

A POLÊMICA QUESTÃO DA GARANTIA DO JUÍZO E DO EFEITO SUSPENSIVO DOS EMBARGOS DO DEVEDOR NA EXECUÇÃO FISCAL APÓS AS ALTERAÇÕES INTRODUZIDAS PELA LEI 11.382/2006

Gabriella Carvalho da Costa

1. Considerações iniciais

A Lei n. 11.382, de 06 de dezembro de 2006, trouxe profundas alterações à execução civil regulada pelo Código de Processo Civil – CPC. O objetivo maior do legislador foi proporcionar um processo executivo mais célere, conferindo efetividade ao princípio constitucional da duração razoável do processo, constante do art. 5º, inciso LXXVIII, bem como materializar uma execução de resultados.

Essas mudanças repercutiram diretamente no procedimento destinado às execuções fiscais, regulado pela Lei 6.830/80, a qual prevê expressamente, em seu art. 1º, a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil.

Contudo, não se pode perder de vista que a Lei de Execução Fiscal é de natureza especial, por força do que somente lhe são aplicáveis as normas do CPC em caráter estritamente subsidiário, não podendo as alterações trazidas por lei geral e posterior ser aplicadas ao procedimento simplesmente por parecerem mais benéficas a uma das partes.

E é com base na especialidade da LEF que deve ser analisada a polêmica em torno das mudanças trazidas pela Lei 11.382/2006 no que tange à dispensa da garantia do juízo para fins de oposição dos embargos e a eliminação do efeito suspensivo desse meio de defesa (como regra) no contexto do processo executivo fiscal.

Tal análise tem gerado grandes discussões, pois de um lado, existe o credor fazendário, querendo aproveitar todos os benefícios que a lei proporcionou, ainda que deixando de lado alguns ditames da própria Lei 6.830/1980; de outro, os juízes das varas de execuções fiscais, querendo

dar maior efetividade e celeridade aos processos e, ainda, por outro lado, o devedor, utilizando-se da mesma linha de raciocínio da Fazenda Pública, só que em seu favor.

Nesse cenário, cabe fazer um exame dos dispositivos alterados pela Lei 11.382/2006 no que concerne ao assunto.

2. O novo regramento dos embargos do devedor no CPC

Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos. *(Redação dada pela Lei n. 11.382, de 2006).*

(omissis)

Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. *(Incluído pela Lei n. 11.382, de 2006).*

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. *(Incluído pela Lei n. 11.382, de 2006).*

§ 2º A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram. *(Incluído pela Lei n. 11.382, de 2006).*

§ 3º Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, essa prosseguirá quanto à parte restante. *(Incluído pela Lei n. 11.382, de 2006).*

§ 4º A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante. *(Incluído pela Lei n. 11.382, de 2006).*

§ 5º Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento. *(Incluído pela Lei n. 11.382, de 2006).*

§ 6º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens. *(Incluído pela Lei n. 11.382, de 2006).*

O novo regramento dos embargos à execução de títulos extrajudiciais trouxe duas importantes novidades em relação à disciplina anterior: a possibilidade de oposição dos embargos independentemente de garantia e a retirada do efeito suspensivo como regra.¹

Com a atual sistemática, é possível concluir que o efeito suspensivo somente poderá ser concedido quando houver requerimento do embargante demonstrando a relevância dos fundamentos, a possibilidade manifesta de ocorrência de grave dano (de difícil ou incerta reparação) ao executado, caso haja o prosseguimento da execução e desde que já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

No que tange à prescindibilidade de garantia da execução, se bem observada, somente será aplicável no caso em que o executado não tem bens penhoráveis².

Com efeito, caso os tivesse, já teriam sido penhorados no início da execução, uma vez que o art. 652, *caput*, determina que o executado, depois de citado, tem o prazo de 3 (três) dias para efetuar o pagamento da dívida, e, assim não o fazendo, o oficial de justiça, munido da segunda via do mandado, deverá proceder de imediato à penhora de bens e à sua avaliação, lavrando o respectivo auto, intimando-o na mesma oportunidade (§ 1º).

Nas palavras de Marcelo Abelha,

(...) embora o Código diga que não há necessidade de segurar o juízo para oferecimento dos embargos do executado (art. 736), por outro lado, disse o legislador que um dos requisitos para a obtenção do efeito suspensivo nos embargos é que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficiente (art. 739-A, *caput*). Com isso, o legislador deixou claro que, se, de um lado, prescindiu-se da segurança do juízo para que fosse exercido o direito de embargar à execução, por outro, deixou à mostra a regra de que só se deve paralisar a execução se, além de pedido expresso, fundamento relevante e risco de dano grave ou de difícil reparação, ainda tiver sido garantida a execução com os atos executivos instrumentais ou preparatórios da penhora, depósito ou caução suficiente.³

1. Perceba-se que a disciplina é bastante semelhante ao que já estava disposto no art. 475-M.

2. Nesse sentido: ALVIM, J. E. CARREIRA; CABRAL, Luciana G. Carreira Alvim. *Nova execução de título extrajudicial*. 1. ed., 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2007, p. 196 ss.

3. ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008, p. 596 ss.

Ao que parece, a intenção do legislador foi evitar que os embargos fossem utilizados apenas como instrumento de morosidade na execução, tornando ainda mais dificultosa a satisfação do credor.

Por outro lado, não deixou sem amparo a situação do devedor que tem relevantes fundamentos de defesa e que pode vir a ter seu patrimônio gravemente afetado, caso a execução e todos os seus atos expropriatórios tivessem seguimento, disso decorrendo danos irreparáveis ou de difícil reparação.

O legislador ordinário demonstrou por meio do § 1º do art. 739-A que, embora tenha pretendido atender aos reclames dos credores que durante vários anos foram privados de uma execução de resultados, também adotou medida de extrema cautela ao autorizar a concessão de efeito suspensivo, no sentido de evitar danos irreparáveis ao embargante que demonstra ter fundamentos relevantes e prováveis de que tem razão nas alegações feitas nos embargos.

Feitas tais considerações, resta analisar a repercussão do novo regramento ao processo executivo fiscal.

3. A disciplina dos embargos do devedor no CPC e sua aplicação à execução fiscal

O § 1º do art. 16 da Lei 6.830/1980 determina a inadmissibilidade dos embargos antes de garantida a execução. A clareza do dispositivo demonstra que não haveria espaço para a utilização subsidiária do CPC.

Contudo, é entendimento pacífico no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que não se pode retirar do executado a possibilidade de opor embargos naquelas situações em que não dispõe de bens suficientes para garantir o juízo. É o que se pode ver no recente julgado do Superior Tribunal de Justiça abaixo transcrito:

EXECUÇÃO FISCAL – PENHORA PARCIAL – OFENSA AO ART. 535, II, DO CPC – ALEGAÇÕES GENÉRICAS (SÚMULA 284/STF) – INTERPRETAÇÃO DO ART. 16, § 1º, DA LEF – AUSÊNCIA DE GARANTIA DO JUÍZO PARA EMBARGAR – POSSIBILIDADE.

1. Incide a Súmula 284/STF se o recorrente, a pretexto de violação do art. 535 do CPC, limita-se a alegações genéricas, sem indicação precisa

da omissão, contradição ou obscuridade do julgado. Inúmeros precedentes desta Corte.

2. Ao interpretar o art. 16, § 1º, da LEF, a jurisprudência evoluiu para entender que, se a penhora for parcial e o juiz não determinar o reforço, ou, se determinado, a parte não dispuser de bens livres e desembaraçados, aceita-se a defesa via embargos, para que não se tire do executado a única possibilidade de defesa.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.⁴

Ricardo Cunha Chimenti vem entendendo que o dispositivo se aplica ao processo executivo fiscal, defendendo, inclusive, um prazo de 15 dias, a partir da juntada do mandado de citação aos autos. Com efeito, leciona o Autor:

(...) o dispositivo tem aplicação nas execuções fiscais, mesmo diante da exigência de que a defesa por embargos não seja acolhida antes de garantida a execução. E o prazo para a oposição dos embargos à execução será de 15 dias da juntada do mandado de citação aos autos.

Os embargos oferecidos sem a garantia da execução não fazem precluso o direito de oferecer outros embargos, depois de garantida a execução, versando exclusivamente a matéria que não esteja coberta pela coisa julgada que tenha se formado na decisão dos embargos sem garantia. Mas os embargos sem garantia da execução não suspendem o prazo para os embargos de devedor com a prova da garantia, que podem ser oferecidos até 30 dias depois da formalização dela.

Os embargos sem a garantia da execução têm a função de uma defesa pré-processual ou de objeção de pré-executividade, criação doutrinária e jurisprudencial que encontra fundamento no art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal, dispondo que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, direito assegurado até mesmo para o devedor que não tenha patrimônio nem crédito para a garantia da execução, e que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.⁵

4. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1065704/RS (200801297087). Relatora: Ministra Eliana Calmon. DJe 16/04/2008. Disponível em: < https://ww2.stj.jus.br/revista-eletronica/ita.asp?registro=200702684615&dt_publicacao=16/04/2008>. Acesso em 04.04.2009.

5. CHIMENTI, Ricardo Cunha; ABRÃO, Carlos Henrique; ÁLVARES, Manoel; BOTTESINI, Maury Ângelo; FERNANDES, Odmir. *Lei de Execução Fiscal comentada e anotada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 199.

Em que pese a posição adotada pelo ilustre Autor, não há pertinência na tese defendida. A uma, porque se a LEF conferiu um prazo para embargar de trinta dias, não poderia o intérprete se valer de uma norma de aplicação subsidiária, a qual diminui esse prazo, restringindo os direitos do executado.

A duas, porque possibilitar ao devedor a apresentação de duas defesas relativas a uma só execução implicaria torná-la ainda mais morosa, uma vez que exigiria a manifestação da Fazenda Pública, bem como decisão do magistrado, além de ser incompatível com toda a sistemática processual civil contida no ordenamento jurídico brasileiro.

Afinal, se é certo que o processo de execução foi pensado para não haver discussão acerca do crédito, servindo tão somente à sua satisfação, não seria nem um pouco coerente permitir que o devedor ajuizasse dois embargos, ou seja, duas ações de conhecimento para que esse mesmo crédito pudesse ser satisfeito. Isso esvaziaria o próprio sentido da execução de títulos extrajudiciais, uma vez que esta se “presta para a realização do direito e não para a sua discussão e reconhecimento”.⁶

Ora, se no processo de conhecimento, o qual exige uma maior dilação probatória, somente é dada a oportunidade de o réu alegar toda a matéria de defesa no momento da contestação, que sentido faria, no rito da execução fiscal, ser conferido ao executado poder apresentar defesa em dois momentos distintos (uma antes de garantir a execução e outra depois da prestação da garantia), por meio de duas ações?

Na verdade, o que se tem é uma regra expressa no § 1º do art. 16 da LEF, a qual impõe a necessidade de garantia da execução para efeitos de oposição dos embargos, sendo mitigada, no entanto, nos casos em que o executado não tenha bens suficientes para garantir o juízo.

A aplicação do *caput* do art. 739-A do CPC ao processo executivo fiscal deve ter vez somente naqueles casos em que o oficial de justiça não localiza qualquer bem penhorável e o executado demonstra não ter bens para garantir a execução. Nesse caso, não tendo o devedor meios de garantir o juízo, não poderia lhe ser negado o direito de embargar, visto que implicaria ofensa aos incisos LIV e LV da Constituição Federal, inclusive

6. MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil* – Vol. 3 – Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 446.

porque a presunção de certeza e liquidez da CDA é relativa, podendo ser feita prova em contrário, a teor do disposto no parágrafo único do art. 3º da LEF.

Ademais, como bem salientado por Hugo de Brito Machado Segundo, é de “interesse da própria Fazenda o conhecimento e processamento dos embargos, nessas hipóteses de completa ausência de bens. De fato, no curso dos embargos a garantia poderia ser continuamente buscada, além de afastar-se, com êxito, a possibilidade de consumir-se a prescrição intercorrente, que vem sendo reconhecida pela jurisprudência sempre que a execução permanece suspensa, nos termos do art. 40 da LEF, por mais de cinco anos”.⁷

Ultrapassada esta questão, resta saber se ainda prospera a regra do efeito suspensivo no caso dos embargos opostos na execução fiscal, após a revogação do § 1º do art. 739 do CPC.

A Procuradoria da Fazenda Nacional, através do parecer PGFN/CRJ/Nº 1732/2007, se posicionou no sentido de que, uma vez ajuizados, os embargos “não possuem o condão de suspender os atos executivos imediatamente, dependendo para tal de decisão expressa do juiz a respeito, nos termos do CPC”.⁸

A jurisprudência dos Tribunais Regionais Federais e do próprio Superior Tribunal de Justiça vem adotando a tese defendida pela Fazenda Pública, entendendo pela não aplicação do efeito suspensivo aos embargos oferecidos na execução fiscal:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. LEI 11.382/2006. REFORMAS PROCESSUAIS. INCLUSÃO DO ART. 739-A NO CPC. REFLEXOS NA LEI 6.830/1980. “DIÁLOGO DAS FONTES”.

1. Após a entrada em vigor da Lei 11.382/2006, que incluiu no CPC o art. 739-A, os embargos do devedor poderão ser recebidos com efeito suspensivo somente se houver requerimento do embargante e, cumulativamente, estiverem preenchidos os seguintes requisitos: a) relevância da argumentação; b) grave dano de difícil ou incerta reparação; e c) garantia integral do juízo.

7. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 261 ss.

8. Disponível em <<http://www.magalhaespeixoto.com.br/boletim/18.htm>>. Acesso em 10.03.2009.

2. A novel legislação é mais uma etapa da denominada “reforma do CPC”, conjunto de medidas que vêm modernizando o ordenamento jurídico para tornar mais célere e eficaz o processo como técnica de composição de lides.

3. Sob esse enfoque, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor deixou de ser decorrência automática de seu simples ajuizamento. Em homenagem aos princípios da boa-fé e da lealdade processual, exige-se que o executado demonstre efetiva vontade de colaborar para a rápida e justa solução do litígio e comprove que o seu direito é bom.

4. Trata-se de nova concepção aplicada à teoria geral do processo de execução, que, por essa *ratio*, reflete-se na legislação processual esparsa que disciplina microsistemas de execução, desde que as normas do CPC possam ser subsidiariamente utilizadas para o preenchimento de lacunas. Aplicação, no âmbito processual, da teoria do “diálogo das fontes”.

5. A Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/1980) determina, em seu art. 1º, a aplicação subsidiária das normas do CPC. Não havendo disciplina específica a respeito do efeito suspensivo nos embargos à execução fiscal, a doutrina e a jurisprudência sempre aplicaram as regras do Código de Processo Civil.

6. A interpretação sistemática pressupõe, além da análise da relação que os dispositivos da Lei 6.830/1980 guardam entre si, a respectiva interação com os princípios e regras da teoria geral do processo de execução. Nessas condições, as alterações promovidas pela Lei 11.382/2006, notadamente o art. 739-A, § 1º, do CPC, são plenamente aplicáveis aos processos regidos pela Lei 6.830/1980.

7. Não se trata de privilégio odioso a ser concedido à Fazenda Pública, mas sim de justificável prerrogativa alicerçada nos princípios que norteiam o Estado Social, dotando a Administração de meios eficazes para a célere recuperação dos créditos públicos.

8. Recurso Especial não provido.⁹

PROCESSUAL CIVIL E EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO RECEBIDOS SEM EFEITO SUSPENSIVO. INCIDÊNCIA DA DISPOSIÇÃO CONTIDA NO ART. 739-A, DE APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA, CONFORME AUTORIZA O ART. 1º DA LEI N. 6.830/80. INEXISTÊNCIA DE NORMA EXPRESSA QUE DETERMINE SEJA ATRIBUÍDO

9. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1024128 / PR Recurso Especial n. 2008/0015146-7. Relator: Ministro HERMAN BENJAMIM. T2 – SEGUNDA TURMA. DJe 19/12/2008.

EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I - Anteriormente ao advento da Lei n. 11.382, de 06/12/2006, que acrescentou o art. 739-A e seus parágrafos ao CPC, estava pacificado o entendimento de que depois de garantida a execução fiscal, o oferecimento dos embargos acarretava a suspensão da execução.

II - A partir da reforma da lei processual, o entendimento se modificou, porquanto o art. 739-A é expresso no sentido de que os embargos não terão efeito suspensivo.

III - A aplicação subsidiária desse dispositivo legal na execução fiscal é autorizada pelo art. 1º da Lei de Execução Fiscal, nas hipóteses em que a lei for omissa. Precedentes desta Corte.

IV - Ausência de prova de dano grave de difícil ou incerta reparação, exceção prevista no § 1º do art. 739-A da lei processual.

V - Agravo de instrumento a que se nega provimento.¹⁰

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITOS DA INTERPOSIÇÃO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. NECESSIDADE DE VEROSSIMILHANÇA E POSSIBILIDADE DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO. REQUERIMENTO EXPRESSO. INTERPOSIÇÃO ANTERIOR À MODIFICAÇÃO LEGISLATIVA.

1. A Lei n. 11.382, de 06.12.2006, entrou em vigor 45 (quarenta e cinco) dias após a sua publicação (DOU de 07.12.2006). Todavia, malgrado os embargos à execução, na hipótese, tenham sido opostos antes de sua vigência, o diploma processual novo deve ser aplicado, de imediato, aos processos em andamento quanto aos atos ainda não consolidados. Em outras palavras, tratando-se de modificação de cunho eminentemente processual, aplicam-se as novas disposições desde logo, sem prejuízo da validade dos atos praticados anteriormente.

2. Na hipótese, quando proferida a decisão agravada, já estavam vigentes os dispositivos da Lei n.º 11.382/06, que suprimiram o §1º do art. 739 do CPC, que preceituava deverem os embargos ser sempre recebidos com efeito suspensivo, bem como acrescentaram o art. 739-A ao CPC, o qual preceitua, de regra, que os embargos do executado não terão efeito suspensivo, salvo se, a requerimento da embargante, houver relevância na fundamentação e o prosse-

10. Brasil. Tribunal Regional Federal da Terceira Região. Classe: AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 333535 Processo: 200803000158121 UF: SP Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data da decisão: 02/12/2008 Documento: TRF300204136.

guimento da execução possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação.

3. Não se vislumbram empecilhos à aplicação do aludido dispositivo às execuções fiscais, pois que, de acordo com o art. 1º da Lei de Execuções Fiscais, as normas do Código de Processo Civil aplicam-se subsidiariamente à Lei n.º 6.830/80, quando com estas não colidentes. Nesse ínterim, impende destacar que, na LEF, não há previsão de que os embargos à execução serão recebidos no efeito suspensivo; deveras; tal ilação decorria de aplicação do §1º do art. 739 do CPC, o qual foi revogado pela Lei n. 11.382/2006. Do mesmo modo, restou alterado o art. 791, inciso I, do CPC.

4. Assim, os embargos à execução fiscal, recebidos já na vigência da Lei n.º 11.382/06, somente terão o condão de suspender a execução fiscal se, além de houver garantia do juízo, haja verossimilhança na alegação e o prosseguimento da execução, manifestamente, possa causar grave dano de difícil ou incerta reparação, ex vi do art. 739-A, §1º, do CPC.

5. Ocorre que, na situação dos autos, se os embargos à execução fiscal foram opostos antes da entrada em vigor da Lei n.º 11.382/06, não há exigir do embargante que formulasse pedido expresso acerca do almejado efeito suspensivo, visto que, quando consolidou o ato de ajuizamento dos embargos, inexistia a previsão legal de requerimento expresso do efeito suspensivo. Então, não obstante a aplicação imediata da lei processual aos feitos em andamento, impende asseverar que o ato de oposição dos embargos já estava consolidado, sendo irrazoável, portanto, a não-atribuição de feito suspensivo aos embargos, no caso em debate, unicamente em razão da ausência de requerimento expresso.

6. Agravo de instrumento parcialmente provido¹¹.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. ART. 739-A, PARÁGRAFO 1º, DO CPC. PERIGO DE DANO DE DIFÍCIL E INCERTA REPARAÇÃO. NÃO DEMONSTRADO.

1. De acordo com o art. 739-A, parágrafo 1º, do CPC, com a redação dada pela Lei no 11.382, de 6 de dezembro de 2006, os embargos não terão efeito suspensivo, salvo se o prosseguimento da execução manifestamente puder causar grave dano de difícil ou incerta reparação.

11. Brasil. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO Processo: 200704000134059 UF: RS Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA Data da decisão: 11/07/2007 Documento: TRF400152167.

2. Sendo a expropriação de bem consequência natural da execução, a ameaça de sua ocorrência não é suficiente, por si só, para justificar a concessão de efeito suspensivo aos embargos.
3. O agravante não logrou demonstrar o dano grave de difícil e incerta reparação a que estaria sujeito no caso de prosseguimento da execução e alienação do bem penhorado, devendo ser mantida a decisão que não atribuiu efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal.
4. Agravo de instrumento improvido.¹²

Na doutrina, porém, renomados Autores vêm defendendo a inaplicabilidade do § 1º do art. 739-A ao processo executivo fiscal, alegando, em suma, que a própria sistemática estabelecida na LEF e em alguns artigos do Código Tributário Nacional ditam a atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor.

O professor Hugo de Brito Machado Segundo¹³, em seu *Manual de Processo Tributário*, advoga o seguinte:

Com o advento da Lei n. 11.382/2006, que promoveu a reforma no processo de execução, o art. 739-A do CPC passou a estabelecer que os embargos não suspendem a execução, a menos que o juiz assim determine. Coloca-se, então, a questão de saber se tais disposições aplicam-se à execução fiscal. Parece-nos que não. O CPC somente se aplica de modo subsidiário naquilo e que não for incompatível com a Lei de Execuções Fiscais, e nela a sistemática adotada para a execução funda-se na natureza suspensiva dos embargos. Tanto que o art. 18 da LEF determina à Fazenda Pública que se manifeste sobre a garantia da execução caso não sejam oferecidos embargos, em nítida afirmação de que a apresentação dos embargos posterga essa discussão até que eles sejam apreciados. Confirmação disso está no art. 19 da LEF, segundo o qual apenas na hipótese de não oferecimento de embargos, ou de rejeição destes, haverá intimação do terceiro para remir o bem ou pagar a dívida, sob pena de prosseguimento da execução contra ele.

12. Brasil. Tribunal Regional Federal da Quinta Região. Classe: AG - Agravo de Instrumento – 84231 Processo: 200705000894962 UF: AL Órgão Julgador: Primeira Turma Data da decisão: 21/02/2008 Documento: TRF500155785.

13. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 287.

Em suma, vistos em seu conjunto, os artigos da LEF deixam claro que a execução fiscal somente terá continuidade diante da improcedência dos pedidos formulados nos embargos (arts. 18, 19, 24, I e 32, § 2º).

No mesmo sentido, defende o juiz federal Mauro Luís Rocha Lopes¹⁴:

Sempre se entendeu que o recebimento dos embargos suspende o curso da execução fiscal. A LEF não traz disposição expressa nesse sentido, mas, implicitamente, ao fixar regras como a de que somente após rejeição dos embargos o terceiro garantidor do débito será chamado a remir o bem ou a pagar a dívida (art. 19), ou a que determina que o depósito feito em garantia só pode ser levantado ou convertido em renda após o trânsito em julgado (art. 32, § 2º), deixou claro que, recebidos os embargos, os atos executivos ficarão sobrestados, pelo menos até que decidida por sentença de improcedência a ação incidental – já que eventual apelação dela interposta não possuirá efeito suspensivo, a teor do art. 520, inciso V, do CPC.

Assim, não há espaço à aplicação subsidiária ao executivo fiscal do novo comando do art. 739-A do CPC, acrescentado ao diploma processual geral pela Lei 11.382/2006, segundo o qual os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado questionam, ainda, a posição dos tribunais, argumentando a omissão das decisões no que tange aos arts. 19, 24 e 32 da Lei 6.830/1980, bem como o art. 206 do CTN, os quais demonstram que o efeito suspensivo que era conferido aos embargos em execução fiscal não decorriam tão somente da aplicação subsidiária do CPC.¹⁵

O art. 19, o inciso I do art. 24 e o §2º do art. 32 da Lei de Execução Fiscal preconizam o seguinte:

Art. 19 - Não sendo embargada a execução ou sendo rejeitados os embargos, no caso de garantia prestada por terceiro, será este intimado, sob

14. LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo Judicial Tributário – Execução Fiscal e Ações Tributárias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 120 ss.

15. MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. Ainda a Suspensão da Execução Fiscal pela Oposição dos Embargos. *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. vol. 12. São Paulo: Dialética, 2008, p. 255.

pena de contra ele prosseguir a execução nos próprios autos, para, no prazo de 15 (quinze) dias:

I - remir o bem, se a garantia for real; ou

II - pagar o valor da dívida, juros e multa de mora e demais encargos, indicados na Certidão de Dívida Ativa pelos quais se obrigou se a garantia for fidejussória

(...)

Art. 24 - A Fazenda Pública poderá adjudicar os bens penhorados:

I - antes do leilão, pelo preço da avaliação, se a execução não for embargada ou se rejeitados os embargos;

(...)

Art. 32 – (omissis)

§ 2º - Após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do Juízo competente.

Em um primeiro momento poderia se pensar que não faz sentido dizer que a suspensão da execução fiscal pela oposição dos embargos tinha por base somente o que dispunha o revogado § 1º do art. 739 do CPC.

Se assim o fosse, por que razão somente com a não apresentação de embargos ou com a improcedência dos mesmos surgiria para o terceiro garante a obrigação de remir o bem ou pagar a dívida sob pena de contra ele seguir a execução?

Outrossim, por que motivo a Fazenda Pública não poderia adjudicar o bem antes da decisão dos embargos se não fosse intenção do legislador garantir-lhes o efeito suspensivo?¹⁶

E por que somente após o trânsito em julgado da decisão, o depósito, monetariamente atualizado, poderá ser devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública?

Cabe ainda fazer uma breve análise do art. 206 do CTN:

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobran-

16. Para José da Silva Pacheco, “antes do leilão significa após o decurso do prazo sem a oposição de embargos, ou após a sentença que os rejeitar, se tiverem sido opostos, mas nunca antes desses atos. Não se há de interpretar como sendo a qualquer tempo. A execução há de estar na fase final, ultrapassadas as fases de cognição ou de resolução de incidentes, dependendo, apenas, para encerrar-se, do ato expropriatório”. (PACHECO, José da Silva. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 273).

ça executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

O dispositivo trata do que a doutrina chama de certidão positiva com efeitos negativos.

Consoante defendido por José Eduardo Soares de Melo, “equiparase a uma situação negativa de débitos, a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa (art. 206 do CTN), pela circunstância de que o débito executado encontra-se garantido, inocorrendo nenhum prejuízo à Fazenda (...)”¹⁷

Nesse caso, se a própria lei garante ao contribuinte com débitos em curso de cobrança executiva, mas que tenha tido seus bens penhorados, uma posição de igualdade em relação àquele que está em dia com o fisco, retirando um dos próprios efeitos da inscrição do débito em dívida ativa, como é possível então defender que o efeito suspensivo na execução fiscal decorreria apenas da revogada disposição do CPC?

Do que foi exposto, é possível até reconhecer uma certa plausibilidade na tese que propõe não ter sido a disposição contida no revogado § 1º do art. 739 do CPC, única e exclusivamente, a responsável pelo efeito suspensivo conferido aos embargos do devedor na execução fiscal.

No entanto, se bem for observada a sistemática processual dentro do ordenamento jurídico brasileiro, há de se concluir que a regra de qualquer ação é ter seu curso normal, somente podendo ser atribuído o efeito suspensivo se houver autorização legal para tanto. E foi o que aconteceu com a alteração trazida pela Lei 11.382/2006.

Ao mesmo tempo em que o legislador ordinário retirou dos embargos do devedor o efeito suspensivo *ex lege*, autorizou o magistrado a concedê-lo após o preenchimento de vários requisitos.

Portanto, embora os artigos comentados alhures levem à conclusão de um suposto efeito suspensivo, considerando que a prática de alguns atos somente pode ser levada a cabo após a decisão de improcedência dos embargos ou quando os mesmos não forem opostos, o legislador apenas quis adotar

17. MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2007, p. 407.

uma medida de cautela em relação a situações que poderiam trazer um maior gravame para o executado ou para o terceiro que prestou garantia.

No caso do art. 206 do Código Tributário Nacional, por exemplo, a falta de uma certidão positiva de dívida ativa com efeitos de negativa poderia inviabilizar totalmente a manutenção da atividade de um comerciante que estivesse sendo parte de um processo executivo, embora os bens penhorados pudessem ser satisfatórios ao crédito.

Já em relação ao levantamento do depósito, imagine-se quanto tempo levaria o executado para reaver o dinheiro levantado pela Fazenda Pública?

Há Autores, ainda, a defender que “a suspensividade dos embargos é regra que permeia à execução fiscal, desde que haja garantia da execução ou a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o que só poderia ser feito por lei”¹⁸.

No que tange à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, cabe analisar os incisos II e VI do art. 151 do Código Tributário Nacional, os quais dispõem o seguinte:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

(...)

II - o depósito do seu montante integral;

(...)

VI – o parcelamento.

O depósito integral, embora não iniba o lançamento do tributo, possibilita que o contribuinte discuta o débito sem que sofra, simultaneamente, a cobrança judicial da dívida, uma vez que tem o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário¹⁹.

Isso não quer dizer que a suspensão da execução seja decorrência da oposição dos embargos, pois ainda que o executado não tivesse deles se valido, a execução em curso ficaria suspensa.

18. CHIMENTI, Ricardo Cunha; ABRÃO, Carlos Henrique; ÁLVARES, Manoel; BOTTESINI, Maury Ângelo; FERNANDES, Odmir. *Lei de Execução Fiscal comentada e anotada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 200.

19. Nesse sentido: BOTTALLO, Eduardo Domingos; MELO, José Eduardo Soares de. *Comentários às Súmulas Tributárias do STF e do STJ*. São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 183 ss.

Em relação ao parcelamento, o raciocínio utilizado é o mesmo. Enquanto o devedor estiver pagando o débito em dia, deve ficar suspensa a execução. Nesse sentido, vale transcrever recente julgado do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO ESPECIAL (“FATO SUPERVENIENTE AO JULGAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. ACORDO DE PARCELAMENTO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL EM CURSO. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 462, DO CPC. OCORRÊNCIA. ANULAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO

1. O acórdão embargado, em suposta harmonia com a insurgência especial, assentou que: “a superveniente celebração de acordo de parcelamento constitui fato que deve ser considerado pelo magistrado quando da prolação de decisão em sede do executivo fiscal, ex vi do artigo 462, do CPC, uma vez que a suspensão do processo é consectário lógico da causa suspensiva da exigibilidade do crédito tributário”.

2. Nada obstante, o aludido julgado conheceu parcialmente do recurso especial e, nesta parte, negou-lhe provimento, não imputando honorários ao recorrido. Isto porque a aparente violação do artigo 462, do CPC (configurada no que pertine ao acórdão regional que julgara a apelação e a remessa necessária) restou mitigada pelo julgamento proferido em sede de embargos de declaração, oportunidade em que o Juízo *a quo* assinalou que:

“Como registrei, a contribuinte, ora embargante alega haver parcelamento da dívida fiscal, o que, segundo afirma, acarretaria a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e da própria execução, de sorte que sequer deveria ser levado a julgamento o recurso/remessa. Verifico que, realmente, não há, no julgado, qualquer manifestação acerca dos documentos colacionados aos autos. E os documentos, não impugnados pelo Fisco, demonstram a existência de ‘Termo de Acordo de Parcelamento’ (fl. 184/5) e o cumprimento ao menos circunstancial, das obrigações pecuniárias entabuladas (fls. 186/8). Esta omissão merece, sem dúvida, ser sanada, sob pena de afronta à ampla e plena prestação jurisdicional (art. 93, IX, da Carta da República). Impossível, todavia, emprestar os efeitos que a recorrente pretende, qual seja, tornar sem efeito o julgamento.

Isto porque o interesse recursal da Fazenda Pública assenta-se, a priori, na necessidade e na utilidade de um provimento definidor da situação acerca da validade do título executivo impugnado e, assim, da própria higidez da demanda executiva (CPC, 618). Aliás, a suspensão da execução reclama, primeiro, um pronunciamento a respeito do seu cabi-

mento, pois revela-se inviável dizer sobre o seguimento da execução sem investigar, antes, a sua admissibilidade (até mesmo porque, se não valer, como ‘suspendê-la?’).

Cumpra sublinhar, nessa mesma linha, que este pronunciamento (sobre a admissibilidade da ação de execução), opera sempre efeitos retroativos, podendo, ou alvejar a sentença (como no caso, em que houve reforma do *decisum*), ou a ação em seu nascedouro (se fosse o caso de o acórdão decretar a nulidade da execução). Significa dizer que a aceitabilidade da demanda executiva também antecede temporalmente a suspensividade dela.

Sem embargo, embora não vislumbre hipótese de desconstituição do julgado, *cuida-se, a espécie, de hipótese típica de suspensão da exigibilidade do crédito tributário pela prorrogação do prazo para o pagamento (CTN, 151, inc. I), tendo sido comprovado o parcelamento da dívida. Isto autoriza, sem dúvida, a suspensão do processo de execução enquanto houver o rigoroso adimplemento do acordo, bem como a descida dos autos, devendo ser observado ainda, pelo juízo a quo, o atendimento dos atos que a lei concedente exige do contribuinte (vide art. 4º, da Lei n. 7.002/01).*

Assim, conheço do recurso e dou-lhe provimento parcial para sanar a omissão apontada, determinando a descida dos autos e a suspensão da execução, sem afetação do conteúdo do acórdão embargado.”

4. Desta sorte, uma vez suspenso o executivo fiscal ante a constatação, pelo Tribunal de origem, de existência de parcelamento, revela-se escoreito o desprovimento do recurso especial que pugna pela suspensão da execução.

5. Ademais, ocorrendo o parcelamento do débito no curso do feito executivo, exsurge a falta de interesse em recorrer quanto à higidez da inscrição do valor original, objeto de anterior parcelamento inadimplido.

6. Deveras, é cediço que inócuentes as hipóteses de omissão, contradição, obscuridade ou erro material, não há como prosperar o inconformismo, cujo real objetivo é a pretensão de reformar o *decisum*, o que é inviável de ser revisado em sede de embargos de declaração, dentro dos estreitos limites previstos no artigo 535, do CPC.

7. Embargos de declaração rejeitados.²⁰

Como se pode observar, não é da oposição dos embargos que ocorrerá a suspensão da execução. Até mesmo porque o parcelamento não pode ser considerado como “garantia do juízo” para efeitos de atendi-

20. Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Classe: EDRESP – Embargos de Declaração no Recurso Especial – 784943. Processo: 200501604300. UF: ES. Órgão Julgador: Primeira Turma. Data da decisão: 16.09.2008. Documento: STJ000338770.

mento ao requisito do § 1º do art. 16 da Lei 6.830/1980, uma vez que, diferentemente do depósito do montante integral, o interesse da Fazenda Pública não fica resguardado.

Assim, pela nova disciplina, a concessão do efeito suspensivo dependerá de cognição sumária do juiz, feita a partir de requerimento do embargante, no qual deverá demonstrar a relevância dos fundamentos, com a explicitação de que o prosseguimento da execução poderá redundar em dano de difícil ou incerta reparação, devendo ainda ter previamente garantido o juízo, nos termos do § 1º do art. 739-A do CPC, acrescido pela Lei 11.382/2006.

Aqui também deverá ser levada em consideração a situação do executado que não tem bens para garantir a execução e possua aparente razão nas alegações oferecidas nos embargos. A fim de evitar dano irreparável ou de difícil reparação, mediante requerimento expresso, poderá o magistrado atribuir efeito suspensivo aos embargos.

Diante do brilhantismo da exposição, vale transcrever a posição defendida por Luiz Guilherme Marinoni:

Em casos excepcionais, porém, poderá o juiz conceder efeito suspensivo aos embargos mesmo que o juízo não esteja seguro. Poderá haver situação em que, de pronto, verifique-se a inviabilidade do prosseguimento da execução ou ainda surgir caso em que o executado não disponha de patrimônio suficiente para garantir o juízo, embora aparente razão nas alegações oferecidas nos embargos. Em que pese a referência expressa à garantia prévia para a atribuição do efeito suspensivo, não se pode outorgar à penhora, ao depósito e à caução o valor de *condição insuperável* para a suspensão da execução. Esta condição deve *ser superada quando a inviabilidade da execução for demonstrável de plano, não dando margem à dúvida*. De outra parte, é possível que o executado não tenha dinheiro para fazer o depósito ou prestar caução suficientes e o seu bem penhorável não seja capaz de garantir o juízo. Nesta situação, presentes os requisitos para a concessão do efeito suspensivo (art. 739-A, § 1º) e *demonstrada a insuficiência patrimonial do executado, excepcionalmente* poderá o juiz determinar a suspensão da execução.²¹

21. MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil* – Vol. 3 – Execução. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 449.

4. Conclusão

De tudo o que foi exposto, percebe-se que permanece no processo executivo fiscal a necessidade de garantia do juízo para oferecimento dos embargos à execução fiscal, sendo a regra mitigada, no entanto, pelo entendimento jurisprudencial que não retira o direito de oposição da ação de defesa naqueles casos em que o executado não tem bens ou os tem em montante insuficiente para garantir a execução.

Em relação ao efeito suspensivo dos embargos, ante a revogação do § 1º do art. 739 do CPC, a sua aplicação deixou de ser *ex lege*, passando a depender da apreciação do juiz, mediante a obediência do executado aos requisitos do § 1º do art. 739-A do CPC.

Referências

ABELHA, Marcelo. *Manual de Execução Civil*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.

ALVIM, J. E. CARREIRA; CABRAL, Luciana G. Carreira Alvim. *Nova execução de título extrajudicial*. 1. ed., 2. tiragem. Curitiba: Juruá, 2007.

BOTTALLO, Eduardo Domingos; MELO, José Eduardo Soares de. *Comentários às Súmulas Tributárias do STF e do STJ*. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

CHIMENTI, Ricardo Cunha; ABRÃO, Carlos Henrique; ÁLVARES, Manoel; BOTTESINI, Maury Ângelo; FERNANDES, Odmir. *Lei de Execução Fiscal comentada e anotada*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo Judicial Tributário – Execução Fiscal e Ações Tributárias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. *Processo Tributário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

_____; MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. “Ainda a Suspensão da Execução Fiscal pela Oposição dos Embargos”, in *Grandes Questões Atuais do Direito Tributário*. vol. 12. São Paulo: Dialética, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; Arenhart, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil* – Vol. 3 – Execução. São Paulo: RT, 2007.

MELO, José Eduardo Soares de. *Curso de Direito Tributário*. 7. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

PACHECO, José da Silva. *Comentários à Lei de Execução Fiscal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.