

A EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE E SEU POSSÍVEL USO PROTELATÓRIO: EFEITOS, LIMITES E CUIDADOS NA CONDUÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL

Por Marcílio da Silva Ferreira Filho

A defesa do executado na Execução Fiscal pode se dar de múltiplas formas. Já destacamos no nosso livro “Execução Fiscal: Teoria, Prática e Atuação Fazendária” (2017) que o devedor pode se valer de defesas *endoprocessuais* e *heterotópicas*. A título de defesas *endoprocessuais* (aquelas relacionadas diretamente ao processo), é possível a utilização dos embargos à Execução Fiscal e Exceção de Pré-Executividade. Como defesas *heterotópicas* (aquelas utilizadas como medidas fora do processo), pode-se citar o mandado de segurança, a ação anulatória, a ação de consignação em pagamento, entre outros.

As defesas acima mencionadas possuem um tratamento jurídico bem delineado, seja por disposições contidas no ordenamento jurídico (CF, CTN, LEF, Legislação específica etc.), seja por tratamento jurisprudencial e doutrinários aprofundados. A mesma afirmação, no entanto, não se pode fazer quanto à *Exceção de Pré-Executividade*, doravante denominada apenas de **EPE**.

O referido instrumento de defesa do executado decorreu de uma criação jurisprudencial e doutrinária *assistemática*. Tendo em vista a necessidade de garantia do juízo para oposição dos embargos à execução (LEF, art. 16, § 1º), existiam debates processuais em que a matéria não demandava dilação probatória e poderia ser conhecida de plano pelo juízo. Foi, então, que se admitiu o mero atravessamento de *petição simples* pelo executado, a famosa EPE.

Quanto ao assunto, são vários os julgados admitindo a EPE em sede de Execução Fiscal, abordando as *possibilidades* e *limites* de utilização desse instituto processual. No entanto, poucos são aqueles que enfrentam um ponto problemático vivenciado na prática: **os efeitos da EPE e seu uso protelatório**. Explico.

Por ser uma petição simples, a EPE é de fácil utilização pelo executado. Basta elaborar e protocolar a EPE, sem pagar custas e, muitas vezes, sem sequer ser condenado em honorários advocatícios quando tem seu julgamento pelo não acolhimento, o que viola, é claro, frontalmente o CPC e o direito dos advogados públicos ao seu recebimento. O instrumento, ademais, pode ser utilizado a *qualquer momento* do processo, não havendo prazo específico.

Diante disso, ciente da possibilidade de ter algum bem objeto de constrição, o executado apresenta a EPE para forçar a análise de algum debate no processo executivo e impedir a constrição até a apreciação pelo juiz. Imagine a seguinte situação: ciente da proximidade de um pedido de penhora online, o executado apresenta EPE. De acordo com o procedimento correto (conforme explicaremos adiante), deveria ser realizada a penhora e só *depois* analisada a exceção, pois **não há efeito suspensivo automático** para referido instrumento. Todavia, isso **não** é o que acontece na prática.

Alegando se tratar de uma mera petição passível de análise *prima face*, os juízes deixam de realizar as penhoras e os atos de constrição em geral requeridas pela Fazenda Pública e simplesmente intimam o Fisco para se manifestar sobre a EPE sem realizar a penhora, postergando-a. Evidentemente, esse tempo entre a manifestação do Fisco e a apreciação da EPE é o tempo necessário para que o Executado, em quase todas as vezes, retire valores da conta bancária, aliene seu patrimônio para terceiros e assim por diante.

Pesquisando julgados do STJ, não se encontra precedentes enfrentando expressamente a questão. Nos julgados que tratam da EPE, não há uma análise sistemática sobre os seus efeitos e as cautelas do juiz e do advogado público na condução do processo executivo.

Em que pese isso, há alguns precedentes, a exemplo do AgRg no AREsp 578168/SP, Quarta Turma, em que se afirma expressamente que **a EPE não suspende a Execução Fiscal, a não ser que haja garantia da execução**. Afirmou-se que “o ajuizamento prévio de ação declaratória com o intuito de revisar o título executivo, ou o oferecimento de exceção de pré-executividade, só suspendem a execução se devidamente garantido o juízo pela penhora”. (No mesmo sentido: AgRg no Ag 1269490-PE, AgRg no Ag 1131064-SP)

Apesar desses poucos julgados sobre o assunto, não há sistematização da matéria. Algumas perguntas ficam em aberto: *a mera garantia da execução é suficiente para a sua suspensão? É possível tutela provisória em EPE para suspender a execução? A mera apresentação da EPE deve suspender os atos de constrição já deferidos pelo Juiz até sua reanálise?*

No nosso livro, já manifestamos nosso posicionamento:

“Não se pode permitir que o processo seja automaticamente suspenso por mero peticionamento do executado, que, muitas vezes, acaba sendo rejeitado, seja pela inadequação da via eleita, seja pela ausência de direito a resguardar sua pretensão. Até porque o procedimento executivo se rege pela proteção ao interesse do exequente, resguardando os direitos fundamentais do executado. Assim, a harmonia entre os dois exige uma ponderação a justificar a atribuição de efeito suspensivo apenas quando necessária a utilização do poder geral de cautela pelo magistrado. No mais, a execução deve prosseguir normalmente.” (FERREIRA FILHO; MEDEIROS DE LIMA, 2017, p. 252).

Aplicando nosso posicionamento pessoal nos processos em condução na Procuradoria Tributária, obtivemos algumas decisões positivas em processos executivos, nos quais o magistrado determinou a continuidade do feito mesmo com a apresentação da EPE, tendo em vista a ausência de efeito suspensivo do instrumento. A medida foi determinada em quase todos os processos que continham EPE.

Diante disso, entendemos que a advocacia pública e o juiz condutor do feito devem ter cuidado, lembrando que a execução fiscal tramita em favor do exequente e tomando algumas cautelas:

- (a) O advogado público deve requerer, logo em sua petição, que qualquer EPE apresentada não embarace o trâmite processual e que a escrivania seja orientada pelo magistrado a não obstar os atos de constrição já deferidos, mesmo se houver apresentação de EPE;
- (b) O magistrado deve dar prioridade aos pleitos apresentados ao processo em sua ordem de apresentação, analisando a EPE em momento oportuno que não atrapalhe o êxito da execução fiscal, principalmente quando o referido instrumento for utilizado de maneira repetitiva;
- (c) Na própria decisão que enfrentar a EPE, deve o magistrado já analisar também os pedidos de constrição de bens que a antecederam no próprio processo, acelerando o seu trâmite;
- (d) O magistrado deve aplicar penalidades processuais quando observar que o executado está se utilizando dessa medida com o fito único de protelar o processo e viabilizar a dilapidação processual.

Com essas medidas, entendemos ser um início para construção de um processo executivo mais efetivo.

Marcílio da Silva Ferreira Filho. *Procurador do Estado. Doutorando e Pesquisador. Professor e Professional Coach formado.*