexame fático probatório. Súmula 7/STJ.

4 – Entendimento pacificado de que a via da execução de pré-executividade não pode admitir dilação probatória. Súmula 83/STJ. Precedentes.

5 – Agravo improvido’.

Como se vê, a via eleita pelo agravante não é a adequada para se discutir a questão atinente à falta de comprovação, por parte da exequente, da responsabilidade subjetiva do sócio. Contudo, é oportuno salientar que cabe ao substituto tributário, em sede de embargos do devedor, alegar e comprovar que não procedeu da forma prevista no art. 135, III, do CTN. Isto porque é obrigação legal da empresa recolher os tributos devidos, de forma que, em princípio, o sócio-gerente que não cumpre essa obrigação infringe a lei.

Ressalte-se, ainda, que o agravante era o presidente da empresa executada no período em que foram apurados os débitos, como se vê da ata de reunião do Conselho de Administração, cuja cópia está às fls. 58/59. Assim, é inegável que a situação dele se enquadra nas disposições do art. 135, III, do CTN. Sobre o noticiado acordo de parcelamento do débito, perfilha o entendimento do magistrado **a quo** no sentido de que o mesmo não guarda qualquer relação com a exclusão do nome do agravante no pólo passivo da execução. Com efeito, a simples adesão da empresa executada ao REFIS implica tão-somente na suspensão do crédito tributário, e não na sua extinção, até porque o mero inadimplemento de uma das prestações pactuadas pode ensejar o desligamento da empresa executada daquele programa fiscal. No dizer do e. Ministro Franciulli Netto, o parcelamento não é pagamento, e a este não substitui, mesmo porque não há a presunção de que, pagas algumas parcelas, as demais igualmente serão adimplidas, nos termos do art. 158, I, do mencionado Codex (REsp nº 284189/SP, julgado em 17/06/2002, 1ª Seção).

Sobre a matéria, veja-se os precedentes do STJ:

‘TRIBUTÁRIO - REFIS - NATUREZA JURÍDICA - EFEITOS

1 – O Programa de Recuperação Fiscal tem natureza jurídica de parcelamento ou de moratória, segundo a legislação específica - Decreto 3.431/2000.

2 – Seja parcelamento ou moratória, não se extingue a obrigação por cancelamento ou novação.

3 – Suspende-se a execução no período do parcelamento, não se podendo falar em extinção, senão após quitado o débito.

4 – Recurso especial improvido. (REsp 446.665,

Min. Eliana Calmon, DJ de 18/11/2002)’

‘TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. SUSPENSÃO. ADESÃO AO PROGRAMA DE RECUPERAÇÃO FISCAL (REFIS).

– A opção do executado pelo REFIS implica em suspensão da execução durante o prazo concedido pelo credor” (REsp 443.731, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 17/03/03)’.

Por todo o exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.”

2ª TURMA - TRF-2ª RG

Agravo de Instrumento

Processo nº 2002.02.01.012935-6

Pub. no DJ de 15/05/2003, pág. 248

Agravante: R. P. A. T. Ltda

Agravado: União Federal/Fazenda Nacional

Relator: Des. Fed. SERGIO FELTRIN CORREA

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PRESCRIÇÃO - POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO ALIENANTE - OCORRÊNCIA DA HIPÓTESE LEGAL.

I – A exceção de pré-executividade, construção doutrinário-pretoriana, apesar de não expressamente prevista em lei, constitui instrumento plenamente admissível na sistemática processual pátria.

II – A execução fiscal deve ser extinta de plano quando reconhecida pelo juiz a alegada prescrição, uma vez que cuida-se de modalidade de extinção do crédito tributário, conforme dispõe o art. 156, V, do Código Tributário Nacional.

III – Ausência de elementos bastantes nos autos a comprovar a ocorrência da prescrição.

IV – Na dicção do art. 133, II, CTN, o alienante é responsável tributário, se prossegue a exploração do comércio, ou inicia, nos seis meses posteriores à data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - PRESCRIÇÃO - POSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO

A hipótese é de agravo de instrumento interposto em face de decisão proferida pelo juízo *a quo* que, nos

autos de Execução Fiscal, indeferiu a Exceção de pré-executividade, oposta pela ora agravante, objetivando o reconhecimento da prescrição do crédito tributário e sua exclusão do pólo passivo da lide, sob o fundamento de que tal meio de defesa não pode veicular matéria de mérito ou preliminar de mérito, bem como assegurou sua legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo da relação processual.

A agravante argumenta, em síntese, que não houve sucessão comercial, e portanto, não teria havido sucessão tributária, posto que a empresa LUKRO PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA, devedora dos tributos, encontra-se em plena atividade, e até porque os seus sócios são distintos. Em suas contra-razões, a agravada pugna pela manutenção da decisão recorrida.

A Segunda Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso nos termos do voto do Des. Fed. Sergio Feltrin.

Na seqüência, transcrevemos trechos do seu voto:

(...)

“Inicialmente, cumpre destacar que a exceção de pré-executividade, construção doutrinário-pretoriana, apesar de não expressamente prevista em lei, constitui instrumento plenamente admissível na sistemática processual pátria.

Tal exceção representa meio de defesa autônomo, vale dizer: independente dos embargos do devedor, à disposição do executado. Neste instrumento, devem ser deduzidas questões de ordem pública, cujo reconhecimento impõe-se, de ofício, ao juiz, tais como o não preenchimento de alguma das condições da ação, inexistência de determinado pressuposto processual ou nulidades relacionadas com o próprio título executivo. Há quem admita tal expediente, inclusive, para o oferecimento de outros óbices à execução, como o próprio pagamento, em decorrência das garantias constitucionais do devido processo legal e da ampla liberdade de defesa.

O E. Superior Tribunal de Justiça, em várias oportunidades, já se manifestou a respeito do tema, verbis:

‘PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ADMISSIBILIDADE. CONTRATO DE ABERTURA DE CRÉDITO. TÍTULO EXECUTIVO. INEXISTÊNCIA. ART. 585, II, CPC.

I – É possível ao devedor acionado no processo de execução argüir a nulidade da execução, por meio de exceção de pré-executividade e não de embargos, desde que verse sobre matéria que possa ser conhecida de ofício pelo Juízo.

II – Precedentes da 4ª Turma.

III – (omissis)

IV – Recurso conhecido e provido.’ (STJ - 4ª Turma - RESP 224789/RS - Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior - j. 11/09/2001 - unânime - D.J.U. 04/02/2002, p. 370 - grifei)

A utilização deste meio de defesa nas execuções movidas pela Fazenda Pública tem gerado controvérsia, tendo em vista que o sistema consagrado no artigo 16 da Lei n.º 6.830/80 não admitiria as denominadas exceções de pré-executividade.

Contudo, apesar das vozes em contrário, a via em comento tem sido admitida dentro de certos limites, conforme podemos observar dos seguintes julgados:

‘PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1 – (omissis)

2 – A doutrina e a jurisprudência, como todos conhecem, aceitam que ‘os embargos de devedor pressupõem penhora regular, que só se dispensa em sede de exceção de pré-executividade, limitada à questões relativas aos pressupostos processuais e às condições da ação’, incluindo-se a alegação de que a dívida já foi paga (RESP n.º 325893/SP).

3 – A jurisprudência do STJ tem acatado a exceção de pré-executividade, impondo, contudo, alguns limites. Coerência da corrente que defende não ser absoluta a proibição da exceção de pré-executividade no âmbito da execução fiscal.

4 – No caso em exame, o acórdão bem aceitou a exceção de pré-executividade, haja vista ter ficado demonstrado ser o executado parte ilegítima na relação jurídica buscada pelo INSS.

5 – Recurso não provido’. (STJ - 1ª Turma - RESP 371460/RS - Rel. Min. José Delgado - j. 05/02/2002 - unânime - D.J.U. 18/03/2002, p. 188 - grifei)

Percebe-se, desse modo, ‘que, apesar de alguma resistência, a jurisprudência segue a linha da doutrina, admitindo a exceção de pré-executividade, desde que não importe em dilação probatória’, sob pena de se fazer tabula rasa do preceito contido no artigo 16 da Lei de Execução Fiscal, conforme anotam Vittorio Cassone e Maria Eugênia Teixeira Cassone (in ‘Processo tributário: teoria e prática - 2ª ed. - São Paulo: Atlas, 2000, p. 296’).

Comprovada, pois, a pertinência da via eleita pelo Recorrente para atacar a execução fiscal movida pela Agravada, resta analisar se os seus argumentos merecem guarida.

No caso concreto, observo que, a ora agravante funda seu recurso, inicialmente, na ocorrência da

prescrição, assim como na ausência de responsabilidade pelo débito tributário discutido, vez que, tendo alienado suas cotas para os atuais sócios da empresa LUKRO PRODUTOS ALIMENTÍCIOS S/A, estes seriam os responsáveis pela dívida tributária. (fls. 03/05)

No que concerne à prescrição, entendo ser possível o seu reconhecimento em sede de exceção de pré-executividade uma vez que, de acordo com o art. 156, V, do CTN, cuida-se de modalidade de extinção do crédito tributário. Assim, não há de prosperar a execução, quando o juiz verificar de plano a ocorrência da prescrição.

(...)

Contudo, inexistem nos autos documentos bastantes a corroborar a tese defensiva do Recorrente. Ao contrário, conforme se verifica às fls. 15/16, há notícia da prolação de despacho citatório, em março de 1996, no âmbito da Justiça Estadual de Três Rios, circunstância esta não esclarecida no presente recurso. Desse modo, creio não ser possível pronúncia desta E. Turma acerca da prescrição ora debatida.

No tocante à responsabilidade tributária, mesmo que se albergue a tese levantada pelo ora Agravante no que pertine à inexistência de sucessão, necessário saber, a teor do disposto nos parágrafos do artigo 133 do Código Tributário Nacional, se a responsabilidade do adquirente é integral ou subsidiária: será integral se o alienante, ora Agravante, houver cessado a exploração do comércio, indústria ou atividade; será subsidiária com o alienante caso este tenha prosseguido na exploração ou iniciado, nos seis meses posteriores à data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão. Portanto, sendo certo que a Agravante-alienante prosseguiu na exploração do comércio, qual seja, o de produtos alimentícios, ininterruptamente, e ainda, permaneceu estabelecido no antigo endereço da sociedade da qual faziam parte os mesmos sócios, resta clara sua responsabilidade tributária, como acaba de ser visto.

Vale ressaltar, por oportuno, que a dívida regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez, presunção esta que, sendo relativa, pode ser ilidida por meio de prova inequívoca, isto é, aquela capaz de demonstrar, de plano, a inexistência e, conseqüentemente, a incerteza ou a iliquidez do crédito (artigos 204, do CTN e 3º da Lei n.º 6.830/80 e seus respectivos parágrafos únicos), ônus que não restou cumprido pelo Executado-Agravante.

Assim, nego provimento ao recurso.

É como voto.”

3ª TURMA - TRF-2ª RG

Agravo

Proc. nº 2003.02.01.003678-4

Publ. no DJ de 17/06/2004, pág. 139

Agravante: I. M. R. C.

Agravado: União Federal/Fazenda Nacional

Relator: Des. Fed. PAULO BARATA

EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA. ARTIGO 135, III, CTN. EXCESSO NA EXECUÇÃO. EMBARGOS DE DEVEDOR.

1 – A exceção de pré-executividade, via instrumental de origem doutrinária, tem aplicação limitada. Seu acolhimento demanda verificação, em cognição superficial, de questões atinentes à ausência de requisitos do título executivo ou à demonstração de violação de regras de ordem pública.

2 – A certidão da Dívida Ativa é documento que goza de presunção de liquidez e certeza, nos termos do artigo 204, do CTN, regra reproduzida na Lei de Execuções Fiscais em seu artigo 3º, não havendo necessidade de constar o nome do sócio-gerente.

3 – A presunção, *in casu*, pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou de terceiro a que aproveite (parágrafo único, do artigo 204, do CTN).

4 – Não cabe ao magistrado impor ao exeqüente a prova de que os sócios-gerentes se enquadram nas hipóteses previstas no artigo 135, III, do CTN, para que possam ser citados na execução fiscal, eis que este gravame não se encontra contemplado na legislação. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

5 – Ajuizada a ação de execução fiscal, possuem os sócios-gerentes meios jurídicos próprios para impugná-la, cabendo-lhes demonstrar as dirimentes ou excludentes das hipóteses previstas no citado artigo 135, III, do CTN. Não há que se cogitar da inversão do ônus probatório, vulnerando-se a regra contida nos artigos 204 do CTN e 3º da LEF.

6 – Excesso na execução é matéria própria de embargos à execução.

7 – Agravo improvido.

POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - EXCESSO NA EXECUÇÃO

A questão jurídica posta em debate foi veiculada no agravo de instrumento interposto em face da decisão proferida pela juíza da 5ª Vara Federal de São João de Meriti/RJ que rejeitou a exceção de pré-executividade com o objetivo de excluir a recorrente do pólo passivo da relação processual.

A recorrente agravou sob fundamento de que “à época da ocorrência do fato gerador de grande parte do tributo e do período de apuração da CDA não integrava o Conselho de Administração da executada e, assim, a exequente lhe imputa responsabilidade por débito maior do que o gerado durante seu período no Conselho da empresa, o que torna nula a execução por ser excessiva e por faltar à CDA os requisitos da liquidez e certeza da dívida; que, ainda que integrasse o Conselho ao tempo dos fatos em discussão, lhe faltaria poderes de gestão individual da companhia a permitir sua responsabilização por atos da diretoria; que, em todo caso, a exequente deveria provar o abuso de poder e má gerência da empresa para ensejar a co-responsabilidade prevista no artigo 135, III, do CTN; que seu nome não consta da CDA tal como exige o artigo 2º, § 5º, da Lei 6.830/80 e tampouco a fundamentação legal que enseja sua responsabilidade pelos débitos fiscais da companhia; que não foi parte no processo administrativo que antecedeu a execução fiscal e, portanto, não houve lançamento tributário contra a agravante, violando o direito de ampla defesa expresso no artigo 5º, LV, da Constituição Federal, estando extinto o direito da Fazenda constituir o crédito tributário contra a recorrente, tendo em vista o decurso do prazo de cinco anos.”

Em sede de contra-razões, a União/Fazenda Nacional argumentou que a própria agravante reconhece que integrou o Conselho de Administração da executada durante parte do período relativo ao débito tributário.

O órgão do *parquet* federal opinou pela ausência de interesse público em atuar no feito.

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo consoante voto expendido pelo Des. Fed. Paulo Barata.

A seguir, trechos do voto:

(...)

“A exceção de pré-executividade, via instrumental de origem doutrinária, presta-se a defender o executado antes da penhora se efetivar, quando for possível verificar, de plano, ausência de requisitos do título executivo ou violação de regras de ordem pública.

Neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

‘PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE DE ARGUIÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.

A exceção de pré-executividade, construção doutrinária tendente à instrumentalização do processo, não se presta para argüir ilegalidade da própria relação jurídica material que deu origem ao crédito executado. Seu âmbito é restrito a questões concernentes aos pressupostos processuais, condições da ação e vícios objetivos do título, referentes à certeza, liquidez e exigibilidade.

Recurso não provido.’

(RESP nº 232076/PE. T1. Min. Milton Pereira. DJ de 25.03.02)

‘TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARGUIÇÃO DE PRESCRIÇÃO. POSSIBILIDADE.

A possibilidade de verificação de plano, sem necessidade de dilação probatória, delimita as matérias passíveis de serem deduzidas na exceção de pré-executividade, independentemente da garantia do juízo.

É possível a argüição de prescrição por meio de exceção de pré-executividade, sempre que demonstrada por prova documental pré-constituída.

Recurso especial improvido.’

(RESP nº 537617/PR. T1. Min. Teori Albino Zavascki. DJ de 08.03.04)

Assim, suscita-se a exceção de pré-executividade através de simples petição nos autos, desde que a matéria veiculada não deva ser deduzida somente em sede de embargos à execução como ocorre com aquelas questões que demandam dilação probatória. (...)

In casu, pretende a recorrente a reforma da decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade com o objetivo de excluir a recorrente do pólo passivo da relação processual.

A responsabilidade tributária dos sócios-gerentes foi alvo de extensas controvérsias entre as turmas do Superior Tribunal de Justiça durante muito tempo. Após a decisão proferida pela 1ª Seção daquela Corte, no ERESP nº 174532, firmou-se o entendimento de que o simples inadimplemento não caracteriza a infração legal, nos termos do artigo 135, do CTN.

Com efeito, entende-se que para ocorrer a responsabilidade pessoal dos sócios pelos débitos tributários é necessário que estes figurem como diretores, gerentes ou representantes da executada. A lei exige, também, que estas pessoas tenham agido com excesso de poderes ou infração à lei, ou, ainda, que a empresa tenha encerrado suas atividades de forma irregular. No entanto, esta questão há de ser aferida **a posteriori**.

Muito já foi debatido sobre se a ausência do nome do sócio-gerente em tal documento impede sua citação. Entende-se que o título se forma com aptidão ampla, abrangendo, inclusive as pessoas citadas no referido artigo 135, do CTN, cabendo ao magistrado verificar os pressupostos de seu alcance, instalando-se a relação processual na forma requerida pela exequente.

(...)

Ultrapassada esta questão, é sabido que a Certidão da Dívida Ativa é documento que goza de presunção de liquidez e certeza, nos termos do artigo 204, do CTN, regra reproduzida na Lei de Execuções Fiscais em seu artigo 3º. Nos termos da legislação tributária, tal presunção pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou de terceiro a que aproveite (parágrafo único, do artigo 204, do CTN). Por este motivo, conforme tem decidido o Superior Tribunal de Justiça, não cabe ao magistrado impor ao exequente a prova de que os sócios-gerentes se enquadram nas hipóteses previstas no artigo 135, do CTN, para que possam ser citados na execução fiscal, eis que este gravame não se encontra contemplado na legislação.

Neste sentido:

‘EXECUÇÃO FISCAL. CO-RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS INDICADOS NA CDA. PROVA DA QUALIDADE DE SÓCIOS-GERENTES, DIRETORES OU ADMINISTRADORES PELO EXEQUENTE. DESNECESSIDADE. PRESUNÇÃO DE CERTEZA DA CDA FORMULADA COM BASE NOS DADOS CONSTANTES DO ATO CONSTITUTIVO DA EMPRESA.

É consabido que os representantes legais da empresa são apontados no respectivo contrato ou estatuto pelos próprios sócios da pessoa jurídica e, se a eles se deve a assunção da responsabilidade, é exigir-se em demasia que haja inversão do ônus probatório, pois, basta ao INSS indicar na CDA as pessoas físicas constantes do ato constitutivo da empresa, cabendo-lhes a

demonstração de dirimentes ou excludentes das hipóteses previstas no artigo referenciado, especialmente do inciso III.

A certidão da dívida ativa, sabem-no todos, goza de presunção *juris tantum* de liquidez e certeza. ‘A certeza diz com os sujeitos da relação jurídica (credor e devedor), bem como com a natureza do direito (direito de crédito) e o objeto devido (pecúnia)’ (in Código Tributário Nacional comentado. São Paulo; RT, 1999, p. 786), podendo ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou de terceiro a que aproveite, nos termos do parágrafo único do artigo 204 do CTN, reproduzido no artigo 3º. da Lei nº 6830/80, e não deve o magistrado impor ao exequente gravame não contemplado pela legislação de regência.

Recurso Especial provido.’

(RESP nº 278741/SC. T2. Min. Franciulli Netto. DJ de 16.09.02).

Ajuizada a ação de execução fiscal, possuem os sócios-gerentes meios jurídicos próprios para impugná-la, cabendo-lhes demonstrar as dirimentes ou excludentes das hipóteses previstas no citado artigo 135, III, do CTN. Não há que se cogitar da inversão do ônus probatório ou da exclusão, **ex officio**, dos co-responsáveis, vulnerando-se a regra contida nos artigos 204 do CTN e 3º. da LEF.

No mesmo sentido:

‘PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA.

A CDA é documento que goza da presunção de certeza e liquidez de todos os seus elementos: sujeitos, objeto devido, e quantitativo.

Não pode o Judiciário limitar o alcance dessa presunção.

Decisão que vulnera o art. 3º da LEF, ao excluir da relação processual os sócios que figuram na CDA.

Recurso provido.’

(RESP nº 330518/RS. T2. Min. Eliana Calmon. DJ de 26.05.03).

Alegou ainda a recorrente excesso na execução, matéria que deverá ser apreciada em sede de embargos à execução. Por derradeiro, cabe ressaltar que a simples citação da agravante não lhe acarreta lesão grave e de difícil reparação, pois os bens, porventura penhorados, não serão levados à hasta pública ou adjudicados antes que o executado exerça sua defesa através da ação de embargos.

Isto posto, nego provimento ao recurso.”

3ª TURMA - TRF-2ª RG

Agravo de Instrumento

Proc. nº 2004.02.01.007785-7

Pub. no DJ de 16/12/2004, pág. 195

Agravante: T. C. A. B. Ltda.

Agravado: União Federal/Fazenda Nacional

Relatora: Des. Fed. TANIA HEINE

**AGRAVO DE INSTRUMENTO –
PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL
EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.**

I – A exceção de pré-executividade é criação doutrinária-jurisprudencial consistente na defesa do executado, em situações excepcionais, sem a necessidade da segurança do juízo ou oposição de embargos do devedor.

II – A questão relativa à nulidade da CDA só pode ser declarada em face de inobservância dos requisitos formais previstos nas hipóteses do artigo 202 do CTN.

III – No caso em tela, a questão alusiva à nulidade do título executivo só pode ser elucidada em sede de embargos à execução.

IV – Se a agravante objetiva ver suspensa a exigibilidade do crédito tributário cobrado na Execução Fiscal, deverá fazer o depósito integral do montante do débito, em conformidade com o art. 151, II, do CTN c/c art. 38 da Lei nº 6.830/80.

V – A competência em razão da matéria não se modifica por conexão e continência, pois havendo na Seção Judiciária vara especializada em execução fiscal, não há como processos dessa natureza tramitarem perante Vara Federal Cível.

VI – Agravo de instrumento improvido.

**POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVI-
MENTO AO RECURSO.**

**NULIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO –
EXIGÊNCIA DE DILAÇÃO PROBATÓRIA**

Foi interposto agravo de instrumento em face da decisão judicial que indeferiu os pedidos da ora agravante, através da via da exceção de pré-executividade, no sentido da extinção da execução fiscal, posto que lastreada em título executivo ilíquido, ou do sobrestamento do referido feito até o trânsito em julgado da ação ordinária de parcelamento de débito e da ação de consignação em pagamento, ambas em trâmite na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, com o reconhecimento da existência de continência ou de conexão entre os

pedidos formulados nessas duas ações e a conseqüente remessa dos autos do executivo fiscal para a mencionada Vara.

Em seu arrazoado, argumenta a agravante que o título executivo, consubstanciado na Certidão de Dívida Ativa, não pode, *in casu*, ser considerado líquido, certo e exigível, já que sobre ele pairam encargos considerados ilegais, como a Taxa SELIC, os juros acima de 12% e a multa, incidentes sobre o débito tributário. Aduz ainda que a ação de execução fiscal possui a mesma causa de pedir da ação de conhecimento, justificando a reunião dos processos para decisão simultânea.

O órgão do MPF oficiante perante esta Corte exime-se de emitir parecer por entender que, no caso, não se verifica a existência de nenhuma das hipóteses de intervenção obrigatória do *Parquet*.

A Terceira Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso nos termos do voto da Des. Fed. Tânia Heine.

Eis o teor do decisório:

“Conheço do recurso por estarem presentes os requisitos objetivos e subjetivos de admissibilidade. Conforme se depreende da leitura das razões do presente agravo, a executada, ora agravante, argüiu em exceção de pré-executividade a nulidade da Certidão de Dívida Ativa, em razão da existência de encargos a incidir sobre o crédito tributário ou seja: Taxa SELIC, juros e multa

A Exceção de Pré-Executividade é criação doutrinária-jurisprudencial, destinada a viabilizar, antes da constrição de bens do devedor e dos seus embargos, apreciação de matéria de ordem pública ou exclusivamente de direito, referente à nulidade do título executivo ou do processo, sem necessidade de dilação probatória.

Entretanto, a nulidade da CDA só pode ser declarada em face da inobservância dos requisitos formais previstos nos incisos do artigo 202 do Código Tributário Nacional.

No caso em tela, a questão alusiva à nulidade do título executivo só pode ser elucidada em sede de embargos à execução.

Nesse sentido, o acórdão abaixo transcrito:

‘EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NÃO CONHECIDA – NULIDADE DA CDA – CABIMENTO DE EXCEÇÃO APENAS QUANDO A MATÉRIA POSSA SER CONHECIDA DE OFÍCIO PELO JUIZ EM QUALQUER ÉPOCA (MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA) – AGRAVO NÃO PROVIDO.

1 – A Exceção de Pré-executividade, não prevista em lei, admitida por construção doutrinário-

jurisprudencial como meio excepcional e atípico que é, tem seu cabimento limitado às estreitas situações apreciáveis ex-officio pelo juiz (AGA 197577/GO, DJ 05/06/2000, p.167, STJ, T4; AG 1999.01.00.055381-1/DF, TRF1, T3, DJ 25/02/2000, p.58; AG 1999.01.00.026862-2/BA, TRF1, T3, DJ 05/05/2000, p. 299).

2 – A nulidade da CDA, alegada pelo agravante, não é matéria que o Juiz conheça de ofício e, ademais, requer dilação probatória para sua constatação.

3 – Agravo de instrumento não provido.

4 – Peças liberadas pelo relator em 11/09/2001 para publicação do acórdão.’

(AG 2001.01.00.012955-0/MG – Rel. Juiz Luciano Tolentino Amaral – TRF – 1ª Região – 3ª Turma – DJ 28/09/2001 – P.169).

Verifica-se que a agravante ajuizou ação ordinária, onde requer o parcelamento do montante devido em 240 meses, e uma ação consignatória cujo pedido é a extinção parcelada da obrigação para com a ré.

Se a agravante objetiva ver suspensa a exigibilidade dos tributos cobrados na Execução Fiscal, deverá fazer o depósito integral do montante do débito (artigo 151, II, do CTN), que deve ser entendido como o valor exigido pela Fazenda Pública e não o que o contribuinte entende devido ou como pretende pagar, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos, em conformidade com o artigo 38 da Lei nº 6.830/80.

Quanto ao pedido para remessa dos autos da execução fiscal para a 30ª Vara Federal, onde tramitam a ação ordinária e a ação consignatória, deve-se levar em conta que não há conexão entre execução fiscal não embargada e ação de conhecimento relativa à mesma dívida.

A competência em razão da matéria não se modifica por conexão e continência, pois havendo na Seção Judiciária vara especializada em execução fiscal, não há como processos dessa natureza tramitarem perante Vara Federal Cível.

Na esteira desse entendimento, transcrevo abaixo um acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, in verbis:

‘PROCESSUAL CIVIL – REUNIÃO DE PROCESSOS – CONEXÃO OU CONTINÊNCIA – VARA ESPECIALIZADA – COMPETÊNCIA EM RAZÃO DA MATÉRIA – IMPOSSIBILIDADE – SUSPENSÃO – CTN, ARTIGO 151, INCISO II, LEI Nº 6.830/80, ARTIGO 38 – DEPÓSITO INTEGRAL EM DINHEIRO.

1 – Em face da competência exclusiva das varas especializadas, em razão da matéria, não é possível a reunião de processos de natureza diversas, por conexão ou continência.

2 – A ação anulatória de débito fiscal deve ser processada e julgada em vara cível, não obstante o processo executivo fiscal correspondente tramitar na vara especializada em execuções. Precedente do plenário deste Tribunal.

3 – O pedido de suspensão do processo de execução fiscal, até o julgamento definitivo da ação ordinária, é admissível quando caucionado o juízo, mediante depósito em dinheiro, da integralidade da quantia em discussão no processo ordinário. Inteligência do artigo 151, inciso II, combinado com a Lei nº 6.830/80, artigo 38’.

(AG 2002.01.00.011469-1 – Rel. Desembargador Federal Mário César Ribeiro – TRF – 1ª Região – 4ª Turma – DJ 25/04/2003 – P.128)

Ante o exposto, nego provimento ao Agravo de Instrumento para manter a decisão a quo.”

4ª TURMA - TRF-2ª RG

Agravo de Instrumento

Proc. nº 2004.02.01.002129-3

Publ. no DJ de 02/07/2004, pág. 151.

Agravante: M. L. P. G. L.

Agravo: União Federal/Fazenda Nacional

Relator: Des. Fed. BENEDITO GONÇALVES

PROCESSUAL CIVIL – AGRAVO DE INSTRUMENTO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – CABIMENTO EM CASOS EXCEPCIONAIS – PRESCRIÇÃO E ILEGITIMIDADE PASSIVA – MATÉRIAS DE PROVA AFETA AOS EMBARGOS DO DEVEDOR – PRECEDENTES DO EG. STJ – DECISÃO MANTIDA.

I – A regra, na execução fiscal, é a de que o executado deverá alegar toda a matéria útil à defesa nos embargos do devedor, depois de garantir o juízo (Lei nº 6.830/80, art. 16 § 2º e art. 737, I, do CPC).

II – Excepcionalmente, admite-se a exceção de pré-executividade, no âmbito da qual, sem o oferecimento da penhora, o executado pode obter um provimento, positivo ou negativo, sobre os pressupostos do processo ou sobre as condições da ação.

III – No caso dos autos, quanto à alegada decadência/

prescrição do referido crédito tributário, em virtude de ausência de citação de ex-sócia da mesma empresa, filio-me à posição jurisprudencial do eg. STJ, que entende ser incabível o manejo do incidente de exceção para tal fim (“(...) *A suposta falta de citação do executado no processo executivo fiscal é tema sujeito à apreciação em sede de embargos à execução, de ampla cognição*” no AGRESP 533451/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 01/03/2004).

IV – Da mesma forma, vem aquela Corte Superior de Justiça inadmitindo a utilização da referida objeção, quando se discute legitimidade passiva de sócio-gerente, eis que tal alegação repousa no exame de provas (art. 135, do CTN) (“(...) *A imputação da responsabilidade prevista no art. 135, inciso III, do CTN demanda a produção de provas, sendo incabível, assim, a exceção de pré-executividade (...)*” no AGA 535966/SP, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 05/04/2004).

V – Incabível a exceção em tela, eis que não comprovada, de plano, a nulidade do título executivo (Certidão da Dívida Ativa), que, a teor do que dispõe o art. 204 do CTN, goza da presunção de liquidez e certeza.

VI – Inexiste perigo de dano irreparável, na espécie dos autos, eis que o bem passível de ir à leilão não é de propriedade da agravante, e sim, de outro sócio, como salientado pelo Juiz *a quo*.

VII – Agravo improvido.

POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

PRESCRIÇÃO - ILEGITIMIDADE PASSIVA - MATÉRIAS AFETAS AOS EMBARGOS DO DEVEDOR

Foi interposto agravo de instrumento em face de decisão que indeferiu a exceção de pré-executividade oferecida pela agravante, no bojo de ação de execução fiscal.

Sustenta a agravante, em suma, que é parte ilegítima para figurar no pólo passivo da execução, eis que a sociedade foi regularmente dissolvida, sendo incabível estender aos sócios a responsabilidade pelas dívidas sociais. Acrescenta, por outro lado, que o crédito está fulminado pela prescrição, eis que sequer foi citada para figurar no pólo passivo da mesma.

A seu turno, o órgão do *parquet* federal não vislumbrou na espécie justificativa para sua intervenção no feito.

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo nos termos do voto proferido pelo Des. Fed. Benedito Gonçalves.

A seguir, trechos do decisório:

“A regra, na execução fiscal, é a de que o executado deverá alegar toda a matéria útil à defesa nos embargos do devedor, depois de garantir o juízo (Lei nº 6.830/80, art. 16 § 2º e art. 737, I, do CPC).

Excepcionalmente, admite-se a exceção de pré-executividade, no âmbito da qual, sem o oferecimento da penhora, o executado pode obter um provimento, positivo ou negativo, sobre os pressupostos do processo ou sobre as condições da ação.

Já é pacífico na jurisprudência o entendimento que na exceção de pré-executividade só é cabível quando as questões suscitadas não dependem de prova (cf. REsp 296932/MG, DJU de 15/10/01).

No caso dos autos, quanto à alegada decadência/prescrição do referido crédito tributário, em virtude de ausência de citação de ex-sócia da mesma empresa, filio-me à posição jurisprudencial do eg. STJ, que entende ser incabível o manejo do incidente de exceção para tal fim.

Da mesma forma, vem aquela Corte Superior de Justiça inadmitindo a utilização da referida objeção, quando se discute legitimidade passiva de sócio-gerente, eis que tal alegação repousa no exame de provas (art. 135, do CTN).

Veja-se, nesse sentido, os julgados abaixo colacionados:

‘EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EM QUE SE ALEGA A FALTA DE CITAÇÃO NO PROCESSO EXECUTIVO FISCAL. ARGÜIÇÃO DE PRESCRIÇÃO.

1 – É da essência do processo de execução a busca da satisfação rápida e eficaz do credor.

Por esse motivo, o nosso sistema processual estabeleceu como condição específica dos embargos do devedor a segurança do juízo, capaz de tornar útil o processo após a rejeição dos embargos.

2 – Todavia, a doutrina e a jurisprudência, diante da existência de vícios no título executivo que possam ser declarados de ofício, vêm admitindo a utilização da exceção de pré-executividade, cuja principal função é a de desonerar o executado de proceder à segurança do juízo para discutir a inexecutabilidade de título ou a iliquidez do crédito exequendo.

3 – As exceções de pré-executividade podem ser suscitadas nos próprios autos da

execução e, por isso, sem necessidade de segurança do juízo. O que impende esclarecer é que não se pode promiscuir a categorização das exceções de pré-executividade, posto que isso reduziria o processo executivo destinado à rápida satisfação do credor num simulacro de execução transmutando-se em tutela cognitiva ordinária.

4 – A nulidade da CDA só pode ser declarada em face da inobservância dos requisitos formais previstos nos incisos do art. 202 do CTN.

5 – A suposta falta de citação do executado no processo executivo fiscal é tema sujeito à apreciação em sede de embargos à execução, de ampla cognição.

6 – Agravo Regimental desprovido.’

(AGRESP 533451/RS, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, DJU de 01/03/2004)

‘PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. SIMILITUDE FÁTICA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. NÃO CABIMENTO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. ARTIGO 135, INCISO III, DO CTN. PRECEDENTES.

1 – A existência de similitude fática entre os arestos recorridos e paradigmas permite o conhecimento do recurso especial fundado na alínea ‘c’ do permissivo constitucional.

2 – O STJ firmou entendimento de que não se admite a utilização da exceção de pré-executividade para argüir-se a prescrição, uma vez que não pode ser esta reconhecida de ofício, bem como não cabe a exceção de pré-executividade para discutir a ilegitimidade passiva do sócio.

3 – A imputação da responsabilidade prevista no art. 135, inciso III, do CTN demanda a produção de provas, sendo incabível, assim, a exceção de pré-executividade.

4 – Agravo regimental a que se nega provimento.’
(AGA 535966/SP, Segunda Turma, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU de 05/04/2004)

Assim sendo, incabível a exceção em tela, eis que não comprovada, de plano, a nulidade do título

executivo (Certidão da Dívida Ativa), que, a teor do que dispõe o art. 204 do CTN, goza da presunção de liquidez e certeza.

Ademais, inexistente perigo de dano irreparável, na espécie dos autos, eis que o bem passível de ir à leilão não é de propriedade da agravante, e sim, de outro sócio, como salientado pelo Juiz a quo.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO. É o voto.”

4ª TURMA - TRF-2ª RG

Agravo de Instrumento

Proc. nº 2003.02.01.003346-1

Pub. no DJ de 06/12/2004, pág. 123

Agravante: M. B. R. Ltda

Agravado: União Federal/Fazenda Nacional

Relator: Des. Fed. FERNANDO MARQUES

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. VALIDADE DA CITAÇÃO FEITA A APENAS UM DOS SÓCIOS. REGULARIDADE DO TÍTULO. EXCESSO DE EXECUÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. MATÉRIA PERTINENTE A EMBARGOS À EXECUÇÃO.

– A jurisprudência dos nossos tribunais, em especial, a do STJ, tem entendido que, embora a sistemática processual só estabeleça a via de embargos para oferecimento da defesa, tem se admitido a exceção de pré-executividade sem o oferecimento de embargos ou de penhora quando se tratar de matérias de ordem pública, passíveis de serem conhecidas de ofício pelo juiz, ou quando se tratar de outras matérias, desde que dispensem dilação probatória.

– De fato, é válida a citação/intimação da pessoa jurídica mesmo que realizada na pessoa de um dos sócios, de acordo com a inteligência do art. 12, VI do CPC. As cláusulas constantes do estatuto da sociedade não têm o condão de afastar a aplicação da lei processual civil.

– Em relação à nulidade do título, não ficou demonstrado qualquer vício que ensejasse sua rejeição. A afirmação de que não está especificada a origem do débito não prospera, na medida em que se encontra expressa a indicação de que se trata de Contribuição Social prevista na Lei 7.689/88 e de multa. É de se ponderar, ainda, que a Certidão de Dívida Ativa goza de presunção

de legitimidade, não elidida de forma inequívoca pelo agravante, inviabilizando a utilização da exceção de pré-executividade para este fim.

– Por fim, a alegação de excesso de execução em virtude de aplicação simultânea de Ufir e SELIC deve ser defendida em sede de embargos à execução, tendo em vista que necessita de provas.

– Agravo de instrumento negado.

POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO.

NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA - MATÉRIA PERTINENTE A EMBARGOS À EXECUÇÃO

A hipótese é de agravo de instrumento interposto de decisão proferida em sede de execução fiscal que julgou válida a citação/intimação da empresa-executada realizada na pessoa de um dos sócios com amparo no art. 12 do CPC. O reportado *decisum* rejeitou a alegação de nulidade do título, considerando que o mesmo possui os requisitos específicos exigidos pelos arts. 202 do CTN e 2, 5 e 6 da Lei 6.830/80 e, ainda, considerou que a alegação de excesso de execução não é passível de discussão em sede de exceção de pré-executividade, mas sim em sede de embargos à execução, determinando o prosseguimento da execução.

O agravante requer seja concedido o efeito suspensivo ao agravo a fim de suspender a ação de execução fiscal em curso, a nulidade de todos os atos processuais desde a penhora, e, ao final, a reforma da decisão recorrida para acolher *in totum* a exceção de pré-executividade.

Em suas contra-razões, a parte agravada requer seja negado seguimento ao recurso interposto, ou que seja negado provimento ao recurso, sob o fundamento de que a Lei de Execução Fiscal prevê expressamente como única via possível para insurreição do réu os Embargos à Execução, conforme art. 16, §§ 1º e 2º da LEF.

A Quarta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso consoante voto do Des. Fed. Fernando Marques, do qual transcrevemos trechos a seguir:

“(…)

Não merece reparos a decisão do juízo a quo.

A jurisprudência dos nossos tribunais, em especial, a do STJ, tem entendido que, embora a sistemática processual só estabeleça a via de embargos para oferecimento da defesa, tem se admitido a exceção de pré-executividade sem o oferecimento de embargos ou de penhora quando se tratar de matérias de ordem pública, passíveis de serem conhecidas de ofício pelo juiz, ou quando se tratar de outras matérias, desde que dispensem dilação probatória.

Sobre o tema, é de se destacar os seguintes julgados:

‘PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - CABIMENTO EM CASOS EXCEPCIONAIS - PRESCRIÇÃO - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES DESTA CORTE E DO EG. STJ.

I - A execução fiscal fundamenta-se em título executivo revestido dos requisitos que lhe conferem executividade, pois trata-se de Certidão de Dívida Ativa que, nos termos do art. 204 do CTN c/c o art. 3º da Lei nº 6.830/80, gera presunção de certeza e liquidez, e tem o efeito de prova pré-constituída.

II - Esta presunção, por sua vez, é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo da executada/devedora, que deverá ser produzida em embargos à execução, mas necessário se torna estar garantida a execução, com a efetivação da penhora de bens suficientes (Lei nº 6.830/80, art. 16 § 2º e art. 737, I, do CPC).

III - Excepcionalmente, admite-se a EXCEÇÃO de PRÉ-EXECUTIVIDADE, no âmbito da qual, sem o oferecimento da penhora, o executado pode obter um provimento, positivo ou negativo, sobre os pressupostos do processo ou sobre as condições da ação.

IV - Já é pacífico na jurisprudência o entendimento de que a EXCEÇÃO de PRÉ-EXECUTIVIDADE só é cabível quando as questões suscitadas não dependem de prova (cf. REsp 296932/MG, DJU de 15/10/01).

V - A jurisprudência pretoriana, contudo, não admite a oposição do referido incidente quando a suposta falta de higidez do título deita-se na alegação de que o crédito tributário estaria prescrito, eis que esta - a prescrição - não pode ser reconhecida de ofício.

VI - Precedentes citados: AGA 535966/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJU de 05/04/2004; RESP 585828/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJU de 08/03/2004 e RESP 464012/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJU de 19/05/2003.

*VII - Agravo a que se dá provimento.’
(TRF 2ª REGIÃO, AG 117845, QUARTA TURMA, DJU 02/09/2004, Relator Des. Federal BENEDITO GONCALVES)*

‘EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. APRESENTAÇÃO DE EMBARGOS DE DEVEDOR AGASALHANDO IMPUGNAÇÃO SOBRE A NULIDADE DO TÍTULO. PRECEDENTES DA CORTE.

1 – Já decidiu a Corte que a exceção de pré-executividade é cabível quando as questões suscitadas não dependem de prova. No caso, os embargos de devedor que foram apresentados já contêm a impugnação sobre a inépcia da inicial e a impropriedade da via executiva diante da não existência dos comprovantes de depósito, construindo mais um obstáculo para o sucesso da exceção.

2 – Havendo contraditório na exceção de pré-executividade, não há razão alguma para afastar o cabimento da verba honorária, configurada a sucumbência diante do julgamento de improcedência.

3 – Recurso especial não conhecido.’

(STJ, RESP 296932/MG, TERCEIRA TURMA, DJ 04/02/2002, Relator(a) Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO)

Assim como entendeu o juízo *a quo*, de fato, é válida a citação/intimação da pessoa jurídica mesmo que realizada na pessoa de apenas um dos seus sócios, de acordo com a inteligência do art. 12, VI do CPC:

‘Art. 12. Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

...

VI - as pessoas jurídicas, por quem os respectivos estatutos designarem, ou, não os designando, por seus diretores;’

Uma vez tendo restado demonstrado que o agravante é um dos três sócios da executada, tem legitimidade para receber a citação/intimação. Por outro lado, as cláusulas constantes do estatuto da sociedade não têm o condão de afastar a aplicação da lei processual civil.

Válida, ainda, a penhora, na medida em que recaiu sobre bens da sociedade executada, como afirma o próprio agravante.

Em relação à nulidade do título, não ficou demonstrado qualquer vício que ensejasse sua rejeição. A afirmação de que não está especificada a origem do débito não prospera, na medida em que se encontra expressa a indicação de que se trata de Contribuição Social prevista na Lei nº 7.689/88 e de multa.

É de se ponderar, ainda, que a Certidão de Dívida Ativa goza de presunção de legitimidade, não elidida de forma inequívoca pelo agravante, inviabilizando a utilização da exceção de pré-executividade para este fim.

Por fim, a alegação de excesso de execução em virtude de aplicação simultânea de Ufir e SELIC deve ser defendida em sede de embargos à execução, tendo em vista que necessita de provas.

Em face do exposto, voto no sentido de negar provimento ao agravo, para manter a decisão atacada.”

5ª TURMA - TRF-2ª RG

Agravo de Instrumento

Proc. nº 2002.02.01.026617-7

Publ. no DJ de 22/05/2003, pág. 206

Agravante: C. R. F. O.

Agravado: INSS

Relatora: Des. Fed. VERA LÚCIA LIMA

PROCESSUAL CIVIL – EXECUÇÃO FISCAL – RESPONSABILIDADE DE SÓCIO ADMINISTRADOR – ART. 135, III, CTN - DEFESA VIA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – LEGITIMIDADE AD CAUSAM - JURISPRUDÊNCIA DO STJ – POSSIBILIDADE – PROVA DOCUMENTAL – COMPATIBILIDADE COM A VIA ELEITA.

– O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou quanto à possibilidade de se argüir exceção de pré-executividade quando a matéria alegada versar sobre os pressupostos do processo e as condições da ação, pacificando em parte o entendimento jurisprudencial sobre a matéria.

– No caso em referência, se questiona a corresponsabilidade de sócio pelos débitos fiscais da empresa executada, o que configura discussão relacionada à legitimidade passiva *ad causam* da execução fiscal, matéria cognoscível de ofício pelo juiz, que integra a “zona de certeza positiva” do cabimento da exceção de pré-executividade.

– Por outro lado, doutrina e jurisprudência têm sido inequívocas em rejeitar o cabimento de exceção de pré-executividade que demande “dilação probatória”, excluída notadamente a prova testemunhal. Não se afigura ser esse, no entanto, o caso da prova documental, cuja produção e análise requerem cognição com profundidade compatível com a ação executiva.

– Assim, *a priori*, a prova documental não se mostra incompatível com o instituto da exceção de pré-executividade, e, por isso, não se vislumbra motivo para afastar, de plano, o conhecimento da exceção.

– Precedentes jurisprudenciais colacionados.

– Agravo provido.

POR UNANIMIDADE, DADO PROVIMENTO AO RECURSO

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE LEGITIMIDADE AD CAUSAM PROVA DOCUMENTAL

Cuida-se, na espécie, de agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu pedido formulado em sede de exceção de pré-executividade. Foi deferido o pedido de efeito suspensivo. Em sua manifestação, o órgão do *parquet* federal deixou de oferecer parecer de mérito.

A Quinta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso em conformidade com o voto relatado pela Des. Fed. Vera Lúcia Lima.

Na seqüência, trechos do voto:

(...)

“A seara da exceção de pré-executividade é de grande polêmica doutrinária, como não poderia deixar de ser em se tratando de um instituto consagrado jurisprudencialmente, mas que não encontra disciplina expressa na lei processual civil. DANILO KNIJNIK, em notável obra monográfica sobre o tema (‘A Exceção de Pré-Executividade’, 1ª edição, Rio de Janeiro, 2001), demarca a existência de quatro principais correntes doutrinárias sobre o tema: a) negativista; b) científico-restritiva; c) ideológico-interpretativa e d) científico-ampliativa.

A corrente negativista, que hoje conta com pouquíssimos adeptos, nega a admissibilidade do instituto, face à ausência de previsão legal para sua existência. Já a científico-restritiva reputa admissível a exceção, em se tratando da ausência de condições da ação e pressupostos processuais da executória, inequivocamente comprovados por argumentos idôneos e fundados, e desde que não demande atividade probatória aprofundada. A ampliar os horizontes de admissibilidade dessa via de objeção a níveis intoleráveis, está a corrente ideológico-interpretativa, que chega a cogitar de uma hipotética inconstitucionalidade da condição imposta ao direito de ação pela via dos embargos, qual seja, a penhora. Por último, atenuando o rigor desta última doutrina está a científico-ampliativa, que admite a exceção para todas as matérias cuja análise não extrapole o nível cognitivo compatível com a execução, com peculiar atenção aos limites probatórios a esta inerentes, reconhecendo, assim, que há matérias reservadas aos embargos.

Prosseguindo em sua lição, KNIJNIK identifica, dentre as correntes que admitem o instituto, o que chama de núcleo duro da exceção de pré-executividade, constituído pelos pressupostos processuais e as condições da ação executiva, como extensão, e a cognição rarefeita, como profundidade.

O ilustre doutrinador classifica esse núcleo como uma zona de certeza positiva, presente nas várias correntes que admitem o instituto, hoje em esmagadora maioria.

No que tange às execuções fiscais, embora a doutrina venha sendo mais cautelosa quanto à exceção de pré-executividade, em face do disposto no já transcrito art. 16 da LEF, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou quanto à sua admissibilidade em relação aos pressupostos do processo e às condições da ação, pacificando em parte o entendimento jurisprudencial sobre a matéria.

*No caso em referência, se questiona a coresponsabilidade de sócio pelos débitos fiscais da empresa executada, que configura, obviamente, discussão relacionada à legitimidade passiva **ad causam** da execução fiscal, matéria cognoscível de ofício pelo juiz, que integra a ‘zona de certeza positiva’ do cabimento da exceção de pré-executividade. Assim, quanto à matéria abordada, nessa análise perfunctória, me parece mister o conhecimento da exceção pelo juiz.*

Por outro lado, a doutrina e jurisprudência têm sido inequívocas em rejeitar o cabimento de exceção de pré-executividade que demande ‘dilação probatória’, excluída notadamente a prova testemunhal. Não me figura ser esse, no entanto, o caso da prova documental, cuja produção e análise requerem cognição com profundidade compatível com a ação executiva, conforme lição quase inconteste pelos juristas. Ressalte-se, nesse sentido, a doutrina de ARAKEN DE ASSIS (‘Manual do Processo de Execução’, 7ª edição, São Paulo, 2001):

*‘(...) nem sempre a infração a pressuposto processual transparece na petição inicial, despertando a atenção do órgão judiciário; ao invés, ela se encontra, amiúde, insinuada e bosquejada em sítio remoto do título, principalmente o extrajudicial, e negada no texto da peça vestibular. Algumas vezes, também, o juiz carece de dados concretos para avaliar a ausência do requisito em razão da escassez do conjunto probatório indicado pelo credor. (...) Em tal contingência, parece natural que, a despeito da possibilidade de atuação **ex officio** do órgão judiciário, ao executado caberá produzir a prova documental. Lícito se afigura ao juiz, igualmente, determinar semelhante prova.’*

Assim, a priori, não é a prova documental incompatível com o instituto da exceção de pré-executividade, e por isso nessa análise incipiente não vislumbro, quanto à questão probatória, motivo para afastar, de plano, o conhecimento da exceção.

5ª TURMA - TRF-2ª RG

Agravo de Instrumento

Proc. nº 2003.02.01.008156-0

Pub. no DJ de 02/03/2004, pág. 89

Agravante: M. I. M. L.

Agravado: Fazenda Nacional

Relator: Des. Fed. ALBERTO NOGUEIRA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. EXCLUSÃO DE SÓCIO DO PÓLO PASSIVO. PRESCRIÇÃO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INADEQUAÇÃO. MATÉRIA QUE DEVE SER APRECIADA EM SEDE DE EMBARGOS À EXECUÇÃO.

A exceção de pré-executividade, construção preponderantemente jurisprudencial, aplica-se a situações extremas que justificam a impugnação fora dos embargos e destes precedentes.

A jurisprudência, no âmbito da prova de execução (e, portanto, excluindo a discussão do tema no estrito espaço da pré-executividade), não é pacífica, variando, ademais, segundo as circunstâncias de cada caso.

No caso destes Embargos, a discussão envolve matéria complexa que, por isso mesmo, revela a impropriedade do singelo procedimento de pré-executividade, devendo ser apreciada, mais adequadamente, no espaço próprio e tradicional dos Embargos à Execução.

Agravo não provido. Decisão unânime.

POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO

**EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE –
PRESCRIÇÃO**

Cuida-se o presente caso de agravo de instrumento com pedido de concessão de efeito ativo, interposto visando à reforma de decisão que indeferiu o pedido de exclusão do pólo passivo da ex-sócia, ora agravante, da execução fiscal.

A agravante requer a extinção do crédito tributário, por reconhecimento da prescrição argüida (artigo 618, inciso I do CPC), sustentando a favor desta tese que dever-se-ia aplicar *in casu* o artigo 174, inciso I do CTN, que determina que a prescrição só será interrompida com a citação pessoal feita ao devedor, haja vista a reserva legal imposta pela Constituição da República à Lei Complementar de prescrição em matéria tributária.

Em suas contra-razões, a Fazenda Nacional pugna

pela não ocorrência de prescrição, posto que teria sido observado o prazo previsto no artigo 174, *caput*, do CTN.

Opina o Ministério Público Federal pelo parcial provimento do recurso.

A Quinta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso consoante o voto do Des. Fed. Alberto Nogueira.

A seguir, transcrevemos o decisório:

“A exceção de pré-executividade, construção preponderantemente jurisprudencial, aplica-se a situações extremas que justificam a impugnação fora dos embargos e destes precedentes.

Em suma, objetiva a instauração dos embargos à execução que, sendo ação independente, são por natureza onerosos e de cognição complexa.

No caso destes Embargos, a discussão envolve matéria complexa que, por isso mesmo, revela a impropriedade do singelo procedimento de pré-executividade.

A jurisprudência, no âmbito da prova de execução (e, portanto, excluindo a discussão do tema no estrito espaço da pré-executividade), não é pacífica, variando, ademais, segundo as circunstâncias de cada caso.

Nesse sentido, vide o julgado abaixo transcrito:

‘PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. (LEI Nº 6.830/80. ART. 16, § 3º). EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARGÜIÇÃO DE PRESCRIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

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.

2 – A prescrição do crédito tributário, como tema de defesa, deve ser argüida no momento oportuno, consoante determina o art. 16, § 3º, da Lei nº 6.830/80, maxime porque matéria não conhecível de ofício, mercê de alegável em qualquer tempo, sem preclusão.

3 – Precedentes do STJ.

4 – Recurso especial improvido.’

(Superior Tribunal de Justiça, RESP 464012, Processo: 200201117787, UF: SP, Órgão Julgador: Primeira Turma, Relator: Luiz Fux, Data da decisão: 06/05/2003, Documento: STJ000485288, DJ DATA:19/05/2003, Página: 138, RDDT, Vol.:00094 Página: 222)

Como visto, a matéria extrapola os limites do procedimento de pré-executividade, devendo ser, em sede mais adequada, apreciada no espaço próprio e tradicional dos Embargos à Execução.

Assim sendo, nego provimento ao agravo.

É como voto.”

6ª TURMA - TRF-2ª RG

Agravo de Instrumento
Proc. nº 2003.02.01.009596-0
Publ. no DJ de 19/05/2004, pág. 170
Agravante: S. A. D. e outros
Agravado: INSS
Relator: Des. Fed. Poul Erik Dyrlund

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

1 – No instrumento processual em análise – exceção de pré-executividade – somente podem ser argüidas matérias de ordem pública, e os casos em que o reconhecimento da nulidade do título puder ser verificado, de plano, sem necessidade de contraditório e dilação probatória (STJ, AgRgEdd REsp 363419, DJ de 2.12.2002; STJ AgRgAG 339672, DJ 23.09.2002; STJ, REsp 339291, DJ de 26.08.2002), o que não se amolda à espécie; eis que consoante os documentos de fls. 13/19, restou comprovado que o crédito exequendo foi apurado durante o período em que os Agravantes eram sócios da empresa e com poderes de gerência.

2 – Ademais, a matéria não merece maiores questionamentos. Os Tribunais já firmaram entendimento no sentido de que as pessoas referidas no inciso III, do artigo 135, do CTN são sujeitos passivos da obrigação tributária na qualidade de responsáveis por substituição.

3 – Por derradeiro, os executados figuram no título executivo extrajudicial (fls. 15) que é dotado de presunção de legitimidade, e veracidade, situação a ser, eventualmente, desfeita em sede de embargos do devedor, e não em cognição sumária como almejado.

4 – Recurso conhecido, porém, desprovido.

POR UNANIMIDADE, CONHECIDO O RECURSO, MAS NEGADO PROVIMENTO.

**EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE -
DILAÇÃO PROBATÓRIA -
IMPOSSIBILIDADE**

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face da decisão proferida pelo Juiz da 4ª Vara de Execução Fiscal do Rio de Janeiro, nos autos de Execução Fiscal ajuizada pelo INSTITUTO NACIONAL DO

SEGURO SOCIAL – INSS, que indeferiu os pedidos de exclusão dos ora agravantes do pólo passivo do referido executivo fiscal.

Irresignados, os agravantes recorreram sob justificativa de que não podem integrar o pólo passivo da presente execução, posto que *“a mesma tem por objeto o simples não recolhimento de contribuição previdenciária sobre parcela cuja natureza salarial é discutível, sem a comprovação de qualquer ato que denote culpa, má-fé ou administração ruínosa.”*

Por sua vez, o agravado alegou, em síntese, que o devedor não apresentou prova inequívoca capaz de desconstituir o título, eis que *“a transferência do ônus da prova para quem invoca a invalidade decorre da presunção de legitimidade do ato administrativo”*. Ressaltando, ainda, que *“à época do fato gerador da dívida, qual seja, 02/95 a 12/95, os agravantes se apresentavam como Diretores Executivos em pleno exercício, e, portanto, respondem pela dívida exequenda.”*

A Sexta Turma, por unanimidade, conheceu do recurso, mas negou-lhe provimento consoante o voto do Desembargador Federal Paul Erik Dyrlund.

Transcrevemos na seqüência trechos do voto:

(...)

“A Exceção de Pré-executividade, como bem conceitua Lenice Silveira Moreira, na obra A Exceção de Pré-Executividade e o Processo de Execução Fiscal: ‘trata-se de impugnação da execução no juízo de admissibilidade da ação executiva, por terceiro interessado ou por qualquer das partes, na qual se argüi matérias processuais de ordem pública bem como matérias pertinentes ao mérito desde que cabalmente passíveis de comprovação mediante prova preconstituída, em qualquer grau de jurisdição, por simples petição e procedimento próprio, que suspende o processo até seu julgamento definitivo, visando a desconstituição da ação executiva e a sustação dos atos materiais de constrição do patrimônio do executado.’ (PAULSEN, Leandro & AVILA, René. Direito Processual Tributário. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003).

Assim, no instrumento processual em análise – exceção de pré-executividade – somente podem ser argüidas matérias de ordem pública, e os casos em que o reconhecimento da nulidade do título puder ser verificado, de plano, sem necessidade de contraditório e dilação probatória (STJ, AgRgEdd REsp 363419, DJ de 2.12.2002; STJ AgRgAG 339672, DJ 23.09.2002; STJ, REsp 339291, DJ de 26.08.2002), o que não se amolda à espécie; eis que consoante os documentos de fls. 13/19, restou

comprovado que o crédito exequendo foi apurado durante o período em que os Agravantes eram sócios da empresa e com poderes de gerência.

Ademais, a matéria não merece maiores questionamentos. Os Tribunais do país já firmaram entendimento no sentido de que as pessoas referidas no inciso III, do artigo 135, do CTN são sujeitos passivos da obrigação tributária na qualidade de responsáveis por substituição.

(...)

Por derradeiro, os executados figuram no título executivo extrajudicial (fls. 15) que é dotado de presunção de legitimidade, e veracidade, situação a ser, eventualmente, desfeita em sede de embargos do devedor, e não em cognição sumária como almejado.

Isto posto, conheço do Agravo de Instrumento, porém, para negar-lhe provimento.

É como voto.”

6ª TURMA - TRF-2ª RG

Agravo Interno no Agravo de Instrumento

Proc. nº 2001.02.01.020291-2

Pub. no DJ de 05/02/2004, pág. 154

Agravante: M. A. P. e outros

Agravado: INSS

Relator: Des. Fed. SÉRGIO SCHWAITZER

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO LIMINAR DA EXISTÊNCIA DE VICÍOS QUANTO AOS PRESSUPOSTOS DE EXECUTIVIDADE DO TÍTULO E DO DIREITO QUE ESTE REPRESENTA - DIRETOR, GERENTE E ADMINISTRADOR - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA POR SUBSTITUIÇÃO (ART. 135, III, DO CTN) - POSSIBILIDADE DE REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO.

– A exceção de pré-executividade (ou oposição pré-processual de execução) ostenta excepcionalidade e estreiteza procedimentais que demandam dedução de prova evidente, liminar, robusta e inequívoca dos vícios alegados quanto aos pressupostos da própria executividade do direito resultante do título posto em excussão.

– Tendo o co-executado efetivamente exercido funções de gerência, direção ou administração da empresa ou entidade devedora fiscal, não há como

se negar que plausível é eventual responsabilidade tributária por substituição, nos termos do art. 135, III, do Código Tributário Nacional.

– Cumprida a pessoa indicada como responsável tributário por substituição desincumbir-se do ônus de provar que não praticou atos *ultra vires* ou *contra legem*, vale dizer do ônus de demonstrar e comprovar que o dever tributário, ao qual é indicado a responder, não é resultante de atos irregularmente praticados, com excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatuto. Precedente do E. STJ (REsp nº 278.741-SC).

– Na ausência de bens da pessoa jurídica devedora fiscal, pode a Fazenda Pública redirecionar a execução contra os responsáveis tributários, cujos nomes constam da Certidão da Dívida Ativa, cabendo a estes a demonstração de dirimentes e excludentes previstas no CTN, não sendo cabível, de outro turno, a exigência dirigida ao exequente fiscal para a comprovação de responsabilidade tributária como condição de procedibilidade do pedido de citação.

– Agravo interno desprovido.

POR UNANIMIDADE, NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.

CO-RESPONSÁVEIS TRIBUTÁRIOS – FUNÇÕES DE ADMINISTRAÇÃO NA EMPRESA - ÔNUS DE PROVA

A hipótese é de agravo interno interposto contra decisão monocrática do relator, que, fulcro no art. 557, do CPC, negou seguimento ao agravo de instrumento interposto pelos recorrentes contra decisão do MM. Juízo da 3ª Vara Federal Especializada em Execução Fiscal do Rio de Janeiro - RJ, que, a seu turno, acolheu apenas parcialmente exceção de pré-executividade por eles oposta, excluindo do pólo passivo da exceção o nome de J.A.L. II e, de outro lado, mantendo os nomes dos demais excipientes, ora agravantes.

A decisão agravada rejeitou a exceção oposta pelos ora agravantes ao argumento de que não lograram eles demonstrar que suas funções de administração da empresa devedora fiscal (LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S/A) desautorizam sua qualificação como co-responsáveis tributários. Tanto na exceção de pré-executividade que opuseram, quanto no agravo de instrumento interposto, os excipientes-agravantes reiteradamente aduziram que não há como ser lhes imputada responsabilidade tributária por substituição (art. 135, III, do CTN), posto que não comprovada previamente pela exequente a prática de atos com excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social

ou estatuto. Alegam, em acréscimo, que a execução fiscal em curso encontra-se regularmente garantida por bem oferecido à penhora pela própria empresa devedora fiscal.

Requereram, assim, liminarmente, a atribuição de eficácia suspensiva ativa (ou concessão de tutela antecipatória recursal) ao agravo de instrumento, e, ao fim, a reforma integral da decisão atacada pelo recurso.

O relator, em sede de decisão monocrática, objeto do presente agravo interno, negou seguimento ao agravo de instrumento ao fundamento primacial de que não se desincumbiram os agravantes do ônus de prova liminar da sua ilegitimidade para a execução fiscal em referência.

No agravo interno, os excipientes-agravantes, em síntese, reiteram os argumentos que expenderam no agravo de instrumento, sustentando, ainda, que o entendimento esposado pelo relator não encontra respaldo na jurisprudência dominante do E. STJ.

A Sexta Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso nos termos do voto do Des. Fed. Sérgio Schwaitzer.

Em seu voto, o relator teceu as seguintes considerações:

“Como cediço, a ‘exceção de pré-executividade’ (ou ‘objeção de pré-executividade’ ou ‘oposição pré-processual de execução’) constitui instrumento jurídico, consagrado pela Doutrina e pela Jurisprudência, apto ao questionamento da eficácia executiva de título judicial ou extrajudicial por meio de ataque aos pressupostos da própria executividade do direito daquele (título) resultante.

Com efeito, face à excepcionalidade e estreiteza procedimentais ostentadas pela exceção de pré-executividade, seu manejo demanda dedução de prova evidente, liminar, robusta e inequívoca acerca dos vícios que são alegados, sendo certo que o senso comum jurídico tem por consolidada a noção de que apenas são pertinentes a esta via as alegações que recaiam sobre inexistência ou nulidade (a) dos pressupostos processuais, (b) das condições da ação ou, ainda, (c) do próprio título executivo.

*Nessa medida, frise-se que cumpre ao responsável tributário por substituição desincumbir-se do ônus de provar que não praticou atos **ultra vires** ou **contra legem**, vale dizer de demonstrar que o dever tributário, pelo qual responderá, não é resultante de atos irregularmente praticados, com excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatuto.*

Merece alusão, a propósito, recente aresto, não

unânime, proferido em 26.03.2002 pela D. Segunda Turma do E. STJ no julgamento do REsp nº 278.741-SC, no qual funcionou como Relator o Exmo. Ministro FRANCIULLI NETTO e onde, muito acertadamente, consignou-se que, na ausência de bens da pessoa jurídica devedora fiscal, pode a Fazenda Pública redirecionar a execução contra os responsáveis tributários, cujos nomes constam da Certidão da Dívida Ativa, cabendo a estes a demonstração de dirimentes e excludentes previstas no Código Tributário Nacional, não sendo cabível, de outro turno, a exigência dirigida ao exequente fiscal para a comprovação de responsabilidade tributária como condição de procedibilidade do pedido de citação (STJ, 2º T., REsp nº 278.741-SC, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, j. em 26.03.2002, maioria, DJU de 16.09.2002, p. 163).

*In casu, à impossibilidade de aferição **prima facie** da manifesta ilegitimidade passiva dos ora agravantes, não há como se acolher a exceção de pré-executividade, como oposta, sendo bem certo, ainda, que aqueles (os agravantes) objetivamente detinham, sim, em variados graus, poderes de direção da empresa devedora fiscal à época dos fatos geradores dos tributos em excussão, como se verifica do cotejo dos documentos de fls. 43/45 e fls. 57/67.*

Ad argumentandum tantum, no que se refere a eventual penhora dos bens dos co-responsáveis pelo débito, dita questão revela-se meramente hipotética e/ou potencial, vez que indicado à penhora pela empresa LIGHT SERVIÇOS DE ELETRICIDADE S/A bem que se evidencia idôneo e bastante à garantia da execução em curso, não sendo de se olvidar, ainda, a própria solvabilidade da empresa devedora fiscal.

Correta a decisão proferida pelo MM. Juízo a quo, merece, assim, integral manutenção.

Assevere-se, por derradeiro, que a inclusão/permanência dos ora agravantes no pólo passivo da execução fiscal em curso não implica o afastamento de eventual responsabilidade tributária de outros gerentes, diretores ou administradores da empresa devedora fiscal.

Face ao exposto, nego provimento ao recurso, como de direito, nos termos da fundamentação supra.

É como voto.”

Na seqüência, remetemos aos seguintes julgados relativos ao tema, originários de diversos órgãos julgadores:

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso Especial nº 576713

Órgão Julgador: Primeira Turma

Relator: Min. LUIZ FUX

Publ. no DJU de 03/05/2004, pág. 117.

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. (LEI Nº 6.830/80. ART. 16, § 3º). EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARGÜIÇÃO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA DE EMBARGOS À EXECUÇÃO ANTE A NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA.

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 – No que concerne à servilidade da exceção de pré-executividade, tem a doutrina entendido que sua utilização opera-se quanto às matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo juiz que versem sobre questão de viabilidade da execução - liquidez e exigibilidade do título, condições da ação e pressupostos processuais - dispensando-se, nestes casos, de garantia prévia do juízo para que essas alegações sejam suscitadas.

3 – A despeito de se reconhecer a utilidade da exceção de pré-executividade, inclusive, no que concerne ao interesse público quanto à economia processual, referida exceção deverá ser aplicada *cum granu sallis*; vale dizer: desde que a questão não requeira a dilação probatória, o que não se verifica na hipótese dos autos em que a executada alega imunidade tributária, fazendo-se mister a aferição de todos os requisitos conducentes ao benefício fiscal alegado.

4 – Deveras, a despeito de a agravante sustentar que está ao abrigo da imunidade prevista no art. 195, § 7º da CF, a documentação acostada apresenta dúvidas no que diz respeito ao período da dívida questionada e o certificado de filantropia, encerrando matéria cognoscível, via oposição de embargos, ante à disposição do art. 16, § 3º, da Lei nº 6.830/80.

5 – Recurso especial desprovido.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESP nº 609285

Órgão Julgador: Primeira Turma

Relator: Min. JOSÉ DELGADO

Publ. no DJ de 20/09/2004, pág. 202

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ART. 535, II, DO CPC. VIOLAÇÃO. INEXISTÊNCIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE.

1 – O julgador não está obrigado a enfrentar todas as teses jurídicas deduzidas pelas partes, sendo suficiente que preste fundamentadamente a tutela jurisdicional. *In casu*, não obstante em sentido contrário ao pretendido pelo recorrente, constata-se que a lide foi regularmente apreciada pelo Tribunal local, o que afasta a alegada violação da norma inserta no art. 535, II, do CPC.

2 – Consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial, a exceção de pré-executividade é técnica processual de natureza excepcional, que permite ao executado a defesa de seus interesses independente da segurança do juízo. Por ser exceção e não a regra, é que só tem sido admitida quando invocada para a defesa de: 1) matérias de ordem pública, que permitem reconhecimento *ex officio* pelo juiz, tais como as condições da ação e os pressupostos processuais; 2) matérias que, de modo evidente, sem qualquer dúvida, demonstram “de plano” que o executado não tem nenhuma responsabilidade pelo débito cobrado por razões da sua inexistência, pagamento ou por outras questões equivalentes.

3 – No caso em tela, as matérias levantadas pela empresa configuram-se questões de mérito típicas de embargos à execução, pois demandam discussão, não estando, por isso mesmo, previstas dentre aquelas que viabilizam a abertura da via excepcional.

4 – Recurso especial provido.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Agravo Regimental no Recurso Especial

Proc. nº 626657

Órgão Julgador: Primeira Turma

Relator: Min. FRANCISCO FALCÃO

Publ. no DJ de 27/09/2004, pág. 263

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO

DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ARGÜIÇÃO DE PRESCRIÇÃO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SÚMULA Nº 07/STJ.

I – A exceção de pré-executividade é admitida em sede de execução fiscal, com cautela, pois o artigo 16, § 3º, da Lei nº 6.830/80 determina expressamente que a matéria de defesa deve ser argüida em embargos.

II – A jurisprudência desta Corte restringe a exceção de pré-executividade às matérias de ordem pública e aos casos em que o reconhecimento da nulidade do título puder ser verificada de plano.

III – A prescrição é matéria que pode ser argüida em sede de exceção de pré-executividade, desde que sua aferição possa ocorrer de imediato, independentemente de dilação probatória.

IV – No caso em exame, o Tribunal *a quo* verificou que o vício apontado na exceção de pré-executividade revela-se de fácil percepção, podendo elidir a força executiva do título que fundamenta a pretensão da exeqüente. Conclusão diversa da adotada, exigiria o reexame de substrato fático contido nos autos, o que é inviável pela via eleita do recurso especial, a teor do disposto na Súmula nº 07 desta Corte.

V – Precedentes: REsp nº 537.617/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08/03/2004; REsp nº 179.750/SP, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJ de 23/09/2002; e REsp nº 388.000/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 18/03/2002.

VI – Agravo regimental improvido.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO

Agravo de Instrumento

Proc. nº 2002.01.00.032036-4/GO

Órgão Julgador: Oitava Turma

Relator: Des. Fed. LEOMAR BARROS AMORIM DE SOUSA

Publ. no: DJU de 30/06/2004, pág. 89

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EXCESSO DE EXECUÇÃO: MATÉRIA ATACÁVEL POR EMBARGOS À EXECUÇÃO.

1 – A exceção de pré-executividade é incidente processual, fruto de construção doutrinária e

jurisprudencial, que se destina a impugnar títulos executivos despidos das condições de execução previstas em lei.

2 – Só é cabível a exceção para nulidades verificáveis de ofício pelo juízo e sobre as quais não há necessidade de dilação probatória. Precedentes do STJ.

3 – Caso em que a redução do valor em cobrança, objeto da exceção oposta, por não envolver matéria de ordem pública e exigir instrução probatória, há de resolver-se na via própria dos embargos à execução (art. 741, CPC).

4 – Agravo de instrumento provido.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Agravo de Instrumento

Proc. nº 2001.03.00.024429-8/SP

Órgão Julgador: Segunda Turma

Relator: Juiz NELTON DOS SANTOS

Publ. no DJU de 28/05/2004, pág. 406

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ALEGAÇÕES DE VÍCIOS NA FORMAÇÃO DO TÍTULO. QUESTÕES QUE DEMANDAM DILAÇÃO PROBATÓRIA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DAS COBRANÇAS. QUESTÕES QUE DEMANDARIAM AMPLO DEBATE. INCOMPATIBILIDADE COM O CONTRADITÓRIO RESTRITO DO PROCESSO DE EXECUÇÃO. ALEGAÇÃO DE COMPENSAÇÃO. MATÉRIA QUE CARECERIA DE PROVA E QUE NÃO PODE SER APRECIADA DE OFÍCIO PELO JULGADOR. AGRAVO IMPROVIDO.

1 – A chamada exceção de pré-executividade, simples petição apresentada no próprio processo de execução, é admitida pela doutrina e pela jurisprudência como meio excepcional de defesa do executado.

2 – No âmbito da exceção de pré-executividade comportam apenas matérias que dispensam contraditório amplo e dilação probatória.

3 – Em exceção de pré-executividade, não cabem as alegações de que a inscrição em Dívida Ativa foi feita sem a lavratura de auto de infração, sem a realização de lançamento de ofício e sem a instauração

do procedimento administrativo próprio; tais alegações dependeriam de dilação probatória, incompatível com o rito e com a natureza do processo de execução.

4 – Salvo quando manifesta ou quando já proclamada pelo Supremo Tribunal Federal, a inconstitucionalidade da lei não deve ser suscitada por meio de exceção de pré-executividade, uma vez que o contraditório restrito do processo de execução não se amolda à necessidade de amplo e profundo debate.

5 – Não cabe, em exceção de pré-executividade, alegação de compensação do débito com créditos que o executado afirma possuir junto ao exequente.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

Apelação Cível

Proc. nº 2002.71.00.002320-7/RS

Órgão Julgador: Segunda Turma

Relator: Juiz DIRCEU DE ALMEIDA SOARES

Publ. no DJU de 03/03/2004, pág. 370

EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DOS MERCADOS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS. PRESCRIÇÃO. ART. 174 DO CTN. ART. 2º, § 3º, DA LEI Nº 6.830/80. AJUIZAMENTO NO PRAZO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1 – A exceção de pré-executividade, conforme vem entendendo a doutrina e a jurisprudência pátria, somente pode versar sobre questões verificáveis *ex officio* pelo Juiz da execução, como é o caso de ausência de condições da ação ou de pressupostos processuais para o desenvolvimento regular do processo executivo, bem como sobre questões relativas a nulidades formais da CDA, prescrição, decadência e quitação do débito.

2 – Nos tributos sujeitos ao denominado “lançamento por homologação”, a doutrina distingue duas hipóteses possíveis para a contagem do prazo decadencial: em havendo o pagamento, ainda que insuficiente, considera-se como dia inicial da decadência o da ocorrência do fato gerador, nos termos do art. 150, § 4º, do CTN. Contudo, em inexistindo pagamento, não há o que homologar, contando-se o prazo para a decadência na forma da regra geral do art. 173, I, do CTN, isto

é, a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

3 – A regra do art. 2º, § 3º, da Lei nº 6.830/80, que determina a suspensão do prazo prescricional pela inscrição do débito em dívida ativa resta afastada pelo art. 174 do Código Tributário Nacional, norma de hierarquia superior.

4 – Ajuizada a execução dentro do quinquênio legal, interrompida está a prescrição, não cabendo seu reconhecimento quando a demora na citação não ocorre por culpa da Exequente.

5 – Em analogia ao disposto na Súmula 168 do TFR, deixa-se de condenar a Executada ao pagamento de honorários advocatícios, pois já está sendo cobrado o encargo de 20% de que trata o art. 5º, § 1º, alínea “c”, da Lei Nº 7.940/89.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 5ª REGIÃO

Apelação Cível

Proc. nº 2000.83.00.012726-7/PE

Órgão Julgador: Primeira Turma

Relator: Des. Federal FRANCISCO WILDO

Publ. no DJ de 17/02/2004, pág. 458

PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO, EM TESE. IMPROCEDÊNCIA – Admite-se, em tese, a oposição da exceção de pré-executividade, independentemente da oposição de embargos e da prévia segurança do juízo, quando se alega que a execução foi desfechada sem atender aos pressupostos específicos para a cobrança de crédito, ou seja, existência de título líquido, certo e exigível e inadimplemento.

– Apurando-se, nos autos, que a alegada inexigibilidade do título, em face da suspensão que havia sido determinada em liminar de mandado de segurança, havia deixado de existir com o cumprimento do comando da sentença ali proferida, reforma-se a sentença para, no mérito, julgar-se improcedente a exceção de pré-executividade, determinando-se o prosseguimento da execução.

– Inversão dos ônus da sucumbência.

– Apelação e remessa oficial providas.