



**A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE EM SEDE DE EXECUÇÃO FISCAL
A PARTIR DE UMA RELEITURA DA SÚMULA 393 DO STJ: UMA
REFLEXÃO SOBRE OS LIMITES COGNITIVOS E A DILAÇÃO
PROBATÓRIA¹**

***THE PRE-EXECUTION EXCEPTION IN TAX ENFORCEMENT BASED ON A
REVIEW OF THE 393 STJ'S PRONOUNCEMENT: A REFLECTION ON
COGNITIVE LIMITS AND EVIDENTIARY DISCOVERY***

Marcos Youji Minami²

Ravi Peixoto³

RESUMO: Este estudo faz uma crítica à redação do enunciado de súmula nº 393, do Superior Tribunal de Justiça. Eis a metodologia empregada: todos os precedentes que geraram o enunciado 393 foram analisados para se verificar se o texto da súmula é compatível com tais julgados. Além disso, artigos doutrinários e escritos sobre o art. 803, do CPC, foram consultados. Concluiu-se que a redação do enunciado 393 deve ser revista, pois é possível exceção de pré-executividade para qualquer matéria, desde que não haja necessidade de dilação probatória e, mesmo nesse aspecto, já se admitiu complementação probatória em sede de defesa atípica.

PALAVRAS-CHAVE: Execução; execução fiscal; exceção de pré-executividade; defesa do executado; defesa atípica.

ABSTRACT: This study criticizes what states the pronouncement nº 393, of the Brazilian Superior Court of Justice. Here is the methodology: all precedents that generated the pronouncement 393 were analyzed to verify if this conclusion is compatible with such judgments. In addition, doctrinal articles and writings about article 803, of the Brazilian Civil Procedural Code, were consulted. It was concluded that pronouncement 393 should be revised, as it is possible the pre-execution exception for any matter, providing that there is no need for evidentiary delay and, even in this aspect, probationary complementation has already been admitted in atypical defense.

KEYWORDS: Enforcement proceedings; tax enforcement; pre-execution exception; debtor defense; atypical defense.

¹ Artigo recebido em 06/04/2022 e aprovado em 29/08/2022.

² Pós-doutorando (USP). Doutor e mestre em Direito Público (UFBA). Especialista em docência no ensino superior (SENAC) Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNPE) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Professor da Universidade Regional do Cariri (URCA). Juazeiro do Norte, Ceará, Brasil. E-mail: marcos.minami@urca.br.

³ Doutor em direito processual pela UERJ. Mestre em Direito pela UFPE. Membro da Associação Norte e Nordeste de Professores de Processo (ANNPE), do Centro de Estudos Avançados de Processo (CEAPRO) e do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP). Procurador do Município do Recife. Recife, Pernambuco, Brasil. E-mail: ravipeixoto@gmail.com.



1. INTRODUÇÃO

Este escrito pretende realizar uma crítica na redação do enunciado de súmula nº 393, do Superior Tribunal de Justiça e, mais do que isso, objetiva concluir se esse verbete ainda se aplica conforme originalmente pensado e também quais as eventuais novas potencialidades da exceção de pré-executividade. Eis o seu texto: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”.

Desconsiderando, por um momento, a forma ideal de se aplicar um enunciado de súmula, a partir dos precedentes que o originaram, e partindo apenas do texto acima, algum operador do direito poderia chegar imediatamente às seguintes conclusões: a) o executado em execução fiscal não se vale apenas dos embargos à execução como instrumento de defesa; b) é possível, nessas execuções, defesa pelo executado, mesmo sem garantia do juízo, desde que para alegar matérias conhecíveis de ofício pelo juiz; c) a exceção de pré-executividade nas execuções fiscais não autoriza nenhuma dilação probatória e d) matérias que não autorizam conhecimento de ofício pelo juiz apenas poderiam ser discutidas em embargos à execução fiscal, ou seja, mediante prévia garantia.

Não é possível confirmar os pontos elencados sem analisar os precedentes que resultaram no verbete 393. Essa tarefa de cotejo de texto de um enunciado de súmula com os precedentes que a geraram já é tarefa, por si só, salutar, para evitar consolidação e disseminação de entendimentos equivocados. Mas não é apenas essa a justificativa deste escrito. Especificamente em relação ao tema da exceção de pré-executividade em execução fiscal, dois acontecimentos são levados em consideração.

O primeiro deles não é recente. Trata-se da edição do atual Código de Processo Civil e, mais especificamente, do seu art. 803, I, e seu parágrafo único, que apontam ser nula a execução se “o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível” e que “(a) nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução.”

O artigo acima provoca a seguinte reflexão, com possíveis consequências na execução fiscal: após a edição da súmula 393, o ordenamento processual civil enunciou a possibilidade de se discutir a nulidade de uma execução, mesmo sem garantia prévia do



juízo, sem especificar se a matéria que autoriza isso é ou não de ordem pública e sem mencionar restrições probatórias caso isso aconteça.

O segundo acontecimento é um julgado de maio de 2021, da terceira turma do STJ, no REsp 1.912.277-AC. Nele, afirmou-se que a juntada de prova pré-constituída ou a complementação de documentos já apresentados antes em execução fiscal não configuraria dilação probatória em sede de exceção de pré-executividade.⁴ A dúvida que surge é se, efetivamente, complementação probatória é ou não dilação probatória. Curiosamente, o enunciado 393 não é citado no corpo da ementa do REsp mencionado que trata, justamente, dos limites da exceção de pré-executividade em sede de execução fiscal.

O art. 803, do CPC, e o REsp 1.912.277 parecem desafiar o texto do enunciado 393 da súmula do STJ. Este artigo pretende analisar todos esses pontos e concluir se é chegado o momento de revisão do entendimento sumular.

A metodologia adotada é simples.

Todos os precedentes que geraram o enunciado 393 serão analisados para se verificar, primeiramente, se o texto da súmula é compatível com os precedentes que a geraram. A seguir, a partir de artigos doutrinários atuais e alguns clássicos, pretende-se concluir até que ponto a dilação probatória ou a análise de questões não conhecíveis de ofício podem ser discutidas em sede de exceção de pré-executividade.

2. BREVÍSSIMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Ainda na vigência do CPC de 1939, a partir de um parecer de Pontes de Miranda em favor de um executado em execução⁵ de títulos supostamente falsos, foi desenvolvida a visão moderna da exceção de pré-executividade.⁶ Trata-se de um instrumento de defesa,

⁴ STJ, 3ª T., REsp 1.912.277-AC, Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, j. 18/05/2021, DJe 20/05/2021, info. n. 697. Grifos nossos.

⁵ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Parecer n. 95. Sobre pedidos de decretação de abertura de falência, baseados em títulos falsos, e de ação executiva em que a falsidade dos títulos afasta trata-se de dívida certa. In: *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. 4.

⁶ Sobre o histórico da exceção de pré-executividade, cf.: MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 21-34.



não previsto em lei, que possibilita ao executado se manifestar sobre a impossibilidade do manejo da execução, em algumas situações, mesmo sem precisar oferecer bens à penhora. Nunca é demais lembrar que o regime ordinário da execução exigia a prévia garantia do juízo como um dos requisitos ao exercício da defesa pelo executado.

A exceção de pré-executividade, ao longo dos anos, passou por vários debates. Seu próprio *nomen iuris* foi posto em xeque.⁷ De todos esses questionamentos, o que nos importa, para o momento, é a sua hipótese de cabimento.

Das teses elencadas ao longo dos anos, vingou a ideia de que essa defesa atípica⁸ seria cabível para apresentar ao órgão processante da execução um argumento para que esse procedimento não prosperasse. A justificativa deveria ser tão grave, que poderia ser conhecida de ofício pelo magistrado (ausência de uma das condições de desenvolvimento válido do processo, por exemplo),⁹ e tão óbvia, que dispensaria instrução probatória (apenas prova documental apresentada imediatamente serviria, como o comprovante de pagamento daquela dívida, por exemplo).¹⁰

Uma informação não pode ser deixada de lado: a exceção de pré-executividade surge em um tempo no qual, ordinariamente, a defesa pelo executado apenas era possível após o

⁷ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz. *Temas de direito processual*: sétima série. São Paulo: Saraiva, 2001. Também com críticas à nomenclatura: ALVIM, Eduardo Arruda. Exceção de pré-executividade. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 2001, p. 213-216; GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Objeção de pré-executividade – uma análise principiológica. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 2001, p. 451-454.. Embora as considerações de Barbosa Moreira sobre a inadequação do termo “exceção de pré-executividade” sejam pertinentes, adotaremos essa nomenclatura, pois é a mais conhecida e difundida, inclusive pelos tribunais.

⁸ É possível defender que o art. 803, do CPC, tornou a exceção de pré-executividade modalidade de defesa típica, ou seja, prevista em lei. A referência ao instituo, neste artigo, como “defesa atípica” é mantida para fazer um contraponto desse tipo de manifestação da execução com os embargos à execução e para reforçar a ideia de que, em sede de execução fiscal, essa modalidade ainda é vista como excepcional.

⁹ Essa é a posição mais tradicional da doutrina: MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado...* cit., p. 221; ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução*. 2ª ed. Porto Alegre: Safe, 1999, p. 51-54; GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. Objeção de pré-executividade – uma análise principiológica. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 2001, p. 456. Alguns autores já defendiam uma posição mais aberta, permitindo a alegação de qualquer tema, desde que provado de plano: OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000, p. 116-117; BASTOS, Antonio Adonias. *A defesa do executado de acordo com os novos regimes da execução*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009, p. 246.

¹⁰ BASTOS, Antonio Adonias. *A defesa do executado de acordo com os novos regimes da execução...* cit., p. 246; NOLASCO, Rita Dias; GARCIA, Victor Menezes. *Execução fiscal à luz da jurisprudência*. São Paulo: RT, 2015, p. 272.



oferecimento de bens à penhora.

É importante ressaltar isso, pois, com as reformas experimentadas na execução, pela Lei 11.383/2006, o executado passou a poder se insurgir contra uma execução, mesmo sem apresentar garantia prévia. A contrapartida disso é bem razoável: o devedor pode se defender antes da penhora, mas a execução não é suspensa.¹¹ No regime ordinário da execução civil, a penhora não é mais requisito para a defesa, mas sim para a suspensão da execução.

Ocorre que a alteração acima, mesmo incorporada pelo atual Código de Processo Civil, que suplantou a legislação processual de 1973¹², não surtiu efeitos, no particular, na execução fiscal, regida pela Lei 6.830/1980. É dizer: na execução fiscal ainda se exige, para o oferecimento de embargos pelo executado, a garantia do juízo (Art. 16, Lei 6.830/1980).¹³ Quem queira se defender sem apresentar bens à penhora, deve se valer, ainda, da exceção de pré-executividade. E não se trata mais de debate meramente doutrinário, sem repercussão prática. O tema chegou tantas vezes ao STJ que um enunciado de súmula sobre o tema foi editado: o verbete 393, analisado a seguir.

3. O ENUNCIADO 393 DA SÚMULA DO STJ

Ideias *tradicionalmente* conectadas à exceção de pré-executividade (inadequação da dilação probatória ao instituto e cabimento a alegação de matérias cognoscíveis de ofício) acabaram cristalizadas no enunciado de súmula n. 393, do STJ: “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”, editada em 2009.

Uma análise mais pormenorizada nos julgados listados como originários da

¹¹ Em termos práticos: os bens do devedor ainda podem ser penhorados e expropriados.

¹² Não é demais lembrar que o tratamento da insolvência civil ainda é feito a partir do CPC de 1973, por indicativo do próprio CPC de 2015, que manteve parte de seu antecessor vigente, ainda que sob condição, nos termos do art. 1.052.

¹³ STJ, 1ª Seção, REsp 1.272.827/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 22/05/2013, Dje 31/05/2013, processo repetitivo, tema 526. Na doutrina: ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20 ed. São Paulo: RT, 2017, p. 1657. Em sentido contrário, entendendo que prevalece o CPC, não mais se exigindo a garantia para apresentação de embargos à execução fiscal, cf.: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 508-510.



súmula, evidencia uma preocupação específica com a inviabilidade da dilação probatória em sede dessa defesa atípica. Em geral, a discussão envolve a alegação de ilegitimidade passiva em execução fiscal por parte do sócio, que é inadmitida pela necessidade de produção de provas.¹⁴ Também seria inadmissível a alegação relativa a questões de nulidade da CDA e sobre a ausência de notificação no processo administrativo pela necessidade de dilação probatória.¹⁵ Em outro caso, entendeu-se possível a alegação de prescrição, embora inviável seu reexame pela necessidade de revisão dos fatos.¹⁶

Contudo, o aspecto relacionado à limitação ao uso de exceção de pré-executividade para matérias cognoscíveis de ofício não foi preponderante para que se aceitasse ou não esse instrumento de defesa. Na verdade, dentre os precedentes originários da súmula 393, não fica claro quais argumentos podem ou não ser alegados nessa modalidade excepcional de defesa. Em nenhuma das decisões, por exemplo, o cabimento da exceção de pré-executividade foi afastado pelo fato de o argumento não ser uma questão de ordem pública (como, por exemplo: condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras¹⁷). Nos julgados analisados, o fato considerado relevante para se aceitar ou não a exceção foi a necessidade ou não de dilação probatória, e não o conteúdo da matéria suscitada.

Uma primeira conclusão é possível: embora não tenha sido preponderante, nos precedentes que originaram o enunciado 393, o fato de a matéria discutida ser ou não de ordem pública para o aceite ou não da exceção de pré-executividade, esse requisito consta na redação final do enunciado sumular. Mesmo em julgados mais antigos, em que há menção expressa à necessidade de que a matéria possa ser conhecida de ofício pelo juiz,

¹⁴ STJ, 1ª Seção, Resp 1.110.925 SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, j. 22/04/2009, Dje 04/05/2009 submetido ao procedimento dos recursos especiais repetitivos; STJ, 1ª Seção, Resp 1.104.900 ES, Rel. Ministra Denise Arruda, j. 25/03/2009, Dje 01/04/2009; STJ, 2ª T., AgRg no Resp 778467 SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, j. 16/12/2008, Dje 06/02/2009; STJ, 1ª Seção, EREsp 866.632 MG, Rel. Ministro José Delgado, j. 12/12/2007, DJ 25/02/2008, p. 266; STJ, 1ª T., AgRg no Resp 448268 RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, j. 10/08/2004, DJ 23/08/2004, p. 120; STJ, 2ª T., Resp 541811 PR, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, j. 22/06/2004, DJ 16/08/2004, p. 198; STJ, 1ª T., AgRg no Resp 536505 RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, j. 09/03/2004, DJ 17/05/2004, p. 126; STJ, 2ª T., Resp 287515 SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, j. 19/03/2002, DJ 29/04/2002, p. 223.

¹⁵ STJ, 1ª T., AgRg no Ag 1060318 SC, Rel. Ministro Luiz Fux, j. 02/12/2008, Dje 17/12/2008

¹⁶ STJ, 2ª T., AgRg no Resp 987231 SP, Rel. Ministro Humberto Martins, j. em 05/02/2009, Dje 26/02/2009.

¹⁷ STJ, 1ª Seção, Resp 1.104.900/ES, Rel. Ministra Denise Arruda, j. 25/03/2009, Dje 01/04/2009, recurso repetitivo.



a razão pela qual a exceção não é admitida envolve o aspecto da dilação probatória, e não do conteúdo da matéria alegada. Por exemplo, caso em que inadmitida, pois, embora alegada nulidade do título, havia necessidade de dilação probatória sobre uma confissão de dívida.¹⁸

Um dos raros julgados em que inadmitida a exceção de pré-executividade pela natureza da alegação é consideravelmente antigo. No caso, o executado objetivava rediscutir os “termos do contrato para decidir sobre a legalidade e licitude dos encargos pactuados”. Tal espécie de alegação estaria limitada aos embargos do executado.¹⁹

No entanto, nas demais decisões, o que parece ser verdadeiramente imprescindível é que a alegação não dependa de dilação probatória, possa ou não o juiz conhecer dela de ofício. Não por acaso, já se admitida a alegação de prescrição mesmo antes das alterações legislativas que passaram a permitir a sua cognição de ofício.

É possível concluir, a partir dos precedentes que originaram o enunciado de súmula 393, e de decisões mais recentes do STJ, que, em sede de exceção, não apenas é possível a alegação de diversas matérias que o juiz poderia conhecer de ofício, como “as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras”,²⁰ inconstitucionalidade do tributo²¹ etc. Ao mesmo tempo, poderá o instituto ser utilizado para se alegar matérias que o juiz não poderia conhecer de ofício, como o pagamento do tributo,²² *desde que não dependa de dilação probatória*.

A súmula 393 parece estar parcialmente desatualizada com a atual jurisprudência do STJ, que foi evoluindo, mas nunca gerou a revisitação do verbete 393. No fim das contas, a súmula está correta, porque representa uma parte do que se admite como alegação na exceção de pré-executividade, mas pode traduzir a ideia equivocada de que outras matérias, notadamente aquelas que não podem ser conhecidas de ofício, não podem ser levantadas em sede de exceção.

¹⁸ STJ, 4ª T., Resp 180.734/RN, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, j. 20/04/1999, DJ 02/08/1999, p. 191.

¹⁹ STJ, 4ª T., Resp 28.225/RO, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, j. 25/11/1992, DJ 17/12/1992, p. 24252

²⁰ STJ, 1ª Seção, Resp 1.104.900/ES, Rel. Min. Denise Arruda, j. 25/03/2009, Dje 01/04/2009, processo repetitivo, temas 103 e 104.

²¹ STJ, 2ª T., Resp 1.406.511/BA, Rel. Ministra Eliana Calmon, Dje 09/10/2013.

²² STJ, 1ª T., Resp 1.771.147/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 05/09/2019, Dje 25/09/2019.



É importante deixar consignado que há na doutrina quem aponte o seguinte: em matéria tributária, como a relação jurídica de direito material é pautada pela indisponibilidade do interesse público, qualquer alegação poderia ser encarada como de ordem pública.²³ Por esse raciocínio, em sede de execução fiscal, qualquer alegação seria então cognoscível de ofício.

Em todo o caso, para além das manifestações mais recentes do STJ sobre quais matérias afinal podem ou não ser objeto de exceção de pré-executividade, não é possível excluir do debate a previsão do art. 803, do CPC. Eis a razão do próximo tópico.

4 O ART. 803 DO ATUAL CPC

Os debates acerca do cabimento da exceção de pré-executividade não podem desconsiderar o art. 803, I, e seu parágrafo único, do CPC de 2015. Ali se aponta que é nula a execução se “o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível” e que “A nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução”. Assim, quaisquer matérias que digam respeito a esses temas poderiam ser alegadas, mesmo sem a utilização dos embargos à execução e tal regra seria aplicável subsidiariamente às execuções fiscais, nos termos do art. 15 do CPC.²⁴

Araken de Assis, ao analisar o texto normativo, menciona que problemas relativos à certeza da obrigação envolvem a exequibilidade do título. A exigibilidade, por sua vez, estaria relacionada à iliquidez ou à falta de verificação do termo ou da ocorrência de condição, o que até gera uma sobreposição entre o art. 803, I e o III, que é específico para os dois temas mencionados.²⁵ Medina, ao discutir sobre o cabimento da exceção de pré-executividade, continua a trabalhar com temas que devem ser conhecidos de ofício pelo juiz, mencionando que podem ir além dos mencionados no art. 803, a exemplo da

²³ CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda; FERNANDES, Pablo Gurgel. O conceito de dilação probatória para a admissibilidade da exceção de pré-executividade no âmbito das execuções fiscais. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*, v. 22, jan.-fev./2020, p. 129.

²⁴ CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda; FERNANDES, Pablo Gurgel. O conceito de dilação probatória para a admissibilidade da exceção de pré-executividade no âmbito das execuções fiscais... cit., 130.

²⁵ ASSIS, Araken de. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2018, t. XIII, versão digital, comentários ao art. 803, item 3.1.



competência absoluta.²⁶ Uma interpretação que permite a ampliação das alegações a partir do 803 do CPC é compreendendo, por exemplo, que, como um título pago ou prescrito não é exigível, tais alegações encontram espaço na exceção de pré-executividade.²⁷

Em todo o caso, as nulidades elencadas pelo art. 803, do CPC, podem ser discutidas “independentemente de embargos à execução”, de ofício ou não, e não há uma limitação, pelo menos de forma expressa no preceito citado, para matérias que independem de instrução probatória. De forma mais clara: o art. 803 não impede que se alegue, independentemente de embargos, nulidade em execução, mesmo em matérias que o juiz não pode conhecer de ofício e mesmo que alguma dilação probatória seja necessária.

É importante que se diga: o credor não experimentará prejuízos nas situações acima. O fato de se permitir o debate da nulidade da execução, independentemente de penhora, não significa que a execução será suspensa automaticamente. Os requisitos para essa suspensão permanecem, nos termos do art. 919 e parágrafos, do CPC. O executado pode discutir a nulidade da execução, mesmo sem oferecer garantia, mas os atos executivos, incluindo os expropriatórios, estão liberados.

5. RAZÕES PARA SE ACEITAR UM ALARGAMENTO DAS HIPÓTESES PARA A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A doutrina vem percebendo o que foi constatado nas análises das decisões do STJ: tem ocorrido uma nítida ampliação dos temas que podem ser objeto de alegação na exceção de pré-executividade. Se, em algum momento, a exigência era de que o tema pudesse ser objeto de cognição de ofício do juiz, tal requisito parece ter sido abandonado. Como bem conclui Araken de Assis, “Em última análise, o objeto da exceção de pré-executividade equivale ao da oposição (embargos e impugnação), desde que se trate de

²⁶ MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. São Paulo: RT, 2020, versão digital, capítulo VI, item 4.2.

²⁷ DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil. Curso de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 5, p. 813.



questão de direito insuscetível de dilação probatória”.²⁸

Importa recordar que no parecer de Pontes de Miranda, o qual teria dado origem à exceção de pré-executividade, para além das matérias cognoscíveis de ofício, há expressa menção a alegação de exceções que requerem a alegação da parte. Os exemplos utilizados são o da falsa subscrição e de irrepresentação em relação à declaração cambiária.²⁹

Essa ampliação das possíveis alegações no âmbito da exceção de pré-executividade ocorreu de forma silenciosa, sem que houvesse, em especial, no STJ, maiores reflexões sobre a temática. No entanto, é possível especular em relação a possíveis fatores que tenham levado a essa ampliação nas matérias que podem ser alegadas.

Especialmente em relação à execução fiscal, é nítido que o seu procedimento foi se afastando do procedimento da execução de título extrajudicial comum, em especial no que se refere à forma de defesa. Como já afirmado, originariamente, tal qual como ainda se exige para a apresentação dos embargos à execução fiscal (art. 16 da LEF), o CPC/1973 também exigia a prévia garantia para a defesa na execução (art. 737), o que foi alterado pela Lei 11.382/2006, quando tal exigência foi extinta. A partir desse momento, enquanto era exigida a prévia garantia do juízo para a apresentação dos embargos à execução na execução fiscal, o executado, no procedimento comum da execução de título extrajudicial, apenas tinha a garantia do juízo como requisito para a concessão de efeito suspensivo aos embargos.

A partir desse momento, diminuiu bastante a utilidade e mesmo a necessidade da exceção de pré-executividade na execução que se utilizada do procedimento comum, mas nada mudou na execução fiscal. A súmula 393 do STJ foi elaborada em 2009, após essa diferenciação, e a ampliação do seu objeto de cognição apenas vem aumentando.

²⁸ ASSIS, Araken de. *Manual da execução...* cit., p. 1595. Com conclusão semelhante: BAJERSKI, Leonardo Munareto. Exceção de pré-executividade. In: MELO FILHO, João Aurino (coord.). *Execução fiscal aplicada*. 8º ed. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1066-1067; CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As defesas do executado. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Ernane Fidélis dos; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007, p. 656-657.

²⁹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Parecer n. 95. Sobre pedidos de decretação de abertura de falência, baseados em títulos falsos, e de ação executiva em que a falsidade dos títulos afasta trata-se de dívida certa. In: *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. 4, p. 135.



Apesar de não existir nenhuma alteração de texto normativo que deixe claro que qualquer matéria pode ser alegada na exceção de pré-executividade, é provável que o maior rigor para a apresentação dos embargos à execução fiscal em relação ao que ocorre no procedimento comum faça com que acabem sendo afrouxadas as exigências para meios atípicos da defesa na execução fiscal. Isso porque a única justificativa para a manutenção da exigência da prévia garantia dos embargos à execução fiscal é a de que a lei especial prevalece em face da lei geral, mesmo que posterior.

É inegável que o direito de defesa do executado na execução fiscal é exercido com maior dificuldade, pela exigência da prévia garantia. Como apontado por Pontes de Miranda, como a execução envolveria interesses gerais, há uma maior exigência com a segurança intrínseca (decidir bem) do que com a segurança extrínseca (ter decidido).³⁰ Assim, a jurisprudência acabou igualando, na medida do possível, a amplitude possível da defesa na execução fiscal por meio da exceção de pré-executividade aos embargos à execução no procedimento de execução de título extrajudicial do CPC, para ampliar o direito de defesa na execução fiscal. Permite-se, dessa forma, uma maior amplitude do controle da higidez da pretensão executiva na execução fiscal.

Por tudo exposto, uma parte do enunciado 393 parece merecer revisão: a exceção de pré-executividade é cabível para além das matérias conhecíveis de ofício pelo magistrado. Resta saber se a necessidade de dilação probatória ainda é empecilho para a defesa atípica. Sob esse aspecto, começam a aparecer certas rachaduras nas posições mais tradicionais sobre o tema, seja da doutrina, seja da jurisprudência.

6. CONSIDERAÇÕES SOBRE A DILAÇÃO PROBATÓRIA EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

A possibilidade de dilação probatória em sede de exceção de pré-executividade não é ideia que atualmente experimente tanta aversão quanto outrora.

A posição mais tradicional do tema defende que apenas seria admissível, nessa

³⁰ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Parecer n. 95. Sobre pedidos de decretação de abertura de falência, baseados em títulos falsos, e de ação executiva em que a falsidade dos títulos afasta trata-se de dívida certa. cit., p. 135.



defesa atípica, a alegação de questão de direito ou fato documentalmente provados. Havendo necessidade de maior pesquisa probatória, não seria o caso da exceção de pré-executividade.³¹

Em outro espectro de entendimento, e em sintonia com o que apresentamos em tópico acima, Leonardo Greco, ao comentar o art. 803, do CPC, defende que a exceção de pré-executividade não possui qualquer limitação probatória. Não haveria qualquer vedação a eventual alegação de falsidade de título executivo que dependa de prova pericial e não deveria ser vedado ao executado alegar um vício dessa gravidade. Em resumo, para o autor, “não há limitação cognitiva para a apreciação de questão relativa à validade do processo de execução”.³²

Eduardo Talamini adota posição intermediária. Para o autor, em relação às questões processuais de ordem pública (pressupostos processuais executivos, condições da ação executiva, nulidade absoluta de atos executivos), seria possível dilação probatória. Em relação às matérias de mérito, atinentes à procedência substancial da pretensão executiva, a exemplo do pagamento, transação e da renúncia, seria exigível prova *prima facie*. Tais matérias, em regra, não devem ser analisadas no processo de execução, pois o próprio objetivo da execução seria evitar que, no próprio procedimento

³¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, versão digital, item 520; GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. São Paulo: RT, 1995, p. 154-155; MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado...* cit., p. 47-51; LUCCON, Paulo Henrique dos Santos. O controle dos atos executivos e a efetividade da execução: análises e perspectivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 1998, p. 351-352; NOLASCO, Rita Dias; GARCIA, Victor Menezes. *Execução fiscal à luz da jurisprudência...* cit., p. 272; GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. *A objeção de pré-executividade após as reformas do processo de execução*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Ernane Fidélis dos; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007, p. 691; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Coisa julgada na execução e na exceção de pré-executividade. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord). *Processo de execução: temas polêmicos e atuais*. São Paulo: RCS, 2005, p. 202; SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2005, p. 96; ALVIM, Eduardo Arruda. Exceção de pré-executividade... cit., p. 224, 226.

³² GRECO, Leonardo. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2020, t. XVI, p. 253. Embora não fique claro os limites do exercício do direito à prova, Scartezzini defendeu, ainda na vigência do CPC de 1973, a eventual dilação probatória na exceção de pré-executividade sob o argumento da adoção de uma “postura mais equânime no sentido de sopesar direito e interesses, admitindo-se a objeção como meio eficaz de defesa do devedor” (SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi. Breves considerações sobre a imperiosa ampliação da admissibilidade da objeção de pré-executividade. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Ernane Fidélis dos; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007, p. 575).



houvesse disputa sobre o crédito pretendido. Mesmo objeções materiais, que podem ser conhecidas de ofício, seguiriam essa regra.³³

No Superior Tribunal de Justiça as conclusões sobre o assunto também passam por mudanças.

Em importante julgado, a terceira turma do STJ, no Resp 1.912.277-AC, afirmou que “*Em sede de exceção de pré-executividade, o juiz pode determinar a complementação das provas, desde que elas sejam preexistentes à objeção*”.³⁴

Pelo inteiro teor do acórdão, admite-se a complementação da prova necessária à comprovação da alegação da parte, mas não a dilação probatória. O que é vedado, nas palavras da relatora, é “*a produção de prova nova*. Dito de outro modo, o executado apenas pode comprovar as alegações formuladas na exceção de pré-executividade com base em provas já existentes à época do protocolo da petição”.³⁵ Não se fez, em tese, qualquer limitação ao tipo de prova, mas apenas ao momento de sua produção. Se é prova que já existe ao tempo da propositura da exceção, ela pode ser juntada em momento posterior à sua propositura.

No caso concreto, o sócio, incluído como legitimado passivo da execução fiscal, apresentou a exceção de pré-executividade alegando ilegitimidade passiva porque teria alienado suas cotas sociais antes da transação que gerou o título executivo, anexando o instrumento de compra e venda, a primeira alteração contratual da empresa, mas esqueceu do registro da alteração societária na Junta Comercial. Essa complementação foi admitida pelo juiz porque não seria dilação probatória, mas complementação do acervo probatório, o que foi chancelado pelo STJ. Aparentemente, para o Tribunal da Cidadania, a “complementação da prova” é juntada de prova pré-constituída, como documentos, enquanto a “dilação probatória” é produção de novos elementos probatórios, como prova testemunhal e pericial.

³³ TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 153, nov.-2007, versão digital, itens 3.2 e 3.4.

³⁴ STJ, 3ª T., REsp 1.912.277-AC, Rel. Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, j. 18/05/2021, DJe 20/05/2021, info. n. 697.

³⁵ Na doutrina, inclusive servindo de fundamento para o STJ, cf.: CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda; FERNANDES, Pablo Gurgel. O conceito de dilação probatória para a admissibilidade da exceção de pré-executividade no âmbito das execuções fiscais. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*, v. 22, jan.-fev./2020 p. 131-133.



7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A redação do enunciado 393, da súmula do STJ deve ser revista. No fim das contas, acaba sendo possível exceção de pré-executividade para qualquer matéria, desde que não haja necessidade de dilação probatória e, mesmo nesse aspecto, já se admitiu complementação probatória do que for alegado em sede de defesa atípica. Isso é um primeiro passo para que se aceite o que parte da doutrina já acha cabível e que não é limitado pelo art. 803 do CPC: dilação probatória em sede de exceção de pré-executividade.

O credor não experimentará prejuízo, pois a execução apenas é suspensa após o oferecimento de penhora e nos termos do art. 919 e parágrafos, do CPC, aplicáveis à execução fiscal, pois a Lei 6.830/80 é silente no aspecto.

Há um nítido descompasso entre as posições doutrinárias que, por vezes, são bem mais liberais quanto à produção de prova na exceção de pré-executividade e a jurisprudência do STJ, salvo no recente julgado destacado. Antes dele, o STJ simplesmente inadmitia qualquer produção probatória após a apresentação da peça defensiva excepcional.

A eventual alteração do posicionamento do STJ para admitir a complementação da prova ainda está em seu início, não sendo possível identificar como o tema eventualmente evoluirá no tribunal. De qualquer forma, ainda é difícil a compreensão do que poderia vir a ser complementação probatória e não dilação, para além de se tratar de prova pré-constituída. Não se sabe, por exemplo, se uma prova pericial ou mesmo testemunhal pré-constituída seria admitida. Os doutrinadores que deram origem ao posicionamento do STJ, de certa forma, reconhecem essa dificuldade, ao apontarem que caberá ao Poder Judiciário sopesar os interesses em conflito para estabelecer os limites da eventual complementação probatória.³⁶

³⁶ CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda; FERNANDES, Pablo Gurgel. O conceito de dilação probatória para a admissibilidade da exceção de pré-executividade no âmbito das execuções fiscais. FERNANDES, Pablo Gurgel. O conceito de dilação probatória para a admissibilidade da exceção de pré-executividade no âmbito das execuções fiscais. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*, v. 22, jan.-fev./2020, p. 132.



Também não é possível identificar qual seria o reflexo de eventual requerimento de prova pela parte exequente, que pode ter por objetivo se contrapor às alegações do executado *também* por meio de prova pré-constituída. Não haveria, nessa situação, uma complementação de prova, mas efetiva dilação probatória. Talvez um caminho seja inadmitir a exceção de pré-executividade caso surja qualquer espécie de controvérsia sobre os fatos, delegando a matéria para eventuais embargos à execução.

Por outro lado, para além da análise da posição do STJ, seria possível conceber algumas diretrizes para a dilação probatória na exceção de pré-executividade. Para tanto, tem-se a diferenciação entre matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz e aqueles que dependem de prévia alegação da parte.

Um primeiro ponto é o de que a natureza do direito é irrelevante; essa afirmação é necessária porque parte da doutrina acaba ampliando o objeto da exceção de pré-executividade sob o argumento de que, por exemplo, em matéria tributária, qualquer questão poderia ser tida como matéria de ordem pública/cognoscíveis de ofício. Em termos gerais, evita-se a tentativa de definição do que seriam questões de ordem pública, que é um daqueles institutos que prescindem de justificação, bastando que algo seja rotulado por ele para que mereça um regime jurídico específico³⁷, e que ainda prescinde de critérios seguros para a sua identificação.³⁸ Ainda sobre a questão, mesmo em se admitindo a categoria “questões de ordem pública” destaca-se que não se pode confundir com matérias que podem ser conhecidas de ofício, pois este é um universo bem mais amplo do que o abrangido pelas matérias de ordem pública.³⁹

A melhor forma de resolver a questão é a de trabalhar com matérias que podem ser conhecidas de ofício. Nesses temas, não parecem existir justificativas para impedir eventual dilação probatória. Isso porque em tais casos, se o próprio juízo pode analisar a questão de ofício e, com isso, eventualmente requerer dilação probatória sobre o tema, esses mesmos poderes pertencem às partes. Não há necessidade de apresentação de

³⁷ Com essa crítica, cf.: GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova* – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro. Tese de Doutorado. São Paulo: PUC-SP, 2013, p. 174.

³⁸ Fazendo menção ao tema, com as devidas referências bibliográficas, cf.: APRIGLIANO, Ricardo. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011, p. 10.

³⁹ APRIGLIANO, Ricardo. *Ordem pública e processo...* cit., p. 107-115.



embargos à execução para que venha a surgir a possibilidade de produção de provas, porque essa mesma exigência não seria requerida para a cognição de ofício pelo magistrado.

Para as matérias em relação às quais não é possível a cognição de ofício, apenas seria possível a sua alegação mediante a comprovação *prima facie* da alegação. Trata-se de matérias que, em regra, são destinadas ao desenvolvimento no âmbito dos embargos à execução ou impugnação ao cumprimento de sentença, com a possibilidade de ampla dilação probatória. Não se exclui a eventual possibilidade de complementação probatória, tal como reconhecido pelo STJ, mas de forma bastante restrita, de forma análoga à do Mandado de Segurança, que apenas admite prova documental e pré-constituída. Apenas seria possível a complementação de prova documental e desde que os fatos sejam incontroversos. Em havendo o surgimento de questão de fato, a exceção de pré-executividade torna-se inadmissível.

REFERÊNCIAS:

- ALVIM, Eduardo Arruda. Exceção de pré-executividade. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 2001.
- APRIGLIANO, Ricardo. *Ordem pública e processo: o tratamento das questões de ordem pública no direito processual civil*. São Paulo: Atlas, 2011.
- ASSIS, Araken de. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: RT, 2018, t. XIII, versão digital.
- ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 20 ed. São Paulo: RT, 2017.
- BAJERSKI, Leonardo Munareto. Exceção de pré-executividade. In: MELO FILHO, João Aurino (coord.). *Execução fiscal aplicada*. 8º ed. Salvador: Juspodivm, 2020.
- BASTOS, Antonio Adonias. *A defesa do executado de acordo com os novos regimes da execução*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2009.
- CLEMENTINO, Marco Bruno Miranda; FERNANDES, Pablo Gurgel. O conceito de dilação probatória para a admissibilidade da exceção de pré-executividade no



- âmbito das execuções fiscais. *Revista de Direito Tributário Contemporâneo*, v. 22, jan.-fev./2020.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em juízo*. 17 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro da. As defesas do executado. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Ernane Fidélis dos; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de direito processual civil. Curso de direito processual civil*. 8ª ed. Salvador: Juspodivm, 2018, v. 5.
- GODINHO, Robson Renault. *Convenções sobre o ônus da prova – estudo sobre a divisão de trabalho entre as partes e os juízes no processo civil brasileiro*. Tese de Doutorado. São Paulo: PUC-SP, 2013.
- GONÇALVES, Helena de Toledo Coelho. *Objecção de pré-executividade – uma análise principiológica*. In: SHIMURA, Sérgio; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coords). *Processo de execução*. São Paulo: RT, 2001.
- GRECO, Leonardo. *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2020, t. XVI.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Execução forçada: controle de admissibilidade*. São Paulo: RT, 1995.
- GUIMARÃES, Rafael de Oliveira. *A objeção de pré-executividade após as reformas do processo de execução*. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Ernane Fidélis dos; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007.
- LUCCON, Paulo Henrique dos Santos. O controle dos atos executivos e a efetividade da execução: análises e perspectivas. In: WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Processo de execução e assuntos afins*. São Paulo: RT, 1998.
- MEDINA, José Miguel Garcia. *Curso de direito processual civil moderno*. São Paulo: RT, 2020, versão digital.



- MOREIRA, Alberto Camiña. *Defesa sem embargos do executado: exceção de pré-executividade*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Exceção de pré-executividade: uma denominação infeliz. Temas de direito processual: sétima série*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- NOLASCO, Rita Dias; GARCIA, Victor Menezes. *Execução fiscal à luz da jurisprudência*. São Paulo: RT, 2015.
- OLIVEIRA NETO, Olavo de. *A defesa do executado e dos terceiros na execução forçada*. São Paulo: RT, 2000.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Parecer n. 95. Sobre pedidos de decretação de abertura de falência, baseados em títulos falsos, e de ação executiva em que a falsidade dos títulos afasta trata-se de dívida certa. In: *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1982, v. 4.
- ROSA, Marcos Valls Feu. *Exceção de pré-executividade: matérias de ordem pública no processo de execução*. 2ª ed. Porto Alegre: Safe, 1999.
- SCARTEZZINI, Ana Maria Goffi. Breves considerações sobre a imperiosa ampliação da admissibilidade da objeção de pré-executividade. In: WAMBIER, Luiz Rodrigues; SANTOS, Ernane Fidélis dos; NERY JR., Nelson; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. (coords). *Execução civil: estudos em homenagem ao professor Humberto Theodoro Júnior*. São Paulo: RT, 2007.
- SHIMURA, Sérgio. *Título executivo*. 2ª ed. São Paulo: Método, 2005.
- TALAMINI, Eduardo. A objeção na execução (exceção de pré-executividade) e a reforma do Código de Processo Civil. *Revista de Processo*, v. 153, nov.-2007, versão digital.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015, versão digital.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Coisa julgada na execução e na exceção de pré-executividade. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (coord). *Processo de execução: temas polêmicos e atuais*. São Paulo: RCS, 2005.