

EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE NA EXECUÇÃO FISCAL: UMA ANÁLISE DA COGNIÇÃO

Adilson Fonseca César Júnior

Pós-graduado *Lato Sensu* em Direito Processual pela
Faculdade de Direito da Universidade Federal de Juiz
de Fora - UFJF. Procurador da Fazenda Nacional.

Resumo: Este artigo tem por objetivo realizar um breve estudo sobre o grau de cognição exercido pelo juiz na decisão que admite a exceção de pré-executividade oposta na execução fiscal e aprecia a matéria nela arguida, rejeitando tal incidente processual. O texto é desenvolvido a partir da análise das normas de regência, dos entendimentos doutrinários e dos precedentes judiciais. Ao final da pesquisa proposta, avalia-se se é permitido ao devedor renovar a discussão, quer em embargos à execução fiscal, quer em demanda autônoma, de matéria já enfrentada e afastada em exceção de pré-executividade.

Resumen: Este artículo tiene el objetivo de realizar un breve estudio sobre el grado de cognición ejercido por el juez en la decisión que admite la excepción de la ejecución opuesta en la ejecución fiscal y aprecia la materia en ella demandada, rechazando tal incidente procesal. El texto es desarrollado mediante el análisis de las normas de regencia, de las posiciones doctrinales y de los precedentes judiciales. Al final de la investigación propuesta, se evalúa si se permite al deudor renovar la discusión, tanto en los embargos a la ejecución fiscal, como en una demanda autónoma, de materia ya enfrentada y rechazada en la excepción de la ejecución.

Palavras-chave: Exceção de pré-executividade; Execução fiscal; Admissibilidade; Cognição; Coisa julgada.

Palabras clave: Excepción de la ejecución; Ejecución fiscal; Admisibilidad; Cognición; Cosa juzgada.

Sumário: Introdução. 1. O cabimento da exceção de pré-executividade em matéria fiscal. 2. As matérias conhecíveis de ofício já decididas. 3. A cognição na tutela executiva. 4. A decisão que admite a exceção de pré-executividade em execução fiscal e enfrenta a matéria nela deduzida. 5. O respectivo abuso do direito de defesa do devedor na execução fiscal. 6. Considerações finais. Bibliografia.

Introdução.

A cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública é regida pela Lei nº 6.830/80 e, em caráter subsidiário, pelas disposições do Código de Processo Civil.¹

O rito especial da execução fiscal foi concebido como meio célere e eficiente para satisfazer o crédito público, sendo a defesa do executado concentrada em embargos, uma vez seguro o juízo por meio de depósito em dinheiro, fiança bancária ou penhora. O próprio legislador, contudo, houve por bem excepcionar essa regra através do disposto no art. 38, *caput*, da LEF², autorizando, assim, a propositura de ações autônomas (defesa heterotópica³ ou indireta⁴).

A par dessas formas de defesa traçadas na Lei nº 6.830/80, e sob o influxo dos princípios da economia processual e da ampla defesa, a doutrina e a jurisprudência pátrias admitem, excepcionalmente, a possibilidade de o executado apresentar, nos próprios autos do executivo fiscal, a denominada exceção de pré-executividade, desde que atendidos os pertinentes requisitos de cabimento.

Sobre a previsão jurídica desse incidente processual, leciona Mantovanni Colares Cavalcante:

É dispensável, entretanto, a expressa previsão legal de um instrumento processual para sua utilização, bastando para tanto a existência de princípios processuais que autorizem o manejo de determinada ferramenta, uma vez que, como

¹ “Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.”

² “Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.”

³ MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*. São Paulo: RT, 2002, p. 103.

⁴ MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 12.

esclarece Rui Portanova, “os princípios não são meros acessórios interpretativos. São enunciados que consagram conquistas éticas da civilização e, por isso, estejam ou não previstos em lei, aplicam-se cogentemente a todos os casos concretos”. No caso da exceção de pré-executividade, há pelo menos dois princípios que abraçam essa forma de defesa na execução, quais sejam o *princípio da economia processual*, no sentido de que “o processo procura obter o maior resultado com o mínimo de esforço”; e o *princípio da ampla defesa*, onde se firma o enunciado de que “o cidadão tem plena liberdade de, em defesa de seus interesses, alegar fatos e propor provas”.⁵ (destaques no original).

De outra parte, na medida em que se permite ao executado deduzir essa espécie de defesa ao largo da exigência legal da ação incidental de embargos e, via de consequência, da garantia do juízo (§§ 1º a 3º do art. 16 da Lei nº 6.830/80⁶), reveste-se de suma importância o estudo da decisão que admite a exceção de pré-executividade e enfrenta a matéria nela ventilada, rejeitando tal incidente processual.

Isso se justifica porque não é incomum, na prática forense, o devedor reiterar, seja em embargos à execução fiscal, seja em ação autônoma, matéria já apreciada e repelida em exceção de pré-executividade.

Em linha de princípio, essa possibilidade de rediscutir, em outra sede, matéria já examinada e rechaçada via exceção de pré-executividade vai de encontro ao próprio anseio de economia processual, pode transformar o direito de defesa do executado em exercício abusivo dessa garantia constitucional e atenta, sobretudo, contra o postulado da segurança jurídica.

Desse modo, será desenvolvido um breve exame do grau de cognição exercido pelo juiz em decisões desse jaez, o que permitirá avaliar se procede ou não a suspeita exposta no parágrafo precedente.

1. O cabimento da exceção de pré-executividade em matéria fiscal.

⁵ CAVALCANTE, Montovanni Colares. “Aspectos relevantes da exceção de pré-executividade”, in *Problemas de processo judicial tributário*. 4. vol. Valdir de Oliveira Rocha (coord.). São Paulo: Dialética, 2000, p. 208.

⁶ “Art. 16 - [...]. § 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução. § 2º - No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite. § 3º - Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.”

Em sentido amplo, entende-se por exceção “o poder jurídico de que se acha investido o réu e que lhe possibilita opor-se à ação que lhe foi movida.”⁷

Nessa perspectiva, tal termo é sinônimo de defesa, assim considerado “um direito análogo e correlato à ação”⁸. A respeito dessa correspondência, vale conferir o magistério de Fredie Didier Jr.:

Do mesmo modo que se fala do direito de ação como o direito de provocar a atividade jurisdicional, relacionando-o com o autor (demandante), fala-se da exceção como o direito do réu de resistir à postulação que lhe foi formulada, de ser ouvido e de ter, como consequência, uma decisão que aprecie a postulação do autor. Ambos são assegurados constitucionalmente (art. 5.º, XXXV e LV, da CF/1988).⁹

Por seu turno, em acepção estrita, denomina-se exceção “a alegação de defesa que, para ser conhecida pelo magistrado, precisa ter sido argüida pelo interessado.”¹⁰

Entretanto, a matéria de defesa que pode ser aduzida através do incidente processual em tela, por estar relacionada ao juízo de admissibilidade da execução¹¹, deve ser conhecida *ex officio* pelo órgão judicial, enquadrando-se, pois, mais adequadamente, no conceito de objeção.

A essa exigência de a alegação de defesa ser uma objeção, Teresa Arruda Alvim Wambier e Luiz Rodrigues Wambier acrescentam outro pressuposto:

Vê-se, portanto, que o primeiro critério a autorizar que a matéria seja deduzida por meio de exceção ou objeção de pré-executividade é o de que se trate de matéria ligada à admissibilidade da execução, e seja, portanto, conhecível de ofício e a qualquer tempo.

O segundo dos critérios é o relativo à perceptibilidade do vício apontado. A necessidade de uma instrução trabalhosa e demorada, como regra, inviabiliza a discussão do defeito apontado no bojo do processo de execução, sob pena de que esse se desnature.

⁷ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 269-270.

⁸ *Idem, ibidem*, p. 271.

⁹ DIDIER JR., Fredie. “Teoria da exceção: a exceção e as exceções”, in *Revista de Processo*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, n. 116, p. 56.

¹⁰ *Idem, ibidem*, p. 60.

¹¹ WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Sobre a objeção de pré-executividade”, in *Processo de execução e assuntos afins*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1998, p. 404-405.

Na verdade, ambos os critérios devem estar presentes, para que se possa admitir a apresentação de exceção ou objeção de pré-executividade.

Essa perceptibilidade *prima facie* é verificável toda vez que for possível ao juiz detectar a existência de vício que inviabilize a execução a partir do próprio material constante do processo, com o qual o credor, aliás, instrui a execução.¹² (destaques no original).

Com efeito, segundo esse entendimento doutrinário, não basta, para fins de admissão da exceção de pré-executividade, que a matéria de defesa seja cognoscível de ofício pelo juiz, devendo, ainda, ser aferível sem necessidade de dilação probatória.

Sob o ponto de vista jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça, acertadamente, encampou, no âmbito da execução fiscal, essa tese doutrinária acerca do cabimento da exceção de pré-executividade. Essa é a conclusão que se obtém da leitura da ementa do Recurso Especial nº 1.110.925/SP, submetido ao regime previsto no art. 543-C do CPC (sistemática dos recursos repetitivos):

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL SÓCIO-GERENTE CUJO NOME CONSTA DA CDA. PRESUNÇÃO DE RESPONSABILIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA ARGUIDA EM EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. PRECEDENTES.

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

2. Conforme assentado em precedentes da Seção, inclusive sob o regime do art. 543-C do CPC (REsp 1104900, Min. Denise Arruda, sessão de 25.03.09), não cabe exceção de pré-executividade em execução fiscal promovida contra sócio que figura como responsável na Certidão de Dívida Ativa - CDA. É que a presunção de legitimidade assegurada à CDA impõe ao executado que figura no título executivo o ônus de demonstrar a inexistência de sua responsabilidade tributária, demonstração essa que, por demandar prova, deve ser promovida no âmbito dos embargos à execução.

3. Recurso Especial provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC.¹³

¹² WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Op. cit.*, p. 410-411.

¹³ STJ, 1ª Seção, REsp nº 1.110.925/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgamento em 22.04.2009, DJe 04.05.2009.

Posteriormente, tal posicionamento jurisprudencial restou consagrado no Enunciado nº 393 da Súmula da Jurisprudência Predominante da sobredita Corte Superior, encontrando-se vazado nos seguintes termos: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.”

Cuida-se, sem dúvida, ao menos no tangente aos executivos fiscais, de louvável iniciativa da jurisprudência pátria em definir critérios objetivos para uma responsável utilização da exceção de pré-executividade, buscando, dessa forma, o necessário equilíbrio que deve haver entre a máxima efetividade da execução e a menor onerosidade ao devedor (CPC, art. 620¹⁴).¹⁵

2. As matérias conhecíveis de ofício já decididas.

Fixadas as hipóteses de cabimento da exceção de pré-executividade na seara fiscal, importa verificar se o ordenamento processual pátrio autoriza, enquanto pendente a lide, o reexame de matérias cognoscíveis *ex officio* já decididas anteriormente.

Para tanto, e se valendo, por similitude, do que acontece no saneamento do processo – momento em que é realizado um juízo de admissibilidade da demanda – afigura-se necessário precisar a exata exegese a ser dispensada aos arts. 267, § 3º, e 473, ambos do CPC.¹⁶

Na doutrina, há o entendimento de que as matérias elencadas no § 3º do art. 267 do CPC podem, no curso do processo, ser examinadas de ofício pelo juiz, inclusive as que já tenham sido objeto de decisão anterior.

Ilustrando essa corrente doutrinária, calha trazer à baila os ensinamentos de Alexandre Freitas Câmara:

Por fim, há de se considerar a opinião de outro setor da doutrina, segundo o qual a preclusão não se forma quanto às

¹⁴ “Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”

¹⁵ Acerca dessa desejável ideia de equilíbrio, cf.: MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial)*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010, p. 721.

¹⁶ “Art. 267. [...] § 3º O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI; todavia, o réu que a não alegar, na primeira oportunidade em que lhe caiba falar nos autos, responderá pelas custas de retardamento. [...] Art. 473. É defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.”

matérias enumeradas no art. 267, § 3º, do CPC, podendo ser apreciadas de ofício (ou mediante provocação) a qualquer tempo, ainda que tenham sido expressamente decididas no “despacho saneador”. Esta nos parece a melhor posição, sendo certo que a mesma não conflita com o art. 473 do CPC. É certo que diversos autores afirmam a existência de eficácia preclusiva da decisão de saneamento do processo com supedâneo naquele dispositivo, mas tal norma impede que as partes tornem a discutir as questões já decididas *a cujo respeito tenha se operado a preclusão*. Dos termos do dispositivo se extrai que não há nenhuma vedação a que se volte a discutir as matérias a cujo respeito a preclusão *não se opera*. Ora, o art. 267, § 3º, do CPC tem precisamente a finalidade de excluir a formação de preclusão sobre as matérias ali enunciadas (pressupostos processuais, impedimentos processuais e “condições da ação”), o que faz com que tais matérias (sobre as quais, repita-se, não se forma a preclusão) possam tornar a ser discutidas.¹⁷ (destaques no original).

De fato, essa é a orientação que prevalece na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consoante se colhe dos julgados a seguir ementados:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DE SANEAMENTO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. AUSÊNCIA DE RECURSO. PRECLUSÃO. INEXISTÊNCIA.

1. As matérias de ordem pública decididas por ocasião do despacho saneador não precluem, podendo ser suscitadas na apelação - mesmo que a parte não tenha interposto o recurso próprio (agravo).

2. Recurso especial provido.¹⁸

PROCESSUAL CIVIL. REVISÃO DE PENSÃO. EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO TÃO-SOMENTE PELA ALÍNEA "C". NÃO-DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA. PRECLUSÃO. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto

¹⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 364-365.

¹⁸ STJ, 3ª Turma, REsp nº 1.254.589/SC, Rel.ª Min.ª Nancy Andrichi, julgamento em 20.09.2011, DJe 30.09.2011.

dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial, com base na alínea "c" do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

2. Na hipótese em exame, os recorrentes não procederam ao indispensável cotejo analítico no intuito de demonstrar que os arestos confrontados partiram de situações fático-jurídicas idênticas e adotaram conclusões discrepantes.

3. Ainda que superado este óbice, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que não se verifica a preclusão nas instâncias ordinárias quando se discutem as condições da ação e os pressupostos processuais, dentre eles a ilegitimidade das partes, caso em que é possível a apreciação de ofício pelo julgador.

4. Agravo Regimental não provido.¹⁹

Todavia, não parece ser essa a opinião que deve prevalecer.

Nada obstante possa, enquanto pendente a relação jurídico-processual, conhecer de tais matérias *ex officio*, é vedado ao magistrado reapreciá-las, até porque, conforme se extrai da redação do *caput* do art. 471 do CPC, “nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas”.

Outra não é a conclusão de Fredie Didier Jr.:

Parece haver uma confusão entre a possibilidade de conhecimento *ex officio* de tais questões, fato indiscutível, com a possibilidade de decidir de novo questões já decididas, mesmo as que poderiam ter sido conhecidas de-ofício. São coisas diversas: a cognoscibilidade *ex officio* de tais questões significa, tão-somente, que elas podem ser examinadas pelo Judiciário sem a provocação das partes, o que torna irrelevante o momento em que são apreciadas. Não há preclusão para o exame das questões, enquanto pendente o processo, mas há preclusão para o reexame.²⁰ (destaques no original).

¹⁹ STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp nº 1.249.185/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, julgamento em 23.08.2011, DJe 08.09.2011.

²⁰ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. 1. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 563.

Partilhando desse mesmo pensamento, Tiago Ravazzi Ambrizzi assinala que, havendo a expressa apreciação de matérias de ordem pública, não pode a parte suscitar o seu reexame até conseguir a revisão do pronunciamento judicial anterior.²¹

Destarte, caso não seja interposto o recurso cabível, não podem as matérias conhecíveis de ofício já decididas ser objeto de nova decisão, havendo de se aplicar, sim, na espécie, o assentado no Enunciado nº 424 da Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, que assim dispõe: “Transita em julgado o despacho saneador de que não houve recurso, excluídas as questões deixadas, explícita ou implicitamente, para a sentença.”

Do contrário, o processo será alvo de constante instabilidade e, com isso, deixará de ser um caminhar adiante na busca de “uma tutela efetiva, adequada e tempestiva, como determina o princípio constitucional da proteção judiciária.”²²

3. A cognição na tutela executiva.

Etimologicamente, a cognição é definida como aquisição de conhecimento.

Em estudo sobre a cognição como técnica de adequação do processo ao direito material a ser tutelado, são esclarecedoras as lições de Kazuo Watanabe:

A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo.

[...] Para a *cognição adequada* a cada caso, pressuposto de um julgamento justo, a sensibilidade mencionada é um elemento impostergável. Não seria, certamente, um exagero afirmar-se que o *direito à cognição adequada* faz mesmo parte do conceito menos abstrato do princípio do *juiz natural*.²³ (destaques no original).

Ressalte-se, ainda, que, apesar de preponderantemente exercida na demanda de conhecimento, a cognição está presente em toda e qualquer espécie de processo.²⁴

²¹ AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. “Aspectos polêmicos da exceção de pré-executividade na atual execução civil por quantia”, in *Revista de Processo*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2011, n. 202, p. 53-54.

²² WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005, p. 55.

²³ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 67 e 74-75.

²⁴ Nesse mesmo sentido, cf.: OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000, p. 92.

Na execução, cuja finalidade precípua é a realização concreta do direito consubstanciado no título judicial ou extrajudicial, a prática de atos instrutórios e satisfativos propriamente ditos exige um mínimo de atividade cognitiva, que, segundo Kazuo Watanabe, é rarefeita.²⁵

Melhor dizendo, embora a tutela executiva não se destine ao acerto de controvérsia quanto ao direito do credor ou à obrigação do devedor, o magistrado deve realizar um juízo de valor a respeito do cabimento, da conveniência e da adequação de cada medida satisfativa individualmente considerada, sob pena de ocorrer indesejável desequilíbrio entre os interesses das partes envolvidas.

A esse respeito, exemplifica José Roberto dos Santos Bedaque:

Mas a prática de atos executivos, seja mediante sub-rogação ou constrição, normalmente é precedida de decisão do juiz, que depende de cognição por parte dele sobre a situação processual. Basta lembrar a possibilidade de discussões sobre a penhora (impenhorabilidade, ampliação, redução, remição, fraude de execução), a avaliação e a arrematação. A memória do cálculo referida no art. 604 é requisito da inicial e, segundo alguns, sua adequação está sujeita ao controle judicial, independentemente até de provocação. Também existe a previsão para o concurso especial de credores, devendo o julgador estabelecer a ordem de preferências. Outra situação em que há cognição e decisão no processo de execução consiste na aplicação de sanções ao executado, pela prática de ato atentatório à dignidade da justiça (CPC, arts. 600-601).²⁶

Porém, na tutela satisfativa, é possível que a cognição não se afigure presente apenas na verificação da regularidade dos atos executivos.

Como visto anteriormente, a doutrina e a jurisprudência brasileiras admitem, excepcionalmente, a possibilidade de o executado apresentar, nos próprios autos da execução, a denominada exceção de pré-executividade, sendo certo que, em matéria fiscal, tal incidente processual é restrito à alegação de matérias cognoscíveis *ex officio* que prescindam de dilação probatória.

O cabimento dessa estreita defesa endoprocessual possui, assim, o condão de ampliar o objeto de cognição do julgador na execução.

²⁵ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 41, 131 e 139.

²⁶ BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Cognição e decisões do juiz no processo executivo”, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006, p. 363.

Logo, não se pode aceitar, sem a devida reflexão prévia, a opinião de Leonardo Greco, para quem a cognição realizada na exceção de pré-executividade é “sumária e incompleta, não precluindo o reexame da matéria com mais profundidade nos embargos do devedor.”²⁷

Antes de tudo, deve-se averiguar o grau dessa atividade cognitiva quanto à extensão (plano horizontal: plena ou limitada) e quanto à profundidade (plano vertical: exauriente ou sumária)²⁸, conforme explica Alberto Camiña Moreira:

Kazuo Watanabe, em sua importante monografia sobre o assunto, divide a cognição quanto à extensão e quanto à profundidade. Em relação àquela, pode ser plena ou parcial, e em relação a esta, sumária ou exauriente. A combinação de ambas permite dizer que a cognição plena e exauriente é própria do processo de conhecimento de rito ordinário, pois “decisão proferida com base em semelhante cognição propicia um juízo com índice de segurança maior quanto à certeza do direito controvertido”, ensina Kazuo Watanabe, “de sorte que a ela o Estado confere a autoridade de coisa julgada”.

No processo de execução diz-se que a cognição é rarefeita. Isso se o processo mantiver sua característica de pura realização do direito. Se for introduzida dose de cognição, por meio de exceção de pré-executividade, forma-se bolsa de cognição, a exigir verificação de sua extensão e de sua profundidade.²⁹

A partir dessa constatação, poder-se-á confirmar ou não a hipótese lançada na parte introdutória destas breves notas.

4. A decisão que admite a exceção de pré-executividade em execução fiscal e enfrenta a matéria nela deduzida.

Para a compreensão da cognição em estudo, revela-se oportuna a distinção proposta por Tiago Ravazzi Ambrizzi, baseada na admissão e no enfrentamento da matéria suscitada, entre “(a) decisões que inadmitem, por razões processuais, a exceção de pré-

²⁷ GRECO, Leonardo. “Exceção de pré-executividade na execução fiscal”, in *Problemas de processo judicial tributário*. 4. vol. Valdir de Oliveira Rocha (coord.). São Paulo: Dialética, 2000, p. 200.

²⁸ WATANABE, Kazuo. *Op. cit.*, p. 127.

²⁹ MOREIRA, Alberto Camiña. *Op. cit.*, p. 191-192.

executividade, sem lhe enfrentar a matéria de fundo”, e “(b) decisões que enfrentam a matéria ali ventilada, quer para acolhê-la, quer para rejeitá-la.”³⁰

No primeiro grupo, evidencia-se que a matéria de defesa arguida pelo executado não foi alvo de expresso pronunciamento judicial. À guisa de ilustração, basta pensar na hipótese em que o devedor alegue, no bojo do executivo fiscal, matéria não contemplada na dicção do Verbete Sumular nº 393 do Superior Tribunal de Justiça. Em casos como esse, pode o executado renovar a respectiva alegação em embargos do devedor ou através de ação autônoma.

Todavia, no segundo grupo, ao invés de simples inadmissão do incidente processual em tela, nota-se inequívoco enfrentamento da matéria nele aduzida, seja para rejeitá-lo, seja para acolhê-lo. Imagine-se, por exemplo, a alegação de decadência do crédito tributário apreciada independentemente de dilação probatória.

Nesse último caso, embora limitada quanto à extensão (plano horizontal), a cognição ultimada pelo magistrado deve ser qualificada como exauriente no que concerne à profundidade (plano vertical), vez que, na seara fiscal, a exceção de pré-executividade restringe-se às matérias cognoscíveis *ex officio* e aferíveis *prima oculi*.

Sobre essa atividade cognitiva, Tiago Ravazzi Ambrizzi é enfático:

O juízo exercido quando da admissão e julgamento da exceção, portanto, é de certeza, não de mera probabilidade, como supôs Sandro Gilbert Martins. A cognição que lhe serve de fundamento é exauriente, muito mais profunda, diga-se de passagem, do que a verificada em certas sentenças de mérito admitidas pelo sistema (como é o caso, por exemplo, da sentença que julga procedente o pedido com arrimo nos arts. 319 e 330, II, do CPC).³¹

Fazendo analogia com o mandado de segurança, Olavo de Oliveira Neto entende que a defesa processual sob análise, que pode ser manejada por mera petição, deve estar acompanhada de prova pré-constituída, a fim de que o julgador possa, de plano, desempenhar atividade cognitiva exauriente sobre a matéria nela aduzida.³²

Portanto, e contrariamente à posição de Eduardo Talamini³³, é forçoso reconhecer que a decisão que admite o instrumento processual em testilha e enfrenta a matéria nele

³⁰ AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. *Op. cit.*, p. 47.

³¹ AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. *Op. cit.*, p. 50.

³² OLIVEIRA NETO, Olavo de. *Op. cit.*, p. 122.

³³ TALAMINI, Eduardo. “A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil”, in *Revista de Processo*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2007, n.

aventada, seja em que sentido for, está, nesse particular, sujeita à coisa julgada em face da cognição exauriente ali exercida.

A título de exemplificação, tome-se a hipótese de o executado alegar, em sede de exceção de pré-executividade, sua ilegitimidade para figurar no pólo passivo de certa execução fiscal. Admitida tal defesa endoprocessual, enfrentada a matéria ali aduzida, proferida decisão reconhecendo a ilegitimidade passiva *ad causam* do excipiente e esgotada a via recursal cabível, não poderá mais a Fazenda Pública responsabilizá-lo pelo correlato crédito público. Da mesma sorte, arguida a prescrição³⁴ do crédito tributário no bojo de dado executivo fiscal através da via processual em pauta, admitida e apreciada tal alegação, exarada decisão afastando tal causa extintiva e decorrido o respectivo prazo recursal, não mais poderá o executado reiterá-la em embargos do devedor ou por meio de ação de conhecimento autônoma.

Em prosseguimento, pois, à questão inicialmente levantada neste trabalho, vê-se que a decisão que admite a exceção de pré-executividade oposta em execução fiscal e examina a matéria nela suscitada, desacolhendo tal incidente processual, é proferida à luz de cognição exaustiva e, por conseguinte, não se difere da sentença de improcedência emitida em embargos do devedor ou em ação autônoma.

Importa dizer, uma vez enfrentada e repelida matéria por intermédio de exceção de pré-executividade, é vedado ao devedor renovar sua discussão, quer em embargos à execução fiscal, quer em demanda impugnativa autônoma.

Aliás, esse é o entendimento exposto no escólio de Paulo Henrique dos Santos Lucon, calcado, entretanto, em fundamento diverso:

Todavia, mesmo para aqueles que sustentam a *exceção de pré-executividade*, não há como defender a existência de um encargo, para o executado, de oferecê-la, já que a via adequada para o executado apresentar suas razões reside precisamente nos embargos à execução. Não obstante essa colocação, uma vez apresentada *exceção de pré-executividade* não poderá o executado reiterar os mesmíssimos argumentos por ocasião da oposição dos embargos, operando-se, aqui, verdadeira preclusão *pro iudicato*. Fenômeno colateral e afim à coisa julgada, a

153, p. 24. Para o citado autor, qualquer decisão sobre matéria arguida pelo devedor dentro da própria execução nunca faz coisa julgada, vez que tal tutela não tem por escopo a cognição exauriente.

³⁴ A partir do advento da Lei nº 11.280/2006, que revogou o art. 194 do CC/2002 e conferiu nova redação ao § 5º do art. 219 do CPC, a prescrição passou a ser conhecível de ofício, recebendo, assim, tratamento equiparado ao de matéria de ordem pública.

preclusão *pro iudicato* é aquela que, mesmo na ausência de qualquer sentença de mérito, produz resultado prático semelhante à autoridade e eficácia da coisa julgada. Isso significa que, uma vez rejeitada a *exceção de pré-executividade* por decisão interlocutória, deverá o executado interpor recurso de agravo, não podendo mais suscitar tal matéria pela via dos embargos do executado. A menos, é claro, que o julgador rejeite a própria admissibilidade da *exceção de pré-executividade*, reservando a discussão para o campo da ação incidental de embargos.³⁵ (destaques no original).

Nesse mesmo toar, cabe trazer à colação os seguintes precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.

1. Determinadas matérias de defesa do executado podem ser aduzidas nos próprios autos da execução por meio de exceção de pré-executividade, o que não quer dizer que não se está utilizando da mesma defesa processual preconizada nos arts. 736 e seguintes do Código de Processo Civil.

2. Aventada a ocorrência de prescrição mediante objeção de pré-executividade, pretensão afastada definitivamente nesta instância especial, a matéria estará acobertada pelo instituto da coisa julgada após o decurso do prazo recursal, não podendo mais ser discutida nas vias ordinárias dos embargos de devedor.

3. Embargos de declaração rejeitados.³⁶

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC - EXAME PREJUDICADO - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DECISÃO QUE RECONHECEU A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO - COISA JULGADA - OCORRÊNCIA.

1. Prequestionada, ainda que implicitamente, a tese em torno dos dispositivos legais tidos por violados, acolhe-se o pedido alternativo de exame do mérito recursal e julga-se prejudicado o exame da questão acerca da alegada violação do art. 535, II, do CPC.

2. Decidida a responsabilidade dos sócios em sede de exceção de pré-executividade, a matéria estará acobertada

³⁵ LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Objeção na execução (objeção e exceção de pré-executividade)”, in *Processo de execução*. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2001, p. 592.

³⁶ STJ, 2ª Turma, EDcl no REsp nº 795.764/PR, Rel. Min. Castro Meira, julgamento em 16.05.2006, DJ 26.05.2006, p. 248.

pelo instituto da coisa julgada, não podendo mais ser discutida em embargos de devedor, eis que apreciada a própria relação de direito material.

3. Recurso especial não provido.^{37 38}

A impossibilidade de rediscussão, em outra seara, de matéria já examinada e afastada via exceção de pré-executividade afigura-se consentânea com o próprio ideal de economia processual, “o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais.”³⁹ Em outros termos, tendo determinada alegação de defesa sido apreciada e rechaçada no feito executivo fiscal, e exauridos os mecanismos recursais pertinentes, mostra-se contraproducente submetê-la a novo exame pelo órgão judicial em demanda impugnativa incidental ou autônoma.

Não bastasse isso, no que se refere especificamente à matéria enfrentada e repelida no bojo do instrumento processual em comento, incide o óbice da coisa julgada, que se inspira, por sua vez, no princípio da segurança jurídica.⁴⁰

Caso não se conceba essa decisão como apta a produzir uma tutela estável em relação às alegações apreciadas e rechaçadas, a exceção de pré-executividade, máxime na execução fiscal, torna-se estímulo à abusiva prática, pelo executado, de reiterar as mesmas matérias em embargos do devedor ou via ação autônoma.

5. O respectivo abuso do direito de defesa do devedor na execução fiscal.

A exceção de pré-executividade, malgrado tenha o seu manejo limitado a certas matérias na seara fiscal, possibilita ao devedor o exercício do direito de defesa independentemente de restrições em seu patrimônio.

O executado, ao escolher, por conveniência própria, esse incidente processual como meio de defesa hábil na execução fiscal, deve, entretanto, desincumbir-se do ônus de

³⁷ STJ, 2ª Turma, REsp nº 931.340/RS, Rel.ª Min.ª Eliana Calmon, julgamento em 19.02.2009, DJe 25.03.2009.

³⁸ Nessa mesma linha, em sede jurisprudencial, cf.: TRF da 4ª Região, 1ª Turma, AC nº 2005.71.03.002909-2/RS, Rel. Des. Fed. Álvaro Eduardo Junqueira, julgamento em 28.10.2009, D.E. 10.11.2009; TRF da 5ª Região, 1ª Turma, AC nº 2009.84.00.009075-4/RN, Rel. Des. Fed. Manoel Erhardt, julgamento em 26.05.2011, DJe 02.06.2011, p. 232; TRF da 5ª Região, 2ª Turma, AC nº 2003.84.00.014213-2/RN, Rel. Des. Fed. Francisco Barros Dias, julgamento em 14.07.2009, DJ 14.08.2009, p. 320.

³⁹ CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Op. cit.*, p. 72.

⁴⁰ MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Coisa julgada na execução e na exceção de pré-executividade”, in *Processo de execução: temas polêmicos e atuais*. Gilberto Gomes Bruschi (coord.). São Paulo: RCS, 2005, p. 177.

atacar, através da via recursal apropriada, a decisão que enfrenta e afasta suas alegações, já que esta, nesse aspecto, como visto, está suscetível à coisa julgada.

Nessa medida, constitui evidente abuso do direito de defesa do devedor⁴¹ a conduta de reiterar, seja em embargos à execução fiscal, seja em ação impugnativa autônoma, temas já examinados e repelidos em exceção de pré-executividade.

Acerca da responsabilização do executado em casos como o presente, veja-se a seguinte decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE REJEITADA - LEGITIMIDADE DO CORRESPONSÁVEL - DECISÃO ANTERIOR TRANSITADA EM JULGADO - COISA JULGADA - REAPRECIÇÃO DA MATÉRIA: IMPOSSIBILIDADE - MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ: POSSIBILIDADE - AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. Se a legitimidade do corresponsável tributário já foi objeto de decisão pelo juízo "a quo" e em anterior agravo de instrumento, com decisão transitada em julgado, a questão não pode ser reapreciada em novo agravo de instrumento em face da preclusão (coisa julgada).

3. Deduzir pretensão contra fato incontroverso (coisa julgada) atenta contra a boa-fé objetiva, justificando a multa por litigância de má-fé (CPC, art. 17, I).

4. Agravo não provido.

5. Peças liberadas pelo Relator, em 22/06/2010, para publicação do acórdão.⁴²

Além de configurar hipótese de litigância de má-fé, essa abusividade do direito de defesa do executado também é considerada ato atentatório à dignidade da justiça (art. 600, II, do CPC⁴³).

Entretanto, importa não só reprimir a prática dessas condutas por parte do devedor, mas também tentar evitá-las.

Para tanto, quando apresentada exceção de pré-executividade em execução fiscal, cabe ao magistrado, em observância ao princípio da cooperação⁴⁴, deixar bem claro às

⁴¹ MARTINS, Sandro Gilbert. *Op. cit.*, p. 251.

⁴² TRF da 1ª Região, 7ª Turma, AG nº 0006104-91.2010.4.01.0000/MT, Rel. Des. Fed. Luciano Tolentino Amaral, julgamento em 22.06.2010, e-DJF1 02.07.2010, p. 223.

⁴³ “Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da Justiça o ato do executado que: [...] II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; [...]”

⁴⁴ Esse postulado – cujo prestígio, aliás, é uma das tendências do projeto do novo Código de Processo Civil (atual PL 8.046/2010, art. 5º) – decorre dos princípios da boa-fé e da lealdade, impondo tanto às partes quanto ao órgão jurisdicional deveres de conduta necessários à garantia de um processo justo e democrático. Para os fins deste trabalho, identifica-se, aqui, a aplicação do princípio da cooperação, mais precisamente no

partes o teor de seu pronunciamento, quer para inadmitir a via instrumental eleita, sem enfrentar a matéria de fundo nela ventilada, quer para admitir tal incidente processual, examinar a alegação nele arguida e, ao final, rejeitá-lo.

Consoante esposado linhas atrás, enquanto, na primeira hipótese, o executado pode tornar a suscitar a matéria por meio de embargos ao executivo fiscal ou em processo autônomo, na segunda, tendo transcorrido o correlato lapso recursal, a decisão, no tocante à matéria apreciada e afastada, imuniza-se com a coisa julgada.

6. Considerações finais.

Ao lado dos meios de resistência previstos na Lei nº 6.830/80, o Superior Tribunal de Justiça, estribado em autorizada corrente doutrinária, pacificou, atualmente, o entendimento de que a exceção de pré-executividade é cabível na execução fiscal para agitar matérias reconhecíveis *ex officio* que dispensem dilação probatória.

Embora tal reconhecimento jurisprudencial proporcione uma forma de defesa rápida e econômica ao executado, este, ao escolhê-la por conta e risco próprios, deve arcar com o ônus do possível insucesso de suas alegações, sob pena de se transmudar esse legítimo instrumento processual em flagrante incentivo a atos de chicana.

Isso porque, ao contrário da decisão que entende incabível a exceção de pré-executividade nos autos do executivo fiscal, o pronunciamento judicial que admite esse incidente processual e enfrenta a matéria nele ventilada, rejeitando-o, é emitido à luz de cognição que, apesar de limitada quanto à extensão, é exauriente quanto à profundidade, pois restrita às matérias cognoscíveis de ofício e perceptíveis *prima facie*.

De efeito, acaso examinada e repelida matéria através de exceção de pré-executividade, não pode o devedor, por força dos princípios da economia processual e, principalmente, da segurança jurídica, renovar sua discussão em embargos à execução fiscal ou através de demanda autônoma.

Com tais ponderações, almeja-se harmonizar os interesses em jogo, quais sejam, de um lado, a satisfação dos créditos públicos por intermédio de atos de agressão patrimonial necessários e legítimos, e, de outro, o direito de defesa assegurado ao executado, sem, contudo, propiciar atitudes desleais e procrastinatórias.

que toca ao dever de esclarecimento do julgador, que, além de ter de solicitar esclarecimentos às partes a respeito das dúvidas que porventura tenha, deve também deixar às claras as razões da sua própria decisão.

Bibliografia.

AMBRIZZI, Tiago Ravazzi. “Aspectos polêmicos da exceção de pré-executividade na atual execução civil por quantia”, in *Revista de Processo*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2011, n. 202.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. “Cognição e decisões do juiz no processo executivo”, in *Processo e Constituição: estudos em homenagem ao professor José Carlos Barbosa Moreira*. Luiz Fux, Nelson Nery Jr. e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2006.

CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de direito processual civil*. Vol. I. 10. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

CAVALCANTE, Montovanni Colares. “Aspectos relevantes da exceção de pré-executividade”, in *Problemas de processo judicial tributário*. 4. vol. Valdir de Oliveira Rocha (coord.). São Paulo: Dialética, 2000.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Vol. 1. 14. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

_____. “Teoria da exceção: a exceção e as exceções”, in *Revista de Processo*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2004, n. 116.

GRECO, Leonardo. “Exceção de pré-executividade na execução fiscal”, in *Problemas de processo judicial tributário*. 4. vol. Valdir de Oliveira Rocha (coord.). São Paulo: Dialética, 2000.

LUCON, Paulo Henrique dos Santos. “Objecção na execução (objecção e exceção de pré-executividade)”, in *Processo de execução*. Sérgio Shimura e Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2001.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial)*. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MARTINS, Sandro Gilbert. *A defesa do executado por meio de ações autônomas: defesa heterotópica*. São Paulo: RT, 2002.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. “Coisa julgada na execução e na exceção de pré-executividade”, in *Processo de execução: temas polêmicos e atuais*. Gilberto Gomes Bruschi (coord.). São Paulo: RCS, 2005.

MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. São Paulo: Saraiva, 1998.

OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000.

TALAMINI, Eduardo. “A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil”, in *Revista de Processo*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 2007, n. 153.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; WAMBIER, Luiz Rodrigues. “Sobre a objeção de pré-executividade”, in *Processo de execução e assuntos afins*. Teresa Arruda Alvim Wambier (coord.). São Paulo: RT, 1998.

WATANABE, Kazuo. *Da cognição no processo civil*. 3. ed. São Paulo: Perfil, 2005.