

DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE*

* *Jussara Maria Pordeus E Silva*

Promotora de Justiça com assento na
Vara Especializada da Fazenda Pública Municipal

I- DO OBJETO E DO CABIMENTO

Cumpra, *a priori*, salientar que o reconhecimento de tal procedimento nos meandros da legislação processual civil ganha paginação, não havendo, portanto, disposição legal da matéria, razão pela qual apraz estabelecer um estudo criterioso acerca do objeto e cabimento de tal via de defesa ao executado, adargado pela construção doutrinária de nossos estudiosos da ciência jurídica.

O festejado autor PONTES DE MIRANDA, um dos primeiros juristas a contornar aspectos concernentes a tal meio de defesa, já dispensava atenção acerca da questão, assim se manifestando:

“A execução confina com interesses gerais, que exigem do juiz mais preocupar-se com a segurança intrínseca (decidir bem) do que com a segurança extrínseca (ter decidido)”. (Dez anos de pareceres, vol.4, p. 134).

Com tal assertiva, o tão inspirado jurista sinalou a relevância das questões de ordem pública que eivam o processo de execução de nulidade, destituindo de qualquer eficácia o título executivo que se revestia da presunção de liquidez, certeza e exigibilidade.

Tal discussão emergiu frente à existência de defeitos na constituição do crédito fiscal que venham a desfigurá-lo da presunção de liquidez, certeza e exigibilidade, estando, por conseguinte, ausentes os requisitos da execução, substanciados no art. 586, *caput*, da Lei Adjetiva Civil, *in verbis*:

“Art. 586 – A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível”.

Acerca da necessidade de a execução fundar-se em título líquido, certo e exigível, pronuncia-se o renomado processualista NELSON NERY JÚNIOR em lições proferidas em seu Código de Processo Civil Comentado, como abaixo descrito:

“ O título que autoriza a execução é aquele que *prima facie* evidencia certeza, liquidez e exigibilidade que permitem que o credor lance mão de pronta e eficaz medida para cumprimento da obrigação que o devedor se prestou a cumprir ”.

CARLOS HENRIQUE ABRÃO, em trabalho publicado na Revista Dialética de Direito Tributário n.º 22, de julho/1997, traça os seguintes ensinamentos a respeito do instituto em comento:

“ Denomina-se exceção de pré-executividade ou oposição substancial a formal constituição do crédito, no sentido de subsidiar o Juízo na análise de fundo e formar o seu convencimento no exame do caso concreto. (...) Frontalmente, a exceção contamina a validade e eficácia do título, no exato instante em que se mostra ausente o fundamento primeiro que permita enxergar interesse na demanda, levando a derrear a fenomenologia que conduziu à constituição do crédito fiscal.”

Doutra banda, o mestre ARAKEN DE ASSIS, em seu manual do Processo de Execução, vol. I, p. 347, assim elucida quanto à caracterização de tal meio de defesa processual:

“... a forma excepcional de oposição do devedor ao processo de execução fundada nos pressupostos processuais merece o rótulo genérico de exceção de pré-executividade, porque fulmina no nascedouro o *praeceptum* e o ato executivo de constrição (depósito ou penhora).”

Por sua vez, preconiza ERNANE FIDÉLIS DOS SANTOS, em criterioso posicionamento:

“Para que defira a execução, basta que o título, em aparência, revele liquidez, certeza e exigibilidade. Se tal não acontecer e, mesmo assim, a execução for deferida, é lógico que o executado poderá alegar o vício em grau de embargos, mas necessariamente, pois, se o Juiz, em qualquer fase do processo, deve, de ofício, reconhecer a nulidade, pode também fazê-lo provocado.” (Repro, 55:61-70).

Vislumbra-se, portanto, que a exceção de pré-executividade objetiva obstar a execução fiscal, quando evidentemente desprovida dos requisitos legais ensejadores de sua propositura. Desse sentido não diverge o entendimento adotado pelo eminente Juiz de Direito CARLOS HENRIQUE, no trabalho já mencionado, que vem a corroborar com esse sentido:

“Conseqüentemente, a exceção amarra a execução na categoria de prejudicialidade intrínseca contida na manifestação do interessado, mas extrínseca ao nascimento da obrigação tributária exigida.”

II- DA NECESSIDADE OU NÃO DO DEPÓSITO OU GARANTIA DO JUÍZO PARA OPOSIÇÃO DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Imperioso, antes de adentrarmos na incipiente discussão traçada, trazer à colação a manifestação de JOSÉ DA SILVA PACHECO (*in* Tratado das Execuções, vol. III, pp. 224/226):

“A defesa do executado não se esgota nos embargos. Pode revestir-se dos seguintes aspectos... a) *omissis*; b) defesa imediata com demonstração cabal da impossibilidade do ato executivo, antes da sua concretização”. Assim, antes do cumprimento do mandado executivo (...), pode o executado opor defesa, apreciável, de plano, sem ser através dos embargos. Por conseguinte, sem a exigência de segurança do juízo ou garantia da exceção.”

Nessa senda, inconcebível seria exigir que o executado, para manifestar-se, ou até mesmo incitar o juiz a conhecer a questão sobre a qual deveria pronunciar-se *ex officio* tenha de proceder à garantia do juízo.

Assim, na hipótese de estarem ausentes os requisitos necessários a conferir executibilidade ao título extrajudicial, causando um prejuízo ao processo executivo desde o seu nascedouro, conseqüentemente, a ação não reúne as condições de prosperar, tornando-se, por assim, desnecessária a garantia do juízo para comparecer aos autos e elucidar pontos que, conforme salientado alhures, deveria ser conhecido de ofício.

Novamente oportunos os ensinamentos do culto magistrado CARLOS ABRÃO em estudos dispensados à matéria em análise:

“Distribuída a execução fiscal, acompanhada das peças indispensáveis, ordenada a citação, com a sua feitura, deve o contribuinte pagar ou nomear bens no prazo de cinco dias, sob pena de ficar sujeito à constrição judicial. Uma vez que a matéria objeto da exceção não tem o fomento da eficácia da cobrança, e portanto vem desobrigada da respectiva garantia do juízo, inclinamos nossa posição no sentido de que o interessado faça seu pronunciamento antes de se permitir a concretização da penhora.”

À guisa de conclusão, evidencia-se, conforme a melhor doutrina acima esposada, que o excipiente prescinde da garantia do juízo para ter sua pretensão reconhecida por meio de exceção de pré-executividade.

III- DA POSSIBILIDADE OU NÃO DE RECONHECIMENTO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA EM SEDE DE PROCEDIMENTO INCIDENTAL DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE

Insta, *primus*, tecer considerações em torno da admissibilidade de produção de provas no procedimento de arguição de ausência dos requisitos da execução.

Em primeiro plano, deve-se ter em mente que, se as matérias argüíveis na objeção de pré-executividade são aquelas que o juiz deveria conhecer *ex officio*, logo não há praticamente *locus* para discussões acerca de matéria de fato.

De outro prisma, cumpre observar que determinadas categorias de provas a serem instrumento de constatação de certas matérias de fato alegadas pelo excipiente, nenhum prejuízo trariam ao rito executivo, uma vez que não se pode permitir que o processo de execução venha a tornar-se processo de conhecimento.

É de sabença geral que, no sistema jurídico brasileiro, existem remédios destinados a tutelar situações excepcionais devido à matéria discutida e à peculiaridade da querela, que só admitem a produção de prova pré-constituída.

Ao derredor do tema admissibilidade de produção de provas em exceção de pré-executividade, elucidativas são as linhas traçadas pelo magistrado

“Se, diante da prova pré-constituída produzida quando da arguição da ausência de requisitos da execução, o juiz se vê em condições de decidir a matéria, razão não há para se postergar o exame de tais requisitos, remetendo a discussão para a via dos embargos. Se, entretanto, não é possível definir-se pelo preenchimento ou não dos requisitos da execução, com base única e exclusivamente na prova pré-constituída, produzida quando da arguição da ausência dos requisitos da execução, deverá o juiz rejeitá-la (a arguição) e aguardar o oferecimento de embargos. (...) Se, por outro lado, a prova pré-constituída produzida quando da arguição da ausência dos requisitos da execução não for suficiente para o exame da matéria, ou se mesmo (o exame da matéria) depender de outros tipos de provas, deverá o juiz, ainda que dúvidas restem sobre o preenchimento dos requisitos da execução, rejeitar a arguição para, nos embargos, após a devida instrução probatória, decidir a matéria.”

Em havendo, então, elementos suficientes nos autos para elucidação do caso no qual o juiz deve conhecer de ofício, razão não há para se furta a proferir uma decisão.

Nessa esteira, pode o excipiente alegar que a execução fiscal proposta não se reveste das características de certeza e liquidez, por entender ser portador de imunidade tributária?

É cediço que o auferimento do benefício da imunidade tributária se encontra subordinado ao preenchimento de requisitos consubstanciados na Constituição Federal e no Código Tributário Nacional.

Com relação às instituições de ensino, à guisa de exemplo, confere o texto Constitucional em seu art. 150, VI, “c”, imunidade, limitando tal benefício, conforme o § 4.º do mesmo dispositivo, àquelas que tenham patrimônio, renda e serviços empregados no desempenho de atividades essencialmente ligadas às finalidades da entidade, por tratar-se de imunidade subjetiva, conferida, dentre outras, às instituições educacionais sem fins lucrativos.

Ainda na mesma hipótese, igual limitação ao poder de tributar vem inscrita no art. 9.º, IV, "c", do Código Tributário Nacional, o qual tipifica em seu art. 14 os requisitos necessários para aferir-se a imunidade conferida:

"Art. 14 – O disposto na alínea c do inciso VI do art. 9.º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I- não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a título de lucro ou participação no seu resultado;

II- aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção de seus objetivos institucionais;

III- manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidade capazes de assegurar sua exatidão".

Emerge, por via de consequência, o entendimento segundo o qual somente as instituições de ensino, sem fins lucrativos, que preencherem tais requisitos, é que terão o benefício da imunidade, devendo, para tanto, haver a comprovação por parte do interessado de que se enquadra na situação ensejadora de gozar de imunidade, fazendo-se necessário que haja ato declaratório, mediante procedimento a verificar, por meio de instrução probatória, o preenchimento dos requisitos, declaração esta que, inclusive, não tem caráter de definitividade ou perpetuidade, já que tais condições podem a qualquer tempo vir a ser desobedecidas pela entidade.

Considerando que, como visto, o reconhecimento da imunidade tributária de instituições educacionais não é automático, uma vez que depende da verificação do preenchimento dos requisitos necessários, não há como falar em aceitação de plano em virtude de simples alegação em procedimento que não comporta dilação probatória.

FÁBIO FANUCCI *in* Comentários ao Código Tributário Nacional, coordenado pelo Prof. IVES GANFRA DA SILVA MARTINS, vol.1, Editora Saraiva, 1998, p. 141, tece os seguintes delineamentos:

"Sendo condicionada a imunidade, não é estranho que a autoridade fiscal deva ser provocada para declará-la em favorecimento de educação e de assistência social. Uma vez reconhecida a situação de gozo da proteção constitucional, só deve cessar de produzir efeitos uma vez que o reconhecimento venha a ser cassado, porque a instituição deixou de satisfazer as condições em lei fixadas. Essa última conclusão aponta uma

atuação racional das autoridades fiscais, em contrapartida com outras opiniões e exigências, no sentido da renovação anual do favorecimento.”

Desse modo, deve-se em cada caso concreto inferir se foi carreado aos autos documento comprobatório do reconhecimento, pelo Poder Público, da imunidade alegada, caso contrário, incabíveis nessa via estreita da exceção de pré-executividade provas periciais, como perícia contábil, transmutando o procedimento em processo de conhecimento, como dito alhures.

O posicionamento exarado acima não destoia do entendimento emanado do E. Tribunal de Justiça do Distrito Federal, no sentido da necessidade de demonstração dos requisitos ensejadores da concessão da imunidade tributária por meio de processo autônomo:

“EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. TEM-
PLOS RELIGIOSOS. IMUNIDADE TRIBU-
TÁRIA. Preliminares rejeitadas. Intempestivida-
de não demonstrada. Direito à imunidade não
questionada pela autoridade impetrada. Reco-
nhecimento do direito mediante habilitação em
processo próprio (Decreto n.º 16.100, art. 11, II,
parágrafo único). Omissão da impetrante na ha-
bilitação para fruição da imunidade tributária.
Direito não violado por ato da autoridade públi-
ca. Segurança denegada.”(TJDF – Conselho Es-
pecial, MS 4217/95-DF, Rel. Desdor. Carlos Au-
gusto Machado Faria, j. 8.8.95, DJ 18.12.95, p.
19262).

Induvidoso destacar que, nesse estrito procedimento, não é cabível instrução probatória, devendo-se buscar tal reconhecimento, se buscada a via judicial, mediante Ação Declaratória, com rito ordinário, onde o excepto teria oportunidade de comprovar que se enquadra nos requisitos do art. 14 do CTN.

IV- CONCLUSÃO

Deveu-se o presente estudo à alegação de imunidade tributária em vários processos de execução fiscal em trâmite na Vara Especializada da Fazenda Pública Municipal, via Exceção de Pré-Executividade, meio de defesa preferido pelos advogados tributaristas por prescindir de garantia do juízo, ao reverso dos embargos.

Todavia, ressalte-se, tal objeção, além de só ter cabimento se o título contiver nulidade ou vício sobre o qual o juiz haveria de pronunciar-se de ofício, não suspende a execução fiscal, podendo o juiz dar prosseguimento normal à via executiva, salvo se, após despacho de inadmissão, houver agravo com efeito suspensivo.