

## Definição e cabimento

Trata-se de uma simples petição que nasceu de uma construção jurisprudencial e doutrinária, não contando com previsão específica em lei. Indiretamente, como visto, fundamenta-se no art. 5º, XXXV, LIV e LV da Constituição Federal, segundo o qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Tem cabimento quando o processo de execução contém vício que contamina o título executivo, de modo que impede o seguimento válido do processo, o que faz com que o executado seja desobrigado de garantir a execução.

É meio processual que o Judiciário pode conhecer de ofício, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, **não sujeito à preclusão**, mesmo após a rejeição dos Embargos se, neste caso, a **ação de execução ainda estiver em curso**.

Neste sentido, diz a Súmula 393 do Superior Tribunal de Justiça: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória."

Relembramos que, quando o examinador mencionar que a defesa deverá ser feita nos próprios autos de execução fiscal, a peça cabível será a Exceção de Pré-Executividade, já que os Embargos devem vir em autos apartados.

## Matérias para Defesa

Vejamos agora quais matérias podem ser abordadas na Exceção de Pré-Executividade. Não serão vistos detalhes de direito material tributário sobre cada uma delas, mas da parte processual, à qual se dedica o presente curso.

Na Exceção de Pré-Executividade, podem ser abordadas as **preliminares de mérito** da Contestação, previstas no art. 337 do Código de Processo Civil:

- Inexistência ou nulidade da citação;
- Incompetência absoluta e relativa;
- Incorreção do valor da causa;
- Inépcia da petição inicial;
- Perempção;
- Litispendência;
- Coisa julgada;
- Conexão;
- Incapacidade da parte, defeito de representação ou falta de autorização;
- Convenção de arbitragem;

- Ausência de legitimidade ou de interesse processual;
- Falta de caução ou de outra prestação que a lei exige como preliminar;
- Indevida concessão do benefício de gratuidade de justiça.

Além disso, podem ser apontadas alguma das **causas de nulidade** da execução, previstas no art. 803 do Código de Processo Civil:

- Incerteza, iliquidez e inexigibilidade do título executivo;
- Ausência de citação regular;
- Ocorrência de condição ou termo.

Também podem ser abordadas as **causas extintivas** do crédito tributário, previstas no art. 156 do Código Tributário Nacional:

- Pagamento;
- Compensação;
- Transação;
- Remissão;
- Prescrição e a decadência;
- Conversão de depósito em renda;
- Pagamento antecipado e homologação do lançamento nos termos do disposto no artigo 150 e seus §§ 1º e 4º;
- Consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do artigo 164;
- Decisão administrativa irreformável, assim entendida a definitiva na órbita administrativa que não mais possa ser objeto de ação anulatória;
- Decisão judicial passada em julgado.
- Dação em pagamento em bens imóveis, na forma e condições estabelecidas em lei.

Por fim, poderão ser abordadas as **causas impeditivas** do crédito tributário:

- Imunidade;
- Isenção;
- Anistia;
- Parcelamento: neste caso, o contribuinte está cumprindo com o parcelamento da dívida e, mesmo assim, a Fazenda ajuíza uma execução fiscal contra ele. Deve-se observar que o parcelamento apenas suspende o crédito tributário, mas não o extingue.
- Tributos que o Supremo Tribunal Federal já declarou inconstitucional: Pode-se citar como exemplo a Súmula Vinculante 31 do Supremo Tribunal Federal, que diz que “É inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis.”