

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS
ESCOLA DE DIREITO DE SÃO PAULO

KARINA GOMES ANDRADE

GARANTIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM EXECUÇÃO FISCAL:
UMA PROPOSTA DE “CONCILIAÇÃO” DO DIREITO COM O PLANO ECONÔMICO

SÃO PAULO

2020

KARINA GOMES ANDRADE

GARANTIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM EXECUÇÃO FISCAL:
UMA PROPOSTA DE “CONCILIAÇÃO” DO DIREITO COM O PLANO ECONÔMICO

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Tributário

Orientador: Prof. Dr. Paulo César Conrado

SÃO PAULO

2020

Andrade, Karina Gomes.

Garantia do crédito tributário em execução fiscal: uma proposta de “conciliação” do direito com o plano econômico / Karina Gomes Andrade. - 2021.
172f.

Orientador: Paulo Cesar Conrado.

Dissertação (mestrado profissional) - Fundação Getulio Vargas, Escola de Direito de São Paulo.

1. Garantia (Direito). 2. Crédito tributário. 3. Direito tributário - Brasil. 4. Execução fiscal. I. Conrado, Paulo Cesar. II. Dissertação (mestrado profissional) - Escola de Direito de São Paulo. III. Fundação Getulio Vargas. IV. Título.

CDU 34::336.2(81)

Ficha Catalográfica elaborada por: Isabele Oliveira dos Santos Garcia CRB SP-010191/O

Biblioteca Karl A. Boedecker da Fundação Getulio Vargas - SP

KARINA GOMES ANDRADE

GARANTIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EM EXECUÇÃO FISCAL: UMA PROPOSTA
DE “CONCILIAÇÃO” DO DIREITO COM O PLANO ECONÔMICO

Dissertação apresentada à Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getulio Vargas, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Área de concentração: Direito Tributário

Data de aprovação: 15/12/2020

Banca Examinadora

Prof. Dr. Paulo Cesar Conrado
Escola de Direito de São Paulo (FGV – EDESP)

Profª. Dra. Juliana Furtado Costa Araújo
Escola de Direito de São Paulo (FGV – EDESP)

Prof. Dr. Danilo Monteiro de Castro
Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET

Profª. Zabetta Macarini C. Gorissen
Grupo de Estudos Tributários Aplicados – GETAP

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Deus por sua presença cada vez mais intensa na minha vida.

Ao meu Orientador, Professor Paulo Cesar Conrado, agradeço pela generosidade, sensibilidade e disponibilidade com que conduziu todo o processo de produção deste trabalho desde o projeto de pesquisa até o resultado final. Os seus ensinamentos e provocações sempre tão pertinentes influenciaram não só o amadurecimento deste trabalho, mas o meu crescimento profissional. Sou verdadeiramente grata.

À professora Juliana Furtado Costa Araújo, agradeço pelas críticas e sugestões na banca de qualificação que contribuíram de forma determinante para o aperfeiçoamento deste trabalho.

Aos professores Danilo Monteiro de Castro e Zabetta Macarini C. Gorissen, agradeço pela dedicação antes e durante a defesa desta dissertação, pelas recomendações construtivas e pelo reconhecimento.

A Manoel Mota Fonseca, agradeço por ter me apresentado o direito tributário sob a perspectiva profissional e ter me incluído no projeto mais especial de sua vida: o escritório Mota Fonseca Advogados.

Às minhas sócias, Isabela Munique Rezende Paiva Bandeira, Fernanda Rocha Taboada Fontes, Maria Cláudia Freitas Sampaio, Taís Mascarenhas Bittencourt Pinheiro e Mariana Vianna Frugoni de Souza pela parceria profissional e pessoal, confiança e incentivo.

Agradeço à minha equipe, aqui representada por Letícia Costa do Rosário, pela competência e seriedade na condução dos trabalhos sempre que precisei me ausentar em função do mestrado. Também agradeço pelo carinho que recebi ao longo dessa caminhada.

Ao meu marido, Rogério, meu parceiro de vida e maior incentivador, agradeço pelo apoio irrestrito e por sempre vibrar com tudo o que diz respeito a mim.

Às minhas filhas, Rafaella e Gabriela, agradeço por compreenderem a minha ausência e me fazerem sentir a mãe mais amada do mundo todas as vezes em que retornava das aulas em São Paulo.

Aos meus pais, Siomara e Enio (*in memoriam*), pelo amor incondicional.

Ao meu irmão, Enio, por estar presente na minha vida e torcer pela minha felicidade.

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo avaliar se o sistema vigente de garantia do crédito tributário no contexto da execução fiscal atende à finalidade a que se destina. Isso é feito a partir das premissas consideradas necessárias, como a distinção do processo executivo em relação aos demais modelos de processualidade tributária, a definição de garantia em sua dimensão econômica e processual-procedimental e a especificação dos modelos reconhecidos pelo sistema jurídico, tentando-se enfrentar os problemas que a casuística aponta. Tudo para que, ao final, definido o modelo normativo vigente, seja feito o desejado cruzamento com o plano da realidade, expresso em termos econômicos, apresentando-se propostas tendentes a aproximar (ou, como aqui sugerido, “conciliar”) aquelas duas dimensões.

Palavras-chave: Garantia. Crédito tributário. Execução fiscal. Função econômica. Modelo normativo. Menor onerosidade. Máxima utilidade.

ABSTRACT

This work aims, in the most pragmatic way possible, to evaluate whether the current tax credit guarantee system in the context of tax foreclosure meets the purpose for which it is intended based on the premises considered necessary – the distinction of the execution proceeding in relation to other types of tax proceedings, the definition of guarantee in its economic and procedural dimension, the specification of the types of proceedings recognized by the legal system (trying to face the problems that the casuistry points out in each of them) –, all that for the desired intersection with reality is made once the standard is defined and enforceable, expressed in economic terms and with proposals tending to bring together (or as we suggest, "reconcile") those two dimensions.

Keywords: Guarantee. Tax credit. Tax foreclosure. Economic function. Enforceable standard. Less onerosity. Maximum utility.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 O PROCESSO DE COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E A FUNÇÃO DA GARANTIA SOB AS PERSPECTIVAS ECONÔMICA E PROCESSUAL.....	14
1.1 A EXECUÇÃO FISCAL NO CONTEXTO DO CONTENCIOSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO	14
1.2 A FUNÇÃO ECONÔMICA DA GARANTIA: UM PRIMEIRO OLHAR	17
1.3 A GARANTIA EM SUA DIMENSÃO PROCESSUAL: CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL?	18
1.3.1 A posição da jurisprudência.....	18
1.3.2 A exigência de garantia como pressuposto dos embargos à execução sob o prisma constitucional.....	24
1.3.3 A legalidade da exigência de garantia como pressuposto dos embargos à execução.....	27
1.3.3.1 Síntese da evolução normativa	27
1.3.3.1.1 Fase 1: As disposições do CPC/73 – texto original e alterações empreendidas pela Lei nº 8.953/94.....	27
1.3.3.1.2 Fase 2: O regime jurídico criado pela LEF	30
1.3.3.1.3 Fase 3: As reformas implementadas pelas Leis nº 11.232/2005 e 11.382/2006.....	32
2 O MODELO NORMATIVO DE GARANTIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NO CONTEXTO DA EXECUÇÃO FISCAL	37
2.1 A OFERTA ANTECIPADA DE GARANTIA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO	38
2.2 A GARANTIA PRESTADA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL	42
2.2.1 Penhora e garantia na execução fiscal.....	42
2.2.2 Modalidades de garantia	43
2.2.2.1 Depósito judicial	45
2.2.2.2 Fiança bancária	46
2.2.2.3 Seguro garantia	50
2.2.3 Penhora	53
2.2.3.1 Os pressupostos da penhora	53
2.2.3.2 Penhora on-line.....	58
2.2.3.3 Penhora de faturamento	63
2.3 A EXECUÇÃO DA GARANTIA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DOS EMBARGOS DO DEVEDOR.....	64

3	AS REPERCUSSÕES ECONÔMICAS DA GARANTIA NO CONTEXTO DA EXECUÇÃO FISCAL	68
3.1	O TEMPO DE TRAMITAÇÃO DE UMA EXECUÇÃO FISCAL NO BRASIL	68
3.2	OS CUSTOS DA GARANTIA SOB A PERSPECTIVA DO EXECUTADO	70
3.2.1	Depósito judicial.....	70
3.2.2	Fiança bancária	72
3.2.3	Seguro garantia	73
3.2.4	Penhora de bens e direitos.....	75
3.3	O RESSARCIMENTO DAS DESPESAS COM A GARANTIA POR PARTE DA FAZENDA PÚBLICA: UMA TENDÊNCIA.....	78
3.3.1	O enquadramento dos custos da garantia como despesa processual	80
3.3.2	O ressarcimento dos custos da garantia como decorrência da execução injusta	82
4	O MODELO NORMATIVO DE GARANTIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS: MENOR ONEROSIDADE E MÁXIMA UTILIDADE DA EXECUÇÃO	87
4.1	A EFETIVIDADE E A MENOR ONEROSIDADE: GARANTIAS CONTRAPOSTAS OU COMPLEMENTARES?	88
4.2	A ORDEM DE PREFERÊNCIA: CENÁRIOS LEGISLATIVO E JURISPRUDENCIAL ..	93
4.2.1	As alterações legislativas empreendidas na ordem de preferência.....	93
4.2.2	A evolução da jurisprudência em face das mudanças legislativas.....	97
4.3	OS EFEITOS DO MOVIMENTO EM PROL DA EFETIVIDADE NA SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA	104
4.3.1	A substituição da penhora: evolução legislativa.....	104
4.3.2	A substituição da penhora na visão do STJ.....	110
4.4	A COMPATIBILIZAÇÃO DA MENOR ONEROSIDADE COM A MÁXIMA EFICÁCIA DA EXECUÇÃO.....	117
5	O MODELO NORMATIVO DE GARANTIA E O PLANO ECONÔMICO	119
5.1	PORQUE É NECESSÁRIO CONCILIAR O MODELO NORMATIVO DE GARANTIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM O PLANO ECONÔMICO.....	119
5.2	AS PROPOSTAS DE CONCILIAÇÃO	121
5.2.1	Plano interpretativo pragmatista	121
5.2.1.1	A suspensão da exigibilidade do crédito tributário em sede de embargos à execução independentemente de garantia: uma proposta de interpretação sistemática da LEF e do CTN.....	121

5.2.2	Plano normativo: soluções que requerem alterações legislativas	131
5.2.2.1	O que já está em discussão: as propostas de reforma da LEF	131
5.2.2.2	O que deve ser discutido: a nossa visão do problema	134
5.2.2.2.1	<i>A suspensão da exigibilidade do crédito tributário em sede de embargos à execução independentemente de garantia tendo como pressuposto alteração legislativa prévia que retire a garantia como condição de procedibilidade dos embargos à execução</i>	<i>134</i>
5.2.2.2.2	<i>Ampliação do rol de garantias previsto na LEF</i>	<i>134</i>
5.2.2.2.2.1	<i>A introdução de norma tributária em branco na LEF</i>	<i>135</i>
5.2.2.2.2.2	<i>A inclusão dos precatórios da mesma fazenda exequente como modalidade de garantia do crédito tributário</i>	<i>137</i>
5.2.2.2.2.3	<i>A inclusão dos covenants no rol de garantias do crédito tributário</i>	<i>144</i>
5.2.2.2.2.4	<i>Como ficaria a nova redação da LEF</i>	<i>148</i>
SÍNTESE CONCLUSIVA		151
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS		157

INTRODUÇÃO

A garantia do crédito tributário, por si só, já é um grande desafio aos contribuintes. Essa situação tem se tornado ainda mais complicada considerando-se que a legislação que trata das modalidades de garantia do crédito tributário permanece engessada. Há, em razão disso, um claro movimento normativo voltado a conferir efetividade ao processo executivo por meio de garantias consubstanciadas primordialmente em dinheiro, carta de fiança e seguro.

Nas últimas décadas, a despeito da inegável evolução das relações econômicas, a Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execução Fiscal – LEF) permaneceu praticamente inalterada no que tange ao modelo normativo de garantia do crédito tributário. A única novidade, nesse aspecto, ficou por conta da Lei nº 13.043/2014, que incluiu o seguro garantia no rol dos bens e direitos passíveis de nomeação no âmbito da demanda executiva fiscal.

Nesse mesmo período foram promovidas importantes inovações normativas voltadas a conferir efetividade e celeridade ao processo de execução no contexto da Reforma do Poder Judiciário, inaugurada pela Emenda Constitucional nº 45/04. Merece destaque a Lei nº 11.382/2006, que alterou profundamente a Lei nº 5.869/1973, que veiculava o já revogado Código de Processo Civil (CPC).

Essa norma, entre outras providências, inaugurou a possibilidade de o credor, na inicial, já indicar os bens a serem penhorados (art. 652, § 2º do CPC/73); alterou a ordem de gradação da penhora, priorizando ativos financeiros (art. 655 do CPC/73); legalizou a penhora on-line sem condicioná-la ao esgotamento das tentativas de localização dos bens do executado passíveis de penhora (art. 655-A do CPC/73); transformou as hipóteses de ineficácia da nomeação de bens à penhora em circunstâncias que legitimam o requerimento de substituição da garantia, prevendo a possibilidade de a penhora ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia em valor não inferior ao débito constante da inicial acrescido de trinta por cento (art. 656 do CPC/73). Ainda estabeleceu, como regra, a não atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução, exceto quando restar demonstrada a relevância dos seus fundamentos e a existência de dano grave ou de difícil reparação imposto ao devedor em decorrência do prosseguimento da execução (art. 739-A do CPC/73).

Em face das alterações legislativas mencionadas, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) modificou sua orientação, de forma que os precedentes que restringiam a penhora de ativos financeiros ao esgotamento de todas as medidas voltadas à identificação de bens passíveis de constrição¹ e admitiam reiteradamente a flexibilização da ordem de gradação em homenagem ao princípio da menor onerosidade, constante do art. 620 do CPC/73², deram lugar a acórdãos que legitimam o bloqueio de ativos financeiros independentemente de qualquer medida prévia³ e que tratam a quebra da ordem de gradação da penhora como medida excepcionalíssima⁴.

Com a entrada em vigor da Lei nº 13.105/2015, que instituiu o novo CPC, a preferência pelo dinheiro na garantia dos feitos executivos ganhou força, dado que o artigo 835 do diploma legal, apesar de manter a ordem de gradação nos mesmos moldes do código anterior, estabeleceu, no seu § 1º, a primazia do dinheiro em relação aos demais bens e direitos listados, autorizando o juiz, nas demais hipóteses, a alterar a ordem legal estabelecida. Se, por um lado, esta medida legaliza a relatividade da ordem de gradação da penhora amplamente debatida pelo Judiciário, por outro, a depender do viés interpretativo que prevaleça, pode impedir tal providência quando houver disponibilidade de dinheiro.

No cenário delineado, resta claro que, na atualidade, o contribuinte que ostenta situação financeira favorável e possui débitos executados tem, basicamente, três alternativas para garanti-los: depositar o montante integral em juízo, ofertar fiança bancária ou seguro garantia.

Não se pode perder de vista, contudo, que a penhora de dinheiro, assim como a contratação de fiança bancária ou de seguro garantia, implicam custos para o executado no decorrer do processo.

¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 791.701/SP. Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção. Julgado em 10/05/2006, DJ 22/05/2006, p. 144.

² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 483.789/MG. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 23/09/2003, DJ 13/10/2003, p. 235; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 644.158/MG. Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Julgado em 04/10/2005, DJ 24/10/2005, p. 258.

³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.116.647/ES. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgado em 15/03/2011, DJe 25/03/2011.

⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 626.462/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma. Julgado em 16/04/2015, DJe 24/04/2015.

Por outro ângulo, há uma tendência – ainda não validada de forma mais contundente pela jurisprudência – de responsabilização da Fazenda Pública pelos custos incorridos com a manutenção da garantia ao longo do processo quando, ao final, a cobrança é afastada pelo Judiciário.

Assim, o escopo do trabalho é o de analisar quais são as alternativas que se apresentam para resolver o problema que gravita em torno da dissociação do modelo normativo de garantia do crédito tributário em relação à realidade econômica definida pelo mercado, bem como o de propor medidas alternativas que possam equalizar o *trade off* entre efetividade da execução e menor onerosidade.

Na primeira seção, trataremos de situar os processos exacionais – basicamente as execuções fiscais – no contexto do contencioso judicial tributário, diferenciando-os dos antiexacionais. Busca-se evidenciar que, enquanto aqueles estão diretamente ligados ao plano da realidade econômica, a relação destes com o “real” é mediata, à medida que se voltam à produção de tutela enunciativa do direito, sem imediata e necessária alteração do plano da facticidade econômica.

Essa distinção permitirá concluir que a garantia possui importante função sob a perspectiva econômica no processo de execução fiscal – afinal, execução “efetiva”, pode-se dizer, é a que interfere no plano da realidade econômica, fazendo concreto o adimplemento da obrigação tributária não liquidada espontaneamente.

Ainda na primeira seção desta pesquisa, analisaremos a garantia em sua dimensão processual. Nesse contexto, avaliaremos criticamente, sob as perspectivas legislativa e jurisprudencial, a garantia enquanto condição de procedibilidade dos embargos à execução.

Na segunda seção, abordaremos o modelo normativo de garantia do crédito tributário que supõe, senão o pagamento espontâneo, a tomada forçada ou voluntária de garantia, instrumento imposto pelo direito, mas que está claramente ligado à efetividade almejada no plano extrajurídico, tudo perfeitamente compreensível a partir da noção de instrumentalidade.

Na terceira seção, enfrentaremos, de forma mais amadurecida, as repercussões econômicas da garantia no contexto da cobrança do crédito tributário sob a ótica do executado e também do exequente. Isso nos levará à conclusão de que, embora o modelo normativo tenha sido arquitetado tendo como diretriz a potencialização da relação do processo executivo com o plano econômico, paradoxalmente, no dia-a-dia, o plano jurídico-normativo (em que situa a figura da garantia) acaba se afastando da realidade econômica.

Essa conclusão é reforçada quando analisamos, na quarta seção do trabalho, a posição dos tribunais, em especial do STJ, acerca da aplicação dos princípios da máxima utilidade da execução e da menor onerosidade ao enfrentarem as discussões que envolvem a ordem de preferência e a substituição da garantia.

Embora reconheçamos que, em termos gerais, há um alinhamento da jurisprudência com o modelo normativo vigente, identificamos excessos que, sob o pretexto de reforçar a função econômica da garantia, acabam concorrendo para desconectá-la ainda mais da realidade econômica.

Na quinta e última seção, abordaremos as alternativas que se apresentam como forma de conciliar o modelo normativo de garantia do crédito tributário com o plano econômico, oportunidade em que avaliaremos proposta baseada na interpretação da legislação em vigor, os projetos de alteração da LEF que já estão em tramitação, bem como a ampliação do rol de garantias no contexto da execução fiscal como forma de acompanhar a dinâmica do mercado (do qual a garantia emerge em sua realidade ontológica).

Quando falamos em “conciliação” de planos – usando propositalmente o termo grafado entre aspas no título do presente trabalho –, o que pretendemos, em última razão, é tirar da sombra a relação, íntima, entre direito e realidade, harmonizando (e não confrontando) o ideal do asseguramento do crédito com os caminhos que o plano econômico, em toda sua dinâmica, viabiliza.

1 O PROCESSO DE COBRANÇA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO E A FUNÇÃO DA GARANTIA SOB AS PERSPECTIVAS ECONÔMICA E PROCESSUAL

1.1 A EXECUÇÃO FISCAL NO CONTEXTO DO CONTENCIOSO JUDICIAL TRIBUTÁRIO

Conforme delineado na introdução, enfrentaremos a problemática que envolve o modelo normativo de garantia do crédito tributário no contexto da execução fiscal em face das suas repercussões econômicas. Temos como necessário, para chegar nesse objetivo, o exame da execução fiscal em confronto com as outras categorias processuais tributárias, de modo a evidenciar, desde logo, sua relação imediata com o plano econômico, dado o seu propósito inquestionável de promover a satisfação da obrigação tributária inadimplida espontaneamente.

Quando pensamos no contencioso judicial tributário, com efeito, a primeira ideia que se apresenta diz respeito à natureza exacional ou antiexacional dos processos que o integram, enquadrando-se na primeira categoria a execução fiscal e, na segunda, o mandado de segurança, a ação declaratória, a ação anulatória, a ação de repetição de indébito e os embargos à execução fiscal.

A execução fiscal, regulada pela Lei nº 6.830/1980, corresponde ao canal processual por meio do qual a Fazenda Pública busca a satisfação da obrigação tributária inadimplida representada na Certidão de Dívida Ativa (CDA)⁵. A esse documento o sistema normativo outorga força executiva e, por isso mesmo, constitui instrumento hábil a certificar, por presunção, liquidez, certeza e exigibilidade da obrigação ali representada independentemente de prévio pronunciamento por parte do Poder Judiciário. Está inserta, portanto, no rol das execuções fundadas em título extrajudicial, mais especificamente na classe das execuções por quantia certa, se considerada a natureza preordenada da obrigação exequenda – sempre expressa em dinheiro.

⁵ Nos termos do art. 201 do CTN, “Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final em processo regular. [...]”.

As ações antiexacionais, ao seu turno, constituem o canal disponibilizado ao contribuinte para se contrapor à exigência fiscal. Conquanto variadas, é certo que sobre essas medidas incide uma ordem de emprego, não se afigurando possível que o contribuinte as lance em relação a quaisquer exigências.

Acaso a objeção recaia sobre exigência ainda potencial (a que decorre de norma geral e abstrata inserida no ordenamento jurídico no exercício da competência constitucional outorgada ao ente tributante), terão lugar as ações de natureza preventiva, notadamente a ação declaratória e o mandado de segurança preventivo. Se, por outro lado, for levado a efeito o lançamento do crédito tributário e sua necessária notificação, instituindo-se, por conseguinte, norma individual e concreta que torne efetiva (não mais apenas potencial) a exigibilidade da obrigação correlata, caberá a impetração de mandado de segurança repressivo ou o ajuizamento de ação anulatória de débito fiscal. Se, notificado do lançamento, o contribuinte efetuar o pagamento, restará o ajuizamento da ação de repetição e indébito e, ainda nessa circunstância, se quedar inerte e for ajuizada demanda executiva, estará legitimado a propor os competentes embargos à execução.

As ações antiexacionais preventivas de que falamos, como a própria denominação indica, antecedem o lançamento do crédito tributário e, conseqüentemente, o ajuizamento da execução fiscal. Por si só não impedem o lançamento e o subsequente ajuizamento da execução a não ser que se apresente alguma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos termos dos incisos II, IV ou V do art. 151 do Código Tributário Nacional (CTN): depósito integral, concessão de liminar ou antecipação da tutela.

As ações repressivas, que têm lugar após a constituição do crédito tributário ou mesmo após o ajuizamento da demanda executiva, tais como a ação anulatória e o mandado de segurança, também não impedem o ajuizamento da execução fiscal, nem influenciam no seu curso, exceto nas hipóteses em que restar suspensa a exigibilidade do crédito tributário.

A suspensão da exigibilidade no contencioso preventivo ou repressivo implica óbice à propositura da execução fiscal se esta ainda não houver sido ajuizada, e, caso o ajuizamento já tenha ocorrido, acarreta a suspensão do seu curso, aplicando-se, em

qualquer das hipóteses, a interrupção da prescrição, nos moldes do art. 174, parágrafo único, do CTN.

Por sua vez, os embargos, como ação repressiva tanto quanto a anulatória (mas de tom acessório à execução fiscal), implicam a suspensão da atividade expropriatória desde atribuído esse efeito, aspecto que detalharemos, no item 1.3 adiante.

Finalmente, a repetição de indébito parte de premissa absolutamente antagônica à que fundamenta a propositura da execução fiscal. Enquanto a execução pressupõe o inadimplemento, a repetição requer a prévia extinção do crédito tributário pelo pagamento (art. 156, I do CTN), a despeito da virtual desconformidade afirmada pelo contribuinte.

A realidade é que, seja qual for o momento (antes ou depois do lançamento e/ou ajuizamento da demanda executiva) e a circunstância que permeie seu ajuizamento (obrigação adimplida ou inadimplida), as ações antiexacionais visam, em última análise, questionar a obrigação tributária, provocando a emissão de tutela jurisdicional enunciativa do direito, de caráter, portanto, abstrato – vocábulo aqui empregado na intenção de designar a tutela jurisdicional que revela o direito em linguagem, sem importar imediata e necessária alteração no plano da realidade econômica –, assim compreendida, tal alteração, pela movimentação de capital.

É certo que tal tutela repercute, em alguma medida, na dimensão financeira das partes envolvidas, uma vez que, ao solucionar o conflito-base – que gira em torno da legitimidade da obrigação tributária –, as coloca ou retira da posição de credor ou devedor. Jamais se verá, no entanto, automática atuação da tutela antiexacional no âmbito econômico, despojando um ou outro dos atores de valores, efeito que demandará a subsequente emanção de atos de cumprimento no mesmo ou em outro processo. Daí a possibilidade de reconhecer que a relação dessas vias processuais com o plano econômico é mediata.

Diversamente, a execução fiscal objetiva a emissão de tutela jurisdicional capaz de concretizar, no plano fenomênico, o direito creditório certificado no título executivo que lhe serve de fundamento, fazendo-o mediante a atração da vontade espontânea do

devedor ou, em último apelo, mediante a expropriação de bens e/ou direitos integrantes de seu patrimônio, a sua conversão em pecúnia e o subsequente adimplemento do crédito executado. Pragmaticamente há, pelo que se vê, um outro nível de relação com o plano econômico, de tom direto, imediato.

Dessa constatação, temos suficiente espaço para abordar, desde logo, a importante função desempenhada pelas garantias no campo dos executivos fiscais no plano econômico, deixando para o momento imediatamente seguinte sua análise na dimensão jurídico-processual – ordem que permitirá descortinar os (des)encontros havidos entre esses dois níveis.

1.2 A FUNÇÃO ECONÔMICA DA GARANTIA: UM PRIMEIRO OLHAR

Fechado o item imediatamente anterior, podemos reafirmar que a execução fiscal relaciona-se com o plano econômico de forma direta, uma vez preordenada a “invadir a esfera patrimonial do devedor para de lá extrair o bem ou valor com o qual se dará cumprimento forçado à prestação, satisfazendo o direito do credor já certificado no título”⁶. Em outras palavras: o que se pretende com a execução fiscal é obter, de maneira forçada, os efeitos práticos do pagamento, vale dizer, da extinção do crédito tributário executado, nos termos do art. 156, I do CTN.

A garantia, já adiantamos, possui relevante papel no contexto da cobrança judicial do crédito tributário.

Na acepção adotada no presente trabalho⁷, a garantia é uma decorrência da responsabilidade patrimonial do devedor e está relacionada com o destaque de parcela do seu patrimônio ou do terceiro garantidor⁸ voltado a assegurar crédito tributário inadimplido no contexto da demanda executiva, notadamente quando há discussão judicial a respeito da cobrança.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A reforma da Execução do Título Extrajudicial**: Lei 11.382, de 06 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007, p. 174.

⁷ CASTRO, Daniel Monteiro de. **Garantias ao cumprimento da obrigação tributária**. Tese (Doutorado em Direito Tributário) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020, p. 84-86.

⁸ Importante notar que, em se tratando de garantias pessoais ou fidejussórias, todo o patrimônio do devedor ou do terceiro é afetado.

Discussões dessa natureza podem durar muitos anos na realidade brasileira⁹ e, nesse período, podem ocorrer oscilações significativas na situação patrimonial do devedor, por razões diversas alheias à sua vontade ou mesmo em decorrência de esvaziamento patrimonial deliberado, frustrando a tutela jurisdicional executiva. Esse risco é mitigado pela garantia.

É bem verdade que a forma de satisfação do crédito fazendário variará em função da modalidade de garantia utilizada no caso concreto, mas sempre decorrerá de sua transformação em dinheiro – exceto quando assim materializada, hipótese em que, por razões óbvias, a transformação antes referida se afigura desnecessária.

Inevitável, pois, concluirmos que a garantia possui relevante função econômica (quixá seu principal traço) no contexto da cobrança judicial do crédito tributário. Nesse cenário, o que se espera é que as normas que versam sobre a garantia (voluntária ou forçada) estejam conectadas com o plano econômico e sejam interpretadas tendo-o como referencial.

1.3 A GARANTIA EM SUA DIMENSÃO PROCESSUAL: CONDIÇÃO DE PROCEDIBILIDADE DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL?

1.3.1 A posição da jurisprudência

Muito já se discutiu a respeito da exigência de garantia como condição de procedibilidade dos embargos à execução em face da previsão contida no art. 16, § 1º, da Lei nº 6.830/1980 sob a perspectiva constitucional, levando-se em consideração o direito de acesso à Justiça (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88) e os princípios da ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, incisos LIV e LV, também da CRFB/88).

⁹ O Capítulo 3, que trata das repercussões econômicas da garantia no contexto da execução fiscal, será iniciado abordando-se o estudo realizado pelo Instituto de Pesquisa Econômica (IPEA) em decorrência de um acordo de cooperação técnica firmado em 2008 com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), segundo o qual o tempo médio de duração de uma execução fiscal no Brasil é de, aproximadamente, 10 (dez) anos.

Essa discussão ganhou força com a aprovação, pelo Supremo Tribunal Federal (STF), da Súmula Vinculante nº 28, que reputou inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário.

Esse verbete teve como precedente central o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 1.074-3, por meio do qual o STF declarou a inconstitucionalidade do art. 19 da Lei nº 8.870/1994, que exigia depósito prévio como requisito para o ajuizamento de ações judiciais que tinham por objeto a discussão de débitos com o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) sob o argumento de que a exigência constitui óbice ao acesso à justiça, a caracterizar clara violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, direito fundamental assegurado pelo artigo 5º, XXXV, da CRFB/88. Vejamos o teor da ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 19, CAPUT, DA LEI FEDERAL N. 8.870/94. DISCUSSÃO JUDICIAL DE DÉBITO PARA COM O INSS. DEPÓSITO PRÉVIO DO VALOR MONETARIAMENTE CORRIGIDO E ACRESCIDO DE MULTA E JUROS. VIOLAÇÃO DO DISPOSTO NO ARTIGO 5º, INCISOS XXXV E LV, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O artigo 19 da Lei n. 8.870/94 impõe condição à propositura das ações cujo objeto seja a discussão de créditos tributários consubstancia barreira ao acesso ao Poder Judiciário.

2. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente.¹⁰

Analisando o julgado em referência, poder-se-ia concluir que a aplicabilidade do entendimento vinculante firmado pelo STF estaria restrita às ações voltadas à discussão dos créditos tributários junto ao INSS. Nada obstante, os debates que permearam a aprovação do enunciado vinculante levam a outra conclusão. Naquela ocasião, os ministros concordaram que o acesso ao Judiciário para questionar a exigibilidade do crédito tributário não poderia ficar sujeito a depósito, de qualquer valor que fosse, independentemente da espécie tributária.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.074-3. Rel. Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno. Julgado em 28.03.2007.

Nesse aspecto, importante notar a observação feita pelo Ministro Joaquim Barbosa no que se refere às repercussões que o verbete teria no âmbito tributário, haja vista a previsão contida no art. 38 da LEF, dispositivo que condiciona o ajuizamento da ação anulatória de crédito fiscal ao depósito do valor do débito.

Ao final, a Súmula foi aprovada, por unanimidade, sem qualquer referência ao art. 19 da Lei nº 8.870/1994, o que evidencia a clara intenção de se repudiar toda e qualquer previsão legal que exija o depósito como condição viabilizadora de ação voltada à discussão da exigibilidade do crédito tributário.

Como os embargos à execução constituem, em última análise, ação voltada em tal sentido (a discussão da exigibilidade do crédito tributário), os contribuintes passaram a sustentar que a aprovação da Súmula Vinculante 28 teria importado no reconhecimento de que o § 1º do art. 16 da LEF não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

O STF, contudo, tem reiteradamente negado seguimento a recursos extraordinários com o propósito de questionar a constitucionalidade da exigência, sob o argumento de que eventual ofensa ao acesso à justiça, aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal dependeria da prévia análise de normas infraconstitucionais, configurando ofensa meramente reflexa ao texto constitucional, o que inviabiliza o pronunciamento da Corte Suprema¹¹.

¹¹ “DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA DO JUÍZO. AUSÊNCIA. CONTROVÉRSIA QUE DEMANDA ANÁLISE DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. CARÁTER PROTELATÓRIO. IMPOSIÇÃO DE MULTA.

1. A solução da controvérsia pressupõe, necessariamente, a análise de legislação infraconstitucional pertinente, o que torna inviável o processamento do recurso extraordinário.

2. Inaplicável o art. 85, § 11, do CPC/2015, uma vez que não houve prévia fixação de honorários de sucumbência.

3. Agravo interno a que se nega provimento, com aplicação da multa prevista no art. 1.021, § 4º, do CPC/2015.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 994.005 AgR. Rel. Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma. Julgado em 26/05/2017, public. 19/06/2017).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EXIGÊNCIA DE GARANTIA EM JUÍZO. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL REJEITADA PELO STF NO ARE 748.371. TEMA 660. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INEXISTÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 788.894 AgR. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 03/05/2016, public. 31/05/2016).

Sem embargo, ao afastar a aplicação Súmula Vinculante nº 28 à exigência de garantia do juízo como condição de procedibilidade dos embargos à execução fiscal (§ 1º do art. 16, da LEF), ainda que por meio de decisões monocráticas, o STF dá indícios de que a exigência é constitucional.

Nesse aspecto, a Corte estabeleceu clara distinção entre a situação que deu ensejo à aprovação da súmula – exigência de depósito como pressuposto para a propositura de ação voltada à emissão de tutela enunciativa de direito acerca de obrigação tributária ainda não executada – e aquela que se dirige à desconstituição de obrigação tributária dotada de liquidez, certeza e exigibilidade já em fase de execução, concluindo pela inaplicabilidade do enunciado nas circunstâncias referidas por último. Aduziu, ademais, que a exigência de garantia como pressuposto de admissibilidade dos embargos à execução fiscal não configura obstáculo ao acesso à jurisdição. Nesse sentido, é esclarecedor o precedente que segue:

[...] Conforme consignado na decisão embargada, **não se verifica similitude entre o decidido no ato reclamado – que, com base no art. 16, § 1º, da Lei 6.830/80, assentou a inadmissibilidade dos embargos do executado antes de garantida a execução – e o assentado por esta Corte na Súmula Vinculante 28, que consignou a inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio para discussão judicial de crédito tributário, por configurar óbice ao acesso à justiça.** Nesses termos, mostra-se inviável a invocação da Súmula Vinculante 28 para afastar a exigência de garantia do juízo nos embargos à execução fiscal. **Cabe ressaltar que o enunciado da referida súmula se refere às ações judiciais que têm por objeto qualquer etapa do fluxo de constituição e de positivação do crédito tributário antecedente ao ajuizamento da ação de execução fiscal, momento em que ocorre a judicialização do inadimplemento do sujeito passivo.** Com efeito, tal restrição decorre da motivação da referida súmula vinculante, que foi a declaração de inconstitucionalidade do art. 19 da Lei 8.870/1994 (ADI 1.075, rel. Min. Eros Grau, DJ de 25.05.2007), semelhante ao art. 38 da Lei 6.830/1980, não recepcionado pela Constituição de 1988. **Já a garantia do juízo como requisito para recebimento dos embargos à execução – e, consequentemente, a inibição ou a suspensão da ação de execução fiscal – não foi declarada inconstitucional naquela oportunidade.** A propósito, registro o seguinte trecho do voto proferido pelo relator, Ministro Eros Grau: “Esse requisito [se refere ao depósito prévio] somente se imporia caso o sujeito passivo da obrigação tributária pretendesse inibir o ajuizamento da execução fiscal [RE n. 105.552, Relator o Ministro DJACI FALCÃO, DJ de 2.08.1985 e RE n. 103.400, Relator o Ministro RAFAEL MAYER, DJ de 10.12.1984]. Por outro lado, ao dispor de forma genérica que ‘as ações judiciais, inclusive cautelares, que tenham por objeto a discussão de débito para

com o INSS serão, obrigatoriamente, precedidas do depósito preparatório, o artigo 19 da Lei n. 8.870/94 consubstancia barreira ao acesso ao Poder Judiciário. A mera leitura do texto normativo impugnado dá conta da imposição de condição à propositura das ações cujo objeto seja a discussão de créditos tributários, ainda que não estejam em fase de execução” (grifos nossos). Posta a questão nesses termos, vê-se que a controvérsia dos autos escapa ao alcance da Súmula Vinculante 28. A rigor, a aplicação da referida súmula às execuções fiscais implicaria a declaração de não recepção do art. 16, § 1º da Lei 6.830/1980, sem a observância do devido processo legal (Rcl 6.735-AgR, rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJ e de 10.09.2010). **Além disso, não há nenhuma indicação de circunstância excepcional a apontar ser a garantia do juízo exigida pela Lei de Execuções Fiscais barreira intransponível ao direito de acesso à jurisdição.** Assim, tendo em vista a inexistência de identidade ou similitude de objeto entre o ato impugnado e a decisão-paradigma indicada, inadmissível a presente reclamação, uma vez que não pode ser empregada como sucedâneo recursal ou atalho processual para fazer chegar a causa diretamente ao Supremo Tribunal Federal. Desse modo, inexistem omissão, contradição, obscuridade a serem sanadas na decisão ora impugnada. Ante o exposto, rejeito os embargos de declaração (art. 1024, § 2º, do CPC).¹²

Vê-se que o STF, embora não tenha enfrentado diretamente a constitucionalidade do art. 16, § 1º, da Lei nº 6.830/1980, tende a legitimar a exigência de garantia como condição de procedibilidade dos embargos à execução.

Paralelamente a isso, é relevante notar que o STJ, em observância ao princípio da isonomia, tem mitigado a obrigatoriedade de garantia integral do crédito executado como pressuposto do recebimento dos embargos à execução fiscal quando comprovado que o devedor não possui patrimônio. É o que se infere do julgamento do Recurso Especial 1.127.815/SP, submetido à sistemática dos recursos repetitivos:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DETERMINAÇÃO DE REFORÇO DE PENHORA PELO JUIZ EX OFFICIO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE REQUERIMENTO PELA FAZENDA EXEQUENTE, IN CASU. **INSUFICIÊNCIA DA PENHORA. ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA.**

[...]

11. O pleito de imediato prosseguimento dos embargos, à revelia da referida decisão judicial, não merece acolhimento, haja vista que,

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl 32.139 ED. Rel. Ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática. Julgado em 17/12/2018, DJE 19/12/2018. Grifos nossos.

conquanto a insuficiência patrimonial do devedor seja justificativa plausível à apreciação dos embargos à execução sem que o executado proceda ao reforço da penhora, deve ser a mesma comprovada inequivocamente. Nesse sentido, in verbis: "Caso o devedor não disponha de patrimônio suficiente para a garantia integral do crédito exequendo, cabe-lhe comprovar inequivocamente tal situação. Neste caso, dever-se-á admitir os embargos, excepcionalmente, sob pena de se violar o princípio da isonomia sem um critério de discrímen sustentável, eis que dar seguimento à execução, realizando os atos de alienação do patrimônio penhorado e que era insuficiente para garantir toda a dívida, negando ao devedor a via dos embargos, implicaria restrição dos seus direitos apenas em razão da sua situação de insuficiência patrimonial. Em palavras simples, poder-se-ia dizer que tal implicaria em garantir o direito de defesa ao "rico", que dispõe de patrimônio suficiente para segurar o Juízo, e negar o direito de defesa ao "pobre", cujo patrimônio insuficiente passaria a ser de pronto alienado para a satisfação parcial do crédito. Não trato da hipótese de inexistência de patrimônio penhorável pois, em tal situação, sequer haveria como prosseguir com a execução, que restaria completamente frustrada." (Leandro Paulsen, in *Direito Processual Tributário, Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência*, Ed. Livraria do Advogado, 5ª ed.; p. 333/334)¹³

Conclui-se, pois, que, de acordo com a jurisprudência emanada dos tribunais superiores, a prévia garantia do juízo como condição de procedibilidade dos embargos à execução fiscal, em regra, tem sido legitimada sob o aspecto constitucional, havendo temperamentos em situações peculiares como a de hipossuficiência do devedor, forma de preservar outros valores tutelados pelo ordenamento – como a isonomia.

Com o advento da Lei nº 11.382/2006, os embargos à execução no âmbito cível passaram a ser admissíveis independentemente da prestação de garantia, o que reacendeu as discussões quanto ao cabimento da exigência na execução fiscal.

Debates a respeito da revogação da LEF ganharam força e chegaram ao STJ, cuja Corte Especial, ao julgar o Recurso Especial 1.272.827/PE¹⁴, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, concluiu que a dispensa da garantia como condicionante dos embargos decorrente da nova redação do art. 736 e da revogação do art. 737, ambos do CPC/73, não se aplica às execuções fiscais diante da existência de

¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.127.815/SP. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção. DJe 14/12/2010. Grifo nosso.

¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.272.827/PE. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. DJe 31.05.2013.

dispositivo específico, justamente o art. 16, § 1º, da LEF, que exige a prestação garantia, reitere-se, para fins de apresentação de embargos.

O raciocínio que embasa o entendimento externado no julgado em referência pauta-se no princípio da especialidade (art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB), segundo o qual as leis gerais não têm o condão de revogar as leis especiais. O julgado recorre, outrossim, ao princípio da primazia do crédito público sobre o privado e, ainda, à subsidiariedade da aplicação do CPC em relação à LEF.

Na mesma assentada, concluiu a Primeira Seção do STJ pela aplicabilidade do art. 739-A do CPC/73 aos executivos fiscais, de forma que os embargos correlatos só terão efeito suspensivo se demonstrado o atendimento dos requisitos ali estabelecidos.

Faremos, a seguir, uma análise crítica do entendimento firmado pelos tribunais superiores, posicionando-nos acerca da constitucionalidade e da legalidade da exigência em debate, levando em conta, neste último aspecto, a evolução da legislação processual pertinente.

1.3.2 A exigência de garantia como pressuposto dos embargos à execução sob o prisma constitucional

Como vimos, o STF não enfrentou diretamente a questão da constitucionalidade da exigência de garantia como pressuposto dos embargos à execução fiscal, tendo apenas afastado a aplicabilidade da Súmula 28 no referido contexto.

Os fundamentos então adotados pela Corte Suprema foram, sob a perspectiva processual, a impossibilidade de se reconhecer a inconstitucionalidade do art. 16, § 1º, da LEF – decorrência lógica da aplicação do enunciado aos executivos fiscais – em sede de Reclamação, sem observância do devido processo legal e, sob a perspectiva material, a distinção entre a situação em que o contribuinte ingressa com demanda antes do ajuizamento da execução fiscal e aquela em que discute crédito tributário já executado, concluindo que o propósito da Súmula foi o de afastar a exigência de depósito/garantia na primeira circunstância, não na segunda.

Embora as decisões não desenvolvam de forma detalhada a fundamentação destacada, nos parece que o STF aderiu à tese de que a garantia se justifica como pressuposto dos embargos à execução à medida que esta ação visa desconstituir obrigação certificada em título executivo, dotada, portanto, de liquidez, certeza e exigibilidade presumidas.

Admitindo que tenha sido essa a posição firmada pelo STF, propomos outra visão – sem recorrer ao argumento no sentido de que a Certidão de Dívida Ativa (CDA) é formada unilateralmente pelo ente tributante em contraposição a outros títulos executivos extrajudiciais, cuja formação requer a participação do credor, e, ainda, aos títulos executivos judiciais, que demandam prévia tutela jurisdicional de caráter enunciativo do direito com vistas à sua formação; não tomamos tal raciocínio como premissa, pois, ao contrário do que propõe, entendemos que a CDA é dotada de força executiva equivalente à dos demais títulos (extrajudiciais ou judiciais), sendo a inscrição levada a efeito ou quando, em função do lançamento de ofício, o crédito tributário resta constituído em caráter definitivo, vale dizer, quando não é mais suscetível de impugnação na via administrativa, ou quando a norma individual e concreta que formaliza o vínculo obrigacional tributário é inserida no ordenamento pelo próprio contribuinte em função do autolancamento.

O que causa inconformidade com o raciocínio aparentemente engendrado pelo STF – segundo o qual, repita-se, a discussão judicial do crédito tributário antes da execução não requer garantia, ao passo em que após a execução impõe tal exigência – é o fato de a exigência de prévia garantia do juízo ser própria dos embargos à execução, sendo plenamente admissível a propositura de outras ações antiexacionais, mesmo após o ajuizamento da demanda executiva, sem observar tal exigência, afinal foi o próprio STF que declarou a inconstitucionalidade da exigência do depósito preparatório da ação anulatória de débito fiscal imposta pelo art. 38, da LEF quando aprovou a redação ampla da Súmula 28, conforme anteriormente mencionado.

Assim sendo, na nossa visão, o ajuizamento da execução fiscal não é um bom parâmetro para se definir se a garantia é exigível ou não como pressuposto da discussão judicial do crédito tributário.

No nosso entendimento, a constitucionalidade da exigência de garantia como pressuposto dos embargos à execução decorre da possibilidade de o contribuinte contestar a exigência tributária, mesmo depois da sua inscrição em dívida ativa e do subsequente ajuizamento da execução fiscal, por intermédio de outras demandas, nos termos do já citado art. 38 da LEF, independentemente da prestação de garantia, a exemplo da ação anulatória de débito fiscal e do mandado de segurança, observados em relação ao referido remédio constitucional, obviamente, os requisitos estabelecidos na Lei nº 12.016/2009.

Ademais, em sendo a defesa do contribuinte fundada em tema que não demande dilação probatória, possível o emprego da exceção de pré-executividade sem a necessidade de prévia garantia do juízo, conforme prevê a Súmula 393 do STJ¹⁵.

É certo que a propositura dos instrumentos antiexacionais mencionados não implica a suspensão da exigibilidade do crédito tributário a não ser que esteja presente alguma das hipóteses do art. 151, do CTN, conforme já esclarecemos no item 1.1 deste Capítulo, não impedindo, por conseguinte, a propositura da execução fiscal ou o seu prosseguimento caso já tenha sido ajuizada¹⁶.

Da mesma forma, a defesa excepcional formulada nos próprios autos da execução fiscal não suspende o seu curso.

Na nossa opinião, contudo, a paralisação do processo de execução não se relaciona com o acesso à justiça, com a ampla defesa ou com o devido processo legal, valores constitucionais supostamente violados pela exigência de garantia como pressuposto dos embargos à execução fiscal.

Isso porque, ao lado desses vetores, a Constituição Federal assegura a tutela jurisdicional efetiva em tempo razoável¹⁷, que engloba inevitavelmente a tutela executiva.

¹⁵ A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

¹⁶ Essa é uma regra processual que estava presente no CPC/73 (art. 585, § 1º) e permanece hígida no CPC/15 (art. 784, § 1º).

¹⁷ Art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88.

Pois todos esses valores precisam ser ponderados, não fazendo sentido supor que qualquer irresignação do contribuinte implique a paralisação dos atos executórios no contexto da cobrança judicial do crédito tributário.

É preciso que se trate de direito robusto que autorize a emissão de ordem judicial capaz de suspender a exigibilidade do crédito tributário (art. 151, IV e V do CTN), que seja realizado o depósito do montante integral em discussão (art. 151, II do CTN) ou, ainda, que seja prestada garantia capaz de assegurar a efetividade da execução fiscal, mesmo que a suspensão da exigibilidade não se verifique na hipótese.

Encerrando os nossos comentários a respeito da exigência de garantia como pressuposto dos embargos sob a perspectiva constitucional, entendemos que, no caso do hipossuficiente, a dispensa justifica-se em face do princípio da isonomia – a fim de colocar todos os devedores, independentemente da situação financeira em que se encontrem, em situação de igualdade, o que lhes dá o direito de optar pela tradicional defesa por meio dos embargos à execução ou pelas chamadas defesas heterotópicas.

1.3.3 A legalidade da exigência de garantia como pressuposto dos embargos à execução

1.3.3.1 Síntese da evolução normativa

A análise da posição assumida pelo STJ, nos termos expostos no item 1.3.1, requer o exame da evolução da legislação processual no que tange ao processamento dos embargos do devedor nos âmbitos cível e fiscal, o que ocorreu nas três fases abordadas a seguir.

1.3.3.1.1 Fase 1: As disposições do CPC/73 – texto original e alterações empreendidas pela Lei nº 8.953/1994

O CPC/73 impunha a prestação de garantia como requisito para a oposição dos embargos à execução como forma de assegurar ao credor que, ao final da execução, a obrigação seria adimplida, afiançando ao devedor, por outro lado, a suspensão do curso

do processo executivo como decorrência do ajuizamento dos embargos correlatos. Era o que estabeleciam os arts. 737 e 741 *in verbis*:

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.

Art. 741. Quando a execução se fundar em sentença, os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo se o devedor alegar:

- I – falta ou nulidade de citação no processo de conhecimento, se a ação lhe correu à revelia;
- II – inexigibilidade do título;
- III – ilegitimidade das partes;
- IV – cumulação indevida de execuções;
- V – excesso de execução ou nulidade desta até a penhora;
- VI – qualquer causa impeditiva, modificativa ou extintiva da obrigação, como pagamento, novação, compensação com execução aparelhada, transação ou prescrição, desde que supervenientes à sentença;
- VII – incompetência do juízo da execução, bem como suspeição ou impedimento do juiz.

Da leitura do art. 741, observa-se que o efeito suspensivo só era atribuído aos embargos à execução fundada em título judicial. Não havia, portanto, regramento expresso quanto aos efeitos dos embargos opostos contra execuções fundadas em títulos extrajudiciais. A despeito da aparente omissão, desde a publicação do código, doutrina¹⁸ e jurisprudência¹⁹ firmaram entendimento majoritário no sentido de que o efeito suspensivo, salvo disposição em contrário, era ínsito aos embargos à execução, fosse esta fundada em título judicial ou extrajudicial.

Essa posição, à qual nos filiamos, estava pautada na regra geral contida no art. 265, IV, “a”, do CPC/73²⁰, que tratava da suspensão do processo por prejudicialidade, sob a perspectiva de que o curso da execução deve ser obstado até o julgamento dos embargos por depender deste; na incoerência de se exigir a prestação de garantia como condição de procedibilidade dos embargos e admitir a sua execução independentemente

¹⁸ THEORORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil, Vol. II: Processo de Execução e Processo Cautelar**. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 1016.

¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 97.647-7. Rel. Ministro Soarez Munoz. Julgado em 24/09/1982, DJe 14.12.2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 22.486-3. Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo. Julgado em 02/06/1992.

²⁰ “Art. 265. Suspende-se o processo: [...] IV - quando a sentença de mérito:

a) depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente;”

do desfecho da lide; e no contrassenso de se atribuir efeito suspensivo aos embargos opostos contra a execução fundada em título judicial e conferir efeito meramente devolutivo aos embargos opostos em face de título extrajudicial.

Em 1994, o entendimento doutrinário e jurisprudencial foi incorporado ao CPC/73 por intermédio da Lei nº 8.953, que introduziu o parágrafo 1º ao art. 739, estabelecendo que os embargos seriam sempre recebidos no efeito suspensivo. A exposição de motivos da Lei²¹ deixa claro que a inserção do novo parágrafo ao art. 739 do CPC/73 não consubstanciou inovação à ordem jurídica, mas mera explicitação do que já decorria da aplicação sistemática da lei processual:

Exmo. Senhor Presidente da República,
Submeto à elevada consideração de Vossa Excelência o anexo projeto de lei que cuida da reforma do Código de Processo Civil no que se refere ao processo de execução.

[...]

O projeto objetiva basicamente ampliar o elenco dos títulos executivos extrajudiciais, além de introduzir simplificação no procedimento de execução por quantia certa contra devedor solvente, buscando, outrossim, solucionar várias questões a respeito das quais há divergência na doutrina e jurisprudência.

Com esse objetivo, a Comissão de processualistas que analisou as deficiências do atual código, propôs as seguintes alterações:

[...]

f) a introdução de um parágrafo ao art. 739 explicita o princípio de que os embargos do devedor serão sempre recebidos com efeito suspensivo, conforme aliás, é da doutrina predominante (art. 739, § 1º, 741, caput e 791, I). (Grifo nosso)

Ao cabo de tudo, concluímos que o CPC/73 outorgou à garantia o status de condição de procedibilidade dos embargos à execução, mas previu, em contrapartida, fazendo-o desde sua redação originária e ainda que de forma implícita, o efeito suspensivo dos embargos à execução, como regra, fosse ela (a execução) decorrente de título executivo judicial ou extrajudicial.

²¹ Mensagem nº 237/1993.

1.3.3.1.2 Fase 2: O regime jurídico criado pela LEF

Assim como previa a legislação processual vigente à época, a LEF erigiu a garantia prévia do juízo como condição de procedibilidade dos embargos à execução fiscal. Vejamos a dicção do § 1º do art. 16 da LEF:

Art. 16. [...]

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

No que tange aos efeitos dos embargos à execução fiscal, a LEF, à semelhança do CPC/73, não trouxe disposição expressa atribuindo-lhes efeito suspensivo. O silêncio da LEF neste aspecto abriu margem para duas interpretações. Para aqueles que entendem, como é nosso caso, que os embargos à execução fundada em título extrajudicial, na vigência do CPC/73, sempre foram dotados de efeito suspensivo, a ausência de previsão expressa se justifica pela desnecessidade, dada a definição do tema no regime geral. Para aqueles que entendem que os embargos à execução fundada em título judicial só passaram a ser dotados de efeito suspensivo com a edição da Lei nº 8.953/1994, a LEF não previu expressamente a suspensividade porque era compatível com qualquer das soluções: atribuição de efeito suspensivo ou de efeito meramente devolutivo, posição que prevaleceu no STJ no julgamento do Recurso Especial nº 1.272.827/PE mencionado no início do capítulo.

Pois bem. O fato é que, a despeito de não ter sido prevista de forma expressa e textual a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, a interpretação sistemática da LEF não deixa dúvidas de que os embargos à execução fiscal possuem efeito suspensivo independentemente da aplicação subsidiária do CPC.

O art. 18 da lei sob exame condiciona a manifestação da Fazenda Pública sobre a garantia à hipótese de não serem oferecidos embargos. O art. 19, por sua vez, estabelece a intimação do terceiro garante para remir o bem (garantia real) ou pagar a dívida (garantia fidejussória) nas hipóteses de a execução fiscal não ser embargada ou dos embargos serem rejeitados. Finalmente, o art. 24 só admite a expropriação do patrimônio do executado tomado em garantia nos casos em que a execução não é embargada ou se os embargos vierem a ser rejeitados.

Todos esses dispositivos evidenciam que as providências voltadas à execução da garantia estão condicionadas à não interposição dos embargos ou à sua rejeição, restando claro o efeito suspensivo do qual são dotados.

Fortes nessa premissa – de que a LEF, a despeito de não conter disposição expressa determinando o efeito suspensivo automático dos embargos à execução fiscal, o previu por meio de outras disposições –, afastamos, em suma, a aplicação subsidiária do CPC neste aspecto.

Esse não foi, contudo, o entendimento que prevaleceu no âmbito do STJ no julgamento do já citado Recurso Especial nº 1.272.827/PE.

Como já sinalizado, a Corte Especial do STJ, partindo do pressuposto de que inexistia regra de atribuição de efeito suspensivo automático aos embargos na redação original do CPC/73, o que só veio a ocorrer com a entrada em vigor da Lei nº 8.953/1994 em relação às execuções fundadas em título extrajudicial, definiu que a LEF, no contexto em que editada, era compatível com qualquer solução.

Segundo o acórdão, a suposta incompatibilidade dos dispositivos retro mencionados (arts. 18, 19 e 24 da LEF) com a ausência de efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal é afastada pela própria LEF que, mais adiante, em seu art. 21²², disciplina a alienação antecipada de bens penhorados e, no art. 32, § 2º²³, prevê a manutenção dos depósitos na conta vinculada ao juízo da execução até o trânsito em julgado da decisão que julgar procedente ou improcedente a demanda executiva.

O raciocínio desenvolvido na decisão segue no sentido de que estas previsões asseguram a reversibilidade da efetivação da garantia prestada em sede de execução fiscal – admitida a inexistência do efeito suspensivo dos embargos –, à medida que preveem

²² “Art. 21 – Na hipótese de alienação antecipada dos bens penhorados, o produto será depositado em garantia da execução, nos termos previstos no artigo 9º, inciso I.”

²³ “Art. 32 – Os depósitos judiciais em dinheiro serão obrigatoriamente feitos: [...]”

§ 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.”

que, na hipótese de alienação do bem penhorado, o produto deve ser objeto de depósito que só é levantado ou convertido em renda após o trânsito em julgado.

O que passa despercebido pelo acórdão é que essas disposições, longe de afastarem o efeito suspensivo automático dos embargos à execução fiscal decorrente do quanto estabelecido nos arts. 18, 19 e 24 devem ser interpretadas sistematicamente. Sendo assim, a alienação antecipada de bens de que trata o art. 21, bem como a sua conversão no depósito de que trata o § 2º do art. 32, só têm lugar na hipótese de os embargos serem rejeitados.

Veremos, a seguir, as consequências do entendimento firmado pelo STJ diante da reforma promovida pela Lei nº 11.382/2006.

1.3.3.1.3 Fase 3: As reformas implementadas pelas Leis nº 11.232/2005 e 11.382/2006

Nas décadas que se seguiram à promulgação da Carta Política de 1988, a discussão quanto à exigência de garantia como condição de procedibilidade dos embargos à execução e dos efeitos dos embargos no âmbito cível ganhou novos contornos decorrentes das chamadas reformas do processo de execução.

Em relação à execução fundada em título judicial, o legislador procurou prestigiar a concepção de que o processo não pode representar um fim em si mesmo, reforçando seu aspecto instrumental e, após sucessivas alterações legislativas que já anunciavam a tendência ao sincretismo processual, a Lei nº 11.232/2005 reuniu definitivamente os processos de conhecimento e de execução, substituindo este último por um incidente denominado cumprimento de sentença.

No que tange às execuções fundadas em títulos extrajudiciais, as alterações mais relevantes ficaram por conta da Lei nº 11.382/2006 e tiveram a mesma tônica das reformas precedentes: garantir a efetividade da prestação jurisdicional, o pronto acesso à justiça e a economia processual.

Dentre as diversas mudanças implementadas nas execuções fundadas em títulos extrajudiciais, merecem destaque, no específico âmbito que nos interessa, a revogação do

art. 737 do CPC/73, que estabelecia a garantia como requisito de admissibilidade dos embargos do devedor; e a revogação do efeito suspensivo automático dos embargos à execução para se estabelecer, como regra, o efeito meramente devolutivo.

Nesse aspecto, a Lei nº 11.382/2006 alterou a redação do art. 736, para prever a possibilidade de oposição de embargos independentemente de garantia, revogou o art. 737, que vinculava a admissibilidade dos embargos à prestação de garantia, revogou o § 1º do art. 739 que atribuía efeito suspensivo automático aos embargos e introduziu o novo art. 739-A, que instituiu a nova regra segundo a qual os embargos não têm efeito suspensivo. Vejamos:

Art. 736. O executado, **independentemente de penhora**, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos. (grifos adotados)

Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.
§ 1º O juiz poderá, a requerimento da 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.

A leitura dos dispositivos trazidos à colação é suficiente para concluirmos que a Lei nº 11.382/2006 alterou completamente o regime jurídico dos embargos à execução.

Os embargos do devedor passam a ser admissíveis independentemente da prévia garantia do juízo, típica do sistema anterior. A garantia se torna condição para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução, o que, na sistemática nova, faz todo sentido à medida que, apenas diante da existência de garantia, é possível falar em risco de dano grave ou de difícil reparação para o devedor executado a que alude o art. 739-A.

O efeito suspensivo, antes automático, passa a depender da demonstração cumulativa dos requisitos estabelecidos no já citado art. 739-A, quais sejam: a plausibilidade do direito; o risco de dano grave ou de difícil reparação a que estará submetido o executado no caso de prosseguimento da execução; a garantia do juízo.

A LEF, por outro lado, permaneceu inalterada tanto no que respeita à existência de prévia garantia como condição de procedibilidade dos embargos à execução (§ 1º do art. 16), quanto em relação aos efeitos em que são recebidos, logo surgindo debates acerca da repercussão das alterações legislativas em exame em relação aos executivos fiscais.

Teriam a alteração da redação do art. 736 e a revogação do art. 737 (ambos do CPC/73) implicado a revogação da exigência de garantia como requisito de procedibilidade dos embargos à execução fiscal previsto no § 1º do art. 16, da LEF?

Seria o art. 739-A do CPC-73 – que só admitia a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução excepcionalmente, uma vez atendidos os requisitos ali estabelecidos – aplicável às execuções fiscais?

Note-se que as irresignações pautadas no CPC/73 permanecem híginas em face da entrada em vigor do CPC/15, à medida que as disposições legais destacadas foram mantidas integralmente pelos artigos correspondentes no diploma processual novo.

Conforme anteriormente sinalizado, o STJ firmou o entendimento de que não houve revogação da exigência de garantia como condição de procedibilidade dos embargos à execução fiscal, à medida que há disposição expressa na LEF (lei especial) estabelecendo exatamente o contrário.

Neste aspecto, o entendimento da Corte não merece retoques.

Seguindo o raciocínio, contudo, de que o efeito suspensivo automático dos embargos à execução fiscal não está previsto na LEF, decorrendo, até a publicação da Lei nº 12.382/2006, da aplicação do CPC/73 com as alterações implementadas pela Lei nº 8.934/1994, entendeu o STJ, por sua Corte Especial, que a partir da reforma em comento os embargos à execução fiscal só terão efeito suspensivo quando restarem evidenciados os requisitos do art. 739-A do CPC/73 reproduzido pelo art. 919, § 1º do CPC/15.

A Corte argumenta, nesse aspecto, que as reformas do CPC não compõem um pacote fechado que se aplica (ou não) integralmente às execuções fiscais, sendo

necessário verificar, individualmente, quais alterações são (in)compatíveis com o regime próprio criado pela LEF.

Conforme já defendemos, o efeito suspensivo *ope legis* decorre da LEF, de forma que as alterações levadas a efeito no CPC/73 e mantidas no CPC/15, não possuem qualquer relevância para os executivos fiscais.

Quanto à argumentação que consta do acórdão (produzido sob o rito dos recursos repetitivos) no sentido de que a aplicabilidade das alterações legislativas levadas a efeito no contexto das reformas processuais não são um pacote fechado, concordamos, em tese, com o que foi decidido.

No que se refere particularmente ao binômio “exigência de garantia como condição de procedibilidade dos embargos à execução” e “efeito suspensivo dos embargos”, contudo, o raciocínio não se sustenta.

Isso porque, historicamente, a exigência de garantia é uma contrapartida do efeito suspensivo dos embargos. Se assegura ao devedor o direito de defesa de forma ampla desde que garanta o crédito executado, afiançando ao credor o adimplemento do crédito na hipótese de rejeição dos embargos.

Não foi por outra razão que o legislador ordinário, com o objetivo de potencializar a efetividade do processo de execução, retirou o efeito suspensivo automático dos embargos, mas também afastou a garantia como condição de procedibilidade. Noutros torneios, admitiu a atribuição de efeito suspensivo excepcional *ope juris*, a depender da prestação de garantia.

Como se vê, não é possível separar a garantia como condição de procedibilidade dos embargos do efeito suspensivo. Não por se tratar de um “pacote fechado” que se aplica ou não aos executivos fiscais, mas por existir uma lógica processual que atrela e sempre atrelou o binômio.

É bom que se ressalte que a posição aqui defendida se pauta na legislação em vigor. Vale dizer: no contexto legislativo atual, em nossa opinião, a oposição de embargos

à execução fiscal requer a prestação de garantia e referidos embargos são dotados de efeito suspensivo *ope legis*, em função do que determina a LEF.

Isso não significa dizer que essa é a solução ideal. Ao nosso ver, seguindo as diretrizes das sucessivas reformas processuais realizadas nas últimas décadas, sempre voltadas à valorização da tutela jurisdicional efetiva, os embargos à execução fiscal deveriam se despir de efeito suspensivo *ope legis*, nos termos que já estabelece a lei processual, mas, para tanto, a garantia precisa sair da condição de requisito de procedibilidade para passar a constituir pressuposto da atribuição daquele efeito – o suspensivo.

Como nota final, convém registrar que a constitucionalidade da aplicação do art. 739-A do CPC/73 (atual art. 919 do CPC/15) aos executivos fiscais está sendo questionada por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5165 proposta pela Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), em tramitação no STF, que já conta com seis votos em favor da constitucionalidade do dispositivo legal impugnado.

2 O MODELO NORMATIVO DE GARANTIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NO CONTEXTO DA EXECUÇÃO FISCAL

A garantia ostenta, assim já definimos, especial função econômica no contexto da execução fiscal, à medida que assegura a satisfação do crédito demandado, propiciando, forçadamente, os efeitos do pagamento não realizado de forma espontânea, além de se manter, mesmo após as reformas processuais, como pressuposto para a oposição dos embargos à execução fiscal e para a atribuição do correlato efeito suspensivo – função processual-procedimental.

Sem garantia, por conseguinte, do exequente é extraída desejável segurança quanto ao adimplemento do crédito tributário executado; do executado, a seu turno, retira-se a possibilidade de ampla defesa, arguindo todas as razões que podem conduzir ao reconhecimento da improcedência da pretensão fazendária, assim como a suspensão dos atos de cobrança.

Nessa perspectiva e considerando que garantir a efetividade da execução é o maior propósito da Fazenda Pública no contexto da cobrança judicial do crédito tributário e que a defesa e a suspensão da cobrança são, invariavelmente, os objetivos do executado – pelo menos os de boa-fé –, ganha relevância o estudo do modelo normativo em vigor.

Decerto, quando falamos em garantia do crédito tributário no contexto da execução fiscal, nos remetemos, tradicionalmente, à garantia prestada no âmbito judicial. Recentemente, contudo, surgiu, na esfera federal, a possibilidade de oferta antecipada de garantia em âmbito administrativo, numa etapa intermediária do contencioso que se desenvolve entre a inscrição do crédito tributário na dívida ativa o ajuizamento da execução fiscal.

Assim, embora o nosso foco esteja na garantia prestada no contexto da execução fiscal, é absolutamente pertinente tratarmos da oferta administrativa antecipada, à medida que seu emprego concreto repercute na cobrança judicial do crédito tributário.

É o que faremos na sequência, abordando, adiante, a garantia prestada em sede propriamente executiva e suas diversas modalidades.

2.1 A OFERTA ANTECIPADA DE GARANTIA NO ÂMBITO ADMINISTRATIVO

Motivada por fatores como a ineficiência da cobrança judicial do crédito tributário haja vista o baixo índice de recuperabilidade que, segundo estudo realizado pelo IPEA, gira em torno de 25,8% e a alta representatividade das execuções fiscais na taxa de congestionamento do Poder Judiciário, representando 39% dos processos pendentes de acordo com a mesma pesquisa²⁴, a Procuradoria da Fazenda Nacional, ao longo dos últimos anos, tem investindo na adoção de meios alternativos de cobrança, a exemplo do protesto da CDA, e no aperfeiçoamento das técnicas de cobrança, tal como o ajuizamento seletivo previsto na Portaria PGFN nº 75/12²⁵.

É nesse contexto que se insere o “novo modelo de cobrança da dívida ativa da União”, que abrange tanto o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos (RDDC)²⁶ previsto na Portaria PGFN nº 396/16 quanto o novo fluxo de inscrição e cobrança da dívida ativa, previsto na Portaria PGFN nº 33/18, no bojo da qual se encontra prevista a oferta antecipada de garantia do crédito tributário, tema sobre o qual nos debruçaremos.

Antes disso, contudo, é importante que tenhamos uma visão geral da Portaria por último mencionada até para que possamos compreender a oferta antecipada de garantia como parte do novo fluxo de inscrição e cobrança da dívida ativa ao qual nos referimos.

A Portaria PGFN nº 33/18 criou uma nova etapa do contencioso tributário, cravado entre o fim do processo administrativo (ou, conforme o caso, do prazo para

²⁴ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA); CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**: Relatório de Pesquisa. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/porta1/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_custounitario.pdf. Acesso em: 13 nov. 2020.

²⁵ Essa Portaria autoriza o não ajuizamento de execuções fiscais cujo crédito consolidado seja igual ou inferior a vinte mil reais, na medida em que os custos decorrentes da tramitação não compensam o ajuizamento.

²⁶ Esse procedimento engloba o acompanhamento patrimonial dos devedores, servindo como subsídio para se avaliar as perspectivas de êxito na futura constrição patrimonial; a utilização de meios extrajudiciais de cobrança; o acompanhamento de parcelamentos em curso, a fim de monitorar eventuais descumprimentos, e o acompanhamento de execuções garantidas ou suspensas por decisões judiciais, a fim de dar prosseguimento aos feitos tão logo seja possível.

cobrança amigável em se tratando de débitos não contestados administrativamente ou constituídos por declaração) e o ajuizamento da execução fiscal, com inovações que se traduzem no controle de legalidade prévio²⁷, na oferta antecipada de garantia na esfera administrativa, no “segundo” controle de legalidade por iniciativa do contribuinte formalizado por meio do Pedido de Revisão do Débito Inscrito (PRDI)²⁸, e, finalmente, na regulamentação da controversa averbação pré-executória prevista na Lei nº 13.606/2018²⁹.

De acordo com o art. 6º da norma regulamentar em comento, após a inscrição do crédito tributário na dívida ativa da União, o devedor será notificado para, em cinco dias, adimpli-lo, parcelá-lo, ou, em até 30 (trinta) dias, ofertar garantia ou apresentar PRDI.

A não adoção de alguma das providências antes mencionadas sujeita o devedor a uma série de medidas alternativas de cobrança (protesto extrajudicial da CDA, averbação pré-executória, inscrição no cadastro de devedores inadimplentes, dentre outros), conforme estabelece o art. 7º da Portaria – focados que estamos na oferta administrativa de garantia, não nos cabe avaliar a constitucionalidade-legalidade desses mecanismos alternativos.

Seguindo as diretrizes do art. 6º da Portaria, o contribuinte que discorda da cobrança representada na CDA e que pretende discuti-la judicialmente deve, no prazo de 30 (trinta) dias, ofertar garantia sob a forma de depósito judicial, seguro garantia, fiança bancária ou quaisquer bens e direitos sujeitos a registro público, passíveis de arresto ou

²⁷ Funciona como um filtro voltado a evitar o ajuizamento de execuções manifestamente improcedentes, seja porque a CDA contém vícios formais ou materiais, seja porque a tese na qual se funda a cobrança já esteja consolidada em favor do contribuinte no âmbito do Poder Judiciário, do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) ou da própria Procuradoria.

²⁸ Trata-se de importante instrumento que permite à Procuradoria reavaliar a certeza, liquidez e exigibilidade do crédito inscrito em dívida ativa que, embora não estivesse previamente positivado, já vinha sendo utilizado com certa frequência pelos contribuintes e cuja importância é incontestável na medida em que integra o contribuinte na dinâmica do controle de legalidade em harmonia com o princípio da cooperação consagrado pelo CPC/15.

²⁹ A Lei nº 13.606/18, regulamentada pela Portaria em comento, que previu a averbação pré-executória como ato voltado a conferir publicidade à existência do crédito pendente inscrito em dívida ativa mediante anotação nos órgãos de registros de bens e direitos, tornando-os indisponíveis sem a interferência do Poder Judiciário, já foi alvo de 6 (seis) Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) sob as perspectivas formal e material. A norma regulamentar, embora não tenha tratado da indisponibilidade de bens, pode vir a sofrer as repercussões da eventual inconstitucionalidade declarada pelo STF.

penhora, observada a ordem de preferência de que trata o art. 11 da LEF, à semelhança do que ocorre no âmbito da execução fiscal.

A garantia ofertada deve ser apreciada no prazo de 30 (trinta) dias pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e pode ser rejeitada quando os bens ou direitos forem inúteis ou inservíveis, quando forem de difícil alienação, quando não tiverem valor comercial, quando não estiverem sujeitos à expropriação judicial ou quando forem objeto de constrição judicial em outro processo movido por credor privilegiado (arts. 11 e 12 da Portaria).

Na hipótese de a garantia ser aceita, fica assegurada a emissão de certidão de regularidade fiscal, devendo a Procuradoria ajuizar o feito executivo no prazo de 30 (trinta) dias contados da aceitação (arts. 13 e 14 da Portaria).

Como decorrência do novo procedimento, a Portaria prevê, ainda, que na inicial da execução a Fazenda indique os bens ou direitos ofertados antecipadamente pelo devedor e devidamente aceitos, a fim de que sejam convertidos em penhora.

Analisando o procedimento de oferta antecipada de garantia, é inquestionável a sua relevância como forma de prevenir litígios veiculados por meio das chamadas ações cautelares de garantia propostas pelo contribuinte como meio de assegurar a certificação da sua regularidade fiscal no período compreendido entre o fim do processo administrativo e o ajuizamento da execução fiscal, concorrendo para o descongestionamento do Poder Judiciário, além de agilizar o processo de cobrança judicial que já se inicia com a garantia pré definida.

Há dois aspectos, contudo, que, ao nosso ver, merecem críticas e que se relacionam com o prazo que a Procuradoria dispõe para apreciar a oferta administrativa de garantia e com a alta carga de subjetividade contida nas hipóteses que legitimam a recusa fazendária.

Quanto ao primeiro aspecto, é certo que, em determinadas circunstâncias, o devedor não pode esperar por 30 (trinta) dias a apreciação de garantia ofertada antecipadamente, tudo dependendo dos atos do cotidiano empresarial a serem por ele (o

devedor) praticados. De mais a mais, é importante que se ressalte que a norma não faz qualquer distinção entre as modalidades de garantia empregadas, sendo certo que a análise de um seguro garantia ou de uma fiança bancária tem grau de complexidade reduzido se comparada com a avaliação de um bem ou direito.

Assim sendo, ao menos em relação à oferta de garantia fidejussória, o prazo para apreciação poderia ser reduzido.

No que tange aos fundamentos da recusa, os termos eleitos pela Portaria viabilizam rejeições substancialmente infundadas. Afinal, a depender da perspectiva, uma infinidade de bens pode ser enquadrada como inútil ou inservível.

Por isso, embora não deva desconsiderar a oportunidade de resolver a questão da garantia no âmbito administrativo, ao contribuinte se impõe, em determinadas circunstâncias, seguir outros caminhos.

Isso ocorre, por exemplo, quando não há tempo hábil para aguardar o prazo de apreciação da garantia ofertada pela Procuradoria, quando há necessidade de garantir o crédito tributário antes mesmo da sua inscrição na dívida ativa – no curso do prazo de cobrança amigável no âmbito da Receita Federal e, ainda, quando ocorrem atrasos no encaminhamento para fins de inscrição –, sem deixar de falar na hipótese de recusa infundada da oferta administrativa.

Daí porque não se deve perder de vista que, apesar da inovação trazida pela Portaria PGFN nº 33/18, subsiste o interesse de agir no ajuizamento da cautelar de antecipação de garantia, fundada no art. 206 do CTN, conforme sedimentado na jurisprudência repetitiva do STJ³⁰, com base no princípio da inafastabilidade da jurisdição e no caráter facultativo da oferta na seara administrativa.

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.123.669/RS. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção. Julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010.

2.2 A GARANTIA PRESTADA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL

Trataremos agora da oferta de garantia sob a sistemática da LEF e, subsidiariamente, do CPC.

Para inaugurar o assunto, convém diferenciar os conceitos de penhora e garantia, confundidos com certa frequência.

2.2.1 Penhora e garantia na execução fiscal

De acordo com o art. 7º, II, da Lei nº 6.830/1980, o recebimento da inicial da execução fiscal importa em ordem para efetivação de penhora se não for paga a dívida, nem garantida a execução por meio de depósito, fiança ou seguro garantia. Mais adiante, o art. 8º concede o prazo de 5 (cinco) dias para que o executado, tendo sido citado, pague a dívida ou garanta a execução. Essa garantia pode ser implementada, nos termos do art. 9º, por meio de depósito judicial, fiança bancária, seguro garantia ou pela nomeação de bens à penhora. A leitura destas disposições evidencia com clareza que constitui direito do executado ofertar, em cinco dias contados da citação, dinheiro, fiança ou seguro.

A penhora, por sua vez, tem lugar quando o executado exerce o direito à nomeação de bens no quinquídio legal ou quando há determinação judicial nesse sentido em face da inércia do executado – a chamada penhora livre.

Em ambas as hipóteses, trata-se de ato preparatório da expropriação patrimonial, que denota a responsabilidade executória mediante apreensão de parcela do patrimônio do devedor que fica vinculada ao executivo, fixando a preferência em favor do credor³¹.

Posto esse cenário preliminar, é certo dizer que a penhora constitui, ao lado do depósito, do seguro e da fiança bancária, espécie do gênero garantia.

³¹ CONRADO, Paulo Cesar. **Execução Fiscal**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2017, p. 192.

Embora possa parecer banal, é extremamente importante não tratar indiscriminadamente as diferentes espécies de garantia no contexto do executivo fiscal, à medida que as consequências do uso de uma ou outra são distintas.

Se o executado, tempestivamente, realiza o depósito, apresenta seguro ou fiança, não cabe qualquer discussão acerca da garantia a não ser quanto à integralidade no caso do depósito e à idoneidade em relação aos outros instrumentos (fidejussórios).

Se, ainda tempestivamente, nomeia bens à penhora, não está adstrito ao atendimento da ordem de gradação contida no art. 11 da LEF e no art. 835, do CPC, uma vez em exercício de prerrogativa conferida pela lei.

A penhora livre, ao seu turno, impõe a observância da ordem de gradação antes referida, o que implica a constrição do bem que apresente o maior grau de liquidez com vistas ao adimplemento do crédito executado.

Na prática, contudo, é comum a rejeição, pela Fazenda Pública, de fiança bancária, seguro garantia ou bens nomeados à penhora tempestivamente pelo executado sob o fundamento de que a penhora de ativos financeiros é preferencial no contexto da execução fiscal, o que, por vezes, é validado por decisões de primeiro grau, acórdãos de tribunais locais e até mesmo pelo STJ³², como se a ordem de gradação da penhora fosse oponível nas referidas circunstâncias – chega-se, em muitos casos, a falar em oferta de seguro garantia e fiança bancária à penhora, o que evidencia a absoluta confusão dos institutos.

2.2.2 Modalidades de garantia

Já se verificou que o depósito, a fiança, o seguro garantia e a penhora são espécies do gênero garantia. A seguir serão analisadas cada uma dessas modalidades e suas variantes, convindo antecipar alguns aspectos que as aproximam e diferenciam,

³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no AREsp 1.282.981/GO. Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma. Julgado em 16/10/2018, DJe 22/10/2018; BRASIL. Superior de Justiça. AgInt no AREsp 935.132/BA. Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma. Julgado em 10/11/2016, DJe 18/11/2016.

levando em conta a fase processual em que se operacionalizam, a voluntariedade, o aspecto subjetivo e a aptidão para satisfazer o crédito executado (liquidez e complexidade dos trâmites para a conversão da garantia em pagamento), propondo a classificação das garantias em diretas e indiretas.

Do ponto de vista subjetivo-procedimental, tem-se a penhora direta quando o devedor oferta voluntariamente a garantia na fase preliminar do processo de execução em virtude da citação ou em etapa subsequente a título de substituição. Já a penhora indireta ocorre quando é necessária a atuação judicial impositiva em face da inércia do devedor devidamente citado.

Sob essa perspectiva, enquadram-se como garantias diretas, necessariamente, o depósito judicial, a fiança bancária e o seguro garantia. A penhora, por sua vez, pode ser direta ou indireta, enquadrando-se na primeira categoria as decorrentes de nomeação do devedor e, na segunda, a penhora livre.

No que diz respeito à satisfação do crédito executado, entende-se por garantia direta aquela que tem alto grau de liquidez e requer a realização de atos processuais pontuais e de baixa complexidade com vistas à satisfação do direito do credor. Nessa categoria, se enquadram o depósito judicial e a penhora de dinheiro, que viabilizam o adimplemento do crédito executado mediante simples transferência da titularidade das quantias depositadas ou penhoradas por meio da conversão em renda.

Ainda nesse contexto, são indiretas as garantias de liquidez reduzida, se comparada com o dinheiro, que dependem da prática de uma série de atos processuais com algum grau de complexidade para que se possa satisfazer o credor. Aí se inserem as garantias fidejussórias, com alta liquidez porém não comparável à do dinheiro (fiança e seguro), que requerem ato de um terceiro garantidor com vistas à satisfação do credor, e as penhoras que tenham por objeto quaisquer bens e direitos, exceto dinheiro, com liquidez variável e que só são capazes de satisfazer o crédito executado depois de cumprida a fase de expropriação por meio de arrematação ou adjudicação.

No decorrer do presente trabalho, em especial no Capítulo 4, veremos, de forma mais concreta, as repercussões da classificação proposta.

2.2.2.1 Depósito judicial

Por meio do depósito judicial, o executado assegura o adimplemento do crédito executado mediante dinheiro que fica à disposição do juízo em uma conta judicial aberta com esta finalidade e vinculada ao feito até o desfecho final da discussão travada nos autos dos embargos à execução.

A LEF vincula os depósitos de tributos e contribuições federais à Caixa Econômica Federal (CEF) e, em relação às execuções propostas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, estabelece que sejam realizados junto à CEF ou ao banco oficial da unidade federativa.

No caso dos tributos e contribuições federais, por força do que estabelece a Lei nº 9.703/1998, o depósito é realizado por meio de Documento de Arrecadação de Receitas Federais (DARF) e é tratado como pagamento provisório, à medida que é repassado pela instituição financeira para a Conta Única do Tesouro Nacional – isso representa uma enorme vantagem para a União que pode utilizar esses recursos ao longo do processo.

Convém notar que, a despeito de constituir ato voluntário na origem, o depósito, uma vez efetivado, só pode ser levantado, acrescido de atualização, após o trânsito em julgado de decisão favorável proferida em sede de embargos à execução, conforme determina o art. 32, § 2º da LEF. A mesma regra se aplica à conversão em renda – que corresponde à transformação do depósito em pagamento definitivo nos termos da Lei nº 9.703/1998 – no caso de decisão em favor da Fazenda Pública, conforme entendimento consolidado no STJ³³.

O depósito, além de constituir modalidade de garantia do feito executivo autorizando a oposição dos embargos à execução, constitui causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, impedindo a realização de todo e qualquer ato de cobrança, nos termos do art. 151, III, do CTN.

³³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 734.831/MG. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. Julgado em 10/11/2010, DJe 18/11/2010.

2.2.2.2 Fiança bancária

A fiança constitui gênero contratual regulado pelos artigos 818 a 839 do Código Civil por meio do qual uma pessoa (fiador) garante a satisfação de obrigação assumida pelo devedor (afiançado) caso este não a cumpra.

De acordo com as regras do Código Civil (CC), o contrato é formal, não admite interpretação extensiva (art. 819), comporta benefício de ordem³⁴ (art. 827), pode operar por tempo determinado ou indeterminado, sendo certo que, na primeira hipótese, a extinção da fiança decorre do decurso do tempo estipulado e, na segunda, é conferido ao fiador o direito de exonerar-se da fiança sempre que lhe convier, ficando obrigado por sessenta dias após a notificação do credor (art. 835).

Como espécie dessa modalidade contratual, a fiança bancária envolve invariavelmente, na qualidade de fiador, instituição financeira, tendo por objeto a intermediação de crédito.

Trata-se de garantia que pode ser utilizada em uma infinidade de transações e, por força do que estabelece a Lei de Execuções Fiscais, também no contexto das execuções fiscais, devendo observar, nos termos do 9º, § 5º da LEF, as condições pré-estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN).

Este órgão, no exercício da sua função regulamentadora, expediu a Resolução nº 724/82, por meio da qual autorizou as instituições financeiras a outorgar fiança com a finalidade de garantir executivos fiscais desde que contenham cláusula de solidariedade, com renúncia ao benefício de ordem, declaração de que a garantia abrangerá o valor da dívida original, juros e demais encargos, inclusive correção monetária como indicado na Certidão de Dívida Ativa.

Nota-se que, desde o início, houve uma preocupação do legislador em conferir maior firmeza à fiança bancária prestada no âmbito focalizado, o que é absolutamente

³⁴ Trata-se do direito do fiador exigir que seus bens somente sejam executados após os bens do devedor ou após a comprovação da sua insolvência.

justificável considerando que o crédito em discussão é público, tendo primazia sobre o privado.

Em 2009, foi editada a Portaria PGFN nº 644 – cuja redação foi alterada, no mesmo ano, pela Portaria PGFN nº 1.378 e, em 2014, pela Portaria PGFN nº 367 –, normativo que estabeleceu outros tantos requisitos para a fiança bancária ofertada no contexto da execução fiscal de crédito tributário federal.

Dentre as exigências impostas pela norma regulamentar, cumpre destacar: **i)** a previsão de prazo indeterminado, com renúncia ao disposto no art. 835 do Código Civil³⁵, ou validade mínima de dois anos, desde que o fiador esteja obrigado, por disposição contratual expressa, a honrar a fiança caso o afiançado, até o vencimento da fiança, não deposite o valor correspondente em dinheiro; ofereça nova carta que atenda aos requisitos da Portaria ou apresente apólice de seguro nos termos da Portaria PGFN nº 1.153/2009; **ii)** a eleição do foro da Seção Judiciária onde tramita o feito executivo para dirimir eventuais questões entre fiador e credor (União); **iii)** o estabelecimento de cláusula de renúncia, por parte da instituição financeira, do benefício previsto no art. 838, I do CC³⁶; **iv)** a comprovação, pelo subscritor, de poderes para atender às exigências da Portaria, incluindo as renúncias ali estabelecidas; **v)** o condicionamento da aceitação da fiança à sua apresentação antes do depósito ou de decisão judicial que determine o bloqueio de dinheiro.

Como se vê, no contexto da execução fiscal, seja por conta do que prevê o regramento do Conselho Monetário Nacional, seja por conta do que estabelece a Procuradoria da Fazenda Nacional, a fiança bancária constitui garantia com alto grau de liquidez.

Importantes debates já foram travados em torno da aptidão da fiança bancária para suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos moldes do art. 151, II do CTN, haja vista a sua equiparação ao depósito integral, a teor do art. 9º, § 3º da LEF. Ainda sob

³⁵ “Art. 835. O fiador poderá exonerar-se da fiança que tiver assinado sem limitação de tempo, sempre que lhe convier, ficando obrigado por todos os efeitos da fiança durante sessenta dias após a notificação do credor.”

³⁶ “Art. 838. O fiador, ainda que solidário, ficará desobrigado:

I – se, sem consentimento seu, o credor conceder moratória ao devedor; [...]”

a vigência do CPC/73, o STJ se posicionou sobre o tema, fazendo-o sob a sistemática dos recursos repetitivos, para concluir pela impossibilidade de a fiança bancária suspender a exigibilidade do crédito tributário³⁷.

O fundamento do acórdão mencionado deriva da taxatividade do art. 151 do CTN, dispositivo cuja interpretação se propõe deva ser literal, nos termos do art. 111, I, do CTN. A título argumentativo, o Ministro Luiz Fux, relator do caso, sustentou que não seria possível equiparar fiança a depósito judicial em função do benefício de ordem e da possibilidade de desoneração do encargo assumido pelo fiador unilateralmente, previstos, respectivamente, nos arts. 827 e 835 do Código Civil.

Esse entendimento se manteve inalterado mesmo após o advento do CPC/15³⁸, que, no seu art. 835, § 2º, equiparou expressamente o depósito judicial ao seguro e à fiança para fins de garantia do crédito tributário.

Na nossa visão, o tema merece ser revisitado.

Em primeiro lugar, a legislação tributária possui dispositivos que veiculam causas suspensivas da exigibilidade do crédito tributário além daquelas elencadas no art. 151 do CTN. Exemplo claro é o § 2º do art. 161 do mesmo diploma, preceito que afasta os efeitos da mora, vedando a incidência de juros na pendência de consulta fiscal formulada pelo contribuinte dentro do prazo do recolhimento do tributo.

Em segundo lugar, a interpretação literal recomendada pelo art. 111, I do CTN não impõe ao intérprete uma postura isolacionista, de modo que o sentido da norma seja perquirido sem levar em conta o que as outras disposições legais estabelecem, como que ignorando o sistema.

³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.156.668/DF. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção. Julgado em 24/11/2010, DJe 10/12/2010.

³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1.860.741/RJ. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 08/06/2020, DJe 16/06/2020; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1.468.493/RS. Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma. Julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019.

O que se pretende é que o intérprete não promova a interpretação extensiva que resulte na ampliação indevida do alcance da norma. Nesse sentido, é elucidativa a citação do jurista Carlos da Rocha Guimarães³⁹, ao tratar da interpretação literal prevista no artigo 111, II do CTN:

[...] não quer realmente negar que se adote, na interpretação das leis concessivas de isenção, o processo normal de apuração compreensiva do sentido da norma, mas simplesmente impedir que se estenda a exoneração fiscal a casos semelhantes, alargando, além do seu exato limite, o que diz a letra da lei, sem, no entanto, deixar de incluir, na interpretação do texto legal, todos os casos que a sua significação indica como nele incluídos, sem o que a própria letra da lei também estaria ferida, e a exoneração, assim truncada, ficaria sem sentido.

Em terceiro lugar, a argumentação relacionada com o benefício de ordem e com a possibilidade de desoneração unilateral do fiador não se aplica às fianças e seguros prestados em sede de execução fiscal, à medida que, como já vimos em relação à fiança e veremos em seguida a respeito do seguro, há normas regulamentares específicas no âmbito federal – replicadas pela maioria dos Estados e Municípios – que exigem renúncia às referidas garantias legais por parte do fiador e da seguradora.

Nesse contexto e tendo o CPC/15 literalmente equiparado o dinheiro à fiança bancária e ao seguro, é absolutamente natural concluir que, assim como o depósito, as garantias fidejussórias encerram causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário a despeito de não estarem mencionadas no art. 151, do CTN: quando o legislador colocou o dinheiro, a fiança e o depósito na mesma posição, assim o fez porque reconheceu que referidas garantias, dado o alto grau de liquidez que possuem, asseguram na mesma medida o adimplemento do crédito executado ao final do processo de forma que devem produzir os mesmos efeitos jurídicos.

Note-se, ainda nesse tema, que o enquadramento do seguro e da fiança como causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário não implica qualquer prejuízo para a Fazenda Pública, à medida que o ajuizamento da execução fiscal ou o seu prosseguimento não se afigura providência necessária na hipótese. Do contrário, o

³⁹ GUIMARÃES, Carlos da Rocha. Interpretação literal das isenções tributárias. In: BALEEIRO, Aliomar et al. **Proposições tributárias**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975, p. 59.

ajuizamento da demanda executiva em circunstâncias como essa provocaria um incremento desnecessário no valor do crédito executado por meio do acréscimo dos encargos de dívida ativa que, no âmbito federal, está previsto no Decreto-Lei nº 1.025/1969.

2.2.2.3 Seguro garantia

Pelo contrato de seguro, o segurador se obriga, mediante o pagamento do prêmio, a garantir interesse legítimo do segurado em relação a pessoa ou coisa com riscos predeterminados (art. 757, do CC).

Trata-se de contrato em que só pode figurar como segurador entidade legalmente autorizada a funcionar como tal (art. 757, § único do CC), além de requerer formalização por meio de proposta escrita que declare os elementos essenciais do interesse a ser garantido e do risco correlato (art. 759 do CC), seguida da emissão da apólice ou do bilhete do seguro – documento que representa formalmente o vínculo e que deve ser nominativo e mencionar os riscos assumidos pelo segurador, o limite da garantia, o prazo de validade do seguro e, quando for o caso, o nome do segurado e do beneficiário (arts. 758 c/c 760 do CC).

Pelas regras estabelecidas no Código Civil, há algumas hipóteses em que o segurado perde o direito ao pagamento da indenização como, por exemplo, se estiver em mora no pagamento do prêmio (art. 763 do CC), se fizer declarações inexatas que influenciem na aceitação da proposta ou na taxa do prêmio (art. 766 do CC), e se agravar intencionalmente o risco do objeto contratado (art. 768, do CC).

Seguindo as diretrizes do Decreto-Lei nº 73/1966, a Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) vem expedindo, ao longo dos anos, diversas normas com vistas a regulamentar as operações de seguro, nos termos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP).

Dentre as modalidades de contrato de seguro regulados pelo Código Civil e pela SUSEP, merece destaque no presente estudo o seguro garantia judicial, instrumento por meio do qual a seguradora garante a um terceiro (segurado) que o devedor (tomador)

dispõe de recursos para honrar com as obrigações decorrentes de processo judicial, ficando obrigado, no caso de inadimplência por parte do tomador (ocorrência do sinistro), a intervir com recursos próprios a fim de adimplir a dívida.

A Circular SUSEP nº 447/2013, atualmente em vigor, regula detalhadamente a emissão do seguro garantia judicial, em especial aquele dirigido ao asseguramento de créditos exigidos por meio de executivos fiscais, deixando claro que, nesta modalidade, o inadimplemento do prêmio pelo tomador não exime a seguradora do pagamento da indenização (art. 11, § 1º), o que afasta a aplicação do art. 763 do CC na espécie. Merecem destaque também as disposições contidas no Item IV do Anexo I da Circular em apreço, que evidenciam que a obrigação da seguradora se estende até o final do processo judicial ao qual se relaciona.

A despeito do disposto na Circular SUSEP nº 447/2013 (que regulamenta a emissão de seguro para fins de garantia de crédito cobrado por meio de execução fiscal) e, ainda, da previsão constante do Código de Processo Civil de 1973, desde a reforma implementada pela Lei nº 13.382/2006 (que indica o seguro como instrumento capaz de substituir a penhora⁴⁰ no âmbito das execuções fundadas em títulos extrajudiciais), a aceitação do seguro garantia em execuções fiscais foi alvo de controvérsia durante muitos anos em face do silêncio da LEF, exigindo-se, para tanto, que a Fazenda Pública concordasse com a medida.

Na esfera federal, a admissão do seguro garantia no âmbito das execuções fiscais foi formalizada por meio da Portaria PGFN nº 1.153/2009, tendo sido estabelecidos requisitos diferenciados, dentre os quais podemos destacar: **i)** valor segurado superior em 30% (trinta por cento) do crédito inscrito em dívida ativa; **ii)** renúncia aos termos do art. 763 do CC⁴¹, do art. 12 do Decreto-Lei nº 73/1966⁴² do valor com consignação de que o seguro continuará em vigor mesmo quando o tomador não houver pago o prêmio nas

⁴⁰ “Art. 656 [...] § 2º. A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento).”

⁴¹ “Art. 763. Não terá direito a indenização o segurado que estiver em mora no pagamento do prêmio, se ocorrer o sinistro antes de sua purgação.”

⁴² “Art. 12. A obrigação do pagamento do prêmio pelo segurado vigorará a partir do dia previsto na apólice ou bilhete de seguro, ficando suspensa a cobertura do seguro até o pagamento do prêmio e demais encargos.”

datas convencionadas; **iii)** prazo indeterminado ou validade mínima de dois anos desde que a seguradora esteja obrigada, por disposição contratual expressa, a efetuar o depósito integral do valor segurado se o tomador, em até sessenta dias antes do vencimento do seguro, não depositar o valor segurado em dinheiro, oferecer novo seguro garantia que atenda aos requisitos da Portaria ou apresentar carta de fiança bancária nos termos da Portaria PGFN nº 644/2009; **iv)** obrigação da seguradora efetuar o depósito do valor segurado caso o devedor não o faça quando não for atribuído efeito suspensivo aos embargos à execução ou quando a apelação não for recebida com efeito suspensivo independentemente do trânsito em julgado dos embargos ou de outra ação que discuta a exigência; **v)** estabelecimento de que a seguradora, por ocasião do pagamento da indenização, sujeitar-se-á ao disposto no inciso II do art. 19 da LEF⁴³; **vi)** eleição do foro da Seção Judiciária onde tramita o feito executivo para dirimir eventuais questões entre a seguradora e a segurada (União); **vii)** exigência de contratação de resseguro, quando o valor segurado for superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), nos termos da LC 116/2007; **viii)** condicionamento da aceitação do seguro à sua apresentação antes do depósito ou de decisão judicial que determine o bloqueio de dinheiro.

Em 2014, foi publicada a Portaria PGFN nº 164, que redefiniu os parâmetros da aceitação do seguro no âmbito federal. Dentre as principais inovações trazidas pela nova norma regulamentar, podemos citar: i) a supressão do acréscimo de 30% sobre o valor segurado; ii) a eliminação da exigência de contratação de resseguro quando o valor segurado for superior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais) e iii) a exclusão da cláusula de pagamento direto prevista no art. 4º, § 2º, da Portaria PGFN nº 1.153/09.

Nesse cenário, entrou em vigor a Lei nº 13.043/2014 que alterou a redação dos arts. 7º, 9º, 15 e 16 da LEF⁴⁴ com o propósito de trazer o seguro garantia, do ponto de

⁴³ “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: [...]

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.”

⁴⁴ “Art. 7º. O despacho do juiz que deferir a inicial importa em ordem para: [...] II – penhora, se não for paga a dívida, nem garantida a execução por meio de depósito fiança ou seguro garantia; [...]

Art. 9º. Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá: [...]

II – oferecer fiança bancária ou seguro garantia;

§2º. Juntar-se-á aos autos prova do depósito, da fiança bancária, do seguro garantia ou da penhora de bens do executado ou terceiros.

vista legal, para o contexto dos executivos fiscais. A partir daí, foi esvaziada por completo qualquer discussão voltada a questionar o seguro como modalidade de garantia no âmbito tributário.

Sobre a possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário dada a aceitação de seguro garantia no âmbito dos executivos fiscais, o entendimento firmado pelo STJ, sob a sistemática dos recursos repetitivos, no julgamento do REsp 1.156.668/DF (mencionado quando tratamos da fiança bancária), a afasta, aplicando-se, aqui a crítica que fizemos no item precedente acerca da posição firmada pela Corte.

2.2.3 Penhora

2.2.3.1 Os pressupostos da penhora

Conforme já consignado no início deste capítulo, o rito prescrito pela LEF prevê a citação do executado para pagar ou garantir a dívida no prazo de cinco dias (art. 8º) por intermédio de depósito em dinheiro, oferta de seguro garantia ou fiança bancária ou pela nomeação de bens à penhora.

Nos termos do art. 10 da LEF, na hipótese de não haver o pagamento da dívida nem a garantia da execução, realizar-se-á a penhora de qualquer bem do executado.

A essa altura já é possível afirmar que a penhora no contexto da execução fiscal, se não decorrer de ato voluntário do executado, tem como pressupostos a citação, o inadimplemento da dívida e o transcurso do quinquídio legal sem a oferta de garantia.

A despeito dessas constatações, é muito comum que a Fazenda Pública, nas iniciais das demandas executivas fiscais, indique bens ou direitos – normalmente ativos

§3º. A garantia da execução, por meio de depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia produz os mesmos efeitos da penhora. [...]

Art. 15. Em qualquer fase do processo, será deferida pelo juiz:

I – ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia; [...]

Art. 16. O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados: [...]

II – da juntada da prova da fiança bancária ou do seguro garantia; [...]"

financeiros – e pugne pela realização da penhora antes da citação ou concomitantemente ao referido ato.

Essa pretensão – no que tange à penhora concomitante – normalmente está lastreada no art. 53 Lei nº 8.212/1991, dispositivo segundo o qual, na execução da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, é facultado ao exequente indicar bens à penhora que será efetivada concomitantemente com a citação inicial do devedor.

Ao examinar o dispositivo legal em destaque, tomando como referência o rito das execuções fiscais estabelecido pela LEF, reputamos adequado que o exequente possa indicar bens penhoráveis já na inicial com o objetivo de conferir celeridade aos feitos executivos e viabilizar a constrição na hipótese de o executado não exercer, no prazo legal, o seu direito de garantir o feito.

Diferentemente, a efetivação da penhora concomitante à citação nos parece descompassada com a Constituição Federal e com a LEF: sob o aspecto constitucional, a penhora concomitante à citação afronta o princípio do contraditório consagrado no art. 5º, LV, que assegura aos litigantes em processo judicial ou administrativo a participação nos processos nos quais os seus interesses são debatidos (afinal, nessas circunstâncias, o executado estará submetido a um provimento jurisdicional que tem repercussões patrimoniais significativas sem que tenha sido integrado ao processo).

É certo que se poderia pensar numa possível inaplicabilidade do princípio do contraditório ao processo executivo ou, ao menos, na sua mitigação, sob o argumento de que o direito que se busca satisfazer já foi objeto de prévio acerto e, portanto, não requer debates.

O contraditório, todavia, não se confunde com a discussão do direito material que está certificado no título judicial ou extrajudicial que dá origem à execução, relacionando-se, isso sim, à oportunidade de prévia integração da parte ao processo, inclusive para fins de oferecimento da garantia que lhe seja menos onerosa.

Ademais, a leitura do texto constitucional evidencia que não há qualquer limitação à aplicação do princípio do contraditório ao processo executivo: a garantia constitucional é ampla, irrestrita e abrange todo e qualquer processo. Nesses torneios, em regra, toda e qualquer decisão proferida em um processo sem que as partes tenham a oportunidade de se manifestar nos autos previamente fere o princípio do contraditório, afigurando-se consequentemente inconstitucional.

Não é diferente quando se trata da ordem de penhora concomitante à citação em execução fiscal. Em linha com o que prescreve o texto constitucional, o CPC/15 estabelece, no seu art. 9º, que não se proferirá decisão contra uma parte sem que ela seja previamente ouvida. Mais adiante, no seu art. 10, o mesmo diploma veda ao juiz decidir, em qualquer grau de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar.

Há, por certo, circunstâncias especiais em que a lei processual se vale da técnica do contraditório diferido, fazendo-o para postergar a manifestação da parte para momento posterior ao da prolação da decisão judicial em prol do acesso à justiça (CRFB, art. 5º, XXXV). Estas hipóteses estão previstas no parágrafo único do já mencionado art. 9º do CPC e se referem às tutelas de urgência antecipadas e cautelares e às tutelas de evidência fundadas em provimento vinculante e do processo monitorio.

Sem a pretensão de tratar de cada uma dessas modalidades, entendemos que a cobrança do crédito tributário pode demandar a mitigação do contraditório tal como previsto na lei processual, o que se verifica nas situações peculiares em que resta evidenciada a intenção de o devedor esquivar-se do adimplemento da obrigação tributária, ausentando-se, caindo em insolvência, alienando ou tentando alienar bens, transferindo o seu patrimônio para terceiros, assumindo dívidas.

Essa mitigação, contudo, não passa pela penhora concomitante à citação, já que, para tanto, o Estado já dispõe da medida cautelar fiscal prevista na Lei nº 8.397/1992, espécie por meio da qual pode obter a indisponibilização de bens do devedor até o limite da satisfação da obrigação, assegurando o resultado útil do processo de execução.

Com esse cenário, admitir o uso da penhora concomitante à execução nas circunstâncias descritas, além de esvaziar a finalidade da cautelar fiscal, a transfere, mesmo sem prova do necessário risco de lesão, para o âmbito da execução.

No que diz respeito à violação da LEF, mais uma vez neste trabalho fundamentamos nossa posição no princípio da especialidade, segundo o qual lei específica que dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa, prevalece sobre norma geral, no caso a Lei nº 8.212/1991, que dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio e dá outras providências.

Infelizmente, contudo, o entendimento que prevaleceu no STJ foi no sentido da possibilidade da penhora concomitante à citação no bojo de executivos fiscais, na esteira das sucessivas reformas processuais que restabeleceram o princípio de que a execução deve ser movida no interesse do credor, como se tal providência fosse compatível com a LEF⁴⁵.

Na ótica da Corte, a penhora concomitante à citação não implica contrariedade à LEF, à medida que se mantém em favor do executado a possibilidade de requerer a substituição da penhora com base no princípio da menor onerosidade, consagrado no antigo art. 620 do CPC/73, atual art. 805 do CPC/15.

Neste ponto, convém registrar que o direito à oferta de garantia previsto na LEF não se confunde com outro direito assegurado ao executado, o de requerer a substituição da garantia por outra que lhe seja menos gravosa, de forma que a manutenção deste não pode justificar a supressão daquele.

No que se refere à efetivação da penhora antes da citação, os pleitos fazendários geralmente se pautam na aplicação indiscriminada e desvirtuada das reformas processuais aos executivos fiscais.

⁴⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial 195.657/BA. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma. Julgado em 16/10/2012, DJe 24/10/2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.166.842/BA. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 23/03/2010, DJe 08/04/2010.

Decerto, no contexto da execução civil, a figura da nomeação de bens à penhora pelo executado deixou de existir a partir da vigência da Lei nº 11.382/2006 – a qual já foi tratada no capítulo anterior.

A citação, de acordo com o art. 652 do CPC/73, passou a deflagrar o prazo de pagamento da dívida, não de oferecimento de garantia. Tanto é assim que o § 2º do referido dispositivo passou a admitir que, na inicial da execução, o executado indique os bens a serem penhorados na hipótese de inadimplemento por parte do executado no prazo legal.

Essa sistemática, em linhas gerais, se manteve com a entrada em vigor do CPC/15, que estabeleceu como regra, em seu art. 829, a penhora dos bens indicados pelo exequente na hipótese de inadimplemento pelo executado, nada obstante a ressalva quanto à observância do princípio da menor onerosidade – do qual trataremos mais adiante no Capítulo 4.

Na execução civil, portanto, desde a reforma de 2006, o exequente passou a ter a faculdade de indicar bens penhoráveis na inicial, mas manteve-se, em geral, a necessidade de prévia citação e inadimplemento da dívida executada como pressupostos para que a penhora efetivamente recaísse sobre os referidos bens.

O CPC/15, contudo, ao tratar da penhora on-line (que será enfrentada na sequência), estabeleceu, no seu art. 854, a possibilidade de o juiz, para viabilizar a penhora de ativos financeiros, torná-los indisponíveis, sem dar ciência prévia ao executado, para posteriormente penhorá-los desde que não seja alegada a impenhorabilidade ou excesso de penhora.

Essa previsão – em especial a expressão “sem prévia ciência do executado” – reacendeu as discussões em torno da possibilidade de penhora antes da citação.

Nada obstante, o STJ tem refutado, mesmo após a entrada do CPC/15 em vigor, a pretensão fazendária de efetivação de penhora antes da citação por entender que tal medida requer a demonstração dos requisitos próprios das medidas cautelares⁴⁶.

Neste aspecto, acertado o entendimento da Corte, à medida que a interpretação sistemática do CPC não deixa dúvidas de que a indisponibilidade de bens a que alude o dispositivo legal em referência tem como pressupostos a citação e o inadimplemento da dívida pelo executado.

Definidos os pressupostos legais da penhora, bem como o entendimento jurisprudencial a este respeito, nos próximos dois tópicos, trataremos de formas especiais de penhora de dinheiro, a primeira sempre marcada pela ausência de voluntariedade e a segunda em que o elemento volitivo pode ou não estar presente.

2.2.3.2 Penhora on-line

O bloqueio eletrônico de ativos financeiros mantidos em conta corrente ou aplicação financeira do executado, também conhecido como penhora on-line, foi idealizado com o propósito de conferir efetividade ao processo de execução em um contexto em que a penhora de dinheiro – que sempre ocupou lugar privilegiado na ordem de gradação – era praticamente inviável, haja vista a dificuldade operacional de interação da autoridade judicial e com a autoridade supervisora do sistema bancário pelo método convencional, qual seja, a emissão de ordem de bloqueio mediante a expedição de ofício dirigido ao Banco Central.

Naqueles moldes, o tempo que decorria entre uma ordem de bloqueio de ativos financeiros e a resposta da instituição financeira era suficiente para que o executado redirecionasse seus recursos, frustrando qualquer possibilidade de efetivação da penhora pretendida.

⁴⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.832.857/SP. Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma. Julgado em 17/09/2019, DJe 20/09/2019.

A operacionalização dessa modalidade de penhora de dinheiro tornou-se possível graças à criação, em 2000, do “Sistema de Solicitações do Poder Judiciário ao Banco Central do Brasil” (BacenJud) e à adesão do Poder Judiciário a referido sistema por meio de convênio de cooperação técnico-institucional firmado em 2001 com o Banco Central. A partir daí, os magistrados passaram a protocolizar eletronicamente ordem judicial de requisição de informações, bloqueio e desbloqueio de contas e aplicações de pessoas físicas e jurídicas repassadas às instituições financeiras pelo Banco Central.

A primeira versão do BacenJud viabilizou a eliminação do uso de papel e do correio, meio tradicional na comunicação entre o Poder Judiciário e o Banco Central, mas os instrumentos convencionais de comunicação continuaram a ser utilizados entre as instituições financeiras e o Poder Judiciário nas devolutivas quanto às requisições de informações, ordens de constrição e desbloqueio direcionadas via sistema.

A realização de penhoras por meio do sistema BacenJud, utilizado pioneiramente pela Justiça do Trabalho a partir de convênio firmado entre o Tribunal Superior do Trabalho (TST) e o Banco Central do Brasil em 2001, gerou uma série de questionamentos quanto à legalidade e à constitucionalidade da medida, especialmente sob a alegação de quebra de sigilo bancário (art. 5º, X e XII da CRFB/88), tendo sido, inclusive, propostas duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade 3091 e 3203, que foram posteriormente extintas sem exame do mérito. A jurisprudência, ao final, pacificou-se pela legitimidade da ferramenta.

Do ponto de vista operacional, foi bastante criticado o usual excesso de execução gerado a partir das ordens de bloqueios emitidas por meio do sistema BacenJud na sua primeira versão. Este excesso estava invariavelmente atrelado ao fato de diferentes instituições financeiras receberem, simultaneamente, a ordem judicial repassada pelo Banco Central e, como os bancos não se comunicavam, todos cumpriam o mesmo comando, multiplicando o bloqueio determinado sem observância do limite do crédito executado.

Esta situação era agravada pela demora no cumprimento das ordens de desbloqueio dos ativos excedentes, o que deixava o executado privado de recursos que nada tinham a ver com o crédito executado.

Em 2005, foi criada a versão 2.0 do sistema BacenJud. A partir daí, as respostas das instituições financeiras passaram a ser realizadas eletronicamente, sobrevivendo significativa redução do prazo de processamento das ordens judiciais para algo em torno de 48 horas, além da criação de um sistema automatizado de contas únicas para evitar o bloqueio múltiplo.

Nesse mesmo ano a penhora on-line foi trazida para o âmbito das execuções fiscais por intermédio da Lei Complementar nº 118, que incluiu o art. 185-A no CTN, estabelecendo o seguinte:

Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

§ 1º A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite.

§ 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.

Da leitura do art. 185-A do CTN, a primeira conclusão a que se chega é que a penhora on-line não é meio ordinário de garantia no contexto da execução fiscal.

Afinal, o dispositivo em referência estabelece alguns importantes pressupostos para que a medida tenha lugar – **i)** a precedente citação regular do devedor; **ii)** a ausência de oferta de bens à penhora no prazo conferido pela LEF; e **iii)** a não localização de bens passíveis de penhora.

Em 2006, a penhora on-line foi estendida à Justiça Comum por meio da reforma processual implementada pela Lei nº 11.382/2006⁴⁷, que alterou a redação do art. 655 e

⁴⁷ “Art. 20. A Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, passa a vigorar com as seguintes alterações: [...]”

acresceu o art. 655-A ao CPC/73, prevendo a interação eletrônica das autoridades judicial e supervisora bancária, com o propósito de atestar a existência de dinheiro penhorável, bem como de proceder à indisponibilização e subsequente penhora.

Diferentemente do que estabelecia o CTN, o dispositivo da lei processual não trouxe qualquer requisito para que a penhora on-line fosse implementada, exceto a citação válida prévia – que, aliás, é requisito para toda e qualquer penhora, conforme já tivemos oportunidade de enfatizar quando tratamos dos seus pressupostos.

Nesse contexto, conclui-se que, no âmbito cível, a penhora on-line é medida ordinária, que não requer a adoção de quaisquer providências preparatórias.

Diante da divergência do tratamento dispensado à penhora on-line pelas legislações tributária e processual, surgiram questionamentos sobre a aplicabilidade do CPC/73 reformado às execuções fiscais.

O STJ, ao enfrentar o tema, no julgamento do REsp 1.184.765/PA ⁴⁸ (representativo de controvérsia), entendeu que é possível a penhora eletrônica em execução fiscal, a partir da vigência da Lei nº 11.382/2006, independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais, com base na teoria do diálogo das fontes, tudo de modo a preservar a coerência do sistema, à medida que a cobrança do crédito privado não pode ser colocada em situação mais privilegiada do que a do crédito público – que goza de primazia.

Em nosso entendimento, porém, a orientação firmada pelo STJ não foi a mais apropriada.

“Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; [...]

655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução.

§ 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do caput do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade.”

⁴⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.184.765/PA. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção. Julgado em 24/11/2010, DJe 03/12/2010.

Decerto, as peculiaridades da execução fiscal em relação à execução civil fundada em título extrajudicial (reiteradamente abordada ao longo do presente trabalho) evidenciam que os pressupostos para a penhora são absolutamente distintos nos referidos processos de cobranças. Nesta senda, quando o legislador, tratando especificamente da penhora on-line na execução fiscal, estabeleceu requisitos para o seu cabimento, o fez em sintonia com a LEF. Aplicar o CPC/73 reformado nesse contexto, longe de preservar a coerência do sistema, implica em negativa de vigência não só ao art. 185-A do CTN, mas à própria LEF.

O novo CPC trouxe novidades no regime da penhora on-line. Dentre elas, merece destaque a introdução, no *caput* do dispositivo, da expressão “sem dar ciência prévia do ato ao executado” ao tratar da comunicação entre juiz e autoridade supervisora do sistema bancário com vistas à efetivação da penhora on-line, o que deixa clara a intenção do legislador de surpreender o executado, potencializando as chances de ver operacionalizada a penhora de dinheiro.

Também se destaca o tratamento que foi conferido ao excesso de penhora, tendo sido fixado em 24 horas o prazo para que o juiz determine seu cancelamento, devendo a ordem ser cumprida pela instituição bancária no mesmo prazo. Trata-se de contraponto em favor do direito do executado de não sofrer, ainda que temporariamente, excesso de execução.

Ainda sob a perspectiva do CPC/15, restou evidente que a penhora on-line não se perfaz com a indisponibilidade dos recursos operada pela instituição financeira com base em ordem judicial. Para que a indisponibilidade se converta em penhora – mediante transferência dos valores para conta vinculada ao juízo da execução –, é necessário que o executado, uma vez intimado, não comprove, no prazo legal, que os valores são impenhoráveis ou que remanesce excesso de penhora.

Para fechar o tema da penhora on-line, é importante registrar que, a partir de um convênio firmado entre o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Banco Central (BC) e a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN), foi desenvolvido, no ano passado, o Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário (Sisbajud), que consiste numa nova

plataforma virtual voltada ao rastreamento de ativos de devedores e à penhora virtual de dinheiro, gradualmente substitutiva do BacenJud já a partir do ano em curso.

O novo sistema, com tecnologia mais avançada, propiciará maior celeridade no fluxo das informações trocadas entre Judiciário e instituições financeiras e equiparadas, maximizando a efetividade das penhoras eletrônicas.

2.2.3.3 Penhora de faturamento

A penhora de faturamento vinha sendo admitida, com alguma ressalva, pela jurisprudência, antes mesmo da reforma processual realizada pela Lei nº 11.382/2006. Com base na referida lei, a modalidade em foco, embora incidente sobre dinheiro, ganhou tratamento diferenciado.

Segundo a regra estabelecida no § 3º do art. 655-A do CPC/73, sendo determinada a penhora de percentual do faturamento da empresa executada, deve ser nomeado depositário com o dever de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, levando em conta a realidade econômica do executado, bem como de prestar contas mensalmente e de entregar ao exequente as quantias penhoradas.

Para que se perfaça, portanto, a penhora de faturamento, diferentemente da penhora on-line, requer a prática de um ato de vontade do devedor, manifestado por intermédio do administrador-depositário, consubstanciado na entrega mensal do dinheiro correspondente ao faturamento penhorado. É nesse ponto em que se verifica, em alguma medida, o caráter voluntário da penhora de faturamento.

A voluntariedade não está relacionada, por certo, com a oferta pelo devedor do seu faturamento à penhora (embora não se recuse essa possibilidade), mas, uma vez determinada, é necessário que disponibilize voluntariamente o dinheiro sob pena da penhora de faturamento se converter em penhora on-line sobre a qual tratamos anteriormente.

Tanto sob a égide do CPC/73, quanto do CPC/15, a penhora de faturamento é tomada como medida excepcional, aplicável a casos em que o executado não possui

outros bens penhoráveis ou quando os bens disponíveis são de difícil alienação, impondo-se a preservação do capital de giro.

Assim como o diploma processual antigo, o CPC/15 não estabeleceu o percentual do faturamento que pode ser objeto de penhora, tendo estabelecido balizas como a satisfação do crédito em tempo razoável que não torne inviável o exercício da atividade empresarial.

A figura do depositário também se manteve, agora sob a denominação “administrador-depositário”.

Por tudo o que foi dito até aqui, embora não tenhamos tratado da ordem de preferência da penhora – o que faremos no Capítulo 4 quando abordarmos o modelo normativo de garantia do crédito tributário sob a perspectiva jurisprudencial –, já podemos concluir que o dinheiro, a carta de fiança bancária e o seguro ocupam posição de liquidez e, conseqüentemente, de aceitabilidade diferenciada em relação às demais modalidades de garantia.

2.3 A EXECUÇÃO DA GARANTIA ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DOS EMBARGOS DO DEVEDOR

No capítulo 1, a despeito das críticas registradas ponto a ponto, assentou-se que, sob a perspectiva jurisprudencial, no cenário normativo atual, a garantia constitui pressuposto para a oposição dos embargos à execução, sendo estes não são mais dotados de efeito suspensivo automático, cabendo ao juiz, em face dos parâmetros normativos, atribuir-lhes ou não tal eficácia

Diante da possibilidade de não ser atribuído efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, a discussão acerca da viabilidade da execução da garantia antes do desfecho dos embargos correlatos, que antes se limitava à sentença de improcedência atacada por recurso de apelação desprovido de efeito suspensivo nos moldes do art. 1.012, § 1º, III do CPC/15, passou a ter lugar também na fase inaugural dos embargos.

De um lado, posição fazendária defende que, se a execução fiscal não está paralisada haja vista a ausência de efeito suspensivo dos embargos, assim como quando é prolatada sentença de improcedência, é possível seguir com a realização dos atos expropriatórios, seja qual for a modalidade de garantia, com o propósito de satisfazer antecipadamente o crédito tributário inadimplido.

De outro, posição contributivista sustenta que a execução da garantia antes do trânsito em julgado da sentença prolatada nos embargos à execução, além de gerar dano grave e de difícil reparação para o executado – que pode ter seus bens e direitos alienados, sofrer as repercussões financeiras da liquidação antecipada de garantias fidejussórias, a exemplo da fiança e do seguro, por conta de créditos tributários que podem vir a ser reputados indevidos por decisão judicial posterior –, não traduz benefício efetivo para a Fazenda Pública, em face do que estabelece o art. 32, § 2º da LEF, que veda o levantamento ou a conversão em renda do depósito vinculado ao feito executivo antes do trânsito em julgado da decisão proferida nos autos da ação antiexacional.

No que tange especificamente à possibilidade de conversão em renda de depósitos judiciais vinculados aos feitos executivos, a Primeira Seção do STJ firmou entendimento contrário ao interesse fazendário por considerar que o art. 32, § 2º da LEF, como lei especial, deve prevalecer sobre o CPC, afastando, por conseguinte, a aplicação da Súmula 317 da mesma Corte aos executivos fiscais – segundo o verbete é definitiva a execução fundada em título judicial ainda que pendente apelação interposta em face de sentença que julga improcedentes os embargos⁴⁹.

Em se tratando de garantias fidejussórias, no entanto, ainda há oscilação jurisprudencial quanto à possibilidade de prosseguimento da execução até a sua transformação em dinheiro.

Há precedentes da Segunda Turma do STJ que legitimam a liquidação da fiança bancária quando os embargos não são dotados de efeito suspensivo – vedando, no entanto,

⁴⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 734.831/MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. Julgado em 10/11/2010, DJe 18/11/2010).

o levantamento do produto da liquidação antes do trânsito em julgado, em observância ao art. 32, § 2º, da LEF⁵⁰.

Seguindo outro racional, a Primeira Turma do STJ vem aplicando à liquidação da fiança bancária, por analogia, o entendimento segundo o qual o depósito não pode ser convertido em renda enquanto não transitar em julgado a decisão proferida nos embargos à execução, sob o argumento de que a LEF equipara o dinheiro ao seguro e à fiança⁵¹.

Em relação ao depósito em dinheiro, a LEF é claríssima, não se podendo cogitar solução senão aquela que foi dada pelo STJ.

No que se refere às garantias fidejussórias, a despeito das discussões travadas quanto à equiparação do dinheiro ao seguro e à fiança no contexto da LEF⁵², no nosso entendimento, o art. 835, § 2º do CPC/15 colocou referidas modalidades em um mesmo patamar em termos de efetividade para fins de substituição da penhora, o que soluciona a controvérsia de forma definitiva.

Afinal, se a fiança e o seguro são equiparados ao dinheiro para aquela finalidade (substituição de garantia), não há qualquer sentido em se converter as garantias fidejussórias em dinheiro em face da não atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal ou do recebimento do apelo contra a sentença de improcedência no efeito meramente devolutivo.

⁵⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 18.155/RJ. Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Julgado em 04/08/2011, DJe 16/08/2011; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 19.565/RJ. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012.

⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1254985/SC. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma. Julgado em 01/03/2012, DJe 06/03/2012; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1385811/SC. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma. Julgado em 23/04/2019, DJe 08/05/2019.

⁵² **Em sentido favorável:** BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MC 10.583/RJ. Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Julgado em 15/12/2005, DJ 20/02/2006, p. 247; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 643.097/RS. Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Julgado em 04/04/2006, DJ 18/04/2006, p. 190; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.058.533/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin. Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma. Julgado em 18/12/2008, DJe 27/04/2009. **Em sentido desfavorável:** BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1.077.039/RJ. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção. Julgado em 09/02/2011, DJe 12/04/2011.

É importante que se ressalte, todavia, que, no cenário jurisprudencial atual – que não vê na LEF outro empecilho à liquidação antecipada da garantia se não aquele previsto no seu art. 32, § 2º –, as outras modalidades de garantia (bens e direitos) estão sujeitas a execução na hipótese de os embargos não serem dotados de efeito suspensivo, assim como quando a apelação interposta contra a sentença de improcedência dos embargos não for recebida no sobredito efeito.

Nessa perspectiva, ainda que o produto da alienação do bem ou direito que funciona como garantia da execução fiscal não possa ser convertido em renda antes do trânsito em julgado da sentença dos embargos (homenagem ao quanto estabelecido na LEF), o executado está sujeito à indigitada alienação antes mesmo de os embargos serem sentenciados na hipótese de não lhes ser atribuído efeito suspensivo, o que não ocorre com as garantias fidejussórias. É a conclusão a que chegamos.

3 AS REPERCUSSÕES ECONÔMICAS DA GARANTIA NO CONTEXTO DA EXECUÇÃO FISCAL

Caminhando na direção do objetivo maior do nosso trabalho – concluir se o sistema de garantia do crédito tributário executado vigente atende às finalidades a que se destina –, cumpre-nos partir para a aferição das repercussões econômicas da garantia no contexto da cobrança do crédito tributário.

Com este propósito, examinaremos, em caráter preliminar, qual é o prazo médio de tramitação de uma execução fiscal, desde a data do seu ajuizamento até o julgamento final da ação voltada a desconstituir o título executivo no qual se lastreia. Afinal, esse aspecto temporal tem repercussão direta sobre o aspecto econômico antes referido.

Em seguida, avaliaremos os custos impostos ao executado para fins de obtenção e manutenção da garantia no curso da execução fiscal, assim como a possibilidade de ressarcimento, pela Fazenda, destes custos na hipótese de a cobrança ser reputada indevida por decisão transitada em julgado ao final dos embargos à execução.

3.1 O TEMPO DE TRAMITAÇÃO DE UMA EXECUÇÃO FISCAL NO BRASIL

Em decorrência de um acordo de cooperação técnica firmado em 2008 com o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), o Instituto de Pesquisa Econômica (IPEA) realizou, entre 2009 e 2011, pesquisa denominada *Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal da União*⁵³ com o propósito de determinar o tempo e o custo da tramitação das execuções fiscais na Justiça Federal.

A pesquisa parte das características gerais dos executivos fiscais movidos pela União, dentre os quais podemos destacar a dificuldade no cumprimento da etapa da citação (apenas 3,6% dos executados apresentam-se voluntariamente em juízo, em 56,8% dos processos ocorre pelo menos uma tentativa frustrada de citação, em 46,2% dos casos

⁵³ INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA); CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**: Relatório de Pesquisa. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_custounitario.pdf. Acesso em: 13 nov. 2020

o devedor não é encontrado), a dificuldade de se efetivar a penhora de bens (ocorre em apenas 15,7% dos processos), a baixa incidência de oposição por parte do executado (em somente 3,8% dos processos é apresentada exceção de pré-executividade e 6,5% dos executados opõem embargos), a baixa incidência de recursos (14,7% das sentenças são objeto de recurso), tudo para determinar as etapas que formam o ciclo executivo fiscal e especificar, do ponto de vista prático, quantas seriam suas reiteraões ao longo dos processos em tramitação até que ocorra a baixa definitiva.

Levando em consideração essas variáveis, o IPEA concluiu que, entre a elaboração da petição inicial e a autuação da execução fiscal, decorrem em média 127 dias. Para a prolação do despacho citatório, transcorrem mais 54 dias. A fase da citação, por sua vez, consome, em média, 1.540 dias, e a da penhora mais 569 dias. Havendo defesa por parte do executado por meio de exceção de pré-executividade, o processo se estende por mais 674 dias e se a via eleita for os embargos à execução o prazo aumenta para 1.721 dias. Ainda segundo as contas do Instituto, cada recurso interposto (agravo, embargos de declaração, apelação, recurso especial ou extraordinário) dilarga em mais 318 dias a tramitação do feito, atrasando sua baixa em 118 dias.

Finalizando o estudo, o órgão concluiu que o tempo médio de tramitação de uma execução fiscal movida pela União é de 3.571 dias, que correspondem a 9 anos, 9 meses e 16 dias.

Conforme já esclarecido, trata-se de uma média que leva em conta o perfil das execuções federais em tramitação no Brasil, com baixo índice de sucesso na fase citatória, na efetivação da penhora e consequentemente na oposição do executado e na apresentação de recursos.

Se a análise se restringisse aos processos nos quais todas as etapas do processo de execução fiscal fossem cumpridas, com oposição de embargos e de todos os recursos cabíveis até o trânsito em julgado, o tempo de tramitação aumentaria bastante chegando a 16 anos, conforme estimativa do próprio IPEA⁵⁴.

⁵⁴ IPEA – Instituto Brasileiro de Pesquisa Aplicada. **Execução fiscal demora em média 8 anos**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=7872:execucao-fiscal. Acesso em: 13 nov. 2020.

Embora o estudo realizado se restrinja às execuções fiscais federais e não tenha sido atualizado ao longo dos últimos nove anos, o exame da 15ª edição do Relatório Justiça em Números⁵⁵, nos leva a crer que o panorama traçado não sofreu alterações significativas.

Isso porque o impacto das execuções fiscais na taxa de congestionamento do Poder Judiciário em 2018 se manteve num patamar de 89,7%, muito próximo do verificado entre 2009 e 2011, período abarcado pela pesquisa do IPEA.

Pelas razões expostas, consideraremos na evolução do presente trabalho que uma execução fiscal possui um tempo médio aproximado de tramitação de dez anos.

Firmada essa premissa, passemos à análise dos custos que envolvem a obtenção e/ou manutenção das diferentes modalidades de garantias sob as perspectivas do executado e do exequente.

3.2 OS CUSTOS DA GARANTIA SOB A PERSPECTIVA DO EXECUTADO

Os custos para obtenção e/ou manutenção da garantia, sob a ótica do executado, estão diretamente relacionados com a modalidade utilizada. Vejamos cada qual.

3.2.1 Depósito judicial

O depósito constitui garantia direta, assim já nos posicionamos, sob o aspecto subjetivo-procedimental, à medida que decorre de opção firmada pelo devedor ou na fase preliminar do processo, ou posteriormente, na hipótese de substituição. Ainda que decorra de ato de vontade do devedor por vezes estimulado pela necessidade de ver suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não há como negar a existência de um custo atrelado a esta modalidade de garantia, em face da indisponibilidade dos recursos empregados para sua efetivação pelo tempo de duração do processo.

⁵⁵ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019.

Não temos a pretensão de apresentar aqui um cálculo estimando o custo da garantia prestada sob a forma de depósito judicial, dadas as inúmeras variáveis que devem ser levadas em consideração para este fim, muitas delas relacionadas com a saúde financeira do devedor, com seu perfil de crédito, com o tipo de atividade que desenvolve, com o seu porte, dentre outros.

A ideia é evidenciarmos, do ponto de vista conceitual, quais são as repercussões da indisponibilidade dos valores depositados para o executado tomando como referência o tempo médio de duração do processo de execução estimado acima em dez anos.

Nessa linha, um primeiro aspecto a ser considerado é a redução da liquidez que o devedor enfrenta – em maior ou menor medida – quando o crédito executado é garantido por meio de depósito judicial.

Falamos em “maior medida”, quando o devedor tem o seu capital de giro comprometido por conta do direcionamento dos seus recursos para a garantia do crédito tributário. Em circunstância como essa, o devedor pode ser obrigado a contrair empréstimos junto a instituições financeiras, pagando juros superiores à variação da Selic para não comprometer a consecução da sua atividade fim e até mesmo para não deixar de operar. Em “menor medida”, por outro lado, falamos quando a garantia sob a forma de dinheiro não chega a afetar o capital de giro do devedor, mas compromete a realização de investimentos necessários à manutenção da sua competitividade no mercado e à expansão das suas atividades, muitas vezes com possível retorno superior à variação da taxa Selic.

Um segundo aspecto que se deve considerar quando se trata do custo do depósito diz respeito à tributação dos rendimentos acumulados enquanto a lide tramita.

Há dois entendimentos possíveis a este respeito, com consequências fiscais diametralmente opostas. A primeira possibilidade consiste no enquadramento dos juros em questão como remuneratórios, o que constitui fundamento suficiente para autorizar a incidência de Imposto sobre a Renda das Pessoas Jurídicas (IRPJ) e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido (CSLL). A outra possibilidade é atribuir-lhes natureza indenizatória como forma de ressarcimento do devedor que ficou privado do seu capital

no curso do processo ao final julgado em seu favor, não sendo passíveis de tributação nesta hipótese.

O STJ, ao julgar o REsp 1.138.695/SC (representativo de controvérsia), concluiu pela incidência do IRPJ e da CSLL sobre os juros incidentes nos depósitos levantados pelo devedor ao final do processo judicial, sob o argumento de que o fato gerador destes juros não é a mora da Fazenda Pública, mas a existência de depósito voluntariamente realizado pelo contribuinte que se submete à remuneração legalmente estabelecida e que, por uma questão de isonomia, é calculada a partir da aplicação da taxa Selic, a mesma adotada na cobrança de tributos federais.

Vê-se, pois, que a garantia do crédito por meio de depósito possui um custo elevado para o devedor – pela indisponibilidade dos recursos durante o longo período em que dura o processo de execução e todas as repercussões que lhe são decorrentes, bem como pela tributação dos juros que incidem até o levantamento na hipótese de sair vencedor, conforme entendimento que prevalece atualmente no STJ.

3.2.2 Fiança bancária

A outorga de fiança bancária voltada à garantia do crédito tributário exigido por meio de execução fiscal, conforme já vimos, requer a observância de uma série de exigências que não são impostas quando a finalidade da garantia é diversa.

Dentre essas exigências, vale reprisar a renúncia ao benefício de ordem, a previsão de atualização do valor afiançado, prazo indeterminado ou de, no mínimo, dois anos com obrigatoriedade de depósito ou renovação da garantia neste prazo, além da renúncia ao benefício de que trata o art. 838, I do CC, dentre outros.

Se, por um lado, essas exigências contribuem para a segurança da Fazenda Pública quanto ao adimplemento do crédito executado, por outro, incrementam o custo imposto ao devedor com vistas à contratação dessa modalidade de garantia.

Atualmente, o custo da fiança bancária gira em torno de 1,5% a 6% do valor da dívida garantida em função da análise de risco do contribuinte perante a instituição

financeira. Essa análise geralmente envolve o histórico do cliente com o banco, análise do balanço, alavancagem, dentre outros fatores⁵⁶.

Além da taxa de comissão, a depender do perfil do cliente, algumas instituições financeiras exigem, entre outras medidas, a manutenção de depósito em valor correspondente ao afiançado até o vencimento da fiança, a emissão de nota promissória e a alienação fiduciária de bens em garantia.

A esta altura, só com essas referências, já é possível constatar que a fiança, embora seja amplamente aceita no contexto da execução fiscal, não é modalidade acessível a qualquer devedor. E, note-se, quanto menor a capacidade econômica do devedor, maior é o risco envolvido – e consequentemente mais caro o produto.

Deixando de lado os custos indiretos, tais como a contratação de garantia eventualmente exigida pelos bancos, e tomando como parâmetro o ponto médio da taxa de comissão (de 3,8% ao ano), podemos inferir que, com a execução fiscal pendente por dez anos, o devedor que optar pela fiança terá incorrido em um custo correspondente a 38% do valor do crédito executado, sem considerar que, em todo esse período, terá comprometido, total ou parcialmente, sua linha de crédito junto à instituição financeira fiadora.

3.2.3 Seguro garantia

Consoante evidenciado, embora a LEF só tenha sido alterada em 2014 com vistas a contemplar o seguro como modalidade de garantia idônea do crédito tributário em sede de execução fiscal, em vista das normas regulamentares expedidas pela Procuradoria da Fazenda Nacional desde 2009, há muito vem crescendo o uso dessa modalidade.

Esse crescimento se justifica em face do custo reduzido que envolve a contratação do seguro se comparado à outra garantia fidejussória que está à disposição

⁵⁶ RAVELLI NETO, Reinaldo. Custos diretos e indiretos das garantias: seus impactos na realidade empresarial. In: MASCITTO, Andréa et al. **Garantias Judiciais no Processo Tributário: Cenários, Perspectivas e Desafios**. São Paulo: Editora Blucher, 2018, p. 25.

dos contribuintes executados, a carta de fiança bancária sobre a qual tratamos anteriormente.

Atualmente, a taxa de corretagem exigida das seguradoras com vistas à emissão de seguro garantia varia entre 0,5% e 2% ao ano, percentuais bem inferiores aos praticados pelos bancos⁵⁷.

Outra vantagem do seguro é que, diversamente da fiança, não compromete a linha de crédito do devedor junto às instituições financeiras.

Quanto às exigências impostas pelas seguradoras para fins de emissão do seguro, variam bastante em função do nível de risco.

Em geral, exige-se que o devedor possua receita operacional líquida e patrimônio líquido mínimos entre R\$ 100 e R\$ 200 milhões, Índice de Cobertura de Juros (ICJ)⁵⁸ superior a um, margem operacional (*Earnings Before Interest, Tax, Depreciation and Amortization* – EBITDA) mínima de aproximadamente 5%, além de não ter apurado prejuízo nos três últimos exercícios financeiros, com caixa e disponibilidades correspondentes a três a cinco vezes a importância segurada⁵⁹.

A despeito das vantagens do seguro em relação à fiança, a conclusão a que se chega é que essa modalidade de garantia também está restrita a um grupo de contribuintes com relativa capacidade econômica.

Se fizermos o mesmo exercício proposto quando analisamos a fiança, tomando como parâmetro um percentual médio da taxa de comissão de 1,3% ao ano, considerando

⁵⁷ RAVELLI NETO, Reinaldo. Custos diretos e indiretos das garantias: seus impactos na realidade empresarial. In: MASCITTO, Andréa et al. **Garantias Judiciais no Processo Tributário: Cenários, Perspectivas e Desafios**. São Paulo: Editora Blucher, 2018, p. 26.

⁵⁸ O ICJ é um importante indicador de solvência, uma vez que aponta se a empresa terá ou não condições de cumprir suas obrigações e pagar os juros previstos. Um ICJ baixo indica que a empresa, provavelmente, terá dificuldade em arcar com o pagamento dos juros previstos. Já um ICJ alto indica que, provavelmente, a empresa cumprirá suas obrigações e manterá a sua saúde financeira. Cf. COMDINHEIRO. **Índice de Cobertura de Juros (ICJ)**. Disponível em: <https://www.comdinheiro.com.br/wiki/indice-de-cobertura-de-juros-icj/>. Acesso em: 17 nov. 2020.

⁵⁹ RAVELLI NETO, Reinaldo. Custos diretos e indiretos das garantias: seus impactos na realidade empresarial. In: MASCITTO, Andréa et al. **Garantias Judiciais no Processo Tributário: Cenários, Perspectivas e Desafios**. São Paulo: Editora Blucher, 2018, p. 26.

que a execução fiscal dure, em média, dez anos, ao final do período o devedor que optar pelo seguro terá incorrido em um custo correspondente a 13% do crédito executado.

3.2.4 Penhora de bens e direitos

O art. 835 do CPC lista uma série de bens passíveis de penhora com vistas à garantia do crédito executado – dinheiro, títulos da dívida pública, títulos e valores mobiliários com cotação em mercado, veículos, bens móveis e imóveis, semoventes, navios e aeronaves, ações e quotas de sociedades simples e empresárias, percentual do faturamento, pedras e metais preciosos, direitos decorrentes de promessa de compra e venda e alienação fiduciária em garantia, dentre outros.

A penhora de dinheiro, que é prioritária de acordo com o dispositivo legal em referência, tem custo bem parecido com o do depósito judicial – em ambas as hipóteses, o devedor fica com os recursos depositados ou penhorados indisponíveis ao longo do processo –, com a agravante, porém, de que não decorre de um ato de vontade do devedor, o que constitui indício de que a indisponibilidade dos recursos terá uma repercussão mais negativa na sua atividade.

Em outras palavras: quando ocorre a penhora de dinheiro pelo sistema BacenJud/SisbaJud, a indisponibilidade dos recursos penhorados, porque desvinculada de planejamento prévio, pode ensejar maiores dificuldades para o devedor.

Em circunstância como essa, a redução de liquidez, em regra, obriga o devedor a contrair empréstimos para suprir capital de giro ou honrar compromissos já assumidos, podendo até inviabilizar a consecução da sua atividade.

A penhora de faturamento, embora constitua, como já visto, espécie formalmente autônoma, operacionaliza-se, em termos práticos, pela disponibilização de dinheiro correspondente a um percentual do faturamento do devedor pelo administrador-depositário ao juízo, a fim de que funcione como garantia.

O custo dessa modalidade de garantia tem semelhanças com aquele suportado pelo devedor que sofre a penhora on-line, com o agravante de que, neste caso, a penhora se renova a cada mês, reduzindo de forma determinante a sua capacidade econômica.

Ademais, como se trata de medida excepcional – que pressupõe a inexistência de outros bens passíveis de penhora, inclusive o próprio dinheiro –, resta claro que a penhora de faturamento se dá em um ambiente em que o devedor já não possui liquidez.

No que se refere aos demais bens e direitos integrantes do patrimônio do devedor, as circunstâncias fáticas de cada caso têm repercussão direta nos custos decorrentes da penhora, sendo difícil adotar um padrão como referência.

Estes custos serão mais ou menos representativos a depender das restrições impostas aos atributos da propriedade do bem ou direito penhorado, consubstanciados no uso, gozo e disposição.

Segundo Araken de Assis⁶⁰, a penhora não extrai do devedor o direito de disposição do bem, à medida que, se realizado, o ato de disposição será válido e eficaz entre as partes, mas o torna absolutamente ineficaz em relação ao processo de execução, salvo se houver a superveniente desconstituição da penhora.

Podemos dizer, portanto, que a penhora limita juridicamente a disposição enquanto atributo do direito de propriedade, dado que o devedor, embora possa, no plano fático, dispor do bem penhorado, estará incorrendo em fraude à execução.

No que diz respeito ao direito de uso, sua limitação está relacionada com a alteração do título de posse do devedor executado. Isso porque, em face da penhora, a posse direta do bem (o poder de fato) é transferida para o depositário, mantida a posse indireta. Quando o devedor figura como depositário, o direito de uso é mantido mesmo estando o bem penhorado. Se ocorrer, por outro lado, a transferência da posse direta para um terceiro na condição de depositário, o direito de uso estará inquestionavelmente

⁶⁰ ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 593-594.

limitado, o que pode implicar custos adicionais para o devedor em decorrência da penhora.

A fruição – que, segundo o art. 1.232 do Código Civil, consiste na faculdade de retirar ou perceber os frutos, bem como aproveitar economicamente os produtos do bem – também pode ser afetada em decorrência da penhora, se estiverem aqueles frutos e/ou produtos abrangidos expressamente pela ordem de constrição.

Não se trata, em regra, de um efeito automático da penhora do bem, devendo haver determinação judicial nesse sentido.

A esse respeito, importante a lição de Cândido Rangel Dinamarco⁶¹:

a penhora de uma coisa não inclui por si própria a de seus frutos e rendimentos. Esses acessórios só serão incluídos quando a própria coisa não for suficiente para satisfazer integralmente o crédito, realizando-se então duas penhoras: a da coisa e dos frutos ou rendimentos; inversamente, podem ser penhorados somente estes, sem que a coisa produtiva o seja, tudo depende sempre da necessidade de cada caso.

Assim sendo, os custos da penhora podem ser mais ou menos representativos em função da abrangência da ordem de constrição, atingindo ou não os frutos e os produtos do bem penhorado, sendo possível reafirmar, daí, que os custos atrelados à penhora de um bem ou direito dependem da limitação que é imposta ao direito de propriedade.

Se apenas o direito de disposição é limitado, ficando mantida com o devedor, mesmo que sob a qualidade de depositário, a posse direta, restarão resguardados o direito aos frutos e produtos do bem, com a consequente redução do custo sofrido. Se, por outro lado, forem limitados outros atributos da propriedade, além da disposição, esse custo se elevará, podendo ser considerado médio ou alto em função da importância do bem ou direito para a atividade econômica desempenhada pelo devedor.

⁶¹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil IV**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 182.

3.3 O RESSARCIMENTO DAS DESPESAS COM A GARANTIA POR PARTE DA FAZENDA PÚBLICA: UMA TENDÊNCIA

À primeira vista, é intuitivo pensar que a garantia do crédito tributário onera apenas o executado no âmbito da execução fiscal, à medida que é ele quem arca com os custos de contratação e manutenção da garantia sobre os quais tratamos no tópico precedente.

Seguindo essa linha de raciocínio, afigurar-se-ia pouco importante a onerosidade da garantia sob a perspectiva fazendária, devendo ser perseguida aquela com maior liquidez e que propicie, por conseguinte, a máxima utilidade da execução, independentemente do seu custo.

Esse entendimento, no entanto, decorre de uma visão limitada da questão atinente à garantia do crédito tributário: se, por um lado, é verdade que é o executado quem suporta o ônus decorrente da contratação da garantia prestada no contexto da execução fiscal, por outro, há uma forte tendência de se impor à Fazenda Pública o ressarcimento das despesas decorrentes da prestação de garantia quando o devedor obtém êxito na desconstituição da dívida executada.

Conforme já esclarecido, a execução tem a finalidade exclusiva de satisfazer o direito do exequente pelo que, em princípio, compete ao executado suportar os custos da demanda executiva. Isso porque, ao deixar de adimplir a obrigação certificada no título, o devedor obriga o credor a dar início ao cumprimento da sentença, no caso de título judicial, e à execução forçada em se tratando de título extrajudicial.

Não se pode perder de vista, no entanto, a possibilidade de contraste entre a obrigação certificada no título e o direito substancial correlato, uma vez que o título executivo não garante a efetiva existência do crédito nele representado. Por certo, se o título fosse capaz de fornecer tal garantia, seria absolutamente desnecessária a existência de meios processuais voltados à oposição do devedor, tais como a impugnação e os embargos.

Esse contraste se apresenta na sua extensão mínima em relação aos títulos judiciais, estendendo-se no que se refere aos títulos executivos extrajudiciais.

Na primeira hipótese (título judicial), o possível contraste entre a representação e a realidade do crédito executável restringir-se-ia aos eventos modificativos ou extintivos da obrigação ali representada (a exemplo da prescrição, do pagamento, da remissão, dentre outros). Tanto é assim que as matérias arguíveis em sede de impugnação ao cumprimento de sentença são restritas, a teor do que estabelece o art. 525 do CPC/15. Na segunda hipótese (título extrajudicial), as possibilidades se ampliam, exatamente porque o título extrajudicial não é precedido de um processo de conhecimento, de forma que a matéria passível de discussão nos embargos é bem mais ampla, abarcando qualquer alegação que possa ser aduzida em processo de conhecimento, conforme estabelece o art. 917 do CPC/15 e, tratando especificamente da execução fiscal, o art. 16, § 2º da LEF.

A esta altura, é possível afirmar que a Certidão da Dívida Ativa, título executivo extrajudicial no qual se funda a execução fiscal, embora represente uma obrigação presumivelmente certa, exigível e líquida, a teor do que estabelecem o art. 204 do CTN e o art. 3º da LEF, pode ter os seus atributos ilididos pelo devedor com base nos mecanismos de defesa postos à sua disposição, ganhando destaque, neste aspecto, os embargos à execução.

É certo, portanto, que no curso do processo executivo pode restar demonstrada a inexistência total ou parcial da obrigação que deu azo à execução fiscal.

Em circunstâncias como essas, deixa de fazer sentido a máxima de que os custos decorrentes da demanda executiva devem correr por conta do devedor, afinal, a cobrança contra ele perpetrada se deu de forma indevida.

Nessa perspectiva, é possível fundamentar o dever de ressarcimento, pela Fazenda, das despesas incorridas pelo executado com vistas à garantia do crédito tributário, dever esse assentado na lei processual e na própria LEF, quando dispõem sobre as despesas processuais, e, ainda, no disposto no art. 776 do CPC, que assegura ao executado o ressarcimento dos danos decorrentes da chamada execução injusta. É o que veremos a seguir.

3.3.1 O enquadramento dos custos da garantia como despesa processual

No que tange ao conceito mais restrito de despesa processual, parece indubitoso que a Fazenda Pública, quando vencida, deve proceder a seu ressarcimento, tal como estabelecem o art. 39, parágrafo único, da Lei nº 6.830/1980, bem como o art. 82, § 2º, do CPC/15, a saber:

Art. 39. [...]

Parágrafo Único. Se vencida, a Fazenda Pública ressarcirá o valor das despesas feitas pela parte contrária.

Art. 82. Salvo as disposições concernentes à gratuidade da justiça, incumbe às partes prover as despesas dos atos que realizarem ou requererem no processo, antecipando-lhes o pagamento, desde o início até a sentença final ou, na execução, até a plena satisfação do direito reconhecido no título. [...]

§ 2º A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou.

Essas disposições normativas consagram o princípio da sucumbência, que constitui um dos balizadores do ressarcimento das despesas processuais no nosso ordenamento jurídico: a parte vencida deve arcar com as despesas processuais.

Outro princípio que norteia o ressarcimento das despesas processuais é o da causalidade, segundo o qual quem deu causa à cobrança indevida, deve assumir referidas despesas.

Em uma análise apressada, é possível pensar que quem deu causa à cobrança indevida é também a parte sucumbente, pelo que se tornaria desnecessário recorrer a este segundo princípio para definir a responsabilidade pelo ressarcimento das despesas processuais. Essa conclusão, todavia, se afigura infundada. Embora exista uma zona de confluência entre os princípios da sucumbência e da causalidade, há circunstâncias em que o princípio da sucumbência tem sofrido temperamentos em função da causalidade de acordo com as particularidades do caso concreto.

Isso ocorre, por exemplo, no caso de execução fundada em erro cometido pelo contribuinte no preenchimento de Declaração de Débitos e Créditos Tributários – DCTF, evidenciado após a propositura da demanda executiva. Nesse caso, a execução é extinta

por conta da inexistência da dívida, ou seja, houve sucumbência da Fazenda Pública, mas esta não deu causa à cobrança indevida que decorreu de erro cometido pelo contribuinte⁶².

As disposições normativas acima destacadas não deixam dúvidas de que, com base no princípio da sucumbência – temperado ou não pela aplicação do princípio da causalidade –, a Fazenda Pública deve ser condenada a ressarcir as despesas processuais decorrentes da execução fiscal infundada.

O que não fica muito claro, todavia, é a abrangência da locução “despesas processuais”, usada tanto na LEF como no CPC/15. O art. 84 do CPC/15 estabelece que as despesas processuais abrangem as custas dos atos do processo, a indenização de viagem, a remuneração do assistente técnico e a diária de testemunhas. Mas seria esse rol exaustivo ou exemplificativo?

Analisando sistematicamente o CPC/15, temos que as despesas listadas no art. 84 são exemplificativas. Afinal, o art. 95⁶³, ao tratar dos honorários periciais (não mencionados pelo art. 84), os insere claramente no conceito de despesa processual. Por sua vez, o art. 98 do CPC/15⁶⁴, que versa sobre a assistência judiciária gratuita, também

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.111.002/SP. Rel. Ministro Mauro Campbell. Primeira Seção. Julgado em 23/09/2009, DJe 01/10/2009.

⁶³ “Art. 95. Cada parte adiantará a remuneração do assistente técnico que houver indicado, sendo a do perito adiantada pela parte que houver requerido a perícia ou rateada quando a perícia for determinada de ofício ou requerida por ambas as partes. [...]”

§ 3º Quando o pagamento da perícia for de responsabilidade de beneficiário de gratuidade da justiça, ela poderá ser:

I - custeada com recursos alocados no orçamento do ente público e realizada por servidor do Poder Judiciário ou por órgão público conveniado;

II - paga com recursos alocados no orçamento da União, do Estado ou do Distrito Federal, no caso de ser realizada por particular, hipótese em que o valor será fixado conforme tabela do tribunal respectivo ou, em caso de sua omissão, do Conselho Nacional de Justiça.

§ 4º Na hipótese do § 3º, o juiz, após o trânsito em julgado da decisão final, oficiará a Fazenda Pública para que promova, **contra quem tiver sido condenado ao pagamento das despesas processuais**, a execução dos valores gastos com a perícia particular ou com a utilização de servidor público ou da estrutura de órgão público, observando-se, caso o responsável pelo pagamento das despesas seja beneficiário de gratuidade da justiça, o disposto no art. 98, § 2º.” (Grifo nosso)

⁶⁴ “Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei.

§ 1º A gratuidade da justiça compreende:

I - as taxas ou as custas judiciais;

II - os selos postais;

III - as despesas com publicação na imprensa oficial, dispensando-se a publicação em outros meios;

IV - a indenização devida à testemunha que, quando empregada, receberá do empregador salário integral, como se em serviço estivesse;

evidencia o caráter exemplificativo das despesas processuais trazidas pelo art. 84, à medida que elenca uma série de despesas não mencionadas pelo referido dispositivo, sujeitando-as ao princípio da sucumbência.

Note-se que o inciso VIII do § 1º do art. 98 do CPC/15 faz referência expressa aos depósitos previstos em lei para a prática de atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório, figura que tem natureza muito similar à garantia que constitui pressuposto à oposição dos embargos à execução fiscal, nos termos do art. 16, § 1º da LEF.

Nesse contexto, considerando o caráter exemplificativo do rol de despesas processuais previsto no art. 84 do CPC/15⁶⁵, é certo que os custos decorrentes da garantia prestada como requisito à propositura dos embargos constituem despesas processuais que devem ser suportadas pela parte que restar vencida ao final da demanda.

Convém notar que o ressarcimento em apreço, decorrente de sentença de improcedência dos embargos, à semelhança do que ocorre em relação aos honorários sucumbenciais, pode ser demandado pela via do cumprimento de sentença regulado pelos arts. 534 e seguintes do CPC/15.

3.3.2 O ressarcimento dos custos da garantia como decorrência da execução injusta

Ainda que não se admita o enquadramento dos custos atinentes à garantia como despesa processual passível de ressarcimento com base no art. 39, parágrafo único, da Lei

V - as despesas com a realização de exame de código genético - DNA e de outros exames considerados essenciais;

VI - os honorários do advogado e do perito e a remuneração do intérprete ou do tradutor nomeado para apresentação de versão em português de documento redigido em língua estrangeira;

VII - o custo com a elaboração de memória de cálculo, quando exigida para instauração da execução;

VIII - os depósitos previstos em lei para interposição de recurso, para propositura de ação e para a prática de outros atos processuais inerentes ao exercício da ampla defesa e do contraditório;

IX - os emolumentos devidos a notários ou registradores em decorrência da prática de registro, averbação ou qualquer outro ato notarial necessário à efetivação de decisão judicial ou à continuidade de processo judicial no qual o benefício tenha sido concedido.

§ 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência.” (Grifo nosso)

⁶⁵ NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 467-468.

nº 6.830/1980, bem como o art. 82, § 2º, do CPC, é possível pensar nessa possibilidade a título de indenização.

Afinal, o art. 776 do CPC/15⁶⁶ atribui ao exequente a obrigação de ressarcir o executado dos danos sofridos no curso da demanda executiva, quando transitar em julgado sentença que declare inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu origem à execução.

No entendimento da doutrina majoritária⁶⁷, a responsabilidade do credor pela execução injusta é objetiva, prescindindo, pois, do elemento subjetivo – basta, para obter o ressarcimento, a prova da existência do dano e da sua relação de causa e efeito com o processo de execução.

Da leitura do art. 776 do CPC/15, observa-se que, para que a indenização ali tratada tenha lugar, necessário que: **i)** a obrigação seja declarada inexistente no todo ou em parte por sentença transitada em julgado; **ii)** o executado tenha sofrido dano; e **iii)** exista nexo de causalidade entre o processo executivo e o dano sofrido pelo executado.

No que diz respeito ao primeiro requisito, há dissenso doutrinário quanto ao alcance da “inexistência de obrigação” que dá lugar à incidência da disposição em apreço.

Há quem defenda que a responsabilidade ora tratada requer o reconhecimento de que a obrigação não existia quanto ao seu objeto⁶⁸. Outra corrente amplia o alcance da expressão para admitir a aplicação do dispositivo tanto quando a obrigação é objetivamente indevida, como quando a obrigação é subjetivamente indevida em que pese a existência do objeto⁶⁹.

⁶⁶ “Art. 776. O exequente ressarcirá ao executado os danos que este sofreu, quando a sentença, transitada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que ensejou a execução.”

⁶⁷ ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 566 a 645)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 121; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Código de Processo Civil anotado** 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 266; ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 464.

⁶⁸ MENDONÇA LIMA, Alcides de. **Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 566 a 585)**. 2 ed. São Paulo: Forense, 1977, p. 107-109.

⁶⁹ ARMELIN, Donaldo. Responsabilidade objetiva no código de processo civil. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). **Processo Civil: Evolução, 20 anos de vigência**. São Paulo: Saraiva, 1995, p. 103.

Na ótica de Teori Zavascki⁷⁰, a aplicação do dispositivo em referência estaria restrita à declaração de inexistência da obrigação fundada em razões de mérito, afastando-a quando o processo se extingue por questões meramente formais ou processuais.

Quanto ao alcance da ideia de “inexistência de obrigação” a que alude o dispositivo, nos parece que a expressão envolve tanto o aspecto objetivo, quanto o subjetivo, afinal, a obrigação inexiste para aquele que não figura substancialmente como devedor, a despeito de figurar no polo passivo da execução.

Ainda neste aspecto, coadjuvamos a opinião de Teori Zavascki quanto à necessidade de resolução do mérito com vistas à aplicação do dispositivo legal em referência, tendo em vista que as causas que ensejam a extinção do processo sem exame do mérito, nos termos do art. 485 do CPC/15, não conduzem à inexistência da obrigação.

Há, ainda, debates acerca do processo no qual a decisão em referência deva ser proferida para que seja aplicável a regra do art. 776. Posições mais restritivas aduzem que a obrigação se faz inexistente apenas quando o reconhecimento se dá no bojo da execução devidamente embargada⁷¹. Araken de Assis⁷², por sua vez, defende que a sentença ora tratada pode ser proferida em qualquer processo, desde que declare inexistente a obrigação na qual se fundou a execução.

A esse respeito, o dispositivo legal não impõe qualquer restrição no sentido que a sentença seja proferida em sede de embargos à execução, de modo que, sendo absolutamente possível a propositura de ações de naturezas diversas voltadas à declaração da inexistência de relação jurídica fundada em CDA, não há motivos para que a aplicação da norma seja limitada.

⁷⁰ ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 566 a 645)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 119.

⁷¹ A esse respeito, cf. CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Responsabilidade do exequente no novo código de processo civil. **Revista Forense**, v. 246, p. 167-171, abr./jun., 1974. Rio de Janeiro: Forense, p. 171

⁷² ASSIS, Araken de. **Manual do processo de execução**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 466.

Passando para o exame do segundo requisito imposto pela disposição em comento, nota-se que só há que se falar no dever de indenizar se há dano. Decerto, ainda que seja reconhecida a inexistência da obrigação por sentença transitada em julgado, se não houver dano, não há como pretender a responsabilização do credor.

O dano que enseja responsabilização civil é o dano patrimonial medido pela diferença entre a situação atual do patrimônio lesado e a situação hipotética em que esse patrimônio se encontraria, no mesmo momento, se não fosse a lesão.

Para Teori Zavascki⁷³, são ressarcíveis todos os danos decorrentes da existência do processo de execução, que não se limitam às custas e honorários sucumbenciais (que possuem regramento próprio), o que nos parece absolutamente coerente.

É imprescindível, por fim, que os danos sofridos pelo executado decorram da propositura da execução infundada.

Trazendo essas considerações para a hipótese sob análise – ressarcimento dos custos incorridos com a garantia no contexto da execução fiscal –, conclui-se pela possibilidade de se fundamentar a obrigação fazendária no art. 776 do CPC/15, à medida que a ação antiexacional proposta pelo contribuinte, se julgada em seu favor, declara inevitavelmente a inexistência da obrigação tributária representada na CDA, o que faz inquestionável o dano patrimonial decorrente da contratação e manutenção da garantia no curso do processo de execução, assim como o nexo de causalidade desse mesmo dano com o ajuizamento da execução fiscal.

Não há consenso na doutrina acerca da via apropriada para que esse ressarcimento se verifique. Na concepção de Humberto Theodoro Júnior⁷⁴ e Mendonça Lima,⁷⁵ o devedor que faz *jus* à indenização deve demandar o credor em ação própria.

⁷³ ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 566 a 645)**. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 136.

⁷⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil, Vol. II: Processo de Execução e Processo Cautelar**. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1988, p. 111.

⁷⁵ MENDONÇA LIMA, Alcides de. **Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 566 a 585)**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1977, p. 218.

Para Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart e Daniel Mitidiero⁷⁶, com o trânsito em julgado da decisão que declara inexistente a obrigação, resta caracterizado o ilícito, sendo desnecessária a propositura de ação própria para discutir o nexo causal e o importe da indenização, o que pode ocorrer nos próprios autos.

Considerando que o conteúdo dos embargos delimitado pelo art. 16 da LEF corresponde a toda a matéria de defesa útil à desconstituição da cobrança, é natural sua tomada (dos embargos) como verdadeiro sucedâneo da figura da contestação, o que nos permite entender que, para o contribuinte obter o eventual ressarcimento dos custos com a garantia, com fundamento no art. 776 do CPC/15, seria indispensável a propositura de ação própria.

⁷⁶ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 900.

4 O MODELO NORMATIVO DE GARANTIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS: MENOR ONEROSIDADE E MÁXIMA UTILIDADE DA EXECUÇÃO

Quando analisamos o modelo normativo de garantia do crédito tributário, procuramos deixar claro o entendimento adotado: de que, sob a perspectiva da LEF, o executado dispõe do prazo de cinco dias contados de sua citação para pagar a dívida, promover o depósito judicial, ofertar fiança bancária, seguro garantia ou nomear bens à penhora.

Evidenciamos também que, diante do depósito ou da oferta tempestiva de fiança bancária ou seguro garantia, só podem ser contrapostos argumentos relacionados com eventual insuficiência e idoneidade.

No que tange à nomeação tempestiva de bens e direitos pelo executado, posicionamo-nos pela inaplicabilidade da ordem de preferência prevista no art. 11 da LEF e no art. 835 do CPC.

É certo que, caso discorde da nomeação levada a efeito pelo devedor, a Fazenda Pública pode se contrapor, evidenciando as razões pelas quais o bem ou direito nomeado à penhora não deve ser aceito (ser de difícil alienação, ter baixa liquidez, não estar sujeito à alienação judicial, dentre outros). Não está autorizada, contudo, a pautar sua desconformidade na simples inobservância da ordem de preferência. Se, por outro lado, o devedor quedar-se inerte no quinquídio previsto na LEF, aplica-se inquestionavelmente a ordem de preferência que coloca o dinheiro em posição privilegiada, admitindo-se certa flexibilidade em relação aos demais bens e direitos.

Admitir raciocínio diverso implica a conclusão de que o devedor que reúne todas as condições para assegurar o adimplemento do crédito executado e que não se esquivar das suas obrigações, agindo de forma proativa no contexto da execução fiscal, está fadado a garantir os créditos executados sempre com dinheiro, que ocupa posição preferencial e prioritária na mencionada ordem, o que destoa da sistemática proposta pela LEF.

Importante notar que as discussões em torno da garantia do crédito tributário não se restringem ao momento inaugural da cobrança judicial, haja vista a possibilidade de substituição da penhora por iniciativa do credor ou do devedor positivada tanto na LEF quanto na legislação processual vigente.

Esses debates possuem grande relevância para o estudo proposto, à medida que, como vimos no capítulo anterior, os custos da garantia prestada no âmbito da execução fiscal podem variar muito em função da modalidade que prevaleça.

Nosso propósito neste capítulo é avaliar em que medida os tribunais têm se mantido fiéis às prescrições normativas atinentes à garantia do crédito tributário cobrado judicialmente, compatibilizando os princípios da utilidade da execução no interesse do credor e da menor onerosidade, seja sob a perspectiva da garantia prestada no início do processo executivo, seja sob a forma de substituição da penhora.

Antes de adentrar propriamente nesta análise convém tecer breves considerações acerca dos princípios sinalizados – da efetividade e da menor onerosidade –, levando em conta as alterações legislativas ocorridas nos últimos anos, bem como a evolução doutrinária no que tange às suas acepções.

4.1 A EFETIVIDADE E A MENOR ONEROSIDADE: GARANTIAS CONTRAPOSTAS OU COMPLEMENTARES?

Como sugerimos logo na introdução do nosso trabalho, a efetividade é um valor que vem sendo perseguido cada vez com mais afinco e esse anseio tem repercutido de forma determinante na evolução da legislação processual em todos os âmbitos, inclusive no processo de execução.

Nesse processo evolutivo, o acesso à justiça deixou de ser concebido como o direito formal de propor e contestar uma ação, passando a assegurar o acerto do direito material e também dos atos práticos necessários à sua implementação, garantindo

aos cidadãos todo o arcabouço processual necessário à efetivação daquilo que foi reconhecido em juízo⁷⁷.

A partir do CPC/15, a duração razoável do processo já assegurada pelo texto constitucional ⁷⁸ também ganhou novas dimensões, à medida que ficou clara a impossibilidade de enxergá-la como simples aceleração do processo, devendo estar atrelada à solução integral do mérito, incluída a satisfação do direito, conforme preconiza o art. 4º da lei processual vigente⁷⁹.

Especificamente no que tange à execução fundada em título extrajudicial, além das mudanças empreendidas na ordem de preferência e na sistemática de substituição da penhora sobre as quais discutiremos de forma detalhada nos tópicos 4.2 e 4.3 a seguir, merecem destaque, a título exemplificativo, a consagração da penhora on-line de recursos financeiros (art. 655-A do CPC/73 e 854 do CPC/15) já abordada no primeiro capítulo, a averbação da execução no registro imobiliário com o propósito de reduzir os casos de fraude à execução envolvendo terceiros de boa-fé (art. 615-A do CPC/73 e 828 do CPC/15), a possibilidade de o credor indicar bens à penhora na petição inicial, retirando do devedor a prerrogativa da oferta de garantias no âmbito cível (art. 652 do CPC/73 e 829 do CPC/15), além da ampliação das condutas do executado consideradas como atentatórias à dignidade da justiça (art. 774 do CPC/15) e da possibilidade de inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes (art. 782, §§ 3º e 4º do CPC/15).

Como regra geral, aplicável a todas as espécies de execução, o CPC/15 replicou, no seu art. 797, norma já contida no CPC/73, segundo a qual a execução se realiza no interesse do credor, o chamado princípio da efetividade ou da utilidade da execução.

A redação do dispositivo em comento não sofreu alterações com a entrada em vigor do novo CPC. Todavia, ao amparo da lei nova, sua interpretação deve estar conectada com o movimento legislativo em prol da efetividade sobre o qual tratamos anteriormente.

⁷⁷ SCALABRIN, Felipe; CUNHA, Guilherme Antunes da. A menor onerosidade na perspectiva do direito fundamental à tutela executiva. **Revista de Processo**, v. 42, n. 271, p. 181, set. 2017. São Paulo: RT.

⁷⁸ Emenda Constitucional nº 45/2004.

⁷⁹ “Art. 4º. As partes têm direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa.”

Sem prejuízo do fortalecimento da efetividade, o CPC/15 preservou o princípio da menor onerosidade, antes previsto no art. 620 do CPC/73, segundo o qual a execução deve se fazer pelo modo menos gravoso para o devedor. Vejamos:

Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

Acrescentou-se o parágrafo único ao mencionado dispositivo, impondo-se ao executado a obrigatoriedade de provar a gravosidade da medida que pretende afastar, indicando outros meios mais eficazes e menos onerosos para garantir o crédito tributário, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

Para que possamos compreender qual é a acepção atual da menor onerosidade e o que representou a introdução do parágrafo único mencionado acima, é necessário fazer um breve esforço histórico acerca do instituto, contextualizando as diversas interpretações propostas pela doutrina.

Na vigência do CPC/73, Cândido Rangel Dinamarco concebia a menor onerosidade como um *favor debitoris*, uma barreira mitigadora dos rigores da execução em nome da dignidade da pessoa física ou da subsistência da pessoa jurídica⁸⁰.

Essa proposta de interpretação da menor onerosidade estava pautada na origem histórica do instituto que representou, ao lado de outros limites políticos da execução, uma evolução do regime severo e intolerante vigente entre os romanos do período pré-clássico, compatibilizando-o com os fundamentos do Estado Democrático de Direito, tais como a dignidade da pessoa humana, a preservação da liberdade, o direito ao patrimônio e o direito de personalidade⁸¹. Na ótica do autor mencionado, a norma em referência devia ser vista como um meio de equilibrar a máxima satisfação do credor com a imposição de menor ônus para o devedor.

⁸⁰ DINAMARCO, Cândido Rangel. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 290.

⁸¹ Ibidem, 2003, p. 291.

No mesmo sentido se posicionavam Araken de Assis⁸², que se referia à menor onerosidade como princípio ideológico alusivo à benignidade da execução moderna, e Teori Albino Zavascki⁸³, para quem a menor onerosidade consistia numa verdadeira regra de sobredireito voltada a balizar a aplicação das demais normas de execução.

Em contrapartida, Humberto Theodoro Júnior já interpretava o art. 620 do CPC/73 como uma norma relacionada com a eficiência da execução e não com a proteção do executado. Para o autor, a execução “deve realizar-se da forma que, satisfazendo-se o direito do credor, seja o menos prejudicial possível ao devedor”⁸⁴.

Da visão do processualista, já se consegue inferir uma acepção da menor onerosidade que parece coincidir com a inovação trazida no parágrafo único do art. 805 do CPC/15.

A posição de Barbosa Moreira, contudo, parece-nos ter sido a verdadeira inspiração da inovação legislativa em apreço. Segundo o jurista, a regra insculpida no art. 620 do CPC/73 não poderia ser vista como um limite à atividade executiva, não se contrapondo ao postulado da maior coincidência possível (segundo o qual a recomposição do direito executado deve se dar de forma mais próxima com aquilo que se pretendia acaso não houvesse violação). Na sua ótica, a opção pelo meio menos gravoso pressupõe que os diversos meios considerados sejam igualmente eficazes⁸⁵. Foi exatamente essa a leitura que o CPC/15 trouxe após a sua entrada em vigor.

Numa visão mais contemporânea e alinhada com o espírito do CPC/15, Fredie Didier⁸⁶ defende que o princípio da menor onerosidade não se relaciona com a dignidade do executado, mas com a ética e a lealdade que conduzem à boa-fé processual,

⁸² ASSIS, Araken de. **Comentários ao código de processo civil**: Volume 9. Porto Alegre: Lejur, 1985, p. 52.

⁸³ ZAVASCKI, Teori. **Processo de execução**: Parte geral. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 112.

⁸⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil**. Volume II: Processo de Execução e Processo Cautelar. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 130.

⁸⁵ MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In: _____. **Temas de direito processual**: Quarta Série. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 221.

⁸⁶ DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**: Execução, Vol. 5. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009, p. 55-57.

objetivando impedir o abuso de direito por parte do credor que, diante de meios igualmente idôneos, insiste em se valer do mais oneroso.

As opiniões doutrinárias aqui expostas evidenciam que houve uma evolução na acepção da menor onerosidade em função do movimento legislativo voltado a potencializar a efetividade da tutela jurisdicional no âmbito executivo. Os princípios deixaram de ser concebidos como garantias contrapostas em favor do executado e do exequente, respectivamente, para se tornarem complementares: a execução é movida no interesse do credor e a efetividade restará plenamente atendida quando for utilizado meio de garantia menos oneroso para o devedor com grau de eficácia superior.

O parágrafo único do art. 805 corresponde, sem dúvidas, à posituação dessa visão mais moderna da menor onerosidade, que vincula a redução do ônus imposto ao executado à plena satisfação do exequente.

Na vigência do CPC/73, entendemos que a arguição da menor onerosidade não estava atrelada à utilização de meios substitutivos de garantia com maior nível de eficácia. Parecia-nos, àquela altura, que o objetivo do legislador era permitir que o executado evidenciasse, com base nas especificidades do caso concreto, a gravosidade da medida constritiva imposta pelo juízo ou pretendida pela Fazenda Pública, apresentando alternativa útil ao credor, mas não necessariamente tão ou mais efetiva.

Após a entrada do CPC/15 em vigor, contudo, restou clara a intenção de o legislador atrelar a menor onerosidade à plena satisfação do credor. O dispositivo passou a ter aplicabilidade apenas quando se determina (juízo) ou se pretende (exequente) a constrição de bem ou direito havendo outro disponível com o mesmo nível de eficácia, conquanto menos oneroso para o executado. Essa alteração legislativa se alinha com outras tantas, já mencionadas no decorrer deste trabalho, no sentido de prestigiar a tutela jurisdicional executiva efetiva. Implica, por outro lado, a imposição de custo mais elevado ao devedor, à medida que as garantias mais eficazes, em regra, são as mais onerosas.

Examinadas as acepções de efetividade e menor onerosidade sob os aspectos legislativo e doutrinário, podemos passar a avaliar como os tribunais vêm se

posicionando, partindo de duas perspectivas: as mudanças empreendidas na ordem de preferência e quanto à substituição da penhora.

4.2 A ORDEM DE PREFERÊNCIA: CENÁRIOS LEGISLATIVO E JURISPRUDENCIAL

Tanto no contexto da LEF quanto da legislação processual civil, a penhora deve, em alguma medida, observar a ordem de gradação, que diferencia os bens e direitos com base na sua liquidez. Conforme veremos a seguir, a LEF segue inalterada nesse aspecto, enquanto a legislação processual tem sofrido uma série de mudanças levadas a efeito não só no contexto das reformas do CPC/73, mas também como decorrência da promulgação do CPC/15.

4.2.1 As alterações legislativas empreendidas na ordem de preferência

Na LEF, a referida ordem está prevista no art. 11 que estabelece o seguinte:

Art. 11- A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

I - dinheiro;

II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;

III - pedras e metais preciosos;

IV - imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - veículos;

VII - móveis ou semoventes; e

VIII - direitos e ações.

§ 1º - Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção. [...]

Na perspectiva processual, a ordem de gradação da penhora tem destoado um pouco daquela constante da LEF.

E não é de se estranhar, afinal, o art. 11 da LEF nunca sofreu alteração desde que entrou em vigor, enquanto o legislador processual inovou em relação à ordem de preferência já sob a égide do CPC/73 quando da produção da Lei nº 11.382/2006, diploma redefiniu a penhora, retirando-a do campo de “direitos” do executado, de forma que a

citação passou a ser dirigida ao pagamento da dívida, sendo admitida a indicação de bens pelo exequente já na petição inicial

Nesse contexto, o art. 655 do CPC/73⁸⁷, que tratava originalmente da ordem de nomeação de bens à penhora, passou a versar sobre a ordem de preferência da penhora. Por ocasião da entrada em vigor do CPC/15, referida ordem foi ajustada para refletir a evolução das relações civis e a efetiva liquidez dos bens penhoráveis nas circunstâncias atuais, conforme dicção do art. 835⁸⁸.

Tanto na LEF, quanto nas diversas versões da lei processual, o dinheiro manteve-se, como não poderia deixar de ser, em primeiro lugar na ordem de preferência – o que é muito natural, já que o objetivo da execução é promover a satisfação do crédito do exequente por meio da expropriação, inexistindo forma mais líquida para tanto que não seja por meio do dinheiro.

Neste aspecto, a legislação processual mais recente se ocupou apenas de especificar que pode ser penhorado dinheiro não só em espécie, como se poderia supor a

⁸⁷ “Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
 II - veículos de via terrestre;
 III - bens móveis em geral;
 IV - bens imóveis;
 V - navios e aeronaves;
 VI - ações e quotas de sociedades empresárias;
 VII - percentual do faturamento de empresa devedora;
 VIII - pedras e metais preciosos;
 IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;
 X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
 XI - outros direitos.”

⁸⁸ “Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
 II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;
 III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
 IV - veículos de via terrestre;
 V - bens imóveis;
 VI - bens móveis em geral;
 VII - semoventes;
 VIII - navios e aeronaves;
 IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias;
 X - percentual do faturamento de empresa devedora;
 XI - pedras e metais preciosos;
 XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;
 XIII - outros direitos.

§ 1º É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto. [...]”

partir da letra fria da LEF ou mesmo do CPC/73 na sua redação original, mas também dinheiro depositado ou aplicado em instituições financeiras, como visto quando tratamos da penhora on-line e da penhora de faturamento.

O novo CPC cuidou também de disciplinar algumas modalidades de bens que já vinham sendo penhorados na prática mesmo sem previsão normativa específica. Elevou a posição, na gradação geral, dos títulos da dívida pública e dos valores mobiliários desde que tenham cotação em mercado, o que indica a existência de terceiros interessados na sua aquisição e na circulação dos valores representados pelos títulos.

De todo modo, a inovação mais expressiva, sem dúvidas, foi a empreendida pelo § 1º do art. 835 no que diz respeito ao caráter prioritário da penhora de dinheiro. A partir dessa disposição, o dinheiro passou não só a ocupar o primeiro lugar na ordem de preferência como também se tornou prioritário, o que, segundo a literalidade do dispositivo, significa dizer que, em regra, nenhuma relativização pode ser feita quanto à incidência dessa espécie de garantia em função das especificidades do caso concreto.

Não vemos qualquer impropriedade na atribuição do caráter prioritário ao dinheiro, que, como dissemos, constitui o meio mais efetivo de se assegurar o crédito executado.

Isso se justifica, entretanto, no contexto em que o executado não tenha exercido seu direito à oferta de garantia ou nomeação de bens à penhora no prazo legal. Em outras palavras: se justifica quando se trata de garantia indireta sob o aspecto subjetivo-procedimental, haja vista a inaplicabilidade da ordem sob análise em contexto diverso.

Insistimos nisso porque, do contrário, havendo dinheiro disponível, nenhuma outra forma de garantia será viável, solução que não nos parece condizer com a sistemática estabelecida na legislação em vigor.

Ainda sobre a penhora prioritária do dinheiro, é importante ressaltar que a interpretação da regra que a estabelece não deve ser literal, vale dizer, não se deve entender como vedada qualquer possibilidade de flexibilização da ordem de preferência quando estiver em discussão a penhora de ativos financeiros. A norma em referência, ao

atribuir à penhora de dinheiro caráter prioritário, além da preferencialidade que já lhe era própria, pretendeu tratar a flexibilização nesta hipótese como providência absolutamente excepcional, mas não a vedar.

No que diz respeito aos demais bens e direitos, é importante ressaltar que o § 1º do art. 835 do CPC autorizou expressamente a flexibilização da ordem de preferência de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Tal flexibilização, na vigência do CPC/73, era defendida com base no já abordado princípio da menor onerosidade que, como visto, teve sua aplicação limitada, após a entrada em vigor do CPC/15, à demonstração de que o meio menos oneroso de garantia tem grau de eficácia equivalente se comparado com aquele que o devedor pretende evitar.

Poder-se-ia cogitar de um aparente contrassenso entre as normas em questão: de um lado, o novo § 1º do art. 835 legitima a flexibilização da ordem de preferência e, de outro, o novo parágrafo único do art. 805 atrela a menor onerosidade à utilização de meio com nível de eficácia equivalente ao do bem ou direito cuja constrição se pretende evitar.

Consideremos, porém, que eficácia e liquidez (traduzida na ordem de preferência) não são expressões equivalentes. É possível que bens e direitos estejam em posições diversas na ordem de preferência por apresentarem níveis diversos de liquidez, mas, diante das especificidades do caso concreto, apresentem o mesmo nível de eficácia no que diz com a preservação dos interesses do credor. Daí porque não vislumbramos contradição entre as referidas normas.

Na sequência, será avaliada a posição da jurisprudência quanto à penhora (por nomeação ou livre) em face das mudanças empreendidas na ordem de preferência, no caráter prioritário do dinheiro e na nova aceção da menor onerosidade preconizados pelo CPC/15.

4.2.2 A evolução da jurisprudência em face das mudanças legislativas

Na vigência da redação original do CPC/73, observamos que a jurisprudência se consolidou no sentido de que a ordem de preferência não tem caráter rígido, devendo sua aplicação atender às circunstâncias do caso concreto, à potencialidade da satisfação do credor e à forma menos onerosa para o devedor.

Àquela altura, era tranquilo o entendimento acerca da possibilidade de penhora de precatórios em fase de execução contra o próprio ente federativo que promove a execução fiscal a despeito de o direito de crédito representado naquele documento figurar no fim da lista⁸⁹. Recorrentemente afastava-se, além disso, a penhora de dinheiro em circunstâncias em que não restasse desqualificado o bem ofertado pelo devedor⁹⁰, exigindo-se a apresentação de razões plausíveis para a recusa de bens nomeados pelo devedor⁹¹, o que deixa claro que o princípio da menor onerosidade de fato era visto como um verdadeiro limite à efetividade da execução.

Após as diversas reformas processuais realizadas na vigência do CPC/73 – em especial, aquela levada a efeito pela Lei nº 11.382/2006 –, embora não tenha havido mudança no entendimento acerca da possibilidade de flexibilização da gradação, como a efetividade ganhou relevo, as circunstâncias em que se admite a flexibilização da referida ordem passou por transformações.

No novo contexto legislativo, a simples inobservância da ordem sem argumentos que demonstrem ofensa à efetividade passou a constituir fundamento suficiente para a recusa à nomeação de bens, sendo a ordem de gradação afastada em circunstâncias excepcionais em que reste demonstrado e comprovado o malferimento à menor onerosidade.

⁸⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 399.557/PR. Rel. Ministro Franciulli Netto, Primeira Seção. DJ 03/11/2003; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 551.386/RS. Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma. DJ 10/05/2004.

⁹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 789.955/SC. Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma. DJ 30/08/2006.

⁹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 612.686/SP. Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma. DJ 23/05/2005.

Houve, portanto, uma inversão de perspectiva: se antes a flexibilização era possível com base na menor onerosidade desde que a recusa da Fazenda não fosse motivada, após a reforma da lei processual, incumbe ao devedor provar que, de acordo com as circunstâncias do caso concreto, a flexibilidade excepcionalmente se impõe.

Há inúmeros precedentes que evidenciam essa mudança de perspectiva e que apontam invariavelmente para a legitimidade da recusa do bem nomeado em função da inobservância da ordem de preferência, sob o argumento de que a execução é movida no interesse do credor e que não restou comprovada concretamente a ofensa à menor onerosidade⁹².

Seguindo esse racional, foi alterado, inclusive, o entendimento quanto à possibilidade de penhora de precatórios anteriormente admitida pela Primeira Seção do STJ em função da posição em que figura na ordem de gradação, conforme se infere do julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos, cuja ementa segue abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS À PENHORA. PRECATÓRIO. DIREITO DE RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. ORDEM LEGAL. SÚMULA 406/STJ. ADOÇÃO DOS MESMOS FUNDAMENTOS DO RESP 1.090.898/SP (REPETITIVO), NO QUAL SE DISCUTIU A QUESTÃO DA SUBSTITUIÇÃO DE BENS PENHORADOS. PRECEDENTES DO STJ.

1. Cinge-se a controvérsia principal a definir se a parte executada, ainda que não apresente elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), possui direito subjetivo à aceitação do bem por ela nomeado à penhora em Execução Fiscal, em desacordo com a ordem estabelecida nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

2. Não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a divergência, tal como lhe foi apresentada.

3. Merece acolhida o pleito pelo afastamento da multa nos termos do art. 538, parágrafo único, do CPC, uma vez que, na interposição dos Embargos de Declaração, a parte manifestou a finalidade de provocar o prequestionamento. Assim, aplica-se o disposto na Súmula 98/STJ: "Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório".

⁹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 948.705/RS. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. DJe 17/08/2009; BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1.301.180/GO. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma. DJe 07/10/2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.320.808/RJ. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. DJe 22/08/2012.

4. A Primeira Seção do STJ, em julgamento de recurso repetitivo, concluiu pela possibilidade de a Fazenda Pública recusar a substituição do bem penhorado por precatório (REsp 1.090.898/SP, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 31.8.2009). No mencionado precedente, encontra-se como fundamento decisório a necessidade de preservar a ordem legal conforme instituído nos arts. 11 da Lei 6.830/1980 e 655 do CPC.

5. A mesma *ratio decidendi* tem lugar *in casu*, em que se discute a preservação da ordem legal no instante da nomeação à penhora.

6. Na esteira da Súmula 406/STJ ("A Fazenda Pública pode recusar a substituição do bem penhorado por precatório"), a Fazenda Pública pode apresentar recusa ao oferecimento de precatório à penhora, além de afirmar a inexistência de preponderância, em abstrato, do princípio da menor onerosidade para o devedor sobre o da efetividade da tutela executiva. Exige-se, para a superação da ordem legal prevista no art. 655 do CPC, firme argumentação baseada em elementos do caso concreto. Precedentes do STJ.

7. Em suma: em princípio, nos termos do art. 9º, III, da Lei 6.830/1980, cumpre ao executado nomear bens à penhora, observada a ordem legal. É dele o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.

8. Diante dessa orientação, e partindo da premissa fática delineada pelo Tribunal a quo, que atestou a "ausência de motivos para que (...) se inobservasse a ordem de preferência dos artigos 11 da LEF e 655 do CPC, notadamente por nem mesmo haver sido alegado pela executada impossibilidade de penhorar outros bens (...) - fl. 149, não se pode acolher a pretensão recursal.

9. Recurso Especial parcialmente provido apenas para afastar a multa do art. 538, parágrafo único, do CPC. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.⁹³

Como já tivemos a oportunidade de observar, o CPC/15 não alterou substancialmente a ordem de preferência contida no art. 655 do CPC/73, tendo apenas ajustado as hipóteses à realidade factual da atualidade, além de validar o entendimento já consolidado jurisprudencialmente acerca da possibilidade de flexibilização da referida ordem. Isso justifica o fato de os julgamentos realizados na vigência da lei nova não destoarem daquilo que vinha sendo decidido anteriormente⁹⁴.

A evolução do entendimento do STJ acerca da aplicação do princípio da menor onerosidade e da utilidade da execução em face do panorama legislativo evidenciado nos parece absolutamente natural.

⁹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.337.790/PR. Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção. Julgado em 12/06/2013, DJe 07/10/2013.

⁹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.770.607/SC. Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma. Julgado em 06/12/2018, DJe 12/12/2018.

Com base na redação original do CPC revogado, não se desprezava a utilidade da execução, mas se conferia ênfase aos limites impostos pela menor onerosidade. Na vigência do CPC/73 reformado, intensifica-se o movimento em prol da efetividade, atribuindo-se ao contribuinte o ônus de provar que o bem que nomeou justifica a flexibilização da ordem de preferência diante das circunstâncias do caso concreto. Nesse contexto, a simples inobservância da ordem passa a legitimar a recusa fazendária.

A nossa crítica, no que diz respeito à jurisprudência sob análise, não recai sobre a interpretação que se deu, mais recentemente, à compatibilização de menor onerosidade com efetividade, mas sobre o fato de não terem sido diferenciadas as situações dos contribuintes que ofertam garantias dentro do prazo legal de acordo com a sistemática da LEF (art. 9º, III) – garantias diretas sob o aspecto subjetivo-procedimental – em relação aos que o fazem fora do referido prazo ou cuja penhora se processa por meio da atuação impositiva do juiz – garantias indiretas sob o mesmo aspecto – e no entendimento irrestrito de que toda e qualquer penhora está submetida à ordem de preferência.

Como já tivemos a oportunidade de expor, as situações são absolutamente distintas e a diferença a que nos referimos não tem relação com a menor onerosidade, mas com uma prerrogativa assegurada por lei que se pauta, a nosso ver, na boa-fé do devedor.

Assim, aquele devedor que, tendo sido citado, comparece e nomeia bens à penhora no intuito de assegurar o adimplemento do crédito executado e discutir judicialmente a sua procedência, não pode receber o mesmo tratamento dispensado ao contribuinte que queda inerte.

Isso não significa dizer que o contraditório é vedado quando presente a boa-fé do devedor: a Fazenda Pública sempre está livre para arguir a ineficácia da nomeação e, a partir dessa arguição, iniciar a discussão cabível em torno da menor onerosidade “versus” efetividade.

Nessas circunstâncias, contudo, independentemente das alterações legislativas já mencionadas, a simples invocação da violação da ordem de preferência não é suficiente para legitimar a recusa fazendária, devendo o credor discorrer sobre os motivos pelos

quais o bem ofertado não deve prevalecer, sob pena de subversão da sistemática de garantia do crédito tributário previsto na LEF.

Voltando o nosso olhar para o CPC/15, há duas inovações que requerem um exame mais apurado sob a perspectiva jurisprudencial: o caráter prioritário, além do preferencial preexistente, atribuído à penhora de dinheiro (art. 835, § 1º, do CPC/15) e a acepção da menor onerosidade em face do novo parágrafo único do art. 805 do CPC/15.

O caráter prioritário da penhora de dinheiro, ao nosso ver, apenas reforçou a posição já consolidada na jurisprudência de que, pela liquidez que ostenta, o dinheiro deve preferir a qualquer outro item, à medida que promove a máxima eficácia da execução em benefício do credor⁹⁵.

Merece ressalva, todavia, a posição do STJ quanto à possibilidade de recusa de fiança bancária e seguro garantia ofertados tempestivamente no contexto da cobrança judicial da dívida tributária, sob o argumento de que a penhora de dinheiro é preferencial e prioritária⁹⁶.

Ora, conforme aduzimos quando diferenciamos os institutos da garantia e da penhora (esclarecendo que esta é espécie e aquela gênero), temos que a penhora, seja por nomeação, seja por imposição judicial, só tem lugar quando o devedor não deposita, não oferta seguro, nem fiança, conforme se infere da dicção do art. 7º, II da LEF.

Pois bem. Se a penhora sequer tem lugar nos casos mencionados, como se pode falar em observância ou inobservância da ordem de preferência da penhora quando há oferta de seguro ou fiança?

⁹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.676.163/RS. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 05/09/2017, DJe 14/09/2017.

⁹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgInt no REsp 1.672.379/MG. Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma. Julgado em 17/05/2018, DJe 28/05/2018; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl nos EAREsp 1.282.981/GO. Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Corte Especial. Julgado em 27/08/2019, DJe 02/09/2019; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.547.429/SP. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 17/12/2019, DJe 25/05/2020.

Essas garantias só podem ser contestadas pela Fazenda Pública quando não atenderem aos requisitos impostos pela legislação pertinente ou forem insuficientes. Admitir o contrário, significa legitimar o abuso de direito do credor que, diante de garantias igualmente eficazes, pretende fazer prevalecer aquela que se afigura mais onerosa.

Importante notar que embora exista uma tendência à interpretação literal da regra inserta no § 1º do art. 835 do CPC/15 em função da própria evolução legislativa e jurisprudencial mais recente (voltada à maximização da utilidade da execução), há precedentes no STJ no sentido de que, mesmo em se tratando de penhora de dinheiro, é possível flexibilizar, em caráter excepcional⁹⁷, a ordem de preferência, desde que evidenciada a indispensabilidade da medida no caso concreto, o que nos parece bastante razoável.

Nos tribunais regionais também é possível identificar julgados que validam a penhora de ativos financeiros, já na vigência do CPC/15, sob o argumento de que não restou demonstrada a necessidade de aplicação da menor onerosidade, o que conduz à conclusão, a *contrario sensu*, de que, tivesse tal comprovação sido devidamente realizada, haveria lugar para a relativização da ordem de preferência mesmo em se tratando de dinheiro⁹⁸. Há precedentes também relativizando o caráter prioritário da penhora do dinheiro em função de particularidades do executado, a depender do setor em que atua, a exemplo das administradoras de planos de saúde⁹⁹.

No que diz respeito à previsão contida no art. 805, parágrafo único do CPC/15 – que, como já vimos, limita a arguição da menor onerosidade à oferta de garantia alternativa mais efetiva e menos onerosa do que aquela que pretende afastar –, ainda não há pronunciamento das turmas de Direito Público do STJ acerca do seu alcance.

⁹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1.789.026/RS, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Primeira Turma. Julgado em 01/07/2019, DJe 02/08/2019.

⁹⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal 2 (TRF2). AG 0000232-53.2019.4.02.0000, Rel. Des. Federal Theophilo Antonio Miguel Filho. Julgado em 18/03/2019, DJe 20/03/2019; BRASIL. Tribunal Regional Federal 5 (TRF5). AG 08005395320204050000. Rel. Juiz Federal Gustavo De Paiva Gadelha (Convocado), Terceira Turma. Julgado em 30/04/2020.

⁹⁹ BRASIL. Tribunal Regional Federal 4 (TRF4). AG 5027143-60.2019.4.04.0000. Rel. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz, Segunda Turma. Juntado aos autos em 11/12/2019.

Há precedentes que impõem a comprovação da necessidade de aplicação da menor onerosidade no caso concreto com vistas à flexibilização da ordem de preferência¹⁰⁰, mas não adentram na necessidade de apresentação de garantia mais eficaz do que aquela que se pretende afastar.

Entendemos, contudo, que a Corte já vinha concebendo a menor onerosidade da forma preconizada pelo novo Código antes mesmo da sua entrada em vigor. Essa conclusão decorre do fato de inexistir decisão admitindo a prevalência de garantias menos eficazes sob o argumento da menor onerosidade.

Outras turmas do STJ, que apreciam matéria não tributária, já vêm impondo ao devedor o atendimento do disposto no parágrafo único do art. 805 CPC/15 quando pretende a aplicação do princípio da menor onerosidade¹⁰¹. No mesmo sentido se direcionam os precedentes dos tribunais regionais¹⁰².

Como já tivemos a oportunidade de pontuar, na vigência do CPC/15, a menor onerosidade de fato passou a nortear a aplicação do princípio da boa-fé, sendo defeso exigir garantia mais gravosa quando há outras menos onerosas e tão eficientes quanto a que o devedor pretende afastar. Todavia, a eficácia a que alude o dispositivo em referência não pode ser entendida como sinônimo de liquidez. Se assim for, sempre haverá que prevalecer a penhora de dinheiro, sendo inviável a arguição da menor onerosidade quando estiver em discussão a penhora de ativos, o que não condiz com a interpretação da legislação em vigor aqui defendida.

¹⁰⁰ Vide nota 18.

¹⁰¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.268.998/RS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 28/03/2017, DJe 16/05/2017; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1.305.955/GO. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma. Julgado em 02/04/2019, DJe 08/04/2019.

¹⁰² BRASIL. Tribunal Regional Federal 3 (TRF3). AI 5027615-88.2019.4.03.0000. Rel. Desembargador Federal Nery Da Costa Junior. Julgado em 06/07/2020; BRASIL. Tribunal Regional Federal 4 (TRF4). AG 5034311-79.2020.4.04.0000. Rel. Alexandre Rossato Da Silva Ávila, Segunda Turma. Juntado aos autos em 23/07/2020.

4.3 OS EFEITOS DO MOVIMENTO EM PROL DA EFETIVIDADE NA SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA

No início deste capítulo, citamos uma série de mudanças legislativas operada no processo de execução ao longo das últimas décadas, todas com o propósito de torná-lo mais efetivo.

Agora, serão focadas as alterações normativas relacionadas com a substituição da penhora, assim como na interpretação que vem sendo conferida pelos tribunais a essa temática.

4.3.1 A substituição da penhora: evolução legislativa

De acordo com o art. 15 da LEF¹⁰³, em qualquer fase do processo, poderá ser deferida pelo juiz ao executado a substituição da penhora por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia e à Fazenda Pública a substituição dos bens penhorados por outros independentemente da ordem de gradação, bem como o reforço de penhora insuficiente.

A leitura da disposição dá ensejo ao questionamento sobre o objeto do pedido de substituição a cargo do executado: estaria esse pleito limitado às hipóteses de substituição de bens e direitos por dinheiro, seguro e fiança ou envolveria também outros bens e direitos passíveis de constrição?

Decerto, entendemos que, dada a aplicação subsidiária do CPC às execuções fiscais¹⁰⁴, o devedor pode requerer a substituição do bem penhorado por outro, desde que comprove a ausência de prejuízos para o exequente e a realização da menor onerosidade. O fundamento do pleito, nestas circunstâncias, não será a LEF, mas a lei processual.

¹⁰³ “Art. 15. Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz:

I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia; e
II - à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente.”

¹⁰⁴ Art. 656 c/c o art. 668, do CPC/73, com as alterações da Lei n. 11.382/06; art. 847, do CPC/15.

Além disso, discute-se se o dispositivo em destaque teria equiparado a fiança e o seguro ao depósito em dinheiro, tornando desnecessária a anuência do credor na hipótese de substituição de uma garantia pela outra.

Ao menos quanto à substituição do seguro e da fiança por dinheiro, dúvidas não há. A substituição reversa – da penhora de dinheiro por fiança ou seguro –, por outro lado, enseja, aí sim, discussões acirradas.

A despeito de contar com forte resistência fazendária, a doutrina de Theodoro Júnior¹⁰⁵ defende que o art. 15, I, da LEF efetivamente equiparou dinheiro, fiança e seguro, não havendo distinção, inclusive quanto ao grau de liquidez, entre as referidas garantias, o que legitima a substituição de uma pela outra.

Não conseguimos inferir do texto da LEF a equiparação do dinheiro ao seguro e à fiança. Como já dissemos, o art. 15, I, da lei especial elenca três modalidades de garantia com altíssimo grau de liquidez aptas a substituírem, independentemente da anuência da Fazenda Pública, a penhora dos bens e direitos previstos da ordem de preferência da penhora, com exceção do dinheiro.

Isso não significa, porém, que a penhora de dinheiro seja insubstituível. Antes mesmo de adentrarmos nas nuances da lei processual a respeito dessa temática, já antecipamos que, no nosso sentir, a penhora de dinheiro pode, em circunstâncias excepcionais, ser objeto de substituição. Nessa hipótese, contudo, absolutamente necessária a demonstração, com base nos elementos do caso concreto, da imprescindibilidade da medida.

No âmbito processual, em decorrência da reforma havida em 2006 – que, como já dito, eliminou o direito do executado à oferta de garantia na esfera cível –, o art. 656 do CPC/73¹⁰⁶ (dispositivo que tratava, originalmente, da ineficácia da nomeação de bens

¹⁰⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**: comentários e jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 261-264.

¹⁰⁶ “Art. 656. A parte poderá requerer a substituição da penhora:

I - se não obedecer à ordem legal;

II - se não incidir sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento;

III - se, havendo bens no foro da execução, outros houverem sido penhorados;

à penhora) passou a versar sobre a possibilidade de as partes (exequente ou executado) requererem a substituição da penhora já efetivada.

As hipóteses ali mencionadas correspondem, em linhas gerais, àquelas que antes ensejavam a ineficácia da nomeação sob a perspectiva da redação original do CPC/73.

Como novidades, merecem destaque o inciso V do dispositivo em apreço, que autoriza a substituição da penhora de bens de baixa liquidez e o inciso VI que trata da substituição na hipótese de fracasso na tentativa de alienação judicial.

Os deveres do executado também foram ampliados na redação do § 1º do art. 656 e passaram a abranger não só a prova da propriedade do bem sobre o qual recairá a penhora, mas também a indicação do local onde se encontra e a imposição do dever de abstenção quanto à prática de qualquer ato que dificulte ou embarace a realização da penhora.

Em linha com o que já estabelecia a LEF, a lei processual passou a admitir a substituição da penhora por fiança ou seguro, mas impôs como condição que o valor afiançado ou segurado contemple acréscimo de 30% em relação ao que consta da inicial.

Ainda em decorrência da reforma processual mencionada, foi alterada a redação do art. 668 do CPC/73¹⁰⁷, que tratava, originalmente, da substituição, por iniciativa do

IV - se, havendo bens livres, a penhora houver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame;

V - se incidir sobre bens de baixa liquidez;

VI - se fracassar a tentativa de alienação judicial do bem; ou

VII - se o devedor não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a que se referem os incisos I a IV do parágrafo único do art. 668 desta Lei.

§ 1º É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exhibir a prova da propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único).

§ 2º A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento)."

¹⁰⁷ "Art. 668. O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exequente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incisos IV e VI, e art. 620).

Parágrafo único. Na hipótese prevista neste artigo, ao executado incumbe:

I - quanto aos bens imóveis, indicar as respectivas matrículas e registros, situá-los e mencionar as divisas e confrontações;

II - quanto aos móveis, particularizar o estado e o lugar em que se encontram;

devedor, da penhora por dinheiro. Com a redação nova, o dispositivo passou a tratar de toda e qualquer substituição por iniciativa do devedor, limitando tal possibilidade ao prazo de dez dias contados da intimação da penhora, além de condiciona-la à comprovação de sua menor onerosidade e, ao mesmo tempo, da inexistência de prejuízos ao exequente, tudo isso sem falar da exigência de especificação detalhada do bem ou direito que se pretende ver penhorado.

O CPC/15, ao tratar das modificações de penhora, estabeleceu, nos arts. 847 e 848, regras aplicáveis, respectivamente, à substituição procedida pelo executado e da que o é pelas partes.

Na perspectiva do executado, reproduziu, em linhas gerais, o disposto no antigo art. 668 do CPC/73, enfatizando que o atendimento das condições ali estabelecidas constituem requisitos para o deferimento da substituição da penhora (caput do § 1º do art. 847), atribuiu ao executado deveres mais específicos no que tange à identificação do bem que pretende ver penhorado em sede de substituição (§ 1º do art. 847), bem como a obrigação de se abster de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (§ 2º do art. 847), exigiu a expressa anuência do cônjuge na hipótese de a substituição pretendida recair sobre bens imóveis (§ 3º do art. 847), e previu, expressamente, a necessidade de intimação do exequente para manifestar-se sobre o pedido de substituição (§ 4º do art. 847).

Já sob o enfoque das partes, não trouxe quaisquer novidades em relação ao CPC/73 após a reforma processual levada a efeito pela Lei nº 11.382/2006.

Inovação relevantíssima na sistemática da substituição da penhora decorreu da previsão contida no 835, § 2º, do CPC/15, que estabelece o seguinte:

Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:
[...]

III - quanto aos semoventes, especificá-los, indicando o número de cabeças e o imóvel em que se encontram; IV - quanto aos créditos, identificar o devedor e qualificá-lo, descrevendo a origem da dívida, o título que a representa e a data do vencimento; e
V - atribuir valor aos bens indicados à penhora.”

§ 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.

Essa nova disposição legal equiparou literalmente a fiança e o seguro ao dinheiro para fins de substituição da penhora, reconhecendo a altíssima liquidez das duas modalidades de garantia, de modo a ensejar a retomada das discussões em torno da possibilidade de substituição de dinheiro penhorado por fiança e seguro já travada com base no texto da LEF.

Cotejando a disciplina da substituição da penhora contida na LEF com o tratamento dispensado pela legislação processual ao instituto, a conclusão a que chegamos é que, as hipóteses previstas no art. 848 do CPC/15 (antigo art. 656 do CPC/73) servem como baliza para o exercício do direito irrestritamente conferido à Fazenda Pública pelo inciso II do art. 15 da LEF de ver a penhora substituída independentemente da observância da ordem de gradação.

No que se refere à substituição da penhora procedida pelo executado, as previsões contidas na LEF e no CPC dão margem a uma série de questionamentos: estaria o executado adstrito ao limite temporal previsto no art. 847 do CPC/15 para requerer a substituição da penhora? Precisaria ele provar que a substituição da penhora atende ao princípio da menor onerosidade ou que não traz prejuízos ao exequente? Estaria o executado obrigado a observar o acréscimo de 30% (previsto no art. 656, § 2º do CPC/73 substituído pelo art. 848, parágrafo único do CPC/15) quando proceder à substituição da penhora por fiança ou seguro no âmbito do executivo fiscal? Seria possível substituir penhora de dinheiro por fiança ou seguro diante do quanto estabelecido no art. 15, I da LEF e/ou no § 2º do art. 835 do CPC/15?

Ao nosso ver, o critério da especialidade da LEF afasta o limite temporal de dez dias contados da citação para que o executado requeira a substituição da penhora por depósito, fiança ou seguro, tal como previsto no art. 15, I da lei especial – dispositivo que estabelece, textualmente, que tal substituição se dará em qualquer fase processual, o que é incompatível com a observância de prazo pelo executado.

Se o objeto da substituição por iniciativa do executado for outro bem ou direito, todavia, a base legal será o CPC, sendo, por conseguinte, aplicável a limitação temporal.

Quanto à exigência veiculada pelo art. 847 do CPC de que o executado prove, ao requerer a substituição da penhora, que ela lhe proporcionará menor onerosidade ao passo em que não prejudicará o exequente, temos que o dispositivo deve ser aplicado a outras substituições de garantia pretendidas pelo executado, mas não àquela veiculada pelo art. 15, I da LEF, qual seja, a que tenha por objeto dinheiro, fiança ou seguro.

Afinal, se o legislador estabeleceu que o juiz deferirá esse tipo de substituição a qualquer tempo é porque entende que só será requerida se for benéfica para o executado e jamais prejudicará os interesses do exequente.

Seguindo a linha de raciocínio já definida, reputamos inaplicável o acréscimo de 30% na hipótese de substituição da penhora por fiança ou seguro em sede de execução.

O nosso entendimento, neste aspecto, não está fundado unicamente na aplicação do princípio da especialidade na medida em que a LEF não exige o acréscimo em apreço, mas também na interpretação teleológica da norma em referência.

Decerto, o acréscimo previsto na lei processual tem por finalidade assegurar que, com o passar do tempo, o valor afiançado não se torne insuficiente para fazer face à integralidade do débito em discussão, à medida que o ponto de partida é o valor que consta da inicial da execução.

Em se tratando de execução fiscal, porém, a emissão da fiança e do seguro não se pauta no valor da inicial, mas sim no montante atualizado do crédito executado. Além disso, seja por conta das normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN), seja pelas exigências impostas pela regulamentação da PGFN, as fianças e seguros destinados à garantia do crédito tributário cobrado judicialmente devem conter cláusula de atualização pelos mesmos índices aplicáveis ao tributo cobrado, sob pena de não ser aceita. Isso significa que o valor garantido por seguro ou fiança jamais estará defasado, razão pela qual se afigura absolutamente desnecessária a exigência em questão.

Finalmente, nos posicionamos pela possibilidade inquestionável de substituição da penhora de dinheiro por fiança ou seguro em face da previsão contida no § 2º do art. 835 do CPC/15.

Este dispositivo equiparou, literalmente, as garantias fidejussórias ao dinheiro para fins de substituição da penhora e o fez com bastante propriedade, à medida que constituem instrumentos igualmente eficazes com vistas à satisfação do direito do credor a despeito de não terem o mesmo grau de liquidez.

Em face do caráter prioritário e preferencial do dinheiro, todavia, entendemos que a substituição em voga é excepcional e requer a demonstração da necessidade de aplicação da menor onerosidade.

4.3.2 A substituição da penhora na visão do STJ

Passando para o exame da substituição da penhora sob a perspectiva jurisprudencial, analisaremos primeiro as questões controvertidas decorrentes dos pedidos formulados pelo executado para, na sequência, enfrentarmos as discussões que envolvem os pleitos fazendários.

Questão amplamente discutida na jurisprudência acerca da substituição da garantia por iniciativa do executado diz respeito à necessidade de anuência da Fazenda Pública. Nesse aspecto, as duas turmas de Direito Público do STJ¹⁰⁸ possuem entendimento uníssono no sentido de que a substituição da penhora de bens ou direitos por dinheiro, seguro ou fiança bancária prescinde da anuência da Fazenda Pública. Quando a substituição pretendida tem por objeto a penhora de bens e direitos por outras garantias que não se encartem nas categorias elencadas no inciso I do art. 15, da LEF, a concordância expressa da Fazenda tem sido concebida como imprescindível.

¹⁰⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 534.710/SC. Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma. Julgado em 25/11/2003, DJ 22/03/2004; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.182.830/RJ. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma. Julgado em 05/08/2010, DJe 16/08/2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 979.473/SP. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 20/11/2007, DJe 23/10/2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no AREsp 71.978/PI. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 04/10/2012, DJe 10/10/2012.

É louvável a distinção realizada pelo STJ entre as substituições pretendidas pelo executado quanto a seu objeto. Ao nosso ver, contudo, a exigência, em se tratando de substituição da penhora por outras garantias (não previstas no art. 15, I da LEF), não deveria recair sobre a anuência da Fazenda Pública, mas sobre a comprovação, pelo devedor, de que a substituição pretendida não trará prejuízos para o exequente e que realizará a menor onerosidade, nos exatos termos da lei processual.

Exigir a anuência da Fazenda Pública sem sequer avaliar as causas que legitimam o posicionamento fazendário, como ocorre em muitos julgados, implica, em termos práticos, a eliminação do direito de o executado ver o bem penhorado substituído.

Note-se que os escassos precedentes que adentram nas razões que justificam a recusa da Fazenda Pública ao pedido de substituição da penhora por iniciativa do executado admitem a arguição de quaisquer causas previstas no art. 656, do CPC/73 (atual art. 848 do CPC/15) ou no art. 11 da LEF (violação da ordem de preferência)¹⁰⁹.

Outro aspecto que enseja debates jurisprudenciais no que se refere à substituição de penhora por iniciativa do executado consiste na necessidade do acréscimo de 30% a que alude o § 2º do art. 835 do CPC/15 (antigo art. 656, § 2º do CPC/73) na hipótese de substituição da penhora por fiança e seguro.

Neste aspecto, o STJ firmou o entendimento de que o disposto na lei processual se aplica às execuções fiscais, sendo exigível do executado, em tese, o acréscimo de 30% na hipótese de substituição de penhora por fiança ou seguro, mas afastando a exigência na hipótese de garantia originária do crédito tributário¹¹⁰.

Há diversas decisões, no entanto, que afastam a exigência do referido acréscimo quando a garantia fidejussória contém cláusula prevendo que a correção do débito

¹⁰⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.090.898/SP. Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção. Julgado em 12/08/2009, DJe 31/08/2009.

¹¹⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.049.760/RJ. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 01/06/2010, DJe 17/06/2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.564.097/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 17/03/2016, DJe 24/05/2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.841.110/SP. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 26/11/2019, DJe 19/12/2019.

garantido será feita por prazo indeterminado e observará os mesmos índices de atualização do débito objeto da execução fiscal¹¹¹.

Este entendimento assenta-se na interpretação teleológica da exigência veiculada pelo art. 835, § 2º do CPC/15. Segundo os precedentes, o dispositivo tem por finalidade evitar, assim já sinalizamos, que a garantia prestada por meio da fiança ou seguro se torne insuficiente com o decurso do tempo, o que jamais ocorre quando há cláusula assegurando a atualização nos moldes antes delineados.

Na nossa visão, de todo modo, jamais se poderia exigir o acréscimo de 30% na substituição de penhora pela fiança ou pelo seguro em se tratando de execução fiscal. Primeiro porque o art. 15 da LEF, norma especial que assegura ao executado o direito à substituição da penhora por seguro ou fiança, não prevê tal exigência. Segundo porque, em sede de execução fiscal, a garantia por meio de fiança leva em conta o valor atualizado do crédito tributário e não o valor da inicial. Daí porque inaplicável o acréscimo de 30% que visa, como reconhece o STJ, assegurar que a garantia não fique desatualizada em face do débito haja vista o transcurso do tempo entre o início da execução e a substituição pretendida.

Para além dessas, a questão que mais vem sendo discutida nos tribunais, na temática da substituição da penhora por iniciativa do executado, diz respeito à equiparação do dinheiro à fiança e ao seguro e, por conseguinte, à possibilidade de substituir dinheiro por referidas garantias fidejussórias.

Esse debate primeiro foi travado sob a perspectiva da LEF e mais recentemente renovado com foco no CPC/15, em face da inovação contida no já mencionado § 1º do art. 835.

¹¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 24.179/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 15/10/2015, DJe 17/11/2015; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MC 25.107/RJ. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 08/03/2016, DJe 20/05/2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.670.587/SP. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017.

Sob a perspectiva da LEF, a Primeira Turma do STJ firmou entendimento reiterado¹¹² no sentido da impossibilidade da substituição do dinheiro por fiança ou seguro. Seguiu-se a linha de argumentação de que o poder de substituição conferido ao devedor pela LEF (art. 15, I, da Lei em questão) é bastante restrito e só pode ser exercido de forma a melhorar a liquidez da garantia em prol do exequente. Reverter a penhora em dinheiro para fiança bancária seria promover um retrocesso da atividade executiva, impulsionando-a no sentido inverso da sua natural finalidade que é a expropriação.

A Segunda Turma do STJ, diferentemente, possuía julgados que equiparavam a fiança e o seguro ao dinheiro para fins de substituição da penhora¹¹³. Essas decisões adotavam, em geral, o entendimento de que a leitura conjunta do art. 9º, § 3º – segundo o qual a garantia da execução por meio do depósito, fiança ou seguro produz os mesmos efeitos da penhora – e do inciso I do art. 15 – que admite a substituição da penhora por depósito, fiança ou seguro –, ambos da LEF, leva à conclusão de que as garantias são equivalentes.

A Primeira Seção de Direito Público, ao apreciar os Embargos de Divergência nº. 1.077.039/RJ¹¹⁴, uniformizou o entendimento da Corte no sentido de que o dinheiro não possui o mesmo status da fiança, de modo que o art. 15, I da LEF não confere ao devedor o direito de substituir recursos financeiros por tal instrumento, admitindo-se referida substituição, em caráter excepcional, quando restar comprovada de forma irrefutável a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade.

De acordo com a posição que prevaleceu no referido julgamento, as garantias em questão não estão niveladas tendo em vista que apenas o depósito integral tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, a teor do art. 151, III do CTN,

¹¹² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.096.109/MT, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma. Julgado em 04/03/2010, DJe 12/03/2010; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1.173.483/PR. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma. Julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014.

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MC 10.583/RJ. Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Julgado em 15/12/2005, DJ 20/02/2006, p. 247; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 643.097/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Julgado em 04/04/2006, DJ 18/04/2006, p. 190; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.058.533/RJ. Rel. Ministro Herman Benjamin. Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma. Julgado em 18/12/2008, DJe 27/04/2009.

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1.077.039/RJ. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção. Julgado em 09/02/2011, DJe 12/04/2011.

sendo que apenas o dinheiro cessa a responsabilidade sobre correção monetária e juros (art. 9º, § 4º da LEF), além de não haver lógica em se permitir a substituição de bem dotado de maior liquidez por outro menos líquido se o objetivo da execução, em última análise, é a expropriação.

Como já tivemos a oportunidade de nos posicionar, não inferimos da LEF a equiparação do dinheiro à fiança ou ao seguro que assegure ao executado a substituição de uma garantia pela outra. A lógica do art. 15, I da LEF é, de fato, melhorar a liquidez da garantia ofertada no contexto da execução fiscal, sendo possível, contudo, o requerimento de substituição de outras espécies de garantia, inclusive do dinheiro, com base no que estabelece o CPC, diploma sabidamente aplicável de forma subsidiária às execuções fiscais.

O nosso entendimento, todavia, não se baseia no fato de o dinheiro constituir causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário ou de ter o condão de cessar a responsabilidade sobre correção monetária e juros. Esses são, a nosso ver, efeitos adicionais que o dinheiro, enquanto garantia, propicia ao executado. Além assegurar o adimplemento do crédito tributário, suspende a sua exigibilidade e, ainda, purga a mora. Isso não coloca o dinheiro em patamar diferenciado em relação a outras modalidades de garantia no que se refere a sua função principal – assegurar o adimplemento do crédito tributário. O que coloca o dinheiro nessa posição é o caráter preferencial que sempre possuiu tanto sob o enfoque da LEF, quanto da lei processual dado o seu nível incomparável de liquidez.

Daí porque, em linha com o quanto definido pelo STJ, ao nosso ver, a substituição de dinheiro por fiança ou seguro garantia é excepcional e requer a demonstração da aplicabilidade do princípio da menor onerosidade no caso concreto.

Depois desse julgamento, sobrevieram inúmeros precedentes das duas turmas de Direito Público do STJ aplicando o quanto ali definido¹¹⁵. Ainda há poucos julgados da

¹¹⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.417.707/SP. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma. Julgado em 04/02/2014, DJe 10/02/2014; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1.447.376/SP. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma. Julgado em 24/10/2017, DJe 10/11/2017.

Corte¹¹⁶ abordando a questão sob a perspectiva do § 2º do art. 835 do CPC/15, que, como já exposto, literalmente equiparou o dinheiro à fiança e ao seguro para fins de substituição da garantia.

Os julgados externam com clareza a tendência jurisprudencial de conceber dinheiro, fiança e seguro como garantias com mesmo nível de eficácia – equiparáveis, portanto, para fins de substituição em linha com o que estabeleceu o CPC/15. Essa reconhecida equiparação coloca um ponto final na discussão da possibilidade de substituição de dinheiro por fiança e seguro garantia. A excepcionalidade da medida, contudo, se mantém dado o caráter prioritário e preferencial do dinheiro.

O STJ não poderia ter se posicionado de forma diferente em face da literalidade da inovação legislativa imposta pelo § 2º do art. 835 do CPC/15. Fiança e seguro são modalidades de garantia tão eficazes quanto o dinheiro e, respeitado o caráter preferencial e prioritário deste último, podem e devem ser objeto de substituição por iniciativa do devedor desde que demonstrada a necessidade de aplicação da menor onerosidade no caso concreto em observância, inclusive, do disposto no parágrafo único do art. 805 do CPC/15.

Em relação à substituição da penhora por iniciativa do exequente, a evolução do entendimento jurisprudencial está em linha com aquele mencionado quando tratávamos da flexibilização da ordem de preferência na nomeação de bens à penhora na fase inaugural do processo. O raciocínio se desenvolve no sentido de que, nas mesmas circunstâncias em que a Fazenda Pública pode recusar a nomeação de bens à penhora pelo executado, está autorizada a requerer a substituição da penhora.

¹¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MC 17.015/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.691.748/PR. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma. Julgado em 07/11/2017, DJe 17/11/2017; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.381.254/PR. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma. Julgado em 25/06/2019, DJe 28/06/2019.

Os precedentes mais antigos exigem fundamentação plausível para o pleito fazendário¹¹⁷ enquanto os mais recentes¹¹⁸ tratam a substituição da penhora como uma prerrogativa da Fazenda Pública que pode ser exercida a qualquer tempo de acordo com o inciso II do art. 15 da LEF, afigurando-se suficiente, para tanto, a inobservância da ordem de preferência – alguma ressalva é feita em relação às garantias previamente aceitas pela Fazenda Pública, hipótese em que a fundamentação do pleito fazendário tem sido exigida¹¹⁹. Aplicam-se aqui os comentários que já tecemos sobre o alinhamento da evolução da jurisprudência às alterações legislativas voltadas a conferir maior efetividade ao processo executivo.

Ainda sob a ótica da substituição da penhora por iniciativa do exequente, identificamos precedentes que admitem a substituição de fiança e de seguro por dinheiro, sob o argumento de que as garantias fidejussórias não estão no mesmo patamar ocupado pelo dinheiro na ordem de preferência¹²⁰, a despeito de a Primeira Seção de Direito Público ter firmado anterior orientação de que a substituição dessas espécies por dinheiro só é cabível quando a garantia for inidônea¹²¹.

Como já tivemos a oportunidade de pontuar, a substituição de fiança ou seguro tempestivamente ofertados por dinheiro não tem correlação com a ordem de gradação da penhora, à medida que as garantias fidejussórias não se confundem com a penhora. Aquelas, oportunamente ofertadas, só podem ser refutadas, seja na fase inaugural do processo, seja posteriormente a título de substituição, na hipótese de restar comprovada a inidoneidade, já que constituem garantias de altíssima liquidez que preservam inquestionavelmente o interesse do exequente e afiguram-se menos onerosas para o devedor.

¹¹⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 480.173/RS. Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma. Julgado em 08/04/2003, DJ 23/06/2003.

¹¹⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 758.687/PR. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. Julgado em 20/11/2008, DJe 16/12/2008.

¹¹⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.482.181/SP. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma. Julgado em 11/11/2014, DJe 18/11/2014.

¹²⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.656.752/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 18/04/2017, DJe 02/05/2017.

¹²¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1.163.553/RJ. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. Julgado em 22/04/2015, DJe 14/09/2015.

4.4 A COMPATIBILIZAÇÃO DA MENOR ONEROSIDADE COM A MÁXIMA EFICÁCIA DA EXECUÇÃO

A par de tudo o que foi dito no decorrer deste capítulo, é possível concluir que, em linhas gerais, os tribunais pátrios acompanharam a evolução legislativa do processo de execução, tendo assimilado a intenção de conferir-lhe maior efetividade sem menosprezar a menor onerosidade.

Além das ressalvas pontuais que fizemos quanto à inaplicabilidade de algumas inovações trazidas pelo CPC/15 ao processo de execução fiscal, a exemplo do acréscimo de 30% na hipótese da substituição de penhora por garantias fidejussórias, merece destaque, como ponto de desalinhamento entre legislação e jurisprudência, o tratamento indiscriminado dispensado pelos tribunais às garantias ofertadas tempestivamente pelo devedor no contexto da execução fiscal em relação àquelas que demandam a atuação impositiva do juiz.

A inobservância da sistemática prevista da LEF, neste aspecto, repercute no entendimento – equivocado, ao nosso ver – de que toda e qualquer penhora (seja decorrente de nomeação, seja livre) implica a observância da ordem de preferência, legitima a inadvertida recusa de fiança e de seguro garantia idôneos ofertados tempestivamente pelo executado sob o fundamento da primazia do dinheiro, ao passo que autoriza a substituição de fiança e seguro tempestivamente ofertados por dinheiro com base no mesmo argumento.

A esta altura, entendemos que a primeira das consequências da inobservância da sistemática prevista na LEF – tratamento indiscriminado da penhora por nomeação e da penhora livre – é a que mais preocupa, à medida que as discussões que versam sobre a prevalência do dinheiro sobre seguro e fiança tendem a se esvaziar em face da previsão contida no § 2º do art. 835 do CPC/15.

Decerto, se fosse assegurado ao executado o direito de nomear bens à penhora sem a necessária observância da ordem de gradação, cabendo à Fazenda Pública, nessas circunstâncias, evidenciar a ofensa à utilidade da execução, instaurando-se um contraditório consistente a esse respeito, chegaríamos a um volume razoável de processos

garantidos por bens e direitos, exceto dinheiro, com custo reduzido sem prejuízo da utilidade da execução.

Como essa distinção não existe sob o prisma jurisprudencial, a conclusão a que se chega é que o contribuinte que possui situação patrimonial ou financeira favorável, independentemente da postura que adote em face da cobrança do crédito tributário cobrado judicialmente (proativa, reativa ou inerte), tem, necessariamente, que garantir o seu adimplemento por meio de dinheiro, seguro ou fiança, instrumentos de alto grau de liquidez, assumindo os custos que lhe são decorrentes.

Em face da representatividade dos custos que envolvem essas modalidades, a eficácia do modelo normativo da garantia do crédito tributário – problemática enfrentada no nosso trabalho – ganha relevância ainda maior.

5 O MODELO NORMATIVO DE GARANTIA E O PLANO ECONÔMICO

5.1 PORQUE É NECESSÁRIO CONCILIAR O MODELO NORMATIVO DE GARANTIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO COM O PLANO ECONÔMICO

Chegamos onde queríamos quando abrimos este capítulo do trabalho: de um lado, já assentamos a importância da garantia no contexto da execução fiscal sob a perspectiva econômica – dada a necessidade de se assegurar o adimplemento do crédito tributário executado, concretizando, no plano fenomênico, o direito creditório certificado no título que serve como fundamento para a cobrança executiva – e sob a perspectiva processual – como requisito de procedibilidade dos embargos à execução; de outro, mapeamos as repercussões econômicas negativas do modelo normativo tal como interpretado pelos tribunais pátrios, em especial pelo STJ, com o propósito, absolutamente legítimo, de conferir efetividade ao processo de execução.

Como decorrência das reflexões que fizemos, constatamos que, embora o modelo normativo tenha como diretriz a aproximação de direito e realidade econômica, do ponto de vista prático tem concorrido para distanciá-los, dando relevo a modalidades de garantia com alto grau de liquidez porém onerosas, o que repercute, como vimos, economicamente no contribuinte de forma mais direta, mas pode ter consequências igualmente econômicas para a Fazenda Pública.

A necessidade de “conciliação”, a que nos referimos tantas vezes no decorrer deste trabalho, se justifica não só pelo paradoxo sinalizado no parágrafo anterior, mas também pelo panorama atual do contencioso tributário.

Ana Teresa Lima Rosa¹²² avaliou o contencioso tributário sob a perspectiva corporativa, tomando como base as informações divulgadas nas demonstrações financeiras das trinta maiores companhias abertas do país no ano de 2014 – e os resultados impressionam. Especificamente no que se refere ao volume do contencioso tributário, o estudo enfrenta o tema sob duas óticas distintas: primeiro, faz uma análise comparativa

¹²² LOPES. Ana Teresa Lima Rosa. **O contencioso tributário sob a perspectiva corporativa**: estudo das informações publicadas pelas maiores empresas abertas do país. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017.

das demandas fiscais em face das trabalhistas e cíveis e, na sequência, avalia a representatividade do crédito tributário diante do valor de mercado das companhias e seus resultados.

A análise comparativa mencionada no parágrafo anterior evidencia que as disputas envolvendo créditos tributários das companhias abertas analisadas correspondiam a 283,4 bilhões de reais¹²³ e representavam, em média, 7,24 vezes o valor envolvido nas demandas trabalhistas e 3,69 vezes o passivo decorrente das demandas cíveis.

A segunda abordagem, ao seu turno, revela que, em média, 32% do valor de mercado das companhias abertas está comprometido com riscos decorrentes do contencioso fiscal, se aproximando, em certos casos, do valor do patrimônio líquido.

Dando um outro enfoque, o Instituto Brasileiro de Ética Concorrencial (ETCO) e a Ernest & Young apresentaram, em 2019, os resultados do estudo denominado *Desafios do contencioso tributário brasileiro*¹²⁴, que reuniu dados reveladores acerca da relevância do crédito tributário em discussão administrativa e judicial.

De acordo como estudo, o estoque do crédito tributário no contencioso federal, abrangendo os créditos exigidos pela Receita Federal do Brasil e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, chegou a 3,4 trilhões de reais em 2018, tendo superado as receitas realizadas pela União e ultrapassado a metade do Produto Interno Bruto (PIB) no mesmo ano.

Deste montante, 19% representavam valores em discussão no âmbito do CARF, o que significa dizer que havia 637,6 bilhões em disputas travadas no referido tribunal administrativo.

¹²³ Considerados apenas os valores em discussão nos processos administrativos ou judiciais com prognóstico de perda provável (provisões) ou possível (passivos contingentes), conforme Pronunciamento Técnico n.º 25 do Comitê de Pronunciamentos Contábeis (CPC 25).

¹²⁴ INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL (ETCO); ERNEST & YOUNG GLOBAL LIMITED. **Estudo – Desafios do Contencioso Tributário Brasileiro**: A evolução do contencioso, os modelos de solução de conflitos de seis países e medidas que poderiam ser aplicadas para mitigar o problema no Brasil. 2019. Disponível em: <https://www.etc.org.br/wp-content/uploads/Estudo-Desafios-do-Contencioso-Tributario-ETCO-EY.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

Partindo dessa premissa e seguindo as diretrizes do último *Relatório de Decisões do CARF*¹²⁵, publicado em junho de 2017, que aponta que o contribuinte resta favorecido em 52,4% das decisões administrativas, chega-se à conclusão de que, aproximadamente, 303 bilhões de reais devem seguir para a discussão judicial¹²⁶, demandando, por conseguinte, oferta de garantia.

Em um cenário como esse, em que o contencioso fiscal se revela bilionário, em que a judicialização e, conseqüentemente, a necessidade de garantir percentual representativo dos créditos discutidos no âmbito administrativo se apresenta como uma realidade, ganha relevo o exame das possíveis medidas capazes de propiciar a “conciliação” entre o atual modelo de garantia e a dinâmica do plano econômico.

Abordaremos a seguir as propostas que, ao nosso ver, concorrem em maior ou em menor medida para a conciliação de que tratamos, começando pelas soluções que se pautam no plano interpretativo, com foco na aproximação entre o direito e a realidade econômica, para, na sequência, enfrentarmos as medidas que requerem inovações legislativas.

5.2 AS PROPOSTAS DE CONCILIAÇÃO

5.2.1 Plano interpretativo pragmatista

5.2.1.1 A suspensão da exigibilidade do crédito tributário em sede de embargos à execução independentemente de garantia: uma proposta de interpretação sistemática da LEF e do CTN

Como vimos logo no início do trabalho, quando tratamos da execução fiscal no contexto do contencioso judicial tributário (item 1.1), há uma variedade de ações

¹²⁵ BRASIL. Ministério da Economia. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). **CARF divulga Relatório das Decisões proferidas de Janeiro a Dezembro de 2016**. 2017. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/noticias/2017/carf-divulga-relatorio-das-decisoes-proferidas-de-janeiro-a-dezembro-de-2016>. Acesso em: 17 nov. 2020.

¹²⁶ O número se refere à análise estática do estoque de créditos tributários em discussão no CARF, sem considerar as novas autuações, e também desconsidera o montante eventualmente liquidado ao final da discussão administrativa.

antiexacionais das quais o contribuinte pode lançar mão com o objetivo de se contrapor à exigência fiscal.

Tomando como referência o tema sobre o qual nos propomos a tratar neste tópico – a suspensão da exigibilidade –, serão enfocadas as ações cabíveis na hipótese de inadimplemento do crédito tributário e que têm por finalidade última a sua desconstituição: o mandado de segurança, a ação anulatória de débito fiscal e os embargos à execução fiscal.

No que se refere ao mandado de segurança, a possibilidade de o devedor obter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário por meio de medida liminar, desde que restem atendidos os requisitos legais consubstanciados no *fumus boni juris* e no *periculum in mora*, há muito está prevista no ordenamento jurídico, em face do que estabelece o art. 151, IV, do CTN.

É notório, contudo, que o mandado de segurança constitui remédio processual de uso restrito, à medida que tutela direito líquido e certo violado por autoridade¹²⁷, comprovado documentalmente (não admitindo, por conseguinte, dilação probatória) e possui prazo decadencial limitado a 120 dias contados da prática do ato coator. Diante dessas circunstâncias, em especial, da inviabilidade de dilação probatória, somente em casos específicos é possível ver determinada, liminarmente, a suspensão da exigibilidade de crédito tributário pela via estreita do mandado de segurança.

Restam como alternativas, então, para a maior parte das cobranças que não se encartam nas hipóteses de cabimento do mandado de segurança, a oposição de embargos à execução, que pressupõe, naturalmente, prévia demanda executiva e o manejo da ação anulatória de débito fiscal – que pode ou não preceder a propositura da execução fiscal consoante doutrina majoritária¹²⁸.

¹²⁷ De acordo com a Lei n.º 12.016/09, enquadram-se no conceito de autoridade: os agentes públicos estatais, os representantes ou órgãos de partidos políticos e os administradores de entidades autárquicas, bem como dirigentes de pessoas jurídicas de direito privado ou naturais no exercício de atribuições delegadas pelo poder público.

¹²⁸ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Processo tributário**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 405; PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário: completo**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013, p. 358; SILVA MARTINS, Ives Gandra da. **Curso de direito tributário**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 983-984.

Pois bem. Em janeiro de 2001, a Lei Complementar n.º 104 acrescentou o inciso V ao art. 151 do CTN, prevendo nova causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário pela concessão de liminar ou de tutela antecipada em outras espécies de ação judicial, o que, como já vimos, antes só era possível em sede de mandado de segurança, nos termos do mencionado inciso IV do mesmo dispositivo legal.

Essa inovação legislativa evidencia que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário discutido em juízo pela via ordinária não está mais adstrita ao depósito do montante integral (inciso II do art. 151), tendo lugar também quando, por meio de decisão judicial, é reconhecida a presença dos requisitos impostos pela legislação processual vigente.

Embora o CTN se refira à concessão de medida liminar ou tutela antecipada, adotando a denominação de tutelas de urgência próprias do CPC antigo, é certo que a norma ali veiculada permanece hígida com a entrada em vigor do CPC/15, conforme elucida Hugo de Brito Machado Segundo:

Embora com o CPC de 2015 não exista mais o processo cautelar, as figuras referidas no art. 151, V do CTN continuam pertinentes, tendo apenas mudado um pouco a sua rotulação. Atendem pelo nome de tutela provisória, que pode ser: (1) antecedente ou incidental, a depender do momento processual em que requeridas; (2) de evidência ou de urgência, a depender da maior ou menor intensidade da “fumaça do bom direito”, a dispensar ou não, a presença por igual do perigo da demora; e (3) antecipatória ou cautelar, conforme acelere, no todo ou em parte o provimento final requerido, ou apenas conserve o atual estado das coisas; em qualquer caso, porém, podem ensejar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.¹²⁹

Examinando, pois, a questão sob o prisma do CPC/15, a partir da entrada em vigor da Lei Complementar n.º 104/2001, o juiz pode determinar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em qualquer ação voltada à discussão do crédito tributário por meio de provimento que veicule tutela provisória de urgência ou de evidência.

¹²⁹ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. **Manual de Direito Tributário**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 203.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário como decorrência da concessão de tutela de urgência está vinculada à demonstração da probabilidade do direito e do perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo.

A tutela de evidência prevista no art. 311 do CPC, por sua vez, independe da demonstração do perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, tendo como pressuposto a probabilidade do direito do autor e a fragilidade da defesa do réu. Como fundamentos aptos à suspensão da exigibilidade do crédito tributário a partir da concessão da tutela de evidência, merecem destaque as previsões contidas nos incisos II e IV do referido dispositivo legal. Versam, respectivamente, sobre alegações de fato que podem ser comprovadas apenas documentalmente e que estejam associadas à existência de tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em súmula vinculante, bem como sobre hipótese em que a petição inicial é instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, inexistindo oposição do réu capaz de gerar dúvida razoável.

Nesse contexto normativo, o STJ sedimentou o entendimento, ao qual nos filiamos, de que é possível a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em sede de ação anulatória de débito fiscal independentemente do depósito judicial do montante integral à medida que os incisos II e V do art. 151 do CTN encerram causas de suspensão absolutamente autônomas¹³⁰.

Isso significa dizer que, independentemente da prestação de garantia e do depósito do montante integral, o devedor, desde que comprove a presença do *periculum in mora* (no caso da tutela de urgência) e a probabilidade do seu direito (em graus diversos em se tratando das tutelas de urgência e de evidência), pode ver paralisados os atos de cobrança como decorrência da suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

A questão que colocamos é a seguinte: se isso é possível em sede de ação anulatória de débito fiscal, por que não seria em sede de embargos à execução fiscal?

¹³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.809.674/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 15/08/2019, DJe 10/09/2019; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.656.752/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 18/04/2017, DJe 02/05/2017.

Em outras palavras, a alteração legislativa levada a efeito pela Lei Complementar nº 104/2001, que incluiu o inciso V ao art. 151 do CTN¹³¹ e que tornou indiscutível o cabimento de tutela provisória voltada à suspensão da exigibilidade do crédito tributário no curso de outras espécies de ações judiciais, além do mandado de segurança, se aplicaria também aos embargos à execução fiscal?

Analisando a Lei Complementar nº 104/2001, observa-se que o legislador, ao ampliar as causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário por força de decisão judicial, previu, de forma irrestrita, as tutelas provisórias deferidas “em outras espécies de ações judiciais”, além da medida liminar em mandado de segurança já veiculada pelo inciso IV do mesmo dispositivo legal.

Dessa forma, a partir da leitura do art. 151, V, do CTN, encartando-se os embargos à execução dentre as espécies de ações antiexacionais voltadas à desconstituição do crédito tributário, não há qualquer motivo que possa justificar a inaplicabilidade do dispositivo em referência a esse canal processual.

Dúvidas, no entanto, podem surgir acerca da possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário em sede de embargos à execução independentemente de garantia em face do que estabelece o art. 16, § 1º, da LEF, que coloca a garantia como condição de procedibilidade dos embargos à execução.

Embora reconheçamos que o tema é controverso, somos da opinião de que, afastando-se da interpretação literal e isolada do art. 16, § 1º, da LEF, é possível pensar, no cenário normativo atual, na dispensa de garantia como pressuposto de admissibilidade dos embargos à execução em situações excepcionais, como aquela em que reste reconhecida judicialmente a presença dos pressupostos para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, a partir de uma interpretação sistemática da LEF e do CTN, tendo como referencial o plano econômico.

¹³¹ “Art. 151. Suspende a exigibilidade do crédito tributário: [...]”

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial”

Afinal, qual é o sentido de se exigir prévia garantia do juízo – que, como já vimos, tem a função de assegurar o adimplemento do crédito tributário ao final da discussão judicial – em situações em que já há, de plano, fortes razões para que se acredite que a exigência fiscal não tem meios de ser mantida?

Noutros torneios, estando presentes os requisitos que autorizam a suspensão da exigibilidade do crédito tributário com base no art. 151, inciso V, do CTN, qual é a lógica de se exigir garantia para a oposição dos embargos à execução fiscal – meio típico de oposição à pretensão executiva – e não o fazer na ação anulatória de débito fiscal, que tem o mesmíssimo propósito de desconstituir o crédito tributário executado?

Decerto, a identidade da natureza jurídica dos embargos à execução fiscal e da ação anulatória de débito fiscal é há muito reconhecida pelo STJ¹³². Na ótica da Corte, quando proposta antes dos embargos, a ação anulatória substitui-os, à medida que a repetição dos argumentos jurídicos desenvolvidos em sede de anulatória na via dos embargos implicaria litispendência, a teor do art. 337 do CPC¹³³.

E não é só. A Corte Superior assentou que a ação anulatória de débito fiscal deve tramitar no mesmo juízo da execução fiscal, reconhecendo a existência de relação de conexão entre as ações a justificar a reunião dos processos para julgamento conjunto, de modo a evitar o risco de prolação de decisões conflitantes.

O entendimento do STJ mencionado nos parágrafos precedentes parece-nos absolutamente coerente: a ação anulatória de débito fiscal e os embargos à execução fiscal, por serem canais processuais utilizados pelo devedor para desconstituir exigência fiscal, possuem, em regra, absoluta identidade, à medida que a relação processual é estabelecida entre as mesmas partes, estão fundadas na mesma causa de pedir e veiculam o mesmo pedido. Falamos “em regra” porque pode haver situação excepcional em que a

¹³² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 899.979/SP. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma. Julgado em 23/09/2008, DJe 01/10/2008; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 851.607/RS. Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma. Julgado em 07/10/2008, DJe 29/10/2008.

¹³³ “Art. 337. [...]”

§1º. Verifica-se a litispendência ou a coisa julgada quando se reproduz ação anteriormente ajuizada.

§2º. Uma ação é idêntica a outra quando possui as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido.

§3º. Há litispendência quando se repete ação que está em curso.”

causa de pedir de uma das ações seja mais abrangente do que a da outra. A consequência disso será o reconhecimento da litispendência em relação à argumentação jurídica replicada nas ações, o que importa a extinção do feito sem exame do mérito nos moldes do art. 485, V, do CPC, e o seu prosseguimento em relação à matéria não debatida na outra lide.

Não é demais dizer que as normas processuais que tratam da litispendência e que estabelecem como consequência a extinção do feito em que houve a última citação possuem fundamento de validade no princípio constitucional da segurança jurídica. O que se procura evitar é que a mesma lide seja submetida ao Poder Judiciário mais de uma vez, gerando o risco de decisões conflitantes. Nesse aspecto, é pertinente a colocação de Daniel Amorim Assumpção Neves¹³⁴:

Não há qualquer sentido na manutenção de dois processos idênticos, com realização duplicada de atos e gastos desnecessários de energia. Além disso, a manutenção de processos idênticos poderia levar a decisões contraditórias, o que, além de desprestígio ao Poder Judiciário, poderá gerar no caso concreto problemas sérios de incompatibilidade lógica ou prática dos julgados contrários.

Nesse contexto, parece-nos tranquila a conclusão de que, ajuizada ação anulatória de débito fiscal, não há como dar prosseguimento à ação de embargos, ou vice-versa, dada a identidade das ações.

Noutro giro, o reconhecimento de que a execução fiscal guarda relação de conexão por prejudicialidade com a ação anulatória de débito fiscal reforça a ideia de que esta via processual, quando eleita pelo devedor, funciona como se embargos à execução fiscal fossem – afinal, o seu julgamento influencia inquestionavelmente no deslinde da demanda executiva.

Relevante notar que o CPC/15, ao tratar do instituto da conexão, inovou para prever expressamente a sua aplicabilidade à execução fundada em título extrajudicial e à ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico, como é o caso da execução fiscal e da ação anulatória de débito fiscal. Vejamos:

¹³⁴ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 585.

Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

§ 1º. Os processos de ações conexas serão reunidos para decisão conjunta, salvo se um deles já houver sido sentenciado.

§ 2º. Aplica-se o disposto no caput:

I – à execução de título extrajudicial e à ação de conhecimento relativa ao mesmo ato jurídico;

A par de tais orientações, não vemos lógica em exigir garantia como pressuposto de admissibilidade dos embargos em circunstâncias em que seja judicialmente reconhecida a presença dos requisitos ensejadores da suspensão da exigibilidade do crédito tributário com fundamento no art. 151, V, do CTN.

Não podemos deixar de mencionar que, na ótica do STJ, quando existe, na unidade jurisdicional, vara especializada para processar e julgar execuções fiscais, a competência é definida em função da matéria e, portanto, absoluta e improrrogável, hipótese em que a reunião da demanda executiva com a ação anulatória não se afigura viável.¹³⁵

Esse entendimento, embora não nos pareça o mais acertado à medida que conduz à anulação dos efeitos da conexão por prejudicialidade em detrimento da segurança jurídica e propicia a multiplicação desnecessária de demandas sobre um mesmo crédito, não infirma as conclusões a que chegamos acima. O que se discute nesse julgado e em outros tantos que adotam a mesma posição não é a identidade entre ação anulatória e embargos à execução e a consequente relação de conexão entre as ações, mas a possibilidade de reunião dos feitos em face das regras de competência.

Poder-se-ia argumentar, ainda, que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em sede de embargos à execução independentemente de garantia significaria negar vigência ao disposto no art. 919, § 1º, do CPC/15, que vincula a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução e a consequente paralisação do processo de cobrança à prestação de garantia.

¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 105.358/SP. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. Julgado em 13/10/2010, DJe 22/10/2010.

É preciso que se estabeleça, contudo, a necessária distinção entre a suspensão da exigibilidade do crédito tributário e o efeito suspensivo dos embargos, efeito obstativo do fluxo executivo.

A suspensão da exigibilidade do crédito tributário implica a retirada provisória de um dos atributos do crédito tributário. Este permanece com todos os seus elementos existenciais decorrentes do lançamento e da subsequente notificação, goza de presunção de legitimidade, mas não pode ser exigido porque há um impedimento para tanto.

Em decorrência da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, portanto, a Fazenda Pública fica impedida de realizar atos de cobranças, o que implica diversas consequências: inibe a ocorrência de mora quando a causa suspensiva se verifica antes do vencimento do tributo, autoriza a certificação da regularidade fiscal, a teor do art. 206 do CTN, obsta a inscrição do crédito tributário em dívida ativa, caso isso não tenha ocorrido, impede o ajuizamento da execução fiscal ou suspende seu curso caso já tenha sido ajuizada, bem como paralisa o curso do prazo prescricional para ajuizamento da demanda executiva.

A suspensão do processo, a seu turno, corresponde à paralisação temporária do fluxo processual, circunstância em que nenhum ato processual pode ser validamente praticado, ressalvados os acautelatórios, desde que demonstrado o *periculum in mora*¹³⁶. A atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal é um dos obstáculos legais que enseja o sobrestamento da demanda executiva correlata até que ocorra seu julgamento. Trata-se, portanto, de instituto de natureza processual que em nada afeta o crédito tributário, em si mantido hígido, com todos os atributos, inclusive a exigibilidade.

As consequências da suspensão da execução fiscal em face da atribuição de efeito suspensivo aos embargos restringem-se à inibição da prática de atos de cobrança e à possibilidade de certificação da regularidade fiscal do devedor, com base no art. 206 do CTN.

¹³⁶ FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004, p. 429.

Como se vê, embora os institutos em apreço impliquem a suspensão do processo executivo, possuem naturezas jurídicas diversas, de forma que seus requisitos também não podem ser confundidos ou cumulados. Sobre essa distinção, é elucidativo o trecho do voto do Ministro Luiz Fux, então no STJ, nos autos do RMS 27.473¹³⁷:

Assim é que a constituição de garantia da execução fiscal (hipótese não prevista no artigo 151, do CTN) não tem o condão de macular a presunção de exigibilidade do crédito tributário. Outrossim, a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução limita-se a sobrestar o curso do processo executivo, o que não interfere na exigibilidade do crédito tributário.

É importante que se diga que o STJ possui jurisprudência sedimentada no sentido de que a ação anulatória de débito fiscal, nos casos em que o crédito esteja exigível, só tem aptidão para suspender o curso da execução fiscal quando o juízo estiver devidamente garantido¹³⁸.

E nem poderia ser diferente, afinal, não seria razoável diferenciar os contribuintes a partir da via eleita para a discussão do crédito tributário exigível, de forma que aqueles que optassem pelos embargos estivessem obrigados a garantir a dívida para ver o processo executivo paralisado até o julgamento do feito, enquanto aqueles que optassem pela ação anulatória fossem liberados de tal exigência.

Em vista do exposto, incluindo a necessária distinção entre suspensão do processo e suspensão da exigibilidade do crédito tributário, reafirmamos o entendimento acerca da possibilidade de se pensar a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em sede de embargos à execução fiscal, por meio de tutela provisória, independentemente de garantia, com fulcro no art. 151, V, do CTN.

Sob o aspecto temporal, entendemos que os embargos com pedido de tutela provisória a que nos referimos devem ser propostos antes de esgotado o prazo legal para a oferta de garantia previsto na LEF, evidenciando a presença dos requisitos previstos no

¹³⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 27.473/SE. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção. Julgado em 22/02/2011, DJe 07/04/2011.

¹³⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.757.793/MS. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 11/09/2018, DJe 17/12/2018.

art. 300 ou no art. 311 do CPC, conforme o caso. Deferida a tutela provisória vindicada, restará suspenso o curso da execução como decorrência da suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Indeferida a tutela provisória, impõe-se a oferta de garantia como forma de assegurar o regular processamento dos embargos.

A despeito da controvérsia que o tema suscita, entendemos que a solução interpretativa ora proposta converge com o objetivo do nosso trabalho – aproximar o direito, pela via hermenêutica, do plano econômico –, eliminando a necessidade de garantia em circunstância excepcional sem que isso represente risco para a Fazenda Pública, posto que a medida só terá lugar quando a argumentação jurídica do embargante for, como quer o CTN, suficientemente consistente.

5.2.2 Plano normativo: soluções que requerem alterações legislativas

5.2.2.1 O que já está em discussão: as propostas de reforma da LEF

Há diversos projetos de lei em tramitação no Congresso Nacional que propõem alterações na redação da Lei de Execuções Fiscais com o objetivo de harmonizá-la com o CPC no que tange à garantia do juízo como condição de procedibilidade dos embargos à execução e aos efeitos desta ação.

Neste sentido, podemos citar o Projeto de Lei n.º 1.575/2015, de autoria da Deputada Dorinha Seabra Rezende, que propõe a alteração do art. 16 da LEF para admitir a oposição dos embargos à execução independentemente de garantia, definir como regra a atribuição de efeito meramente devolutivo aos embargos, bem como viabilizar a excepcional atribuição de efeito suspensivo desde que reste demonstrada a relevância da fundamentação e a presença de dano grave e de difícil reparação decorrente do prosseguimento da execução e desde que seja prestada garantia. Vejamos:

Art. 16. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos, devendo alegar nestes toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.

[...]

§ 6º Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

§ 7º 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. (Grifo nosso.)

Na justificativa, a Deputada ressalta a situação gravosa à qual foram submetidos os contribuintes após o julgamento do Recurso Especial n.º 1.272.827/PE, à medida que estão obrigados a prestar garantia para opor os embargos, que, na ótica do STJ, não são dotados de efeito suspensivo automático.

O Projeto de Lei n.º 1.238/2015, de autoria do Deputado Augusto Carvalho, propõe a alteração do § 1º do art. 16 da LEF, com o objetivo de afastar a necessidade de garantia do juízo como condição de procedibilidade dos embargos, sem tratar especificamente dos efeitos dos embargos.

Em ambos os casos, a tendência revelada é, pelo que se vê, a de realinhar a prestação de garantia com os efeitos dos embargos à execução fiscal.

Quando tratamos da função da garantia sob a perspectiva processual no Capítulo 1 deste trabalho, evidenciamos nosso incômodo com a posição adotada pelo STJ no julgamento do REsp 1.272.827/PE, que reafirmou a exigência de garantia como condição de procedibilidade dos embargos à execução em função da previsão contida no § 1º do art. 16 da LEF, a despeito do tratamento diverso veiculado pela lei processual, mas definiu que o efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal não é automático, aplicando-se, neste aspecto, o art. 739-A do CPC/73 (reproduzido pelo art. 919, § 1º do CPC/15), que exige a demonstração da plausibilidade do direito, do risco de dano grave e de difícil reparação para o executado e que o juízo esteja garantido para que seja, excepcionalmente, atribuído efeito suspensivo aos embargos à execução.

Naquela oportunidade, esclarecemos que, na nossa ótica, há uma lógica processual que sempre atrelou a garantia (como condição de procedibilidade dos embargos) e o efeito suspensivo automático dos embargos do devedor. De um lado, o

executado assegura o adimplemento do crédito tributário por meio da garantia prévia e, de outro, os atos executivos restam suspensos até que os embargos sejam julgados.

Os projetos de reforma da LEF mencionados resolvem o desalinhamento ao qual nos referíamos, trazendo para a norma de regência dos executivos fiscais tratamento semelhante ao que foi dispensado à execução no âmbito cível: a garantia deixa de constituir pressuposto de admissibilidade dos embargos, passando a figurar como requisito para a atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução que, por decorrência lógica, deixa de ser automático.

As alterações legislativas propostas, contudo, se analisadas isoladamente, não concorrem para a solução do problema que constitui o ponto central do presente trabalho: a necessidade de reconciliar o modelo normativo da garantia com o plano econômico, mantendo-a efetiva, porém menos onerosa.

Explicamos: afastar a exigência de garantia como pressuposto de admissibilidade dos embargos do devedor como medida isolada só beneficia o contribuinte que não dispõe de patrimônio ou recursos para fazer face ao crédito executado ou aquele que esvazia o seu patrimônio com o propósito deliberado de não assegurar a dívida fiscal, afinal, tanto sob a perspectiva da lei processual quanto da LEF, a consequência do não pagamento da dívida ou da inércia do executado no que tange à garantia do crédito executado é a penhora forçada.

Assim sendo, o contribuinte que age de boa-fé e dispõe de patrimônio ou recursos capazes de assegurar o adimplemento do crédito tributário, independentemente da alteração legislativa ora tratada, continuará precisando garantir a satisfação da dívida fiscal com o propósito de questioná-la via embargos à execução, seja porque a consequência da sua omissão neste aspecto é a penhora, seja porque o seu propósito é, invariavelmente, obter a concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução, a fim de evitar o prosseguimento dos atos executivos enquanto as suas razões de fato e de direito não são apreciadas pelo Judiciário.

5.2.2.2 O que deve ser discutido: a nossa visão do problema

5.2.2.2.1 A suspensão da exigibilidade do crédito tributário em sede de embargos à execução independentemente de garantia tendo como pressuposto alteração legislativa prévia que retire a garantia como condição de procedibilidade dos embargos à execução

As propostas de reforma da LEF abordadas no item precedente podem concorrer de forma mais efetiva para a solução que buscamos se analisadas em conjunto com a possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário com base no art. 151, V, do CTN, conforme defendemos no item 5.2.1.1.

Explicamos: se, do ponto de vista normativo, a garantia deixar de constituir pressuposto de admissibilidade dos embargos, tornando-se requisito para a concessão do efeito suspensivo, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário por meio de tutela provisória se torna uma realidade praticamente inquestionável, sem o desconforto, para alguns, da adoção de viés interpretativo que contraria o literal.

5.2.2.2.2 Ampliação do rol de garantias previsto na LEF

No segundo capítulo desse trabalho, fizemos um exame detalhado do modelo normativo de garantia do crédito tributário. No terceiro capítulo, analisamos as suas repercussões econômicas, vinculando-as ao tempo de tramitação do processo e à onerosidade das garantias que estão hoje à disposição do devedor. No quarto capítulo, avaliamos, especialmente sob a perspectiva jurisprudencial, como vêm sendo aplicada a menor onerosidade em favor do devedor e a máxima utilidade da execução em prol do credor. Concluiu-se que o contribuinte com situação financeira favorável, independentemente da postura que adote em face da cobrança judicial do crédito tributário, não possui outra alternativa senão recorrer à garantia sob as formas de dinheiro, seguro ou fiança, como meio de viabilizar a discussão da exigência.

Durante esse percurso, foi possível observar que, a despeito da evolução das relações econômicas, a LEF praticamente não sofreu alterações desde a sua entrada em vigor – já há quatro décadas –, mormente no que se refere às modalidades de garantia do

crédito tributário, à ordem de preferência e à substituição da penhora, exceção feita à inclusão do seguro no rol de garantias a partir da Lei n.º 13.043/2014 – o que, ressalte-se, só ocorreu cinco anos depois da publicação da Portaria PGFN n.º 1.153/09, que já regulamentava a utilização desse instrumento no âmbito tributário federal.

A essa altura, podemos afirmar que o engessamento das normas que tratam da garantia do crédito tributário é, talvez, a principal causa do abismo que vem sendo criado entre o direito e a realidade econômica.

Não é crível pensar que, em 2021, as possibilidades de garantia se mantenham praticamente idênticas às que foram idealizadas pelo legislador em 1980, sobretudo se se considerar a velocidade com que, nesses quarenta anos, transcorreram as mudanças nas interações socioeconômicas.

É nesse contexto e com o propósito de concorrer para o desejável aprimoramento do panorama que trazemos a seguir algumas propostas de alterações legislativas que julgamos pertinentes, tudo com vistas a ampliar os horizontes do devedor, reduzir os impactos econômicos negativos da garantia, sem prejuízo, por outro lado, da efetividade da execução.

5.2.2.2.2.1 A introdução de norma tributária em branco na LEF

Quando olhamos para o tempo de tramitação dos projetos de reforma da LEF aos quais nos referimos anteriormente¹³⁹ e constatamos que a única inovação legislativa das últimas décadas em termos de garantia do crédito tributário – a introdução do seguro, repita-se – foi originalmente trazida para a seara do Direito Tributário por Portaria baixada pela PGFN (antes mesmo de estar prevista na LEF), damo-nos conta do quão complexo (e quiçá incompatível) é o processo legislativo nesse assunto. Constatamos, em suma, sua incapacidade, em certos temas, de acompanhar a evolução das relações humanas.

¹³⁹ Aproximadamente 6 (seis) anos.

Em circunstâncias como esta, existe uma técnica legislativa que consiste na criação de norma em branco, cujo preceito deve ser integrado ou complementado por fonte formal de hierarquia inferior – tais como decretos, portarias, regulamento, dentre outros: as denominadas “normas em branco heterogêneas”, método que pode ser bastante efetivo na hipótese em que nos concentramos. Isso porque, como o processo de criação dessas normas de hierarquia inferior é mais dinâmico, a técnica permite que a norma originária se mantenha alinhada com a realidade social, política e econômica sem que seja necessário, para isso, ultrapassar as barreiras do processo legislativo em sentido estrito.

No Direito Tributário, temos inúmeras normas em branco, algumas delas relacionadas com a própria hipótese de incidência tributária.

Exemplo claro é o do art. 22, II, da Lei n.º 8.212/1991, que criou a contribuição ao SAT/RAT, estabelecendo que a alíquota da exigência será de 1, 2 ou 3%, a depender da atividade preponderante da pessoa jurídica, enquadrável como de risco leve, médio ou grave, definição que fica a cargo do Poder Executivo por meio de decreto.

Nessas hipóteses – em que há cobrança de tributo com base em norma em branco heterogênea –, é comum a arguição de inconstitucionalidade com base no princípio da estrita legalidade previsto no art. 150, I da CRFB/88, que proíbe os entes federativos de cobrarem ou majorarem tributos sem lei em sentido estrito anterior que assim estabeleça, entendimento, contudo, que tem sido rechaçado pelo STF.¹⁴⁰

De todo modo, mesmo que fosse diferente a compreensão do STF, a norma em branco que propomos passa ao largo dessa discussão de caráter constitucional, à medida que não veicula comando proibitivo ou obrigatório, mas permissivo, estabelecendo faculdade da qual o contribuinte pode lançar mão a partir do seu juízo de conveniência.

Imaginamos disposição, a ser inserida no contexto da LEF, que outorgue competência às autoridades administrativas para que prevejam, em norma regulamentar,

¹⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 343.446/SC. Rel. Ministro Carlos Veloso, Tribunal Pleno. Julgado em 20/03/2003, DJ 04/04/2003.

a possibilidade de utilização de outras modalidades de garantia, além daquelas previstas na LEF.

Trata-se de normatizar fenômeno que ocorreu, na prática, com o seguro garantia, cuja utilização em sede de execução fiscal foi veiculada por meio da já mencionada Portaria PGFN n.º 1.153/09, normativo anterior à atual previsão na LEF – é bem verdade, não recusamos, que essa modalidade de garantia já era contemplada pelo CPC; àquela altura, porém, havia intenso debate acerca da aplicação da lei processual à execução fiscal neste aspecto, diante do silêncio da LEF, o que reafirma a conclusão de que a técnica então empregada, mesmo sem a necessária clareza, já era, indiretamente, a da norma em branco.

Também merece referência, pela pertinência que guarda com o tema ora abordado, a norma veiculada pela Portaria PGFN n.º 33/2018, sobre a qual tratamos no início do Capítulo 2. Ao regulamentar a garantia administrativa do crédito tributário, previu a oferta a possibilidade da utilização de “quaisquer bens sujeitos a registros”, adotando expressão bem mais abrangente do que as contidas na LEF.

A ideia que trazemos tende à dinamização da garantia do crédito tributário, de modo que possa acompanhar a evolução das relações econômicas, valendo-se, para tanto e em certa medida, do exemplo vanguardista da PGFN.

5.2.2.2.2 A inclusão dos precatórios da mesma fazenda exequente como modalidade de garantia do crédito tributário

A discussão em torno da penhora de precatórios não é propriamente uma novidade.

Quando tratamos da evolução jurisprudencial sobre o modelo normativo de garantia do crédito tributário, fizemos referência à antiga posição adotada pelo STJ, que admitia a penhora de precatórios seja porque reputava atendida a ordem de gradação da penhora na medida em que equiparava o precatório a dinheiro¹⁴¹, seja porque, concebendo

¹⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 399.557/PR. Rel. Ministro Franciulli Netto, Primeira Seção. Julgado em 08/10/2003, DJe 03/11/2003.

o precatório como direito sobre crédito, considerava plausível a flexibilização da referida ordem em face da menor onerosidade¹⁴².

Na mesma oportunidade, esclarecemos que os julgados mais recentes do STJ – a partir de 2009 –, embora mantenham como premissa a penhorabilidade dos precatórios, firmaram o entendimento de que o precatório equivale à penhora de crédito e não de dinheiro, pelo que passaram a reputar legítima a recusa do ente público, em face da inobservância da ordem de gradação da penhora e também a afastar a possibilidade de substituição de penhora por precatório sob o argumento de que o art. 15 da LEF só permite a substituição da penhora por dinheiro, seguro garantia ou fiança bancária¹⁴³.

Como se pode observar, os debates travados no âmbito do STJ giraram em torno, basicamente, do caráter relativo da ordem de gradação da penhora em função da menor onerosidade, do enquadramento dos precatórios na referida ordem como dinheiro (primeiro item da lista) ou direito creditório (último da lista), adotando-se como premissa invariável a penhorabilidade dos precatórios.

Vemos, pois, que, sob a perspectiva da jurisprudência do STJ, se o precatório for incluído como bem passível de penhora, ocupando posição relativamente privilegiada na ordem de gradação, não haverá obstáculos para que se admita a sua aceitação.

Entendemos, no entanto, que não se deve ater ao que foi discutido pelo STJ para apresentarmos proposta de inclusão dos precatórios na lista de bens passíveis de penhora. Devemos ir além, justificando a plausibilidade dessa medida, além de demonstrar que sua adoção não implica ilegalidade ou inconstitucionalidade.

Para tanto, consideramos essencial tecermos breves considerações acerca do precatório e seu regime pagamento.

¹⁴² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 870.428/RS. Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção. Julgado em 27/06/2007, DJe 13/08/2007; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EAg 746.184/SP. Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção. Julgado em 27/06/2007, DJe 06/08/2007.

¹⁴³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.090.898/SP. Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção. Julgado em 12/08/2009, DJe 31/08/2009; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.337.790/PR. Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção. Julgado em 12/06/2013, DJe 07/10/2013.

Dada a impenhorabilidade dos bens públicos em razão do princípio da continuidade do serviço público, foi preciso criar um mecanismo próprio a fim de que o Estado possa honrar os créditos reconhecidos por decisões judiciais transitadas em julgado em favor de particulares. É essa a origem do precatório, que corresponde a uma requisição de pagamento expedida pelo juiz onde tramita o cumprimento de sentença, por intermédio da presidência do respectivo tribunal, e que deve ser dirigida aos entes federados, dando origem a um processo administrativo, cujo desfecho ocorre quando o numerário é colocado à disposição do juízo e este promove o pagamento ao credor.

Embora o CPC/15 trate da expedição de precatórios no capítulo em que disciplina o cumprimento de sentença que reconheça obrigação de pagar quantia certa pela Fazenda Pública, o instituto tem as suas diretrizes essencialmente definidas no texto constitucional, mais precisamente no seu art. 100 e nos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

Sem qualquer pretensão de exaurir o tema, a partir da leitura do art. 100 da Constituição Federal e dos dispositivos do ADCT que versam sobre precatórios, ambos alterado por sucessivas Emendas Constitucionais, podemos constatar que o regime-base do precatório estabelece que os entes federativos estão obrigados a incluir nos seus orçamentos as verbas necessárias ao pagamento dos débitos constantes de precatórios apresentados até 1º de julho de cada ano e a promoverem os pagamentos dos valores atualizados até o final do exercício seguinte, observada a ordem cronológica de expedição, admitida a preferência dos créditos de natureza alimentícia, excepcionadas as obrigações definidas por lei como de pequeno valor.

Esse procedimento não representaria um problema se os pagamentos fossem efetivamente realizados: em face do caráter programático das leis orçamentárias e do princípio da não afetação da receita oriunda da arrecadação de impostos a órgãos, fundos ou despesas, na prática, a inclusão do crédito no orçamento não implica pagamento. A realidade é que os entes federativos, em especial Estados, Distrito Federal e Municípios apresentam bastante resistência para liquidar as dívidas representadas por precatórios.

Não é por outra razão que desde o advento da Carta Política de 1988 foram criados sucessivos regimes paralelos para o pagamento de precatórios. A título

exemplificativo, podemos citar: (i) o regime previsto pelo art. 33 do ADCT, que autorizou o pagamento de precatórios pendentes por ocasião da promulgação da Constituição em prestações anuais e sucessivas no prazo de oito anos; (ii) o regime especial criado pela Emenda Constitucional n.º 30/2000, por meio do art. 78 do ADCT, para quitação de precatórios pendentes por ocasião da sua publicação e dos decorrentes das ações ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 em parcelas anuais, iguais e sucessivas em até dez anos, cuja eficácia está suspensa por decisão proferida nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.º 2.356 e 2.362¹⁴⁴; (iii) o regime especial aplicável a Estados, Distrito Federal e Municípios previsto na Emenda Constitucional n.º 62/2009, julgado inconstitucional pelo STF nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.425¹⁴⁵, (iv) o regime especial que concedeu prazo até 2024 para Estados, Distrito Federal e Municípios que estivessem em mora em 25 de março de 2015, por intermédio das Emendas Constitucionais n.º 94/2016 e 99/2017.

Como se pode ver, o regime de pagamento dos precatórios, em linhas gerais, chancela a recusa da Fazenda Pública, em especial dos Estados, Distrito Federal e Municípios, em cumprir as decisões judiciais que estabeleçam obrigação de pagar quantia certa, tornando inócua a prestação jurisdicional, na contramão do movimento que prestigia efetividade e celeridade.

Feitas essas considerações acerca do regime de pagamento de precatórios, entendemos que está justificada, sob perspectiva prático-econômica, a criação de norma que viabilize, ou pelo menos potencialize, a utilização de precatórios pendentes de quitação como modalidade de garantia do crédito tributário em face da mesma Fazenda Pública.

Afinal, se o contribuinte é detentor de um crédito cujo pagamento já foi requisitado via precatório, não faz sentido que precise incorrer em novos custos para garantir a dívida fiscal executada pela mesma Fazenda Pública.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI MC 2.356/DF e 2.362/DF. Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgado em 25/11/2010, DJ 19/05/2011.

¹⁴⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4425/DF. Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgado em 14/03/2013, DJ 19/12/2013.

O que precisamos perquirir é se medida dessa natureza importaria em alguma ilegalidade ou inconstitucionalidade, como se poderia pensar numa posição fazendária, com fundamento na impenhorabilidade dos precatórios, na impossibilidade de compensação entre os créditos representados por precatórios e os créditos tributários porque não há lei autorizando o encontro de contas, conforme determina o art. 170, do CTN, além da violação à ordem cronológica prevista constitucionalmente.

Embora se afigure absolutamente pacífica a penhorabilidade dos precatórios sob a perspectiva jurisprudencial, entendemos conveniente adentrar no tema por constituir premissa básica da proposta que apresentamos neste tópico do trabalho.

Conforme mencionamos, a impenhorabilidade dos bens públicos é a origem da existência do regime de pagamento via precatório. Decerto, como os bens públicos são, em regra, impenhoráveis, sendo insuscetíveis de expropriação, como forma de viabilizar o cumprimento das obrigações de pagar quantia certa, foi criado o regime de pagamento via precatório.

Feitas essas considerações, afigura-se ilógico concluir pela impenhorabilidade dos precatórios sob o simplório argumento de que seu pagamento se dá por meio de recursos públicos. O que é objeto de penhora, no caso do precatório, não é o dinheiro público que se utiliza para o seu adimplemento, mas o direito de crédito que emerge do processo no qual se consumou a condenação da Fazenda em caráter definitivo.

O Ministro João Otávio Noronha, no XI Congresso Internacional de Direito Tributário¹⁴⁶, ao tratar da temática da oferta de precatório em sede de execução fiscal, foi categórico:

Mas vamos entrar agora diretamente no tema colocado aqui: é possível oferecer em penhora o precatório? Ou melhor, tecnicamente: é possível submeter a constrição judicial direitos discutidos em ação judicial transitada em julgado, pendente de pagamento – em última análise, direitos contra a Fazenda Pública – em uma execução (porque precatórios só surgem na execução)? O que se faz, na realidade quando se penhora um precatório, outra coisa não é que não penhorar um direito

¹⁴⁶ NORONHA, João Otávio. **O direito do contribuinte de oferecer precatório em garantia na execução fiscal e sua equiparação ao dinheiro, na visão do STJ**. Brasília, DF: BDJur, 13 mar. 2009. Disponível em: <https://www.bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20200>. Acesso em: 03 nov. 2020.

de crédito contra o Estado já transitado em julgado pendente de pagamento. [...] É possível sim, evidentemente. Tudo que é quantificar, sob o aspecto patrimonial, traduz-se bem; tudo o que traduz valor e que se pode converter em dinheiro e, que, consequentemente, não seja impenhorável, é passível de ser constringido judicialmente para a garantia de uma execução.

Humberto Theodoro Júnior, seguindo a mesma linha de entendimento, considera desmotivada a recusa da Fazenda Pública à nomeação de precatório em face da sua penhorabilidade¹⁴⁷.

Superada essa questão, passemos a analisar se é possível a compensação entre o crédito representado pelo precatório e o crédito tributário executado e se a resposta negativa a esse questionamento configura, efetivamente, obstáculo à utilização do precatório como modalidade de garantia em sede de execução fiscal.

Na ótica fazendária, a oferta de precatório como garantia em sede de execução fiscal implica, na hipótese de procedência da cobrança, a extinção do crédito executado por meio do encontro de contas com o crédito representado pelo precatório, a teor do art. 156, II do CTN, sem lei que assim o determine, violando, por conseguinte, o art. 170 do CTN:

Art. 170. A lei pode, nas condições e sob as garantias que estipular, ou cuja estipulação em cada caso atribuir à autoridade administrativa, autorizar a compensação de créditos tributários com créditos líquidos e certos, vencidos ou vincendos, do sujeito passivo contra a Fazenda Pública.

Argumenta-se, ainda, que admitir a compensação de precatório ofertado em sede de execução fiscal com o crédito executado configura ofensa ao art. 16, §3º da LEF, dispositivo segundo o qual não se pode alegar compensação em sede de embargos à execução.

Decerto, no âmbito federal, não há lei que preveja a compensação de créditos tributários com precatórios, admitindo-se tão somente, nos termos das Leis n.º 8.383/1991 e 9.430/96, a compensação entre tributos nas formas ali especificadas.

¹⁴⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Lei de Execução Fiscal**: comentários e jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 268-270.

Nesse aspecto, entendemos que realmente não há, no âmbito federal, base legal para a compensação de créditos tributários com precatórios. A despeito disso, essa impossibilidade não impede que o precatório funcione como garantia do executivo fiscal, conforme, inclusive, já decidiu o STJ.

A penhora de precatórios, como já dissemos, configura penhora de crédito que se encontra regulada no CPC/15 (art. 855 e seguintes). Nessa perspectiva, quando não forem opostos embargos do devedor ou quando forem rejeitados, a consequência imposta pela lei processual consiste, em regra, na sub-rogação nos direitos do executado ou na alienação judicial do direito penhorado, a critério do credor (art. 857).

Considerando que não há norma que autorize a compensação de precatórios com créditos tributários no âmbito federal, entendemos que, em se tratando de execução fiscal garantida por precatório nessa esfera, a sub-rogação não será possível, de forma que o crédito deve ser satisfeito por meio de recursos provenientes da alienação judicial do direito representado pelo precatório.

Há quem defenda a possibilidade de sub-rogação da Fazenda Pública no direito representado pelo precatório – que representa dívida sua em face do executado – sob o argumento de que restará configurada, nesta hipótese, a confusão¹⁴⁸:concurso, na mesma pessoa, das qualidades de credor e devedor, que encerra causa de extinção da obrigação, nos termos do art. 381 do Código Civil¹⁴⁹.

Discordamos desse entendimento tendo em vista que a confusão, no direito das obrigações, pressupõe a unidade da relação obrigacional que leva a mesma pessoa a ostentar, concomitantemente, as condições de credor e devedor. A *contrario sensu*, quando essa cumulação se origina de relações jurídicas diversas, a extinção da obrigação se dá pela compensação. Entendemos que é isso o que diferencia os institutos da compensação e da confusão.

¹⁴⁸ NORONHA, João Otávio. **O direito do contribuinte de oferecer precatório em garantia na execução fiscal e sua equiparação ao dinheiro, na visão do STJ**. Brasília, DF: BDJur, 13 mar. 2009. Disponível em: <https://www.bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20200>. Acesso em: 03 nov. 2020.

¹⁴⁹ “Art. 381. Extingue-se a obrigação, desde que, na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor.”

Finalmente, convém avaliarmos se a penhora de precatório em sede de execução fiscal ofende a ordem cronológica de pagamento dos precatórios prevista no art. 100 da Constituição Federal.

Entendemos que não por uma razão muito simples: a penhora de precatório não tem efeito liberatório. Em outras palavras, a constrição do direito creditório não autoriza o inadimplemento do crédito executado. Esse efeito dependerá da liquidação do precatório – que seguirá a ordem cronológica prevista na Constituição –, sendo certo que, se o pagamento ocorrer na pendência de julgamento dos embargos do devedor, os valores ficarão depositados em juízo, de forma que o seu destino fique atrelado ao desfecho desse processo. No caso de o precatório ainda não ter sido liquidado por ocasião da rejeição dos embargos ou na sua ausência, será necessário aguardar seu pagamento – com observância da ordem cronológica constitucional – para que, após a alienação judicial do direito creditório e liquidação do crédito executado com os recursos provenientes dessa liquidação, a extinção do crédito tributário se verifique.

A par de tais considerações, entendemos que o precatório deve ser expressamente inserido na ordem de bens e direitos penhoráveis no âmbito da LEF – não mais como decorrência do seu enquadramento na categoria de direitos e ações –, ocupando posição privilegiada em relação aos bens ofertados por terceiros e menos privilegiada do que o dinheiro, o seguro e a fiança bancária e os bens próprios, garantias claramente dotadas de maior liquidez.

5.2.2.2.2.3 A inclusão dos covenants no rol de garantias do crédito tributário

Embora destoe das garantias tradicionais, os *covenants* têm potencial para solucionar, em alguma medida, o problema central focalizado neste trabalho: o realinhamento do direito com a realidade econômica no que tange às formas de garantia do crédito tributário.

Os *covenants* constituem um sistema de garantia indireta oriundo do direito anglo-saxão, instrumentalizado a partir de cláusulas contratuais vinculadas a um título de dívida nas quais se estabelecem obrigações positivas ou negativas, equiparadas às

obrigações de fazer e não fazer previstas no Código Civil. Este sistema está pautado, essencialmente, na boa administração e na integridade patrimonial do devedor¹⁵⁰.

Tais obrigações podem ou não estar relacionadas com os dados contábeis do devedor, o que diferencia os *covenants* contábeis (financeiros) dos não contábeis (não financeiros), segundo a classificação proposta por Adolfo Henrique Coutinho Silva¹⁵¹.

Pensando na garantia do crédito especificamente tributário, os *covenants* contábeis aparentam ser os mais apropriados, à medida que se prestam a assegurar a saúde financeira do devedor. Nada impede, contudo, que se utilize, adicionalmente, *covenants* não contábeis em situações em que seja necessário imprimir um nível de restritividade maior em função do perfil do devedor.

Como exemplos de *covenants* contábeis, ainda segundo Silva¹⁵², podemos citar as seguintes obrigações: manter nível mínimo de liquidez corrente, manter nível de endividamento abaixo de determinado limite estabelecido, manter nível mínimo de cobertura de juros, manter margem operacional acima de determinado valor.

Importante notar que os *covenants* contábeis se lastreiam nas informações disponíveis nas demonstrações consolidadas e auditadas que atendam aos princípios fundamentais da Contabilidade e as normas estabelecidas pelo órgão regulador do mercado de capitais, a Comissão de Valores Mobiliários (CVM). Isso significa dizer que, para que lance mão do *covenant* contábil como garantia, o devedor precisa necessariamente ter as suas demonstrações financeiras auditadas, ainda que não esteja legalmente obrigado por não estar constituído sob a forma de sociedade anônima ou não se enquadrar no conceito de empresa de grande porte, nos termos da Lei n.º 6.404/1976 (Lei das Sociedades Anônimas).

¹⁵⁰ BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Covenants: Instrumento de Garantia em Project Finance. **Revista do BNDS**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, jun. 1999, p. 127.

¹⁵¹ SILVA, Adolfo Henrique Coutinho e. **Escolha de práticas contábeis no Brasil: uma análise sob a ótica da hipótese dos covenants contratuais**. Dissertação (Doutorado em Ciências Contábeis) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008, p. 43.

¹⁵² SILVA, 2008, p. 44.

Seguindo a classificação adotada por Ramsay e Sidhu *apud* Silva¹⁵³, citamos como exemplos de *covenants* não contábeis as restrições ao pagamento de dividendos, a proibição da venda de ativos, a proibição da contratação de nova dívida, a proibição de redução de capital, dentre outras restrições à prática de atos de gestão não necessariamente relacionados com indicadores baseados na contabilidade.

Como regra, os *covenants* são estabelecidos como um pacote, o que significa dizer que a garantia do pagamento da dívida decorre da vinculação do devedor ao cumprimento de uma série de obrigações que, como já sinalizamos, pode ser, a depender do perfil do devedor, mais ou menos restritiva.

A violação do *covenant* pelo devedor, a chamada violação técnica ou *default* técnico, pode ter consequências diversas a depender do que se estabeleça no instrumento contratual. De modo geral, pode estar previsto o pagamento imediato da dívida (previsão inaplicável à garantia do crédito tributário, cujo pagamento está vinculado ao desfecho da discussão judicial correlata), a substituição da garantia, a imposição de *covenants* adicionais, dentre outros.

Nesse contexto, o credor pode, em tese, conceder dois tipos de perdão: o temporário, que se caracteriza pela concessão de curto período de tempo para que o devedor possa voltar a cumprir a obrigação pactuada, e o permanente, em que o credor exime o devedor de cumprir a obrigação por período de tempo mais alongado, que pode se estender até a liquidação da dívida.

Antecipamo-nos em dizer que, no contexto da garantia do crédito tributário, somos da opinião de que não há espaço para o perdão, também denominado *waiver*.

No Brasil, os *covenants* têm sido utilizados nos chamados *Projects Finance*¹⁵⁴ como forma de driblar a dificuldade de recuperação de créditos com base nas garantias tradicionais e, adicionalmente, nos casos de projetos de infraestrutura, para afastar a

¹⁵³ Ibidem, p. 44.

¹⁵⁴ *Project Finance* é uma forma de engenharia/colaboração sustentada contratualmente pelo fluxo de caixa de um projeto, servindo como garantia à referida colaboração os ativos desses projetos a serem adquiridos e os valores recebíveis ao longo do projeto.

impossibilidade de se garantir o pagamento da dívida por intermédio de bens (estradas, ferrovias, barragens etc.) vinculados ao serviço público ou reversíveis ao poder público.

De acordo com o estudo realizado por Borges¹⁵⁵, os *covenants* mais utilizados no Brasil são a limitação do grau de endividamento, a manutenção de capital de giro mínimo e a limitação ou impedimento para a contração de novas dívidas.

Feitas essas considerações gerais a respeito dos *covenants*, passamos a delinear nossa proposta para utilização dessa modalidade de garantia no contexto da cobrança judicial tributário.

É importante que se esclareça, de plano, que não temos a pretensão de esgotar o tema e nem mesmo de definir os limites dos indicadores a serem cumpridos com vistas à pactuação de *covenants* contábeis efetivos no âmbito tributário, que deve ser objeto de estudo próprio. Nosso propósito é lançar luz sobre essa possibilidade.

O que imaginamos é que a Fazenda Pública e o contribuinte (executado) celebrem um acordo de *covenants*, vinculado à Certidão de Dívida Ativa (CDA), que fundamenta a execução fiscal, no qual restem determinadas obrigações a serem cumpridas pelo devedor até o desfecho definitivo da ação antiexacional proposta com a finalidade de desconstituir o crédito tributário executado, como forma de assegurar o adimplemento da dívida se confirmada pelo Poder Judiciário.

Essas obrigações devem garantir a saúde financeira do devedor e, por conseguinte, sua capacidade de liquidar o crédito tributário no momento processual adequado, seja ele qual for.

Para tanto, devem ser utilizados indicadores de endividamento capazes de revelar (i) quanto o executado apresenta de dívidas em relação ao valor do seu patrimônio e ativos, (ii) o índice de liquidez corrente apto a mensurar a capacidade do executado liquidar seus compromissos de curto prazo somente com seus ativos de maior liquidez,

¹⁵⁵ BORGES, 1999, p. 126.

(iii) o limite mínimo de ativos líquidos do executado em relação ao montante da dívida executada.

Sem prejuízo do estabelecimento de outras obrigações contábeis ou não contábeis, o executado deve ser obrigado a apresentar, no juízo em que tramita a execução fiscal, semestralmente, balancete ou balanço auditado por empresa cadastrada na CVM, a fim de que se possa aferir o cumprimento dos *covenants* contábeis.

Na hipótese de a execução fiscal ser garantida por *covenants*, na proposta que idealizamos, cabe ao juízo da execução nomear perito contábil, a quem competirá atestar o cumprimento ou descumprimento das obrigações na periodicidade estabelecida no parágrafo anterior, sendo certo que os custos decorrentes desse trabalho devem ser fixados judicialmente e suportados pelo executado.

Como já mencionamos, na nossa concepção, os *covenants* pactuados no contexto da execução fiscal não devem prever qualquer tipo de perdão, nem mesmo o temporário, tendo a violação técnica implicar a substituição da garantia por dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia no prazo de trinta dias.

A grande vantagem dessa modalidade de garantia é seu baixíssimo custo, que se restringirá aos honorários do profissional responsável pelo monitoramento do cumprimento dos *covenants*, sem guardar qualquer relação com o valor garantido, como ocorre hoje em relação ao seguro e à fiança.

Para o credor, embora tudo possa parecer nebuloso à primeira vista em face da quebra de paradigmas que essa proposta representa, uma normatização detalhada das obrigações impostas ao devedor pode conferir à Fazenda Pública a desejável segurança.

5.2.2.2.2.4 Como ficaria a nova redação da LEF

Caso fossem acatadas todas as alterações legislativas propostas neste tópico do trabalho, a LEF passaria a conter a seguinte redação:

Art. 7º. O despacho do Juiz que deferir a inicial importa em ordem para:

[...]

II – penhora, se não for paga a dívida, nem garantida a execução, por meio de depósito, fiança, seguro, **covenants ou outra modalidade de garantia contemplada em ato normativo expedido pelas autoridades administrativas competentes, nos termos do inciso VII do art. 9º que não se enquadre no conceito de penhora.**

[...]

Art. 9º. Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

I – efetuar depósito em dinheiro, à ordem do juízo, em estabelecimento oficial de crédito que assegure a atualização monetária;

II – oferecer fiança bancária ou seguro garantia;

III – firmar com a Fazenda Pública credora acordo estabelecendo covenants, nos termos da regulamentação expedida pelas autoridades competentes;

IV – nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11;

V – oferecer direito creditório de que seja titular, formalizado em precatório pendente de quitação perante a mesma Fazenda exequente.

VI – indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública;

VII – oferecer qualquer outra modalidade de garantia que tenha sido contemplada em ato normativo expedido pelas autoridades administrativas competentes a que se refere o art. 2º.

[...]

Art. 11. A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

I – dinheiro;

II – título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;

III – pedras preciosas e metais preciosos;

IV – imóveis;

V – navios e aeronaves;

VI – veículos;

VIII – móveis ou semoventes;

VII –direito creditório formalizado em precatório pendente de quitação;

VIII – outros direitos e ações;

[...]

Art. 16. O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias contados:

I – do depósito;

II – da juntada da prova da fiança bancária ou do seguro garantia;

III – da juntada do acordo estabelecendo covenants;

IV – da juntada da prova da garantia prestada nos termos do inciso VII do art. 9º que não se enquadre no conceito de penhora;

IV – da intimação da penhora.

É conveniente notar que estamos nos referindo apenas às alterações decorrentes da inclusão de novas possibilidades de assegurar a satisfação do crédito tributário no contexto executivo fiscal. Acaso estivéssemos nos referindo a todas as posições contrárias à literalidade da LEF defendidas ao longo deste trabalho, certamente seria necessário intervir em muitos outros dispositivos da lei.

SÍNTESE CONCLUSIVA

No contexto do contencioso judicial tributário, a execução fiscal, como modalidade exaciona, se diferencia das demais ações (antiexacionais) – movimentadas por iniciativa do devedor para se contrapor à exigência fiscal – pela relação imediata que mantém com a realidade econômica, dada a aptidão da tutela jurisdicional, emitida no contexto executivo, de alterá-la por meio do adimplemento do crédito executado, decorra este do pagamento ou da conversão do bem ou direito expropriado em pecúnia.

A garantia prestada pelo devedor em sede de execução fiscal possui função relevantíssima: assegurar a satisfação do crédito tributário, finalidade última do processo executivo. Não é por outra razão que o modelo normativo de garantia do crédito tributário deve ter como referencial interpretativo o plano econômico.

Sob a perspectiva processual, a legislação em vigor (art. 16, § 1º, da LEF) coloca a garantia na posição de condição de procedibilidade dos embargos, opção que provoca discussões de índole constitucional e infraconstitucional.

Tomando como referência a Constituição, as discussões giram em torno da potencial violação ao acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e aos princípios da ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV).

Embora não tenha avaliado diretamente a constitucionalidade da LEF neste aspecto – por ter enquadrado como reflexa eventual ofensa ao texto constitucional –, o STF afastou a aplicação da Súmula n.º 28 em relação à exigência de garantia como condição para a oposição de embargos à execução por se tratar de ação voltada a contestar crédito tributário em estado de cobrança, restringindo, por conseguinte, a aplicação do verbete às ações voltadas à contestação de crédito ainda não executado.

A despeito disso, o ajuizamento da execução fiscal não parece ser um bom parâmetro para definir se a garantia, como pressuposto de admissibilidade dos embargos, é exigível ou não, haja vista que o devedor pode contestar a exigência tributária por intermédio de outras ações antiexacionais, a exemplo da anulatória, mesmo após o ajuizamento da execução fiscal independentemente da oferta de garantia.

O fato dessas defesas não implicarem a suspensão do processo de execução não nos autoriza a pensar em violação ao acesso à Justiça, à ampla defesa ou ao devido processo legal, haja vista a necessidade de se realizar juízo de ponderação entre esses vetores e a garantia constitucional da tutela jurisdicional efetiva em tempo razoável (art. 5º, LXXVIII, da CRFB/88).

No âmbito infraconstitucional, o debate acerca da exigência de garantia como pressuposto de admissibilidade dos embargos à execução fiscal está diretamente relacionado a seu afastamento, no âmbito cível, em face das alterações promovidas pela Lei n.º 11.382/2006 no CPC/73.

Referida lei foi promulgada como parte do movimento reformista processual voltado a conferir efetividade à prestação jurisdicional e alterou completamente o regime jurídico dos embargos do devedor no âmbito cível, à medida que, além de afastar a garantia como condição de procedibilidade dos embargos do devedor (revogação do art. 737 do CPC/73), eliminou o efeito suspensivo automático dos embargos (revogação do §1º do art. 739 do CPC/73) e passou a condicionar tal efeito à prestação de garantia, bem como à demonstração da plausibilidade do direito e do risco de dano grave ou de difícil reparação decorrente do prosseguimento da execução (inclusão do art. 739-A do CPC/73).

Sobrando, como questão central, avaliar a aplicabilidade do novo regramento aos executivos fiscais diante do texto da LEF (que permaneceu inalterado); o STJ firmou entendimento no sentido de que a dispensa de garantia como condicionante dos embargos não se aplica às execuções fiscais diante da existência de norma especial em sentido contrário (art. 16, §1º da LEF). Quanto ao efeito suspensivo dos embargos, o entendimento foi em sentido contrário: as alterações na lei processual aplicar-se-iam aos executivos fiscais, à medida que a LEF seria compatível com qualquer regime processual sobre o tema.

A solução dada à questão pelo STJ fere a lógica processual estabelecida historicamente que atrela a prestação de garantia como pressuposto de admissibilidade dos embargos à execução ao efeito suspensivo. No contexto normativo atual, teria sido

mais adequado pensar na manutenção da garantia como pressuposto de admissibilidade dos embargos à execução fiscal, resguardado seu efeito suspensivo *ope legis*.

A garantia, no contexto da execução fiscal, apresenta-se sob diferentes modalidades, que se aproximam e se diferenciam em função da fase processual em que se operacionalizam, pelos aspectos da voluntariedade, subjetivo e da aptidão para satisfazer o crédito executado (liquidez e complexidade dos trâmites para a conversão da garantia em pagamento).

Na ótica do STJ, dentre as garantias previstas no modelo normativo atual, apenas o depósito judicial tem aptidão para suspender a exigibilidade do crédito tributário, em face da taxatividade do art. 151 do CTN, dispositivo cuja interpretação seria literal em face do que preconiza o art. 111, I, do mesmo CTN, tudo associado à possibilidade de desoneração unilateral do encargo assumido pelo fiador ou pela seguradora previstos nos arts. 827 e 835 do Código Civil.

Esse tema precisa ser revisitado. Primeiro porque há, na legislação em vigor, outras causas de suspensão de exigibilidade além daquelas elencadas no art. 151 do CTN. Segundo, porque a interpretação literal do referido dispositivo, nos termos do art. 111, I, do CTN, não conduz o intérprete a uma postura isolacionista, que o desconecte do que estabelecem outras disposições legais, em especial a norma contida no § 2º do art. 835 do CPC/15, que equiparou expressamente o depósito judicial ao seguro e à fiança. Terceiro, porque as normas que regulamentam o uso do seguro e da fiança no âmbito fiscal invariavelmente exigem renúncia às garantias estabelecidas nos arts. 827 e 835 do Código Civil.

Voltando o foco para a penhora, questão relevante no contexto da execução fiscal diz respeito ao caráter ordinário ou extraordinário da constrição on-line de ativos, nos termos do art. 185-A do CTN. Embora o dispositivo estabeleça, como pressupostos da penhora on-line, a precedente citação do devedor, a ausência da oferta de bens no prazo previsto na LEF e a não localização de bens passíveis de penhora, o STJ firmou entendimento de que é possível a penhora eletrônica em execução fiscal independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais com base no que estabelecia o art. 655-A do CPC/73, forma de garantir a coerência do sistema, à medida

que não se pode colocar o crédito privado em posição privilegiada em relação ao crédito público. Trata-se de posição que induz à negativa de vigência ao art. 185-A do CTN e à própria sistemática da penhora estabelecida na LEF.

Partindo para o exame das repercussões econômicas da garantia, a conclusão a que se chega é que as garantias com maior grau de liquidez, tais como o depósito judicial, a penhora de dinheiro, a fiança e o seguro garantia, importam em custos representativos para o devedor. Observa-se, por outro lado, a abertura de debate sobre a responsabilização da Fazenda Pública pelos custos incorridos pelo devedor ao longo do processo de execução fiscal quando a cobrança é desconstituída pelo Judiciário, quer sob a forma de despesa processual, quer sob a forma de reparação de dano no contexto da execução injusta. Essas constatações funcionam como justificativa do propósito e da importância do presente trabalho: a necessidade de alinhar o direito à realidade econômica.

A interpretação jurisprudencial do modelo normativo de garantia do crédito tributário evidencia a necessidade de conciliação já referida. Não porque o entendimento dos tribunais esteja, em termos gerais, desalinhado com o que estabelece a legislação em vigor, mas porque a evolução legislativa processual com foco na tutela jurisdicional efetiva motivou mudanças no cenário jurisprudencial que, cada vez mais, prioriza modalidades de garantias com grau de liquidez elevado e, conseqüentemente, mais onerosas.

A mudança da acepção da menor onerosidade é um exemplo claro dessa transformação. Originalmente concebido como limite à atividade executiva, a menor onerosidade, sob a égide do CPC/15, é vista como empecilho a eventuais abusos de direito do credor com fundamento na efetividade. Em outras palavras: para se falar em menor onerosidade, é preciso garantir a efetividade.

É importante que se diga que a jurisprudência, em certos aspectos, está desalinhada com o sistema normativo de garantia do crédito tributário. Isso ocorre quando o STJ não diferencia os devedores que apresentam garantias diretas sob o aspecto subjetivo-procedimental – por iniciativa própria e dentro do quinquídio previsto na LEF – daqueles que o fazem fora do prazo legal ou cuja penhora se processa por meio da atuação impositiva do juiz. Na primeira hipótese, a invocação da ordem de preferência

não é suficiente para legitimar a recusa fazendária, devendo o credor discorrer sobre os motivos pelos quais a garantia ofertada não deve prevalecer. Da mesma forma acontece quando admite a penhora de dinheiro em circunstância em que fora ofertada fiança ou seguro tempestivamente ou quando exige o acréscimo de 30% (trinta por cento) na hipótese de substituição de penhora por fiança ou seguro em sede de execução fiscal.

A representatividade do contencioso tributário, que envolve cifras bilionárias, também justifica a necessidade de conciliação do direito com o plano econômico, propósito do presente estudo.

Neste aspecto, apresentamos propostas que se pretendem conciliatórias fundamentadas na interpretação do direito posto, além das que derivariam de alterações legislativas.

Como solução interpretativa, defendemos a possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário em sede de embargos com fundamento no art. 151, V, do CTN, dispositivo que trata da concessão de tutela provisória de urgência ou evidência (já adotando a denominação adotada pelo CPC/15) em outras espécies de ação judicial.

Essa proposta possui fundamento jurídico-econômico: a absoluta ausência de sentido em se exigir garantia como pressuposto para a oposição de embargos à execução quando há razões jurídicas consistentes que sinalizam no sentido do afastamento da cobrança, associada à reconhecida identidade da natureza jurídica dos embargos e da ação anulatória de débito fiscal.

No plano normativo, as propostas de reforma da LEF que já estão em tramitação, embora se afigurem relevantes como forma de realinhar o binômio “garantia do crédito tributário e efeito suspensivo dos embargos”, isoladamente, não concorrem para a solução do problema enfrentado no presente trabalho à medida que não beneficiam o contribuinte que possui situação financeira favorável e que, para paralisar o feito executivo, precisa prestar garantia independente de constituir pressuposto de admissibilidade ou não da defesa típica. A revogação do §1º da LEF constitui via alternativa para que se possa pensar, sem maiores dificuldades, na suspensão da exigibilidade do crédito tributário com fundamento no inciso V do art. 151 do CTN.

Ainda nesse plano, sugerimos a ampliação do rol das garantias previstas na LEF, com a inclusão de norma em branco que permita a utilização de modalidades de garantia, além daquelas previstas na LEF, com base em ato normativo expedido pela Fazenda, além da inclusão dos precatórios como direito creditório passível de penhora e dos *covenants*, modalidade que, conquanto inovadora, poderia ser incorporada na LEF.

A norma em branco a que nos referimos tem o propósito de dinamizar a garantia do crédito tributário dada a complexidade do processo legislativo ordinário.

A inclusão expressa dos precatórios na lista de direitos penhoráveis justifica-se, ao seu turno, pelo contrassenso que representa a necessidade de prestar garantia em circunstância em que o devedor é também credor da Fazenda Pública exequente, inexistindo qualquer obstáculo jurídico que comprometa a adoção da medida.

Finalmente, a inclusão dos *covenants* como nova modalidade de garantia do crédito tributário é medida que se alinha perfeitamente com o propósito do trabalho: trazer para o contexto da execução fiscal garantia já utilizada no mercado e que apresenta bons resultados em termos de efetividade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁLVARES, Manoel; CÂMERA, Miriam Costa Rebollo; FREITAS, Vladmir Passos de (Coord.). **Execução Fiscal Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Editora Saraiva, 1998.

ALVES, Vinícius Jucá. O artigo 151 do CTN: Seguro Garantia e Carta de Fiança como formas de Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário. In: MASCITTO, Andréa et al. **Garantias Judiciais no Processo Tributário Cenários, Perspectivas e Desafios**. São Paulo: Editora Blucher, 2018.

ANDRIGHI, Fátima Nancy. A gênese do Sistema “Penhora On Line”. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

ANNUNZIATA, Marcelo Salles. Fiança e Seguro Garantia: Abrangência atual, aspectos em comum e diferenças. In: MASCITTO, Andréa et al. **Garantias Judiciais no Processo Tributário Cenários, Perspectivas e Desafios**. São Paulo: Editora Blucher, 2018.

ANTUNES, Carlos Soares. A penhora de ativos financeiros em execuções fiscais – conteúdo do art. 185-A do Código Tributário Nacional e o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 215. São Paulo: Editora Dialética, 2013.

ARMELIN, Donaldo. Responsabilidade objetiva no código de processo civil. In: CRUZ E TUCCI, José Rogério (Coord.). **Processo Civil: Evolução, 20 anos de vigência**. São Paulo: Saraiva, 1995.

ARRUDA, Antônio Carlos Mattei de. Fiança Bancária na Execução. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes (Coord.). **Processo de Execução: Temas Polêmicos e Atuais**. São Paulo: RCS Editora, 2005.

ASSIS, Araken de. **Manual da Execução**. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

_____. **Manual do processo de execução**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil: Volume 9**. Porto Alegre: Lejur, 1985.

BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; PEDRON, Flávio Quinaud; THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Novo CPC Fundamentos e Sistematização**. 2. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2015.

BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. A Penhora online após o advento da Lei 11.382/2006. **Revista de Processo**, n. 32, v. 154. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BARROS, Hélio José Cavalcanti. **Comentários às Alterações do CPC**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

BASTOS, Antônio Adonias. **A defesa do executado de acordo com os novos regimes da execução estabelecidos pelas Leis nº 11.232/2005 e 11.382/2006**. São Paulo: JusPODIVM, 2008.

BORGES, Luiz Ferreira Xavier. Covenants: Instrumento de Garantia em Project Finance. **Revista do BNDS**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 11, jun. 1999.

BRASIL. Ministério da Economia. Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF). **CARF divulga Relatório das Decisões proferidas de Janeiro a Dezembro de 2016**. 2017. Disponível em: <http://idg.carf.fazenda.gov.br/noticias/2017/carf-divulga-relatorio-das-decisoes-proferidas-de-janeiro-a-dezembro-de-2016>. Acesso em: 17 nov. 2020.

BUENO, Cassio Scarpinella. **A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil: Comentários sistemáticos à Lei nº 11.232, de 6 de dezembro de 2006**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

CALMON DE PASSOS, José Joaquim. **Responsabilidade do exequente no novo código de processo civil**. Revista Forense, v. 246, p. 167-171, abr./jun. 1974. Rio de Janeiro: Forense.

CARLEIAL, Raquel Machado. **Execução Injusta: A responsabilidade do credor (CPC, artigo 574)**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2005.

CASTRO, Amílcar de. **Do procedimento de execução: Código de Processo Civil (art. 566-747)**. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CASTRO, Danilo Monteiro. **Os efeitos dos Embargos à Execução Fiscal e o Código de Processo Civil de 2015**. In: CONRADO, Paulo César (Coord.). **Processo Tributário Analítico**, vol. III. São Paulo: Editora Noeses, 2016.

_____. **Garantias ao cumprimento da obrigação tributária**. Tese (Doutorado em Direito Tributário) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, 2020.

CASTRO, Leonardo Freitas de Moraes; SANTOS, Celso Araújo. **Atuais Ponderações sobre o Regramento da Substituição da Penhora nas Execuções Fiscais**. **Revista Dialética de Direito Processual**, v. 105. São Paulo: Editora Dialética, 2011.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini. DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

CONRADO, Paulo Cesar. **Execução Fiscal**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Justiça em Números 2019**. Brasília: CNJ, 2019.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. 16 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Inovações no Processo Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

_____. As mudanças no processo de execução e seus reflexos na execução fiscal. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo da Cunha Lima (Org.). **Terceira Etapa da Reforma do Código de Processo Civil: Estudos em Homenagem ao Ministro José Augusto Delgado**. 1. ed. Salvador: Edições Podivm, 2007.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; JORGE, Flávio Cheim; RODRIGUES, Marcelo Abelha. **A Nova Reforma Processual**. São Paulo: Editora Saraiva, 2002.

_____. **A Terceira Etapa da Reforma Processual Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2006.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; MARINONI, Luiz Guilherme (Coord.). **A segunda etapa da Reforma Processual Civil**. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil: Execução**, Vol. 5. Salvador: Editora JusPODIVM, 2009.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A Reforma do Código de Processo Civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

_____. **Instituições de Direito Processual Civil IV**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

_____. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

FARINA FILHO, Sérgio; MASCITO, Andréa; PEROBA, Luiz Roberto. Execução provisória de garantias: embargos à execução fiscal sem efeito suspensivo. In: MASCITTO, Andréa et al. **Garantias Judiciais no Processo Tributário Cenários, Perspectivas e Desafios**. São Paulo: Editora Blucher, 2018.

FARIA, Márcio Gustavo Senra. Interações entre o novo CPC e a LEF: a Teoria do Diálogo das Fontes no Processo de Execução Fiscal. In: BONFIM, Gilson; DUARTE, Fernanda; MURAYAMAI, Janssen (Org.). **A LEF e o Novo CPC: Reflexões e Tendências**. O que ficou e o que mudará. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

FERNANDES, Bianca Stamato. Notas sobre o Impacto do Novo CPC no Processo de Execução Fiscal. In: BONFIM, Gilson; DUARTE, Fernanda; MURAYAMAI, Janssen (Org.). **A LEF e o Novo CPC: Reflexões e Tendências**. O que ficou e o que mudará. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2016.

FERREIRA, William Santos. **Aspectos Polêmicos e Práticos da Nova Reforma Processual Civil: Comentários e Quadros dos Novos Dispositivos com Resumo das Principais Questões Artigo por Artigo**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2002.

FREIRIAS, Jéssica Fernandes. **Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário**: um estudo sobre a suposta taxatividade do artigo 151 do CTN segundo a jurisprudência do STJ. Dissertação (Mestrado Profissional em Direito Tributário) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2018.

FUX, Luiz. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2004.

GALINDO, Wilfredo Eduardo Martinez. O que é efetividade? **Revista da Faculdade de Direito**, São Paulo, v. 105, p. 1197-1211, jan. 2010.

GARCIA, José Carlos. Execução provisória de garantias. Oposição dos Embargos do Devedor Hipossuficiente Independentemente de Penhora em Execução Fiscal. In: GONÇALVES, Fábio Fraga; GUDINO, Daniel Mariz; MUNIZ, Igor et al. (Org.). **Execução Fiscal Aspectos polêmicos na visão de juízes, procuradores e advogados**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GRECO, Leonardo. A Reforma do Processo de Execução. **Revista da EMERJ**, v. 1, n. 1, 1998.

GUIMARÃES, Carlos da Rocha. Interpretação literal das isenções tributárias. In: BALEEIRO, Aliomar. **Proposições tributárias**. São Paulo: Resenha Tributária, 1975.

INSTITUTO BRASILEIRO DE ÉTICA CONCORRENCIAL (ETCO); ERNEST & YOUNG GLOBAL LIMITED. **Estudo – Desafios do Contencioso Tributário Brasileiro**: A evolução do contencioso, os modelos de solução de conflitos de seis países e medidas que poderiam ser aplicadas para mitigar o problema no Brasil. 2019. Disponível em: <https://www.etco.org.br/wp-content/uploads/Estudo-Desafios-do-Contencioso-Tributario-ETCO-EY.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA); CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). **Custo Unitário do Processo de Execução Fiscal na Justiça Federal**: Relatório de Pesquisa. Brasília, 2011. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/livro_custounitario.pdf. Acesso em: 13 nov. 2020.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **Execução fiscal demora em média 8 anos**. Disponível em: https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=7872:execucao-fiscal. Acesso em: 13 nov. 2020.

LOPES. Ana Teresa Lima Rosa. **O contencioso tributário sob a perspectiva corporativa**: estudo das informações publicadas pelas maiores empresas abertas do país. Dissertação (Mestrado em Direito Tributário) – Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017.

MACEDO, Elaine Harzheim. Penhora on line: uma proposta de concretização da jurisdição executiva. In: SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Execução Civil**: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Embargos à Execução: Prazo para Interposição e Efeito Suspensivo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 151. São Paulo. Editora Dialética, 2008.

_____. **Manual de Direito Tributário**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2017.

_____. **Processo tributário**. 8 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito; RAMOS, Raquel Cavalcanti. A Reforma do CPC e a Suspensão da Execução Fiscal pela Oposição dos Embargos. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 151. São Paulo. Editora Dialética, 2008.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Execução Fiscal**: Pesquisas Tributárias – nova série n. 14. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas Linhas do Processo Civil**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil Comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

MARINS, James. **Direito Processual Tributário brasileiro (administrativo e judicial)**. 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. **Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 566 a 585)**. 2. ed. São Paulo: Forense, 1977.

MESSA, Ana Flávia. Algumas considerações sobre a busca do processo efetivo no contexto das reformas processuais civis. In: CALDEIRA, Adriano; FREIRA, Rodrigo da Cunha Lima (Org.). **Terceira Etapa da Reforma do Código de Processo Civil**: Estudos em Homenagem ao Ministro José Augusto Delgado. 1. ed. Salvador: Edições Podivm, 2007.

MONTEIRO NETO, Nelson. A Fiança Bancária na Execução Fiscal. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 91. São Paulo: Editora Dialética, 2010.

MONTENEGRO FILHO, Misael. **Cumprimento da Sentença e Outras Reformas Processuais**: Leis n. 11.232/2005, 11.276/2006, 11.277/2006 e 11.280/2006 Comentadas e em Confronto com as Disposições do CPC de 1973. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2006.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. In: _____. **Temas de direito processual**: quarta série. São Paulo: Saraiva, 1989.

MURAYAMA, Janssen Hiroshi. Execução Fiscal: Possibilidade de Apresentação de Defesa sem Garantia do Juízo pelo Hipossuficiente. In: GONÇALVES, Fábio Fraga; GUDINO, Daniel Mariz; MUNIZ, Igor et al (Org.). **Execução Fiscal Aspectos polêmicos na visão de juízes, procuradores e advogados**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código de processo civil comentado**. 16 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de direito processual civil**. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NORONHA, João Otávio. **O direito do contribuinte de oferecer precatório em garantia na execução fiscal e sua equiparação ao dinheiro, na visão do STJ**. Brasília, DF: BDJur, 13 mar. 2009. Disponível em: <https://www.bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20200>. Acesso em: 03 nov. 2020.

NUNES, Cleucio Santos. A Lei 11.382/2006 e as Principais Alterações no Instituto da Penhora. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 48. São Paulo: Editora Dialética, 2007.

OLIVEIRA, Robson Carlos de. Lineamentos atuais da execução civil: análise das principais alterações introduzidas pelas leis 11.232, de 22.12.2005, e 11.382, de 06.12.2006. In: SANTOS, Emane Fidélis dos et al (Coord.). **Execução Civil: Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior**. São Paulo, RT, 2007.

PACHECO, José da Silva. **Comentários à Lei de Execução Fiscal**. São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

PANTOJA, Fernanda Medina. Reformas Processuais: sistematização e perspectivas. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, 1 ed., 2007. Disponível em www.revistaprocessual.com. Acesso em: 07 nov. 2020.

PAULSEN, Leandro. **Curso de direito tributário: completo**. 5 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

RAVELLI NETO, Reinaldo. Custos diretos e indiretos das garantias: seus impactos na realidade empresarial. In: MASCITTO, Andréa et al. **Garantias Judiciais no Processo Tributário Cenários, Perspectivas e Desafios**. São Paulo: Editora Blucher, 2018.

RODRIGUES, Marcelo Abelha. O novo CPC e a tutela jurisdicional executiva. **Revista de Processo**, v. 245, jul. 2015.

ROSA, Íris Vânia Santos. Garantia, Penhora e Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário. In: CONRADO, Paulo César (Coord.). **Processo Tributário Analítico**, Vol. III. São Paulo: Editora Noeses, 2016.

ROSSI, Júlio César. O Levantamento do Depósito Judicial ou a sua Conversão em Renda pela Fazenda na Execução Fiscal. **Revista Dialética de Direito Processual**, n. 96. São Paulo: Editora Dialética, 2011.

SAAD, Camila Chagas. A Penhora de Dinheiro e a Penhora On-Line como Meio de Garantia da Efetividade da Execução. **Revista de Processo**, n. 44, v. 289. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

SCALABRIN, Felipe; Cunha, Guilherme Antunes da. A menor onerosidade na perspectiva do direito fundamental à tutela executiva. **Revista de Processo**, v. 42, n. 271. São Paulo: Ed. RT, setembro 2017.

SCHOUEIRI, Luis Eduardo. **Direito Tributário**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SILVA, Adolfo Henrique Coutinho e. **Escolha de práticas contábeis no Brasil: uma análise sob a ótica da hipótese dos covenants contratuais**. Dissertação (Doutorado em Ciências Contábeis) – Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2008.

SILVA, Bruno Freire. O novo sistema de substituição da penhora no código de processo civil reformado. In: BRUSCHI, Gilberto Gomes; SHIMURA, Sérgio (Orgs.). **Execução Civil e Cumprimento de Sentença**, vol. 2. São Paulo: Editora Método, 2007.

SILVA MARTINS, Ives Gandra da. **Curso de direito tributário**. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2006

TAKANO, Caio Augusto. Penhora eletrônica nas execuções fiscais: limites normativos. **Revista Dialética de Direito Tributário**, v. 215. São Paulo: Editora Dialética, 2013.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **A Reforma da Execução do Título Extrajudicial**: Lei n. 11.382, de 06 de dezembro de 2006. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2007.

_____. **Lei de Execução Fiscal**: Comentários e Jurisprudência. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. II: Processo de Execução e Processo Cautelar. 4. ed. Rio de Janeiro, Forense, 1988.

_____. **Curso de Direito Processual Civil**, Vol. II: Processo de Execução e Processo Cautelar. 48. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

_____. **Código de Processo Civil anotado**, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Lineamentos da Nova Reforma do CPC**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

VARGAS, Sarah Merçon. Fiança e Seguro Garantia Judicial: alternativas à penhora de dinheiro nas execuções fundadas em título judiciais e extrajudiciais. In: DIDIER JÚNIOR, Fredie; MAZZEI, Rodrigo. **Processo e Direito Material**. Bahia: Editora JusPodium, 2009.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ZAVASCKI, Teori. **Processo de execução: Parte geral**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Comentários ao Código de Processo Civil (arts. 566 a 645)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

JURISPRUDÊNCIA

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 1.074-3. Rel. Ministro Eros Grau, Tribunal Pleno. Julgado em 28.03.2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI MC 2.356/DF e 2.362/DF. Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgado em 25/11/2010, DJ 19/05/2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4425/DF. Rel. Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno. Julgado em 14/03/2013, DJ 19/12/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 994.005 AgR. Rel. Ministro Roberto Barroso, Primeira Turma. Julgado em 26/05/2017, public. 19/06/2017

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rel 32.139 ED. Rel. Ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática. Julgado em 17/12/2018, DJE 19/12/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 343.446/SC. Rel. Ministro Carlos Veloso, Tribunal Pleno. Julgado em 20/03/2003, DJ 04/04/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 788.894 AgR. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 03/05/2016, public. 31/05/2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 97.647-7. Rel. Ministro Soarez Munoz. Julgado em 24/09/1982, DJe 14.12.2010.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1.301.180/GO. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma. DJe 07/10/2010.

BRASIL. Superior de Justiça. AgInt no AREsp 935.132/BA. Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma. Julgado em 10/11/2016, DJe 18/11/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no AREsp 1.305.955/GO. Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma. Julgado em 02/04/2019, DJe 08/04/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1.447.376/SP. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma. Julgado em 24/10/2017, DJe 10/11/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1.468.493/RS. Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma. Julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1.789.026/RS. Rel. Ministro Gurgel De Faria, Primeira Turma. Julgado em 01/07/2019, DJe 02/08/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt no REsp 1.860.741/RJ. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 08/06/2020, DJe 16/06/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl no AREsp 1.282.981/GO. Rel. Ministro OG Fernandes, Segunda Turma. Julgado em 16/10/2018, DJe 22/10/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgInt nos EDcl nos EAREsp 1.282.981/GO. Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Corte Especial. Julgado em 27/08/2019, DJe 02/09/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 18.155/RJ. Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Julgado em 04/08/2011, DJe 16/08/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 19.565/RJ. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 04/09/2012, DJe 11/09/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg na MC 24.179/RJ. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 15/10/2015, DJe 17/11/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 480.173/RS. Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma. Julgado em 08/04/2003, DJ 23/06/2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 483.789/MG. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki. Primeira Turma. Julgado em 23/09/2003, DJ 13/10/2003, p. 235;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 551.386/RS. Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma. DJ 10/05/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Agravo em Recurso Especial 195.657/BA. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma. Julgado em 16/10/2012, DJe 24/10/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no AREsp 626.462/MG. Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma. Julgado em 16/04/2015, DJe 24/04/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.058.533/RJ. Rel. Ministro Herman Benjamin. Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma. Julgado em 18/12/2008, DJe 27/04/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.058.533/RJ. Rel. Ministro Herman Benjamin. Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma. Julgado em 18/12/2008, DJe 27/04/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.096.109/MT. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma. Julgado em 04/03/2010, DJe 12/03/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.182.830/RJ. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma. Julgado em 05/08/2010, DJe 16/08/2010;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.320.808/RJ. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. DJe 22/08/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.417.707/SP. Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma. Julgado em 04/02/2014, DJe 10/02/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1.482.181/SP. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma. Julgado em 11/11/2014, DJe 18/11/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 1254985/SC. Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma. Julgado em 01/03/2012, DJe 06/03/2012;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 758.687/PR. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. Julgado em 20/11/2008, DJe 16/12/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 948.705/RS. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma. DJe 17/08/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp 979.473/SP. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 20/11/2007, DJe 23/10/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1.173.483/PR. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma. Julgado em 25/02/2014, DJe 10/03/2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EDcl no REsp 1385811/SC. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma. Julgado em 23/04/2019, DJe 08/05/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. AREsp 1.547.429/SP. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 17/12/2019, DJe 25/05/2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. CC 105.358/SP. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. Julgado em 13/10/2010, DJe 22/10/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EAg 746.184/SP. Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção. Julgado em 27/06/2007, DJe 06/08/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgInt no REsp 1.672.379/MG. Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma. Julgado em 17/05/2018, DJe 28/05/2018;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EDcl no AgRg no AREsp 71.978/PI. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 04/10/2012, DJe 10/10/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 399.557/PR. Rel. Ministro Franciulli Netto, Primeira Seção. Julgado em 08/10/2003, DJe 03/11/2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 870.428/RS. Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção. Julgado em 27/06/2007, DJe 13/08/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1.077.039/RJ. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção. Julgado em 09/02/2011, DJe 12/04/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1.077.039/RJ. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques. Rel. p/ Acórdão Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção. Julgado em 09/02/2011, DJe 12/04/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 1.163.553/RJ. Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Rel. p/ Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. Julgado em 22/04/2015, DJe 14/09/2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 399.557/PR. Rel. Ministro Franciulli Netto, Primeira Seção. DJ 03/11/2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 734.831/MG. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. Julgado em 10/11/2010, DJe 18/11/2010).

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 734.831/MG. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. Julgado em 10/11/2010, DJe 18/11/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. EREsp 791.701/SP. Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção. Julgado em 10/05/2006, DJ 22/05/2006, p. 144.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MC 10.583/RJ. Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Julgado em 15/12/2005, DJ 20/02/2006, p. 247.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MC 10.583/RJ. Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Julgado em 15/12/2005, DJ 20/02/2006, p. 247.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MC 17.015/SP. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 20/10/2016, DJe 28/10/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. MC 25.107/RJ. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 08/03/2016, DJe 20/05/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 851.607/RS. Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda. Julgado em 07/10/2008, DJe 29/10/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 899.979/SP. Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma. Julgado em 23/09/2008, DJe 01/10/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.049.760/RJ. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma. Julgado em 01/06/2010, DJe 17/06/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.090.898/SP. Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção. Julgado em 12/08/2009, DJe 31/08/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.111.002/SP. Rel. Ministro Mauro Campbell. Primeira Seção. Julgado em 23/09/2009, DJe 01/10/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.116.647/ES. Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma. Julgado em 15/03/2011, DJe 25/03/2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.123.669/RS. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção. Julgado em 09/12/2009, DJe 01/02/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.127.815/SP. Relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção. DJe 14/12/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.156.668/DF. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção. Julgado em 24/11/2010, DJe 10/12/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.166.842/BA. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 23/03/2010, DJe 08/04/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.268.998/RS. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Quarta Turma. Julgado em 28/03/2017, DJe 16/05/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.272.827/PE. Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção. DJe 31.05.2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.337.790/PR. Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção. Julgado em 12/06/2013, DJe 07/10/2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.381.254/PR. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma. Julgado em 25/06/2019, DJe 28/06/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.564.097/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 17/03/2016, DJe 24/05/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.656.752/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 18/04/2017, DJe 02/05/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.670.587/SP. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 27/06/2017, DJe 30/06/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.676.163/RS. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 05/09/2017, DJe 14/09/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.691.748/PR. Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma. Julgado em 07/11/2017, DJe 17/11/2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.757.793/MS. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 11/09/2018, DJe 17/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.770.607/SC. Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma. Julgado em 06/12/2018, DJe 12/12/2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.809.674/MG. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 15/08/2019, DJe 10/09/2019

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.832.857/SP. Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma. Julgado em 17/09/2019, DJe 20/09/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.841.110/SP. Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma. Julgado em 26/11/2019, DJe 19/12/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 22.486-3. Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo. Julgado em 02/06/1992.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 534.710/SC. Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma. Julgado em 25/11/2003, DJ 22/03/2004.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 612.686/SP. Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma. DJ 23/05/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 643.097/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Julgado em 04/04/2006, DJ 18/04/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 643.097/RS. Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Julgado em 04/04/2006, DJ 18/04/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 644.158/MG. Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Julgado em 04/10/2005, DJ 24/10/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 789.955/SC. Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma. DJ 30/08/2006.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. RMS 27.473/SE. Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção. Julgado em 22/02/2011, DJe 07/04/2011.

TRIBUNAIS REGIONAIS FEDERAIS

BRASIL. Tribunal Regional Federal 2 (TRF2). AG 0000232-53.2019.4.02.0000, Rel. Des. Federal Theophilo Antonio Miguel Filho. Julgado em 18/03/2019, DJe 20/03/2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 3 (TRF3). AI 5027615-88.2019.4.03.0000. Rel. Desembargador Federal Nery Da Costa Junior. Julgado em 06/07/2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4 (TRF4). AG 5027143-60.2019.4.04.0000. Rel. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz, Segunda Turma. Juntado aos autos em 11/12/2019.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 4 (TRF4). AG 5034311-79.2020.4.04.0000. Rel. Des. Federal Alexandre Rossato Da Silva Ávila, Segunda Turma. Juntado aos autos em 23/07/2020.

BRASIL. Tribunal Regional Federal 5 (TRF5). AG 08005395320204050000. Rel. Juiz Federal Gustavo De Paiva Gadelha (Convocado), Terceira Turma. Julgado em 30/04/2020.