

VOTO

A Senhora Ministra Cármem Lúcia (Relatora):

Das Preliminares

1. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 626.468, Relatora a Ministra Ellen Gracie (DJe 23.11.2010), o Plenário deste Supremo Tribunal rejeitou a arguição de repercussão geral da matéria relativa à concessão de “*efeito suspensivo a embargos do devedor em execução fiscal*”, sob o fundamento de tratar-se de divergência solucionável pela aplicação da legislação infraconstitucional:

“ EXECUÇÃO FISCAL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR. APLICAÇÃO DO ART. 739-A DO CPC. APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL TENDO EM VISTA TRATAR-SE DE DIVERGÊNCIA SOLUCIONÁVEL PELA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL”.

Com base nesse precedente, a Advocacia-Geral da União argumenta que “*a pretensão do requerente não é compatível com a via da Ação Direta de Inconstitucionalidade, a qual não se destina à aferição de eventual contrariedade meramente indireta à ordem constitucional*”. Essa preliminar é também suscitada pela Procuradoria-Geral da República.

2. O decidido no Recurso Extraordinário n. 626.468 não tem o condão de impedir o conhecimento desta ação direta. Na presente ação, o autor alega a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, do art. 739-A do Código de Processo Civil de 1973 e do art. 919 do Código de Processo Civil de 2015. Afirma que a aplicação desses dispositivos legais às execuções fiscais ofenderia os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da isonomia, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa e o direito de propriedade.

O exame da constitucionalidade do art. 739-A do Código de Processo Civil de 1973 e do art. 919 do Código de Processo Civil de 2015 não

demandada análise da legislação infraconstitucional, até porque se trata de normas primárias, que extraem seu fundamento de validade direto da Constituição da República. Não se há de cogitar ofensa indireta à Constituição no presente caso.

3. A Procuradoria-Geral da República alega inépcia da petição inicial, por não ter sido impugnado o art. 1º da Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830 /1980), no qual se determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às execuções fiscais:

“Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil”.

4. Razão jurídica não assiste à Procuradoria-Geral da República.

O art. 1º da Lei de Execução Fiscal determina a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às execuções fiscais. Nesta ação direta, o autor não visa afastar a aplicação de toda a sistemática do Código de Processo Civil a essas execuções, mas apenas do disposto nos arts. 739-A do Código de Processo Civil de 1973 e 919 do Código de Processo Civil de 2015.

O pedido de declaração de inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dessas normas, é suficiente para, se procedente, afastar sua aplicação às execuções fiscais, dispensando-se a impugnação do art. 1º da Lei de Execução Fiscal.

Conheço da ação direta de inconstitucionalidade .

Do mérito

5. O processo de execução destina-se à satisfação de direito representado em documento afirmado pelo legislador como título executivo. A qualidade de título executivo extrajudicial dispensa o seu portador de ajuizar processo de conhecimento para pronunciamento sobre a existência ou não do direito postulado, possibilitando acesso direto à via executiva.

Marinoni, Arenhart e Mitidiero prelecionam:

“ A eleição de um documento como título executivo extrajudicial deve partir da constatação de que, em regra, a posse desse documento indica a existência do direito à prestação. Ou seja, o legislador, para instituir um título extrajudicial, deve fundar-se no que o documento representa em termos de credibilidade da existência do direito. Os títulos executivos extrajudiciais nada mais são do que atos ou documentos que invocam certa “probabilidade da existência do direito”, ou melhor, atos e documentos que podem representar, ainda que de forma não absoluta, boa dose de verossimilhança acerca da existência dos fatos constitutivos do direito. Embora não se tenha certeza sobre a existência do direito, o fato dele estar representado por título extrajudicial é suficiente para dispensar o processo de conhecimento e viabilizar a imediata execução ” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, volume 3*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017).

Pela existência de prova documental do direito que se busca satisfazer, cumpre ao executado provar a invalidade do título ou a inexistência da dívida por processo de conhecimento próprio, denominado embargos à execução. Para Marinoni, Arenhart e Mitidiero:

“ A rigor, os títulos extrajudiciais não tornam dispensável ou impedem a discussão prévia do direito para a sua satisfação coativa. Sua qualidade reside na desnecessidade de propor a ação de conhecimento como condição para a efetivação do direito. Por outras palavras, o título dá ao seu titular imediato acesso à execução, obrigando o executado a propor ação de conhecimento (embargos do executado) para desconstituir o título extrajudicial. Ou seja, até que o executado desconstitua o título que sustenta a aparência do direito, o exequente será tido como titular de um direito de crédito que pode ser executado. Negada a existência do direito pelo julgamento dos embargos do executado, veda-se a satisfação do suposto direito ” (MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: tutela dos direitos mediante procedimentos diferenciados, volume 3*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017).

Na mesma linha, Didier Jr., Cunha, Braga e Oliveira defendem:

“ Os embargos servem para impugnar o título executivo, a dívida exeqüenda ou o procedimento executivo. O embargante pode discutir a validade do título, a inexistência da dívida ou um defeito do procedimento executivo, por exemplo.

Dai se infere que cabe ao embargante o ônus da prova de suas alegações, incumbindo-lhe provar a alegada insubsistência do crédito exeqüendo. Não é o embargado quem tem de provar a subsistência do crédito; ao embargante é que cabe comprovar sua insubsistência, o que reafirma que os embargos são substancialmente uma defesa ” (DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. *Curso de Direito Processual Civil: execução, volume 5*. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 347).

6. Antes da reforma da Lei n. 11.382/2006 no Código de Processo Civil de 1973, a oposição dos embargos à execução condicionava-se à segurança do juízo pela penhora ou depósito:

“ Art. 737. Não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo:

- I - pela penhora, na execução por quantia certa;*
- II - pelo depósito, na execução para entrega de coisa ”.*

Garantido o juízo, a oposição dos embargos à execução acarretava a suspensão da execução, nos termos do § 1º do art. 739 do Código de Processo Civil, incluído pela Lei n. 8.953/1994:

“ Art. 739. (...)

§ 1º Os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo ”.

Sistemática semelhante se tinha na Lei de Execução Fiscal, da qual constava não serem “ *admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução* ” (§ 1º do art. 16). Entretanto, na Lei de Execução Fiscal não se dispunha sobre a possibilidade de atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução.

7. As alterações promovidas ao Código de Processo Civil de 1973 pela Lei n. 11.382/2006 possibilitaram a oposição de embargos à execução independente de penhora, depósito ou caução:

“Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos”.

A oposição dos embargos à execução deixou, contudo, de produzir efeito suspensivo automático. Pelo disposto no art. 739-A do Código de Processo Civil de 1973, incluído pela Lei n. 11.382/2006, o juiz poderia atribuir efeito suspensivo aos embargos à execução a requerimento do embargante, nos casos em que comprovados relevantes os fundamentos, o prosseguimento da execução pudesse causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução fosse garantida por penhora, depósito ou caução suficientes:

“Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

§ 1º O juiz poderá, à 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.

§ 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.

§ 3º Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, essa prosseguirá quanto à parte restante.

§ 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.

§ 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.

§ 6º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens”.

8. No julgamento do Recurso Especial n. 1.272.827, Relator o Ministro Mauro Campbell Marques (DJe 31.5.2013), submetido à sistemática dos recursos repetitivos, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido da aplicabilidade do art. 739-A do Código de Processo Civil de 1973 às execuções fiscais:

" PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. APLICABILIDADE DO ART. 739-A, §1º, DO CPC ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO E ANÁLISE DO JUIZ A RESPEITO DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO (FUMUS BONI JURIS) E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO (PERICULUM IN MORA) PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS EM EXECUÇÃO FISCAL.

1. A previsão no ordenamento jurídico pátrio da regra geral de atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor somente ocorreu com o advento da Lei n. 8.953, de 13, de dezembro de 1994, que promoveu a reforma do Processo de Execução do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - CPC/73), nele incluindo o §1º do art. 739, e o inciso I do art. 791.

2. Antes dessa reforma, e inclusive na vigência do Decreto-lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, que disciplinava a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública em todo o território nacional, e do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608/39), nenhuma lei previa expressamente a atribuição, em regra, de efeitos suspensivos aos embargos do devedor, somente admitindo-os excepcionalmente. Em razão disso, o efeito suspensivo derivava de construção doutrinária que, posteriormente, quando suficientemente amadurecida, culminou no projeto que foi convertido na citada Lei n. 8.953/94, conforme o evidencia sua Exposição de Motivos - Mensagem n. 237, de 7 de maio de 1993, DOU de 12.04.1994, Seção II, p. 1696.

3. Sendo assim, resta evidente o equívoco da premissa de que a LEF e a Lei n. 8.212/91 adotaram a postura suspensiva dos embargos do devedor antes mesmo de essa postura ter sido adotada expressamente pelo próprio CPC/73, com o advento da Lei n. 8.953/94, fazendo tábula rasa da história legislativa.

4. Desta feita, à luz de uma interpretação histórica e dos princípios que nortearam as várias reformas nos feitos executivos da Fazenda Pública e no próprio Código de Processo Civil de 1973, mormente a eficácia material do feito executivo a primazia do crédito público

sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais, é ilógico concluir que a Lei n. 6.830 de 22 de setembro de 1980 - Lei de Execuções Fiscais - LEF e o art. 53, §4º da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, foram em algum momento ou são incompatíveis com a ausência de efeito suspensivo aos embargos do devedor. Isto porque quanto ao regime dos embargos do devedor invocavam - com derrogações específicas sempre no sentido de dar maiores garantias ao crédito público - a aplicação subsidiária do disposto no CPC/73 que tinha redação dúbia a respeito, admitindo diversas interpretações doutrinárias.

5. Desse modo, tanto a Lei n. 6.830/80 - LEF quanto o art. 53, §4º da Lei n. 8.212/91 não fizeram a opção por um ou outro regime, isto é, são compatíveis com a atribuição de efeito suspensivo ou não aos embargos do devedor. Por essa razão, não se incompatibilizam com o art. 739-A do CPC/73 (introduzido pela Lei 11.382/2006) que condiciona a atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia; verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (fumus boni juris) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (periculum in mora).

6. Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, § 1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal.

7. Muito embora por fundamentos variados - ora fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/73, ora trilhando o inovador caminho da teoria do "Diálogo das Fontes", ora utilizando-se de interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz agora) - essa conclusão tem sido alcançada pela jurisprudência predominante, conforme ressoam os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça. Pela Primeira Turma: AgRg no Ag 1381229 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15.12.2011; AgRg no REsp 1.225.406 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 15.02.2011; AgRg no REsp 1.150.534 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 16.11.2010; AgRg no Ag 1.337.891 / SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16.11.2010; AgRg no REsp 1.103.465 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 07.05.2009. Pela Segunda Turma: AgRg nos EDcl no Ag n. 1.389.866 / PR, Segunda Turma, Rei. Min. Humberto Martins, DJe de 21.9.2011; REsp, n. 1.195.977/RS, Segunda Turma, Rei. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 17/08/2010; AgRg no Ag n. 1.180.395/AL,

Segunda Turma, Rei. Min. Castro Meira, DJe 26.2.2010; REsp, n. 1.127.353/SC, Segunda Turma, Rei. Min. Eliana Calmon, DJe 20.11.2009; REsp, 1.024.128/PR, Segunda Turma, Rei. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008.

8. Superada a linha jurisprudencial em sentido contrário inaugurada pelo REsp. n. 1.178.883 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20.10.2011 e seguida pelo AgRg no REsp 1.283.416 / AL, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 02.02.2012; e pelo REsp 1.291.923 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01.12.2011.

9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008".

Embora o art. 739-A do Código de Processo Civil de 1973 tenha sido revogado pelo Código de Processo Civil de 2015, há nesse diploma legal disposição análoga, impugnada pelo autor em aditamento à inicial.

No art. 919 do Código de Processo Civil em vigor, dispõe-se que os embargos à execução não tem efeito suspensivo, podendo ser deferida essa providência pelo juiz, a requerimento do embargante, se presentes os requisitos para a concessão de tutela provisória e desde que a execução seja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes:

"Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

§ 2º Cessando as circunstâncias que a motivaram, a decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 3º Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, esta prosseguirá quanto à parte restante.

§ 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.

§ 5º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de substituição, de reforço ou de redução da penhora e de avaliação dos bens".

8. Nesta ação direta, alega-se a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dos arts. 739-A do Código de Processo Civil de 1973 e 919 do Código de Processo Civil de 2015, ao argumento de que sua aplicação às execuções fiscais contraria a Constituição da República.

Argumenta o autor que esse tratamento distinto às execuções fiscais se justificaria pois “ *diferentemente do que ocorre com os títulos executivos extrajudiciais de índole privada, em cuja formação tem-se o consentimento do devedor, a certidão de dívida ativa tributária é constituída de forma unilateral pelo credor* ”.

A ausência de consentimento na constituição da obrigação tributária, contudo, é irrelevante para a definição do procedimento adotado para a execução fiscal. A obrigação tributária decorre da lei e independe de aceitação do sujeito passivo. Luciano Amaro discorre sobre o tema, afirmando:

“ *O nascimento da obrigação tributária independe de uma manifestação de vontade do sujeito passivo dirigida à sua criação. Vale dizer, não se requer que o sujeito passivo queira obrigar-se; o vínculo obrigacional tributário abstrai a vontade e até o conhecimento do obrigado; ainda que o devedor ignore ter nascido a obrigação tributária, esta o vincula e o submete ao cumprimento da prestação que corresponda ao seu objeto. Por isso, a obrigação tributária diz-se ex lege. (...)”* (AMARO, Luciano. *Direito Tributário brasileiro* . 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 240).

Não adimplida essa obrigação no prazo assinalado ao sujeito passivo, a dívida dela formalizada e regularmente inscrita goza, nos termos do art. 204 do Código Tributário Nacional, “ *da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída* ”.

9. Note-se que no art. 585 do Código de Processo Civil de 1973 e no art. 784 do Código de Processo Civil de 2015, as certidões de dívida ativa são arroladas entre os títulos executivos extrajudiciais, possibilitando à Fazenda Pública o ajuizamento de processo de execução:

“ *Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:
I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;*

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

III - os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e caução, bem como os de seguro de vida;

IV - o crédito decorrente de foro e laudêmio;

V - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;

VI - o crédito de serventuário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;

VII - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

VIII - todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva".

" Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor;

III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;

IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução;

VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte;

VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio;

VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;

IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas;

XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei;

XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva”.

Nada há na Constituição da República que se possa considerar contrariado ou que permita concluir seja ilegítimo o cuidado legislativo processual no desenho normativo conferido à execução de obrigações decorrentes de manifestação da vontade do indivíduo e da lei, como pretende o autor.

10. Não se comprova ofensa ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa, ao direito de propriedade ou aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade pela aplicação dos arts. arts. 739-A do Código de Processo Civil de 1973 e 919 do Código de Processo Civil de 2015 às execuções fiscais.

A possibilidade de acesso direto à via executiva conferida pela lei ao portador do título executivo extrajudicial decorre da qualidade desse documento, tido legalmente como suficiente para estabelecer presunção do direito à prestação em favor do exequente.

De posse desse documento idôneo como é o título executivo extrajudicial, tem-se por legítimo que o legislador confira ao credor acesso direto à via executiva. Não se mostra razoável que o ajuizamento de embargos à execução pelo executado sempre tenha o condão de suspender a execução.

A instauração do processo de execução contrapõe o direito do executado ao contraditório e à ampla defesa e o direito do exequente à tutela judicial efetiva, o qual também conta com suporte constitucional.

Ao comentar o inc. XXXV do art. 5º da Constituição da República, Luiz Guilherme Marinoni anota:

“ (...) se as tutelas prometidas pelo direito substancial têm diversas formas, a ação, para poder permitir a efetiva obtenção de cada uma delas, terá que se correlacionar com técnicas processuais

adequadas às diferentes situações substanciais carentes de proteção jurisdicional. É por isso que o direito de ação exige a estruturação de técnicas processuais idôneas, aí incluídas a técnica antecipatória, as sentenças e os meios executivos”.

Aquele processualista conclui que, para a efetividade do processo, é necessário “balancear os direitos de ação e de defesa. É o que ocorre, por exemplo, na antecipação da tutela, quando se admite a limitação do direito de defesa em nome do direito de ação” (MARINONI, Luiz Guilherme. “Comentário ao art. 5º, inciso XXXV”. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; Streck, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013).

Na mesma linha de entendimento, Dider Jr., Cunha, Braga e Oliveira observam, com base em lição de Marcelo Lima Guerra:

“O devido processo legal, cláusula geral processual constitucional, tem como um de seus corolários o princípio da efetividade: os direitos devem ser efetivados, não apenas reconhecidos. Processo devido é processo efetivo. O princípio da efetividade garante o direito fundamental à tutela executiva, que consiste “na exigência de um sistema completo de tutela executiva, no qual existam meios executivos capazes de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva”.

O art. 4º do CPC, embora em nível infraconstitucional, reforça esse princípio como norma fundamental do processo civil brasileiro, ao incluir o direito à atividade satisfativa, que é o direito à execução: “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”.

Segundo Marcelo Lima Guerra, o direito fundamental à tutela executiva exige um sistema de tutela jurisdicional “capaz de proporcionar pronta e integral satisfação a qualquer direito merecedor de tutela executiva”. Mais concretamente, significa que: a) a interpretação das normas que regulamentam a tutela executiva tem de ser feita no sentido de extrair a maior efetividade possível; b) o juiz tem o poder-dever de deixar de aplicar uma norma que imponha uma restrição a um meio executivo, sempre que essa restrição não se justificar como forma de proteção a outro direito fundamental; c) o juiz tem o poder-dever de adotar os meios executivos que se revelem necessários à prestação integral de tutela executiva” (DIDIER JR.,

Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 65-66).

11. A alteração promovida pela Lei n. 11.382/2006 buscou garantir a efetividade da tutela jurisdicional ao exequente, sem suprimir o direito de defesa do executado.

Antes do advento daquele diploma legal, a oposição de embargos à execução pelo executado sempre acarretava a suspensão da execução, independente dos fundamentos de defesa invocados ou da existência de perigo da demora. O ônus da demora na tramitação do processo dos embargos à execução era, assim, assumido pelo exequente.

A sistemática vigente após a reforma da Lei n. 11.382/2006 no Código de Processo Civil de 1973 e mantida no Código de Processo Civil de 2015 conforma-se aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Confere-se ao juiz a concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução a partir de análise e decisão sobre a situação concretamente posta à sua apreciação.

Pondera-se, assim, caso a caso, o direito do exequente à tutela judicial efetiva e os direitos do executado ao contraditório e à ampla defesa, à luz da verossimilhança dos fundamentos dos embargos à execução e da existência de perigo de dano irreparável ou de difícil reparação.

Observe-se que o Código de Processo Civil de 2015 ampliou as hipóteses de concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução, pois exigiu, para tanto, a comprovação de cumprimento dos requisitos para a concessão da tutela provisória, o que abrange a tutela de urgência, concedida quando há probabilidade do direito e perigo de dano, e a tutela de evidência concedida independente da demonstração de perigo de dano, nas hipóteses do art. 311 do Código de Processo Civil.

12. Atente-se, ainda, a que, mesmo quando os embargos à execução fiscal não são dotados de efeito suspensivo pelo juiz, não é possível à Fazenda Pública adjudicar os bens penhorados ou levantar o valor do

depósito em juízo antes do trânsito em julgado da sentença dos embargos. Tanto realça a inexistência de ofensa ao devido processo legal, ao contraditório, à ampla defesa e ao direito de propriedade do executado.

É o que se extrai dos arts. 19 e 24 e do § 2º do 32 da Lei de Execução Fiscal:

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

II - findo o leilão:

a) se não houver licitante, pelo preço da avaliação;

b) havendo licitantes, com preferência, em igualdade de condições com a melhor oferta, no prazo de 30 (trinta) dias.

Parágrafo Único - Se o preço da avaliação ou o valor da melhor oferta for superior ao dos créditos da Fazenda Pública, a adjudicação somente será deferida pelo Juiz se a diferença for depositada, pela exequente, à ordem do Juízo, no prazo de 30 (trinta) dias”.

“ Art. 32 - (...)

§ 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”.

Assim, mesmo não concedido efeito suspensivo aos embargos, a execução fiscal prosseguirá apenas até a fase satisfativa do processo. Dider Jr., Cunha, Braga e Oliveira esclarecem:

“ Conjugando o art. 19 com o art. 32, § 2º, ambos da Lei n. 6.830 /1980, conclui-se que, sendo a penhora em dinheiro, os embargos devem ter efeito suspensivo, pois a quantia somente deve ser liberada após o trânsito em julgado. De igual modo, penhorado um bem e

arrematado em leilão, o dinheiro somente pode ser convertido em renda para a Fazenda Pública após o trânsito em julgado, tal como se extrai do art. 24 da Lei n. 6.830/1980.

Significa que, na execução fiscal, os embargos, em princípio, não têm efeito suspensivo, a não ser que o juiz o conceda à vista do preenchimento dos requisitos previstos no § 1º do art. 919 do CPC. Há, contudo, uma hipótese em que o efeito suspensivo será automático: quando se chega à fase satisfativa da execução. Nesse momento, os embargos à execução fiscal têm efeito suspensivo automático, pois a adjudicação e o levantamento da quantia depositada dependem do trânsito em julgado da sentença dos embargos ” (DIDIER JR., Freddie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução* . 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017. p. 1.023-1.024).

Nessa mesma linha de entendimento, a Procuradoria-Geral da República anotou, no parecer pelo qual opinou pela improcedência desta ação direta:

“ Ainda que se não conceda efeito suspensivo inicial aos embargos opostos pelo devedor em execução fiscal, isso não importa, por si, ofensa a preceitos constitucionais. De acordo com o procedimento da Lei 6.830, de 22 de setembro de 1980 (Lei de Execução Fiscal – LEF), execução embargada apenas prossegue até a fase satisfativa. Nesse momento, a ação de embargos acarreta suspensão obrigatória da execução fiscal, porquanto a adjudicação de bens se condiciona a trânsito em julgado de sentença desfavorável ao embargante. De igual modo, levantamento da quantia depositada em dinheiro depende de passar em julgado sentença nos embargos.

Assim defende ANDRÉ LUIZ COSTA-CORRÊA, em artigo sobre o tema:

A análise do texto da Lei 6.830/1980 pode indicar a compreensão de que não existe previsão expressa de que os embargos do devedor deverão suspender a execução fiscal. Porém, em razão do inciso I do art. 24 da referida legislação prescrever que “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”, compreende-se que por interpretação teleológica que a Fazenda Pública somente poderá adjudicar os bens penhorados se não houver oferecimento dos embargos ou se estes forem rejeitados. Assim, se a não rejeição dos embargos impede que os bens penhorados ou ofertados em garantia à execução fiscal possam ser imediatamente adjudicados pela Fazenda Pública, os embargos do

devedor possibilitam que os efeitos da execução fiscal (em especial, a adjudicação dos bens penhorados para extinção do crédito tributário) sejam suspensos até o devido julgamento daquele.

Ademais, a própria interpretação do art. 19 da Lei 6.830/1980 também implica a mesma compreensão assentada acima, pois o referido artigo prescreve que “não sendo embargada a execução ou sendo rejeitados os embargos, no caso de garantia prestada por terceiro, será este intimado, sob pena de contra ele prosseguir a execução nos próprios autos, para, no prazo de 15 [...] 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”.

No mesmo sentido, é o entendimento de HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO (sic):

[...] sabe-se que a execução fiscal pode ser garantida por depósito, fiança ou penhora de bens. No caso de penhora de dinheiro, a mesma será convertida em depósito (LEF, art. 11, § 2º). Pois bem. Vejamos, então, se há alguma hipótese em que, de acordo com a Lei nº 6.830/80, a execução pode continuar seu curso a despeito dos embargos.

Caso seja feito o depósito, ou a penhora de dinheiro, e haja a oposição de embargos, a quantia correspondente só pode ser entregue à Fazenda Pública depois do trânsito em julgado da sentença que julgar improcedentes os pedidos do embargante. É o que consta, claramente, do art. 32, [§ 2º], da LEF. Não sendo o caso de depósito, mas de fiança bancária, também só se pode exigir o seu adimplemento por parte da instituição financeira fiadora na hipótese de rejeição ou não interposição de embargos (LEF, art. 19, II). Finalmente, caso a garantia do juízo tenha sido feita com a penhora de bens, a alienação destes há de aguardar o desfecho dos embargos. É o que consta do art. 24, I, que, além de dever ser interpretado em conjunto com os anteriormente apontados (arts. 32, [§ 2º], e 19), estabelece nitidamente a seguinte ordem cronológica: (1º) desfecho dos embargos, ou não oposição destes; (2º) adjudicação antes do leilão, pelo preço da avaliação; (3º) adjudicação depois do leilão, com igualdade de condições com a melhor oferta. Se a adjudicação, para ocorrer antes do leilão, há de ser posterior ao desfecho dos embargos, é evidente que, a fortiori, o leilão igualmente só há de ser feito depois de rejeitados os embargos.

[...] mesmo aplicando às execuções fiscais o art. 739-A do CPC, nos casos em que os embargos não forem recebidos no efeito suspensivo, a execução somente poderá prosseguir até a alienação dos bens eventualmente penhorados, no caso de penhora de bens, para a obtenção do numerário suficiente à satisfação do crédito. Não será possível entregar esse valor, desde logo, à Fazenda. Entrega que também não pode acontecer no caso de depósito. Isso porque, além de

tal satisfação integral criar uma situação de difícil reversibilidade para o devedor (considerando-se que se trata da Fazenda Pública, e que a restituição seria feira por meio de precatório), violar-se-ia a expressa dicção do art. 32, § 2º, da LEF”.

13. A alegação de ofensa ao princípio da isonomia, em razão da execução contra a Fazenda Pública dar-se pelo regime dos precatórios, por igual não procede.

A submissão da execução contra a Fazenda Pública ao regime dos precatórios decorre de disposição constitucional específica (art. 100 da Constituição), justificada pelas peculiaridades inerentes aos entes públicos, como a necessidade de dotação orçamentária para o pagamento de suas dívidas e a impenhorabilidade de seus bens.

A observação pela Fazenda Pública do regime dos precatórios não guarda relação direta ou indireta com o efeito produzido pelos embargos à execução fiscal. Não há lógica no discurso pelo qual se busca vincular o regime dos precatórios ao efeito suspensivo aos embargos oferecidos nas execuções fiscais.

Não se comprova, assim, por qualquer dos argumentos apresentados nesta ação pelo autor, alguma incompatibilidade entre o disposto nos arts. 739-A do Código de Processo Civil de 1973 e 919 do Código de Processo Civil de 2015 com a Constituição da República.

14. Pelo exposto, voto no sentido de julgar improcedente o pedido .