

Proposta 1A - Processamentos dos embargos à execução com garantia insuficiente

Síntese:

Assegurar que a admissão dos embargos à execução fiscal não seja condicionada à garantia da integralidade (valor integral) do crédito tributário executado, dependendo apenas da formalização de penhora válida, ainda que insuficiente, sem prejuízo de que se continue perseguindo na execução fiscal outros bens para a garantia integral e mantida a inviabilidade de expedição de certidão positiva com efeito de negativa até a garantia integral.

Proposta:

Nova redação para o § 1º do art. 16 da Lei de Execuções Fiscais - LEF (Lei nº 6.830/1980)

Redação antiga:

§ 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.

Nova redação:

§ 1º - A admissão dos embargos do executado é condicionada à garantia da execução, mesmo que parcial, iniciando-se o prazo com a intimação da penhora inaugural, sem prejuízo do prosseguimento das diligências para a garantia integral.

Justificativa:

Proposta a execução fiscal, os embargos à execução devem ser prestigiados como meio prioritário para a discussão da dívida ativa. Tal protagonismo já era sinalizado pela Lei de Execuções Fiscais, não apenas pelo texto do art. 38, pontualmente considerado, como pela compreensão do itinerário lógico da sistemática de cobrança da dívida ativa estruturada pelos arts. 1º a 24 da Lei.

A LEF é legislação específica que prevalece sobre a regra geral do Código de Processo Civil, não tendo sido revogada pela superveniência do novo CPC, introduzido pela Lei nº 13.105/2015, de maneira que os embargos à execução fiscal continuam sendo uma ação autônoma, bem como sua admissão continua dependendo de garantia em razão da expressa previsão do § 1º do art. 16 da LEF.

Ocorre que, se de um lado é verdade que a falta de garantia impede a admissão dos embargos, de outro lado nunca foi verdade que a admissão dos embargos dependesse de que a garantia acontecesse no valor integral do crédito tributário objeto da execução.

Embora a atual redação não exija a garantia integral, muitos Juízes e Tribunais ainda hoje interpretam tal dispositivo neste sentido, ou seja, condicionando a admissão dos embargos à exigência da garantia total do Juízo.

Tal entendimento é incongruente com a contagem do prazo para a propositura dos embargos à execução e apenas conduz os executados a proporem outras modalidades de ações judiciais.

Embora tal entendimento já tenha sido superado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), permanece atual a discussão a este respeito, razão pela qual muito contribuiria para a pacificação dos litígios que o direito positivo assimilasse tal entendimento.

Com efeito, a LEF exige a *existência* da garantia e não que tal garantia alcance o valor total ou integral da execução fiscal. É neste sentido a jurisprudência reiterada do Superior Tribunal de Justiça, conforme se verifica mais adiante.

Outrossim, o prazo para a oposição de embargos começa a contar da realização da penhora válida (mais precisamente da intimação da penhora, conforme o art. 16, III, da

LEF), indiferente ao fato de tal penhora se realizar em valor suficiente ou inferior ao executado.

Assim, a única chance de o executado opor embargos ocorre nos 30 dias que se seguem à formalização válida da garantia, independente do seu valor ou de sua suficiência.

Do contrário, seria forçoso reconhecer, como implicação da exigência de garantia integral, que o início da contagem do prazo para propositura dos embargos dependeria de que se ultimasse a garantia da integralidade do valor executado - o que pragmaticamente deslocaria o *dies a quo* para o momento em que se certificasse a suficiência da garantia (e não propriamente a intimação da penhora), tornando ainda mais tormentosa a contagem do prazo e o próprio exercício da defesa do contribuinte por meio dos embargos.

A mesma perplexidade causada em relação ao início do prazo para a propositura dos embargos à execução reflete, de outro lado, o impasse quanto ao início da concretização dos atos expropriatórios: afinal, como se poderia autorizar o leilão ou a adjudicação de bens que correspondam à penhora apenas parcial, se o exercício da defesa ainda aguardaria que se completasse a garantia integral do valor executado?

Assim, o leilão ou a adjudicação, que já precisariam aguardar a tramitação dos embargos, então precisariam aguardar também, antes disso, que se completasse a garantia integral do executivo fiscal, assim postergando indefinidamente a satisfação concreta do direito de crédito da Fazenda Pública.

Ademais, neste intervalo entre a formalização da primeira garantia insuficiente e a garantia da integralidade do valor, o executado se veria obrigado - em razão da constrição existente em relação aos seus bens - a promover a discussão da dívida ativa por meio de outras modalidades de ação de conhecimento, com prevalência da ação anulatória.

Vale lembrar, aliás, que diante de embargos à execução sem nenhuma garantia, a jurisprudência do STJ vem assegurando o seu processamento como ação anulatória, justamente porque esta última admite o processamento sem garantia (cf. REsp 758.266/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2005, DJ 22/08/2005, p. 167).

Ocorre que, diante de uma garantia parcial, não há razão - nem amparo legal - para recusar a admissão e regular processamento dos embargos à execução fiscal.

Inclusive porque, se depois de proposta a (ou convertidos os embargos em) ação anulatória, a Fazenda Pública chegar a ser bem sucedida em ultimar a garantia integral do valor executado, o contribuinte se verá no impasse de reiterar a mesma discussão, ou mesmo diante da possibilidade de produzir uma nova defesa com novos fundamentos antes não veiculados na ação anulatória, por meio de embargos à execução, de qualquer maneira tornando mais tormentosa e mais longa a discussão judicial da dívida ativa.

Todos estes elementos apontam para a necessidade e máxima conveniência de se reconhecer a possibilidade do processamento dos embargos à execução fiscal mediante a formalização válida da garantia, ainda que inferior ao valor executado, rechaçando a interpretação de que o exercício do direito à discussão por meio dos embargos estaria condicionada à garantia da integralidade do valor executado.

É neste sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, conforme servem de ilustração os seguintes precedentes:

(...) 1. A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que a insuficiência da penhora, por si só, não constitui óbice ao recebimento dos embargos do devedor, porquanto pode ser suprida em posterior reforço, que, segundo o art. 15, II, da Lei 6.830/80, pode-se efetivar em qualquer fase do processo. (...) (REsp 739.137/CE, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 22/11/2007, p. 190)

TRIBUTÁRIO. PENHORA INSUFICIENTE. EMBARGOS DE À EXECUÇÃO FISCAL. PROCESSAMENTO. SÚMULA 83/STJ. 1. Jurisprudência remansosa desta Corte no sentido de que a insuficiência de penhora não é causa suficiente para determinar a extinção dos embargos à execução. (...) (AgRg no Ag 635.829/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/02/2005, DJ 18/04/2005, p. 260)

(...) 1. Efetivada a penhora por oficial de justiça e dela sendo intimado o devedor, atendido estará o requisito de garantia para a oposição de embargos à execução. A eventual insuficiência da penhora será suprida por posterior reforço, que pode se dar "em qualquer fase do processo" (Lei 6.830/80, art. 15, II), sem prejuízo do regular processamento dos embargos. Precedentes: AgRg no AG 602004/RS, 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJ de 07/03/2005 e AgRg no AG 635829/PR, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 18/04/2005. (...) (REsp 758.266/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2005, DJ 22/08/2005, p. 167)

Por outro lado, é certo que a garantia insuficiente da execução fiscal - embora autorize a admissão dos embargos - não impede o prosseguimento da marcha processual da própria execução fiscal, sendo certo que a Fazenda Pública terá o direito e mesmo o dever de prosseguir na busca de bens com a finalidade de ultimar a garantia em valor suficiente. Também é certo que a garantia em valor inferior ao crédito tributário não autoriza a expedição de certidão positiva com efeito de negativa na forma do art. 206 do CTN. Com efeito, a referida certidão de regularidade fiscal deve ser reservada aos casos em que o valor da garantia acoberte todo o valor do crédito tributário. Em suma, é legítimo e mesmo necessário que, diante da garantia apenas parcial e insuficiente do executivo fiscal, a Fazenda Pública prossiga na condução da execução fiscal para a busca de outros bens e direitos passíveis de complementação da garantia e que seja recusada ao contribuinte a certidão de regularidade fiscal até que se ultime a garantia integral da dívida executada, mas devendo ser assegurado ao executado o direito de defesa por meio dos embargos.

Pesquisadores:

Ivan Allegretti - Doutorando e Mestre pela USP. Ex-Conselheiro do CARF. Professor da Pós-Graduação e da Graduação do IDP. Advogado em Brasília. Pesquisador do Observatório de Macrolitigância Fiscal e Aditus Iure (IDP).