

07

COMPLEMENTAR

TEXTO 3

LEONARDO JOSÉ CARNEIRO DA CUNHA

COPIN
OK

A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

Leturas refere-se as atualizações de 2011, os itens 12.2 de 12.21 a 12.21.5

02824
BARROS CARVALHO ADVOGADOS

DIALÉTICA

São Paulo - 2003

ra de bens. Sendo, porém, a execução manifestamente nula, em razão de vício evidente que deveria ter sido percebido de ofício pelo magistrado, não se justifica que o executado tenha seu patrimônio atingido para, somente depois, ingressar com embargos à execução, a fim de demonstrar uma nulidade evidente, que contamina toda a execução, a qual não deveria sequer ter sido processada pelo juiz.

Para casos assim, admite-se o ajuizamento de uma mera petição, nos próprios autos da execução, denominada de exceção ou objeção de pré-executividade³⁴⁹, a fim de demonstrar ao juiz a nulidade da execução que deveria ter sido percebida por ele de ofício. Com isso, evita-se uma constrição desnecessária no patrimônio do devedor, que não terá prejuízo, podendo demonstrar a nulidade que contamina o processo de execução.

Essa exceção ou objeção de pré-executividade pode ser proposta pela Fazenda Pública?

Ora, a Fazenda Pública, diferentemente dos particulares, não é citada na execução para pagar a dívida ou nomear bens à penhora. Sua citação a convoca para opor embargos. Opostos os embargos, estará suspensa a execução, vindo a ser processados e, ao final, julgados. Diante disso, a Fazenda Pública não detém, em princípio, interesse processual em ajuizar uma exceção ou objeção de pré-executividade, pois dispõe de mecanismo mais útil e menos prejudicial para apresentar sua defesa.

É que não há necessidade de penhora nem de garantia do juízo para que a Fazenda Pública oponha seus embargos. Demais disso, os embargos opostos pela Fazenda Pública suspende o curso da execução. A exceção ou objeção de pré-executividade, por sua vez, não causa essa suspensão no processo de execução, sendo, pois, menos útil para a Fazenda Pública. E não havendo utilidade, não há interesse processual.

Há, no entanto, uma possibilidade de a Fazenda Pública apresentar a exceção ou objeção de pré-executividade: quando perdido o prazo para embargos, houver uma questão de ordem pública que cause a nulidade da execução ou que enseje sua extinção. Nessa hipótese, poderá a Fazenda Pública ajuizar a exceção ou objeção de pré-executividade, defendendo-se por meio de uma mera petição.

Aliás, o valor dos precatórios poderá sempre ser revisto, de ofício ou a requerimento, a fim de evitar desembolsos indevidos de recursos públicos. No particular, a Medida Provisória nº 2.180-35/2001 introduziu o art. 1º-E à Lei nº 9.494/1997 que assim dispõe:

³⁴⁹ Embora seja corrente o uso do termo *exceção*, parece mais correto adotar a expressão *objeção*, eis que o incidente de pré-executividade destina-se a alegar matéria de ordem pública, que deve ser conhecida de ofício pelo juiz. As questões dispositivas, que exigem provocação da parte, são alegadas por meio de *exceção*, enquanto as matérias de ordem pública, que podem ser apreciadas de ofício pelo juiz, devem ser suscitadas mediante *objeção*.

“Art. 1º-E. São passíveis de revisão, pelo Presidente do Tribunal, de ofício ou a requerimento das partes, as contas elaboradas para aferir o valor dos precatórios antes de seu pagamento ao credor.”

Assim, por meio de mera petição ou, se assim se preferir denominar, por meio de uma exceção ou objeção de pré-executividade, a Fazenda Pública poderá, ainda que não disponha de mais prazo para oposição de embargos à execução, requerer a revisão do valor do crédito, com vistas a assegurar o interesse público, evitando-se pagamentos indevidos ou em quantias superiores ao realmente devido.

Tal revisão pode, inclusive, ser feita de ofício pelo presidente do tribunal. Observa-se, inclusive, que a regra relativiza a competência do juiz de primeira instância para apreciar incidentes na execução contra a Fazenda Pública, atribuindo ao presidente do tribunal a competência para rever o valor do precatório, a quem se deve permitir requisitar o auxílio de contador judicial ou encaminhar os autos ao juiz de primeira instância para que ali se proceda com a conferência e aferição do valor devido.

Poder-se-ia questionar se essa regra não ofenderia a garantia da coisa julgada. Acontece, porém, que os erros de cálculo ou erros materiais, segundo entendimento firmado na jurisprudência, não são alcançados pelo manto da coisa julgada, permitindo a correção a qualquer momento. Ademais, em se tratando de verbas públicas, deve-se exigir a aplicação do princípio da moralidade que, em confronto com a garantia da coisa julgada, enseja a aplicação do princípio da proporcionalidade para empreender a aplicação da tese da relativização da própria coisa julgada em favor da moralidade administrativa, evitando-se desvios de verbas públicas e pagamentos indevidos com recursos orçamentários.

10.2. Execução Proposta pela Fazenda Pública

10.2.1. Execução fiscal

A execução fiscal está regulada pela Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, e, subsidiariamente, pelas disposições do Código de Processo Civil, sendo pertinente destacar as regras contidas nos tópicos seguintes. Na verdade, aplicam-se à execução fiscal as normas do Código de Processo Civil, com as alterações e particularidades previstas na referida Lei nº 6.830/1980.

10.2.1.1. A dívida ativa da Fazenda Pública e a certidão de dívida ativa

Toda execução deve fundar-se em título executivo líquido, certo e exigível. Os títulos executivos podem ser judiciais ou extrajudiciais. Os judiciais estão previstos no art. 584 do CPC, ao passo que os extrajudiciais estão capitulados no art. 585 do CPC. Dentre estes últimos, destaca-se a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei.

A dívida ativa da Fazenda Pública é constituída por qualquer valor definido como de natureza tributária ou não tributária pela Lei nº 4.320, de

17 de março de 1964. A dívida ativa, tributária ou não tributária, compreende, além do principal, a atualização monetária, os juros, a multa de mora e os demais encargos previstos em lei ou contrato.

O valor devido à Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, deve ser inscrito na dívida ativa. Tal inscrição é feita por meio de um procedimento administrativo destinado a apurar a liquidez e certeza do crédito. Assim, instaurado o procedimento administrativo, o devedor será notificado para pagar o valor devido ou apresentar suas razões de defesa. Não efetuado o pagamento, não apresentada defesa ou vindo esta a ser rejeitada, sobrevirá o ato administrativo de inscrição do valor na dívida ativa.

Após a inscrição na dívida ativa, será emitida uma certidão que atesta a certeza e liquidez do débito. Esta certidão, denominada de certidão de dívida ativa, constitui o título executivo apto a legitimar a propositura da execução fiscal.

Significa dizer que, não havendo certidão de dívida ativa, não será possível o ajuizamento da execução fiscal. O título executivo que autoriza a propositura da execução fiscal é a certidão de dívida ativa. E, como todo e qualquer título executivo, a certidão de dívida ativa contém os atributos da certeza, liquidez e exigibilidade.

Estando a certidão de dívida ativa com algum vício ou elemento que afaste sua liquidez ou certeza, poderá dita certidão, até a decisão de primeira instância, ser substituída ou emendada, assegurando-se ao executado a devolução do prazo para embargos (Lei nº 6.830/1980, art. 2º, § 8º). Nesse caso, não há sucumbência contra a Fazenda Pública, substituindo-se ou emendendo-se a certidão, com a renovação do prazo para embargos.

10.2.1.2. As legitimidades ativa e passiva na execução fiscal

A execução fiscal pode ser ajuizada pela Fazenda Pública, ou seja, pela União, pelos Estados, pelos Municípios, pelo Distrito Federal e por suas respectivas autarquias e fundações públicas. Com efeito, a execução fiscal é privativa da Fazenda Pública, não podendo ser utilizada pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais, como se viu, não estão abrangidas no conceito de Fazenda Pública.

O pólo passivo, por sua vez, deve ser preenchido pelo devedor constante da certidão de dívida ativa ou pelos seus sucessores a qualquer título. Pode, ainda, a execução fiscal ser promovida contra o garantidor da dívida ou contra a pessoa obrigada a satisfazer a obrigação, tais como o fiador, o espólio, a massa falida ou o responsável, nos termos da lei, por dívidas tributárias ou não tributárias.

10.2.1.3. Competência

A competência para processar e julgar a execução fiscal será do juízo do foro do domicílio do devedor, podendo a Fazenda Pública ajuizar a exe-

cução no foro do lugar em que se praticou o ato ou ocorreu o fato que deu origem à dívida, embora nele não mais resida o executado³⁵⁰.

Enfim, a competência será do juízo de direito ou do juízo federal do foro do domicílio do executado. Se o devedor mantiver domicílio no interior, onde não haja juízo federal, a Fazenda Federal não deve ajuizar a execução em vara federal da capital do Estado correspondente. Nesse caso, a execução será proposta perante o juiz estadual da comarca do domicílio do devedor³⁵¹. O juiz estadual estará, na espécie, investido de jurisdição federal, devendo os recursos que forem interpostos ser encaminhados ao Tribunal Regional Federal da Região que compreenda aquela comarca.

Caso a execução fiscal seja proposta perante juízo do foro onde o devedor não mantenha domicílio, haverá incompetência. Tal incompetência, contudo, é relativa, não devendo ser reconhecida de ofício pelo juiz. Somente poderá haver reconhecimento da incompetência, se houver ajuizamento de exceção de incompetência pelo executado. Não havendo o ajuizamento da exceção, estará prorrogada a competência: o juiz, que era incompetente, torna-se competente.

Se, no momento da propositura³⁵² da execução fiscal, o devedor mantinha domicílio naquele foro, mas, antes de ser citado, transfere domicílio para outro local, em outro foro, tal circunstância não altera a competência do juízo, em virtude do princípio da *perpetuatio jurisdictionis* insculpido no art. 87 do CPC³⁵³.

A competência para processar e julgar a execução fiscal exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário. E isso porque o crédito tributário não está sujeito a rateio (Lei nº 6.830/1980, art. 29), não havendo razão, portanto, para que se desloque a competência da execução fiscal para o juízo universal da falência.

Estando em curso uma execução fiscal, e sobrevindo a decretação da falência do devedor, não será necessário que a Fazenda Pública habilite seu crédito no juízo falimentar. É que não se aplicam à execução fiscal as regras da *vis attractiva* do juízo universal da falência. A execução fiscal prossegue, normalmente, devendo a penhora ser feita no rosto dos autos do processo de falência, pagando-se à Fazenda Pública preferencialmente, após a quita-

³⁵⁰ Acórdão unânime da 1ª Seção do STJ, CC 14.724-MS, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. 10/10/1995, DJ de 4/12/1995, p. 42.073.

³⁵¹ Súmula 40 do TFR: "A execução fiscal da Fazenda Pública Federal será proposta perante o juiz de direito da comarca do domicílio do devedor, desde que não seja ela sede de Vara da Justiça Federal."

³⁵² A ação é considerada proposta no momento em que despachada a petição inicial pelo juiz ou, onde houver mais de uma vara com a mesma competência material, quando realizada a distribuição (CPC, art. 263).

³⁵³ Assim enuncia a Súmula 58 do STJ: "Proposta a execução fiscal, a posterior mudança de domicílio do executado não desloca a competência já fixada."

ção dos débitos de acidente de trabalho, trabalhistas e previdenciários (CTN, art. 186). Se, no momento em que decretada a quebra, já havia penhora na execução fiscal, o bem constricto fica fora do rol dos bens da massa, garantindo-se com ele o crédito da Fazenda Pública³⁵⁴.

Vale dizer que a superveniente decretação da falência do devedor não suspende o curso da execução fiscal, a qual prosseguirá normalmente. Nesse caso,

“os eventuais credores preferenciais (em relação ao crédito tributário cobrado judicialmente pela via executiva fiscal) poderão habilitar seus créditos no processo de execução fiscal, enquanto o débito dobrado judicialmente pela via executiva não estiver satisfeito. O eventual saldo proveniente do processo de execução fiscal deverá ser transmitido de ofício pelo juiz a massa falida. O reforço da penhora far-se-á no rosto dos autos do processo falimentar, citando-se o síndico.”³⁵⁵

10.2.1.4. Procedimento

A execução fiscal é iniciada por meio de uma petição inicial simplificada, indicando, apenas, o juiz a quem é dirigida, o pedido e o requerimento para a citação do executado. A produção de provas pela Fazenda Pública independe de requerimento na petição inicial, sendo o valor da causa o da dívida constante da certidão, com os acréscimos legais.

Deve instruir a petição inicial a certidão de dívida ativa, que é, como se viu, o título que lastreia a execução fiscal. A certidão de dívida ativa pode, inclusive, constar do próprio texto da petição inicial, tudo num único documento, preparado, inclusive, por processo eletrônico.

Estando em ordem a petição inicial, o juiz irá determinar a citação do executado, a ser realizada, preferencialmente, pelos correios com aviso de recebimento, podendo, contudo, a Fazenda Pública requerer que seja realizada por outra forma. A citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado. Se, todavia, a data for omitida no aviso de recebimento, será considerada feita a citação 10 (dez) dias após a entrega da carta à agência postal (Lei nº 6.830/1980, art. 8º, II). Na eventualidade de o aviso de recebimento não retornar para o cartório judicial, no prazo de 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação deverá ser feita por oficial de justiça ou por edital.

O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora, além de encargos, ou garantir a execução,

³⁵⁴ Súmula 44 do TFR: “Ajuizada a execução fiscal anteriormente à falência, com penhora realizada antes desta, não ficam os bens penhorados sujeitos à arrecadação no juízo falimentar; proposta a execução fiscal contra a massa falida, a penhora far-se-á no rosto dos autos do processo da quebra, citando-se o síndico.”

³⁵⁵ Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp 502.336/CE, rel. Min. José Delgado, j. 13/5/2003, DJ de 2/6/2003, p. 222.

mediante depósito em dinheiro. Em vez de efetuar o depósito em dinheiro, poderá o executado oferecer fiança bancária, nomear bens à penhora (observada a ordem do art. 11 da Lei nº 6.830/1980) ou indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública. Observa-se, no particular, uma diferença entre a execução por quantia certa contra devedor solvente, prevista no CPC, e a execução fiscal: enquanto naquela o executado é citado para, em 24 (vinte quatro) horas, pagar ou nomear bens à penhora, nesta última tal prazo é de 5 (cinco) dias.

A Fazenda Pública poderá requerer um reforço de penhora, mas tal reforço não pode ser determinado de ofício pelo juiz, pois o art. 15, II, da Lei nº 6.830/1980 alude a *deferimento* pelo juiz, numa inequívoca indicação de que é necessário requerimento. Sendo assim, e em razão do princípio dispositivo, resta vedado ao juiz agir, nesse caso, de ofício, dependendo o reforço de penhora de requerimento expresso da Fazenda Pública³⁵⁶.

A intimação da penhora ao executado, na execução fiscal, faz-se mediante publicação no diário oficial. Nas comarcas do interior, onde não circule o diário oficial, a intimação será feita pela remessa de cópia do termo ou do auto de penhora, pelo correio, da mesma forma que se estabelece para a citação. Feita a intimação pelo correio, caso não conste do aviso de recebimento a assinatura do executado, deverá ser renovada sua realização, desta feita pessoalmente, por oficial de justiça.

Se a penhora recair sobre imóvel, será feita a intimação do cônjuge, seguindo-se as mesmas regras atinentes à citação.

É possível que a penhora seja feita sobre o faturamento diário da empresa executada, desde que se trate de hipótese excepcional, caso não haja outro meio de se garantir o juízo, nem bens suficientes para cobrir o valor cobrado³⁵⁷. Não localizado o executado, não encontrados bens seus ou sendo impenhoráveis os bens de que for titular, o juiz suspenderá o curso da execução fiscal durante o máximo de 1 (um) ano, não correndo, nesse período, o prazo de prescrição. Ultrapassado esse período de 1 (um) ano, e não

³⁵⁶ Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “Processual Civil. Execução Fiscal. Bens Penhorados. Ausência de Oposição pela Credora. Reforço de Ofício pelo Juiz. Impossibilidade. 1. É consectário do princípio dispositivo que no Processo Civil as atividades que o juiz pode engendrar *ex officio* não inibe a iniciativa da parte, de requerê-la, não sendo verdadeira a recíproca. Em consequência, por influxo do princípio dispositivo, nas atividades que exigem a iniciativa da parte, o juiz não pode agir sem provocação. 2. Consectariamente, é defeso ao juiz determinar de ofício o reforço da penhora, realizada validamente no executivo fiscal, a teor dos artigos 15, II, da LEP e 667 e 685 do CPC. 3. Recurso improvido.” (Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp 475.693/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 25/2/2003, DJ de 24/3/2003, p. 160)

³⁵⁷ Assim entende o Superior Tribunal de Justiça: “Execução Fiscal. Substituição de Bem Penhorado. Lei 6.830/80, Arts. 10, 11 e 15, II. CPC, arts. 677 e 678. 1. A jurisprudência tem admitido a penhora do faturamento diário da devedora executada tão-somente em casos excepcionais. Hipótese inócua no caso. 2. Precedentes jurisprudenciais. 3. Recurso não provido.” (Acórdão unânime da 1ª Turma do STJ, REsp 173.485/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. 12/6/2001, DJ de 1/7/2002, p. 218; RNDJ 33:106)

sendo encontrados o executado ou bens seus, o juiz ordenará o arquivamento dos autos. Encontrados, posteriormente e a qualquer tempo, o executado ou bens seus, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

Feito o depósito em dinheiro, procedida a juntada da prova da fiança bancária ou havendo a intimação da penhora, a partir de qualquer um desses momentos inicia-se o prazo de 30 (trinta) dias para o executado apresentar seus embargos. Enquanto não garantida a execução, não poderão ser opostos os embargos. Nesse ponto, a execução fiscal difere da execução por quantia certa contra devedor solvente prevista no CPC: nesta última o prazo para embargos é de 10 (dez) dias (CPC, art. 737), ao passo que, na execução fiscal, tal prazo é de 30 (trinta) dias. Além do mais, o prazo para os embargos, na execução fiscal, é contado a partir da intimação da penhora, do depósito em dinheiro ou da juntada aos autos da prova da fiança bancária. Por sua vez, o prazo para os embargos do executado, na execução prevista no CPC, é contado a partir da juntada aos autos da prova da intimação da penhora (CPC, art. 737, I).

Passada a fase de penhora, não havendo embargos ou vindo estes a ser rejeitados, segue-se a execução, possibilitando-se à Fazenda Pública adjudicar o bem penhorado, pelo valor da avaliação. Sendo o valor da avaliação superior ao da execução, a Fazenda Pública, para adjudicar o bem, deverá depositar a diferença. Contrariamente ao que sucede com a execução por quantia certa contra devedor solvente prevista no CPC, na qual a adjudicação somente é possível após a hasta pública ser encerrada sem qualquer lançador, o regime de execução fiscal permite que a Fazenda Pública adjudique os bens penhorados, antes do leilão, se a execução não tiver sido embargada ou caso sejam rejeitados os embargos. A adjudicação poderá ocorrer, ainda, após o leilão, pelo preço da avaliação, se não houver licitante. Havendo licitante, a adjudicação será possível, em igualdade de condições com a melhor oferta, no prazo de 30 (trinta) dias.

A hasta pública deve ser divulgada em edital único, publicado na imprensa oficial com antecedência de 10 (dez) a 20 (vinte) dias. Além do mais, “na execução fiscal o devedor deverá ser intimado, pessoalmente, do dia e hora da realização do leilão”³⁵⁸, sendo certo, ainda, que “o fato de não serem adjudicados bens que, levados a leilão, deixaram de ser arrematados, não acarreta a extinção do processo de execução”³⁵⁹.

Nas execuções fiscais, as intimações dos representantes judiciais da Fazenda Pública são feitas pessoalmente, mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria. No processo de execução fiscal, não deve haver intervenção do Ministério Público³⁶⁰.

³⁵⁸ Súmula 121 do STJ.

³⁵⁹ Súmula 224 do TFR.

³⁶⁰ Súmula 189 do STJ: “É desnecessária a intervenção do Ministério Público nas execuções fiscais.”

As publicações relativas a atos processuais, na execução fiscal, poderão ser feitas resumidamente ou reunir num só texto os de diferentes processos. Tais publicações farão sempre referência ao número do processo no respectivo juízo e ao número da correspondente inscrição de dívida ativa, bem como ao nome das partes e de seus advogados, suficientes para a sua identificação.

10.2.1.5. A defesa do executado

O executado, já se viu, pode defender-se por meio de embargos, que serão apresentados no prazo de 30 (trinta) dias, contados do depósito em dinheiro, da juntada aos autos da prova da fiança bancária ou da intimação da penhora. Enquanto não garantida a execução, não poderão ser opostos os embargos.

Nos embargos, o executado poderá alegar toda e qualquer matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até 3 (três) ou, a critério do juiz, até 6 (seis). Não se admite, na execução fiscal, reconvenção nem compensação. As exceções de suspeição, de impedimento e de incompetência serão possíveis, adotando-se a mesma sistemática prevista no Código de Processo Civil.

Recebidos os embargos, o juiz mandará intimar a Fazenda Pública para impugná-los, no prazo de 30 (trinta) dias, designando, em seguida, se for o caso, audiência de instrução e julgamento. Versando os embargos sobre matéria de direito ou, sendo de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental, não será realizada audiência de instrução e julgamento, caso em que juiz proferirá sentença em julgamento antecipado da lide.

Questiona-se se, na execução fiscal, seria possível ao executado ajuizar objeção de pré-executividade.

Conquanto o processo de execução, por sua própria natureza, não comporte defesa, cabendo ao executado valer-se de ação cognitiva autônoma (embargos do devedor) para desconstituir o título executivo e, de resto, apresentar as impugnações que tiver contra o crédito apresentado pelo exequente, doutrina e jurisprudência vêm admitindo a possibilidade de o executado, nos próprios autos da execução, apresentar objeção conducente à extinção do feito, por não comportar os requisitos próprios que permitem o seu aforamento.

Vale dizer que, despontando situações, “como aquelas em que se discutem questões atinentes à admissibilidade do processo de execução e que se relacionam com os pressupostos processuais e as condições da ação, essa mesma defesa prévia é feita via de exceção de pré-executividade nos próprios autos da ação.”³⁶¹

O que se percebe, a bem da verdade, é que a objeção de pré-executividade é utilizada para provocar a atuação do juiz em matéria de ordem pú-

³⁶¹ Revista dos Tribunais 740:351.

blica. A doutrina e a jurisprudência vêm, de igual modo, aceitando a objeção de pré-executividade, quando, mesmo a matéria não sendo de ordem pública nem devendo o juiz dela conhecer de ofício, houver prova pré-constituída da alegação feita pelo executado³⁶². É preciso cautela no trato do tema, com vistas a evitar que se esvaziem os embargos do devedor, pois os arts. 741 e 745 do CPC, ao disciplinarem os embargos do executado, estabelecem que devem ser neles alegadas matérias de ordem pública, e muitas outras que não dependem de prova pré-constituída.

Na verdade, o que tem servido de critério para se admitir a objeção de pré-executividade é a verificação da necessidade ou não de prova pré-constituída. Com efeito, há 3 (três) casos que são identificados pela doutrina³⁶³, dos quais 2 (dois) deles permitem a objeção de pré-executividade, restando o terceiro como hipótese privativa dos embargos do executado:

a) matérias de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz (nulidade da execução, carência de ação, falta de pressupostos processuais): *cabível a objeção de pré-executividade*;

b) matérias que não devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, devendo a parte alegá-las, sendo, porém, desnecessária qualquer dilação probatória: *cabível a objeção de pré-executividade*;

c) matérias que não devem ser conhecidas de ofício pelo juiz, devendo a parte alegá-las e comprová-las por meio de instrução probatória, exigindo-se, pois, a dilação probatória: *cabível, apenas, os embargos do devedor, não se admitindo a objeção de pré-executividade*.

Em se tratando de execução fiscal, indaga-se quanto à aplicação desse entendimento doutrinário. É que a dívida ativa regularmente inscrita, na dicção do art. 3º da Lei nº 6.830/1980, goza da presunção de certeza e liquidez, sendo igualmente certo que o executado deve defender-se, alegando toda e qualquer matéria, por meio de embargos (Lei nº 6.830/1980, art. 16).

Ora, não obstante a presunção de liquidez e certeza de que desfruta a certidão de dívida ativa, é curial ser tal presunção relativa, podendo ser afastada por *prova inequívoca* a ser feita pelo interessado (Lei nº 6.830/1980, art. 3º, parágrafo único). Vale dizer que, havendo prova pré-constituída de que não há certeza nem liquidez na dívida ativa ou de que a execução desponta manifestamente nula, nada impede que se aceite o ajuizamento da objeção de pré-executividade³⁶⁴. Aliás, não seria justo exigir que o executa-

³⁶² ALVIM, Eduardo Arruda. "Objecção de Pré-executividade - Aplicação em Matéria Fiscal". *Problemas de Processo Judicial Tributário - 4º Volume*. Valdir de Oliveira Rocha (coord.). São Paulo: Dialética, 2000, pp. 37-54.

³⁶³ SHIMURA, Sérgio. *Título Executivo*. São Paulo: Saraiva, 1997, pp. 70-71.

³⁶⁴ Entendendo cabível a objeção de pré-executividade na execução fiscal, mas apenas para as matérias de ordem pública, que devem ser conhecidas de ofício pelo juiz: CAVALCANTE, Mantovanni Colares. "Aspectos Relevantes da Exceção de Pré-executividade". *Problemas de Processo Judicial Tributário - 4º Volume*. Valdir de Oliveira Rocha (coord.). São Paulo: Dialética, 2000, pp. 205-231.

do tivesse seu patrimônio atingido para, somente então, permitir-lhe demonstrar uma nulidade manifesta ou alegar uma matéria que o juiz deveria, de ofício, ter percebido, negando trânsito regular à execução fiscal. A objeção de pré-executividade põe a descoberto a necessidade de conferir efetividade ao processo e de se sobrevelar o princípio da economia processual, pondo termo, desde logo, a um processo fadado à extinção, sem que se exige, desnecessariamente, a constrição prévia do patrimônio do executado³⁶⁵.

Cabível, portanto, a objeção de pré-executividade como mais um meio de defesa do executado na execução fiscal, mediante a qual poderá ser alegada qualquer matéria de ordem pública que deva ser conhecida de ofício pelo juiz. No particular, cumpre observar que "os vícios do processo administrativo fiscal retiram do título executivo a presunção de certeza, liquidez e exigibilidade do crédito. Caracterizam a falta de pressuposto processual da execução, argüível através da exceção"³⁶⁶.

A objeção de pré-executividade pode, igualmente, ser ajuizada na execução fiscal para demonstrar alguma causa extintiva da obrigação, a exemplo do pagamento, da prescrição ou da decadência³⁶⁷, desde que a alegação não dependa de dilação probatória³⁶⁸. Quanto à compensação, não é possível alegá-la na execução fiscal, nem mesmo por meio de embargos do executado (Lei nº 6.830/1980, art. 16, § 3º). Ora, não sendo possível, nem mesmo em embargos alegar compensação, não se pode manejar a objeção de pré-executividade para, na execução fiscal, alegar compensação como forma de extinção do crédito tributário.

O procedimento da objeção de pré-executividade é informal, não devendo suspender o curso da execução. É que todas as causas de suspensão encontram-se previstas no art. 791 do CPC. No caso da execução fiscal, a causa de suspensão está prevista no art. 40 da Lei nº 6.830/1980.

Ora, o ajuizamento da exceção de pré-executividade *não* se insere em nenhuma daquelas causas, não causando, portanto, a suspensão da execução. Realmente, não se deve aceitar a objeção, se seu ajuizamento implicar a paralisação do curso normal do processo de execução.

Além dos embargos e da objeção de pré-executividade, o executado pode, ainda, valer-se de ações autônomas, não incidentais à execução fiscal. Com efeito, o art. 38 da Lei nº 6.830/80 dispõe que "a discussão judicial da dívida ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na for-

³⁶⁵ ALVIM, Eduardo Arruda. "Objecção de Pré-executividade - Aplicação em Matéria Fiscal". *Problemas de Processo Judicial Tributário - 4º Volume*. Valdir de Oliveira Rocha (coord.). São Paulo: Dialética, 2000, pp. 37-54.

³⁶⁶ GRECO, Leonardo. "Exceção de Pré-executividade na Execução Fiscal". *Problemas de Processo Judicial Tributário - 4º Volume*. Valdir de Oliveira Rocha (coord.). São Paulo: Dialética, 2000, p. 196.

³⁶⁷ *Ibidem*, pp. 198-199.

³⁶⁸ ALVIM, Eduardo Arruda. *Ob. cit.*, pp. 48-50.

ma desta lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito, ou ação anulatória do ato declarativo de dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa e demais encargos”.

Assim, afora os embargos e a objeção de pré-executividade, o executado pode defender-se por meio de mandado de segurança, de ação declaratória, de ação anulatória, de ação de repetição de indébito, de ação de consignação em pagamento, enfim, de qualquer ação autônoma que desconstitua o lançamento tributário ou declare a inexistência de relação jurídica entre ele e a Fazenda Pública.

Tais ações não terão força para suspender o curso da execução fiscal (CPC, art. 585, § 1º), salvo se houver o depósito integral e em dinheiro do valor correspondente ao crédito fiscal³⁶⁹. A execução somente será suspensa se houver embargos do executado, depois de seguro o juízo com a penhora. As referidas ações autônomas não evitam a realização da penhora, não produzindo efeitos relativamente aos embargos do executado.

Caso a ação autônoma seja ajuizada antes da execução e, citado o executado, este não ingressa com os embargos, aquela ação autônoma não poderá fazer as vezes dos embargos, não suspendendo a execução fiscal. Na verdade, a ação autônoma somente influencia a execução, se, julgada procedente, tiver sido encerrada antes do término da execução fiscal³⁷⁰. A existência da ação autônoma, mesmo que a execução fiscal não tenha sido embargada, não impede a penhora nem acarreta a suspensão do feito executivo, fenômeno gerado, apenas, com o ajuizamento dos embargos do executado. A ausência de embargos não impede o ajuizamento de ação autônoma para discutir a dívida ativa³⁷¹.

Não há conexão entre a execução fiscal e as referidas ações autônomas. Poderá haver conexão entre os embargos do executado e uma dessas ações autônomas, acarretando a reunião das causas para serem julgadas conjuntamente pelo mesmo juízo, evitando-se, com isso, decisões conflitantes. A propósito, não custa lembrar que a conexão modifica, apenas, a competência relativa, não tendo o condão de alterar a competência absoluta. Então, se o juízo detiver competência privativa para a execução fiscal, não deverão os correspondentes autos ou os dos correlatos embargos ser remetidos para outro juízo que não detenha essa competência privativa. Ao juízo com competência privativa para execuções fiscais deverão ser remetidos os autos da ação autônoma que eventualmente seja conexa com os embargos do devedor ou, caso não seja possível essa reunião, haverá prejudicialidade

³⁶⁹ Súmula 112 do STJ: “O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro.”

³⁷⁰ PEREIRA, Rosalina Pinto da Costa Rodrigues. “Ações Prejudiciais à Execução”. *Genesis - Revista de Direito Processual Civil* 22:791-794. Curitiba: Genesis, p. 792.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 792.

externa, a ensejar a suspensão da ação autônoma, até o julgamento dos embargos do executado (CPC, art. 265, IV, a), a fim de se evitar a ocorrência de decisões conflitantes.

10.2.1.6. Da sentença e da coisa julgada na execução fiscal

Efetuada o pagamento na execução fiscal, ocorre a quitação do débito, culminando na extinção do processo por sentença do juiz da causa (CPC, arts. 794, I, e 795).

Nada obstante a quitação reconhecida na execução fiscal, caso a Fazenda Pública verifique, posteriormente, ser insuficiente o valor pago, não poderá proceder com outra inscrição em dívida, expedindo-se nova certidão de dívida ativa para cobrar a diferença. Com efeito, tome-se como exemplo uma execução fiscal, em que se cobra o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). Ultimados os pertinentes atos processuais a tempo e modo, caso o executado efetue o pagamento e sobrevenha sentença extinguindo a execução, não poderá a Fazenda Pública, verificando, posteriormente, que o valor correto seria de R\$ 7.000,00 (sete mil reais), pretender cobrar a diferença de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

É que, nesse caso, haverá formação da coisa julgada, não sendo possível articular-se a existência de manifesto erro material, a obstar a formação da coisa julgada.

Realmente, nos casos do art. 794 do CPC, a sentença de extinção do processo de execução contém comando de extinção da própria relação de direito material havida entre as partes, fazendo, bem por isso, coisa julgada material, sujeita, portanto, à ação rescisória (CPC, art. 485)³⁷².

³⁷² Nesse sentido, assim leciona José Carlos Barbosa Moreira: “Cabe ressaltar que, em *todos* os incisos do art. 794, há um denominador comum: trata-se, em qualquer deles, de atos suscetíveis de extinguir a relação jurídica material entre as partes. A extinção da execução, aí, é sempre fenômeno consequencial: o processo executivo não há de subsistir porque já não subsiste a dívida, quer com a satisfação do credor (inciso I), quer sem ela (incisos II e III).” (“Notas sobre a Extinção da Execução”. *Temas de Direito Processual - 5ª série*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 175)

Sobre o assunto, impõe-se ceder a palavra a Thereza Alvim, segundo quem a sentença que extingue o processo de execução (CPC, art. 795), por qualquer dos motivos elencados no art. 794, dentre eles a satisfação do crédito (inciso I), é abrangida pelos efeitos da coisa julgada material, somente podendo ser rescindida ou modificada por meio de ação rescisória, sujeita ao prazo decadencial de 2 (dois) anos. Eis o teor de sua lição: “Muito se discute sobre a sentença que põe termo à execução, tida como essencial pelo art. 795 do Código de Processo Civil. Esta *pode ter como conteúdo quer as hipóteses enumeradas no artigo anterior, quer outras*. Todavia, tratando-se de sentença que extingue a execução, porque *o devedor satisfaz a obrigação*, por o devedor obter, mediante *transação* ou qualquer outro meio, a *remissão* total da dívida ou por o credor ter *renunciado* ao crédito, inegavelmente, *ficará ela abrangida pela imutabilidade própria da coisa julgada material*. Esse o motivo pelo que nos parece só poderá ser desconstituída através de *ação rescisória*. (...) Assim, discordamos da afirmação de que, se a execução não foi embargada, *necessariamente* inexistente sentença, só cabendo ação anulatória, eis que o seu uso está