

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."

Relembreamos 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
- Litispêndência
- 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, iliquidize 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 decadência
- Conversão de depósito em renda
- Pagamento antecipado e homologação do lançamento nos termos do disposto no art. 150 e seus §§ 1º e 4º
- Consignação em pagamento, nos termos do disposto no § 2º do art. 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.”