

ROBSON ZANETTI

Execuções Fiscais



e-book

**Dedico este livro ao senador e
empresário de sucesso Valmir
Amaral, ao meu pai Augusto
Zanetti e ao meu irmão Cleverson
Zanetti.**

Sumário

Art. 1º.....	05
Art. 2º.....	08
Art. 3º.....	25
Art. 4º.....	32
Art. 5º.....	47
Art. 6º.....	48
Art. 7º.....	51
Art. 8º.....	63
Art. 9º.....	79
Art. 10.....	86
Art. 11.....	92
Art. 12.....	108
Art. 13.....	111
Art. 14.....	114
Art. 15.....	115
Art. 16.....	121
Art. 17.....	131
Art. 18.....	134
Art. 19.....	134
Art. 20.....	135
Art. 21.....	136
Art. 22.....	136

Art. 23.....	137
Art. 24.....	138
Art. 25.....	140
Art. 26.....	140
Art. 27.....	141
Art. 28.....	141
Art. 29.....	142
Art. 30.....	154
Art. 31.....	155
Art. 32.....	155
Art. 33.....	156
Art. 34.....	158
Art. 35.....	160
Art. 36.....	160
Art. 37.....	160
Art. 38.....	161
Art. 39.....	162
Art. 40.....	164
Art. 41.....	168
Art. 42.....	169

Comentários à Lei de Execuções Fiscais – Artigo por artigo

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

A aplicação do Código de Processo Civil é feita de forma subsidiária a Lei de Execuções Fiscais, isso quer dizer que na ausência de dispositivo processual desta Lei será aplicada aquela.

Então, quando se fala em execução judicial, serão necessárias as condições da liquidez, certeza e exigibilidade para cobrança do crédito. No mesmo sentido será aplicado o CPC em caso de intimação do devedor quando este for mais de um. Neste caso haverá necessidade de serem intimados todos os co-responsáveis e o prazo para se defender será

contado da última intimação da penhora, nos termos do art. 241, III, do CPC. Este dispositivo é aplicado cumulativamente com este art. 1º (REsp 964.208/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/10/2008, DJ 17/11/2008).

Em caso de arrematação a LEF trata dela, segundo o Superior Tribunal de Justiça “nos arts. 22 e 23, que fixam apenas regras relativas ao edital (publicação, local e prazo), ao leilão (prazo, intimação e forma) e ao pagamento da comissão do leiloeiro e demais despesas indicadas no edital. A par da matéria tratada nesses dispositivos, todas as demais questões atinentes à arrematação que não encontram disciplina na Lei 6.830/80 devem observar as regras do CPC, por força do que dispõe o artigo 1º da LEF”. Assim, “o § 2º do art. 690 do CPC é expresso em admitir que o próprio credor venha a arrematar os bens penhorados. Como não há previsão na Lei 6.830/80, e o CPC autoriza o credor a participar do certame, conclui-se que a Fazenda Pública pode arrematar o bem penhorado, ante a inexistência de qualquer incompatibilidade entre a regra do art. 690, § 2º, do CPC e o processo de execução fiscal”. Ainda o STJ afirma que “nos termos do art. 686, VI, do CPC, que se aplica subsidiariamente ao processo de execução fiscal, é possível que o bem penhorado seja arrematado, em segundo leilão,

pelo lance de maior oferta, ainda que o valor ofertado seja inferior ao de avaliação, parâmetro que somente precisa ser observado no primeiro leilão. Assim, se o bem penhorado não obtiver, em primeiro leilão, oferta igual ou superior ao valor da avaliação, será realizado um novo praxeamento, quando então o bem será alienado àquele que apresentar o maior lance, independentemente do valor da avaliação. A única restrição, nesse último caso, está na regra do art. 692 do CPC, que rejeita o lance que ofereça "preço vil".

Para o STJ "Na execução fiscal haverá segundo leilão, se no primeiro não houver lance superior à avaliação" (Súmula 128/STJ).

Ainda o STJ no mesmo julgado (REsp 1070369/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJ 18/11/2008) entende que "Para a Fazenda Pública valem as seguintes diretrizes: (a) poderá adjudicar o bem penhorado, pelo valor de avaliação, antes de realizado o leilão (art. 24, I, da LEF); (b) caso não adjudique o bem nessa oportunidade, poderá participar do certame. No primeiro leilão, o bem não será arrematado por lance inferior ao preço de avaliação. No segundo, poderá arrematar o bem por valor inferior ao de avaliação, desde que ofereça a melhor

proposta, devendo-se observar somente se o preço ofertado não foi vil (art. 686, VI, c/c 692 do CPC); (c) realizado o leilão, a Fazenda Pública ainda poderá adjudicar o bem: pelo valor da avaliação, se não houve licitante (leilão negativo); ou pelo valor da melhor proposta, se houve licitante (leilão positivo) - (art. 24, II e III da LEF).”

Outro exemplo de aplicação subsidiária é que “o art. 739-A, caput, do CPC, acrescentado pelo §1º, do mesmo art., é aplicável à execução fiscal diante da ausência de norma específica na Lei 6.830/80, não havendo, por conseguinte, como se outorgar suspensividade aos embargos quando o executado deixar de garantir a execução e de demonstrar relevantes fundamentos fáticos e jurídicos em seu favor”. (STJ - RCDESP na MC 15.208/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJ 16/04/2009).

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle

dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

A dívida ativa tributária é aquela decorrente da cobrança de tributos, assim, por exemplo, será inscrito na dívida ativa o crédito decorrente do não pagamento do ICMS. Também será inscrito na dívida ativa o crédito que não decorre da cobrança de tributos, como por exemplo, os créditos rurais cedidos à União (ST - AgRg no REsp 1082039/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJ 13/05/2009).

§ 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

O art. 39, §2º da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, estabelece que “Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa Não-Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multas de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros,

laudêmios, aluguéis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais"

Este texto já está ultrapassado quando considera os empréstimos compulsórios e as contribuições estabelecidas em lei, como sendo créditos da Fazenda Pública de natureza não tributária, contrariando a sua definição de natureza tributária, segundo o Sistema Tributário Nacional, nos termos dos arts. 148, 149 e 195, §§4º e 6º da Constituição Federal.

§ 2º - A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

A lei não exige a demonstração de cálculo, o art. 202, inciso II do CTN exige que seja indicada a quantia devida e a forma de calcular os juros de mora (STJ - REsp 200.485/PR,

Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/1999, DJ 21/06/1999 p. 89).

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

O Código Tributário Nacional estabelece no art. 174, que:

“Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.”

O §3º, deste artigo determina que a suspensão da prescrição irá ocorrer pela inscrição do crédito junto a dívida ativa, “para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo”. Ocorre que esta disposição entra em conflito com o estabelecido no art. 174, parágrafo único, inciso I, do CTN, o qual afirma que a prescrição se interrompe pelo despacho do juiz que ordena a citação na execução fiscal.

A Lei de Execução Fiscal é uma lei ordinária e como tal ela tem uma hierarquia inferior ao Código Tributário Nacional (STJ - AgRg no REsp 1027676/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJ 17/12/2008), assim, não será aplicado o §3º e sim o art. 174 para efeitos de prescrição do crédito tributário. Isto ocorre quando o crédito for tributário, pois, quando o crédito não for tributário, por exemplo, FGTS, será então aplicado o art. 2º, §3º, da LEF (STJ - REsp 1055259/SC, Rel.

Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJ 26/03/2009).

A prescrição é interrompida pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal após a vigência da Lei Complementar nº 118, de 2005, que ocorreu a partir de 17.05.2005, pois, como se vê riscado no inciso I próprio artigo, anteriormente a esta vigência, a prescrição era interrompida pela citação, a qual deveria ser feita pessoalmente, do devedor. Assim, o STJ entende que “consustanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor, sob pena de retroação da novel legislação.” (STJ – REsp 860128/RS, DJ de 782.867/SP, DJ 20.10.2006; REsp 708.186/SP, DJ 03.04.2006).

Disso pode se concluir, que se o despacho que ordenou a citação foi anterior a vigência da LEF nº 118, prevalece a aplicação do antigo parágrafo único, inciso I do CTN, que determinava que a ocorrência da suspensão somente pela citação do devedor.

A prescrição poderá ocorrer antes mesmo de ser ajuizada a ação. Neste caso, ela pode ser reconhecida de ofício com base no art. 219, §5º, do CPC (redação dada pela Lei nº. 11.051/04), independente da prévia ouvida da Fazenda Pública, conforme estabelecido no §4º do art. 40 da Lei nº 6.830/80 (STJ - REsp nº 1.100.156/RJ, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, in DJ 18/6/2009). Neste caso não será preciso discutir se o credor agiu ou não com culpa para a consumação da prescrição, segundo estabelece a Súmula 106/STJ.

§ 4º - A Dívida Ativa da União será apurada e inscrita na Procuradoria da Fazenda Nacional.

Para que ocorra a inscrição na Dívida Ativa algumas condições são exigidas: (a) tratar-se de crédito da Fazenda Pública ou de pessoa a ela equiparada; (b) não ter sido pago, espontaneamente, no vencimento; (c) haver sido objeto de exame, pelo órgão competente, quanto à legitimidade da obrigação.

A inscrição na Dívida Ativa circunscreve-se no âmbito da competência da Procuradoria da Fazenda Nacional, que procederá ao exame prévio da regularidade quanto à certeza e liquidez da dívida.

A certeza refere-se à existência do débito. A liquidez concerne à determinação do valor do débito.

A finalidade da inscrição na Dívida Ativa é constituir o título executivo, que goza da presunção de certeza e liquidez, podendo, contudo, ser ilidida por prova em contrário (art. 204, parágrafo único, do CTN).

§ 5º - O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I - o nome do devedor, dos co-responsáveis e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros;

II - o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato;

III - a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida;

IV - a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V - a data e o número da inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e

VI - o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

Este parágrafo, também reproduzido no art. 202 do CTN, faz com que a inscrição na dívida ativa gere a presunção de liquidez e certeza na medida em que preencha as condições estabelecidas nos incisos I a VI.

O auto de lançamento não substitui a CDA, aquele presta para comunicar o contribuinte da existência de um crédito em aberto, sendo anterior a emissão da CDA e com esta não se confunde. A juntada do auto de lançamento não supre a falta ou falha na certidão (REsp 920.640/RS, Min. CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJ de 27.06.2007).

As condições estabelecidas nos incisos deste parágrafo devem ser preenchidas para que o executado possa saber do que está se defendendo, evitando-se com isso execuções arbitrárias, sobretudo quando poderá haver certas perseguições senão impossíveis, difíceis de serem provadas. Desta forma, por exemplo, a CDA não atende os requisitos do art. 202 do CTN quando ela engloba vários exercícios num

só, sem que haja discriminação do principal e dos consectários legais de cada ano, o que impossibilita o exercício da ampla defesa, pois dificulta a exata compreensão do “quantum exequendo”.

O STJ vem entendendo que não se deve declarar a nulidade da CDA, mesmo que ela não contenha algum dos requisitos indicados no art. 2º, §§5º e 6º, quando estes requisitos puderem ser supridos por outros elementos presentes nos autos que permitam a defesa do executado (REsp 485.743/ES, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2003, DJ 02/02/2004 p. 273). O importante é que a defesa do executado possa ser exercida. Assim, constando na CDA valores referentes a imposto e taxas, o reconhecimento da dispensa do executado do pagamento do primeiro “não tem o condão de macular o título executivo pela ausência de liquidez, porquanto o valor das taxas consta de campo autônomo, sendo destacável do quantum global da execução mediante simples cálculo aritmético “(STJ - REsp 64.637/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/09/2002, DJ 28/10/2002 p. 213).

Ao não ver prejudicada a defesa do executado o STJ entendeu que a “equivocada substituição da CDA pelo Termo

de Inscrição em Dívida Ativa não é causa de nulidade processual, pois a coincidência das informações garante o respeito aos princípios da ampla defesa e do due process”, reconhecendo-se aqui a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas (AgRg no REsp 709664/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJ 19/12/2008).

Quando não se permitir a defesa do executado, como por exemplo, quando não constar a natureza do débito e sua fundamentação legal, bem como a forma de cálculo de juros e de correção monetária, a CDA é nula, isto não significa dizer que o lançamento tributário feito também seja nulo, logo, não ocorre a coisa julgada material, podendo o crédito tributário ser exigido dentro do prazo legal. (STJ - REsp 865.266/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/10/2007, DJ 05/11/2007 p. 232), pois se não for exigido dentro do prazo legal estará prescrito.

Assim, a CDA não atende ao disposto neste artigo cumulado com o art. 202 do CTN (STJ - REsp 902357/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/03/2007, DJ 09/04/2007 p. 243).

§ 6º - A Certidão de Dívida Ativa conterà os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente.

Os elementos do Termo de Inscrição são os estabelecidos nos incisos do §5º e quando a sua ausência prejudicar a defesa do devedor deverá ser anulada pela sua falta de liquidez e certeza.

§ 7º - O Termo de Inscrição e a Certidão de Dívida Ativa poderão ser preparados e numerados por processo manual, mecânico ou eletrônico.

Em virtude da grande quantidade de inscrição de dívidas tributárias e não tributárias, sobretudo das primeiras, faz com que o Termo de Inscrição e a Certidão de Dívida Ativa sejam preparados por meio eletrônico.

Poderia se questionar se a assinatura digitalizada poderia ser utilizada na Certidão de Dívida Ativa. A autenticação restou regulada pela Lei 10.522/02, no art. 25, ao dispor que a subscrição da certidão e da petição inicial pode ser por chancela mecânica ou eletrônica, nos seguintes termos:

“Art. 25. O termo de inscrição em Dívida Ativa da União, a Certidão de Dívida Ativa dele extraída e a petição inicial em processo de execução fiscal poderão ser subscritos manualmente, **ou por chancela mecânica ou eletrônica**, observadas as disposições legais.

Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se, também, à inscrição em Dívida Ativa e à cobrança judicial da contribuição, multas e demais encargos previstos na legislação respectiva, relativos ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço”.

Aqui, entende-se que está compreendida a assinatura digitalizada, embora a lei não se refira expressamente a esta questão, pois o parágrafo em questão não diferencia chancela eletrônica, assinatura eletrônica ou digitalizada, conforme julgou o TRF 1 a Ap. Civ. nº 20060199025384/GO.

§ 8º - Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.

O parágrafo estabelece uma faculdade e não uma obrigação de substituição da Dívida Ativa pelo ente credor, nos moldes do art. 203 do Código Tributário Nacional e do §8º do art. 2º da LEF “Ela somente se verifica nas hipóteses de erro material ou formal do título executivo, sendo vedada nos casos em que tal substituição implica verdadeira modificação do próprio lançamento” (STJ - AgRg nos EDcl no REsp 1.102.769/SP, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 27/10/2009, DJ 18/11/2009).

Como exposto no final deste julgamento, quando houver modificação do próprio lançamento não poderá haver a substituição ou ementa da CDA, assim, é “inadmissível a substituição de CDA referente à cobrança de IPTU e Taxas lançados sobre área maior, por isso que não se trata de simples correção de erro material ou formal do título executivo, mas de modificação do próprio lançamento, com alteração do valor do débito, o que não guarda apoio no art. 2º, § 8º da Lei 6.830/80. (STJ - REsp 87.768/SP, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2000, DJ 27/11/2000 p. 150).”

O STJ então ratifica o entendimento doutrinário que: "Quando haja equívocos no próprio lançamento ou na inscrição em dívida, fazendo-se necessária alteração de

fundamento legal ou do sujeito passivo, nova apuração do tributo com aferição de base de cálculo por outros critérios, imputação de pagamento anterior à inscrição etc., será indispensável que o próprio lançamento seja revisado, se ainda viável em face do prazo decadencial, oportunizando-se ao contribuinte o direito à impugnação, e que seja revisada a inscrição, de modo que não se viabilizará a correção do vício apenas na certidão de dívida. A certidão é um espelho da inscrição que, por sua vez, reproduz os termos do lançamento. Não é possível corrigir, na certidão, vícios do lançamento e/ou da inscrição. Nestes casos, será inviável simplesmente substituir-se a CDA." (Leandro Paulsen, René Bergmann Ávila e Ingrid Schroder Sliwka, in "Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência", Livraria do Advogado, 5ª ed., Porto Alegre, 2009, pág. 205), não permitindo a substituição ou ementa da CDA. (STJ - REsp 1045472/BA, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/11/2009, DJ 18/12/2009).

Um bom exemplo quanto a nulidade da CDA pela ausência de origem e fundamento do débito é trazido pelo STJ no caso em que “as certidões da dívida ativa que deram suporte a presente execução estão inquinadas do vício de nulidade por carecerem de requisitos de sua constituição,

pois não há qualquer referência que identifique a origem e o fundamento legal do débito, havendo apenas a seguinte informação no campo destinado à natureza da dívida: "multa aplicada pelo U/SPE/DLF-1". (STJ - RO 88/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJ 06/08/2009). Outro exemplo é que foi extinta a demanda executiva por entender nula a CDA que não especificou o exercício a que se referia a dívida de IPVA e o veículo que a originou (STJ - REsp 891577/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/09/2008, DJ 13/10/2008).

A substituição ou ementa da CDA pode ser realizada pelo exeqüente até a prolação da sentença dos embargos à execução (STJ - REsp n.º 796.292/RS, Rel.^a Min.^a ELIANA CALMON, DJ de 06.03.2006; REsp n.º 781.063/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 13.02.2006; REsp n.º 790.530/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 19.12.2005; REsp n.º 791.114/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 19.12.2005) e não a sentença da execução, sob pena de ocorrer a preclusão temporal. Assim, será nula a CDA que incluir parcela substancial da dívida da qual a executada estava isenta se não houver sua substituição em tempo hábil nos termos do art. 203, do CTN (REsp 222.033/PB, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE

BARROS, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/08/2000, DJ 18/09/2000 p. 101).

Ocorre que antes de ser prolatada a sentença nos embargos à execução, ou seja, em primeiro grau e não após o trânsito em julgado da sentença (STJ - (REsp 1058716/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJ 03/10/2008), deve ser dada oportunidade ao exeqüente para corrigi-la (STJ - EREsp 839824/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/02/2007, DJ 19/03/2007 p. 282), sob pena de ser reformada a decisão judicial que não fizer isto para dar a oportunidade ao exeqüente fazer. Neste sentido o STJ julgou que é nula a CDA juntada através de cópia, porém, como não foi dada oportunidade para a exeqüente juntar a CDA original deve ser reformada a sentença e dar esta oportunidade (STJ - REsp 954770/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/06/2008, DJ 14/08/2008).

O STJ veda a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ) após a citação, permitindo que seja feita somente antes desta (STJ - REsp 816069/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJ 22/09/2008), porém, já permitiu

do sujeito ativo quando a mudança ocorrer através de modificação legislativa (STJ - REsp 895615/DF).

No que se refere aos honorários se são ou não devidos em caso de substituição da CDA com reabertura do prazo para oposição de embargos, o STJ entende que não, “pois apenas à decisão final do

processo caberá fazê-lo” (REsp 388.764/RS).

§ 9º - O prazo para a cobrança das contribuições previdenciárias continua a ser o estabelecido no artigo 144 da Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960.

Estabelece o artigo em epígrafe:

“Art. 144. O direito de receber ou cobrar as importâncias que lhes sejam devidas, prescreverá, para as instituições de previdência social, em trinta anos.”

Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova

inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

Aspectos objetivos. Em certo poderá até ficar provado que a certidão está incorreta, porém, devido a ausência de gravidade no equívoco, isto não impedirá com que a dívida ativa perca sua certeza e liquidez. Assim, a “substituição do índice de correção monetária constante da certidão de dívida ativa não afeta a sua liquidez de certeza porquanto possível, através de simples cálculos aritméticos, apurar-se o valor do débito tributário, dando ensejo ao prosseguimento da execução fiscal. Desnecessidade de anulação da CDA”. (STJ - REsp 760140/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2007, DJ 20/06/2007 p. 227). Neste sentido então o STJ afirmou que a mera substituição do fato de atualização monetária, como a TRD pelo INPC, não induz à nulidade da CDA. (REsp 384.528/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/05/2002, DJ 10/06/2002 p. 147).

Estas alterações são permitidas desde que seja possível eliminar-se o valor indevido e prosseguir na execução quando não houver necessidade de substituir a CDA (STJ - REsp 1058716/RJ, Rel. Ministro CASTRO

MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/09/2008, DJ 03/10/2008).

Também neste mesmo sentido o STJ (EDcl no REsp 429611/SC, Rel. Ministra ELIANA CALMON, julgado em 07/12/2004, DJ 14/02/2005 p. 154) entendeu que “O pagamento parcial de dívida fiscal, consubstanciada em certidão de dívida ativa, não afeta a sua liquidez quando é possível, através de simples cálculos aritméticos, apurar-se o saldo remanescente, dando ensejo ao prosseguimento da execução fiscal. Desnecessidade de substituição da CDA”.

Embora haja a presunção de certeza e liquidez da dívida ativa, ela poderá ser considerada ilíquida pelo próprio juiz de ofício, como ocorre no caso de lei declarada inconstitucional pelo STF (STJ - AgRg no REsp 1062931/PE, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJ 05/03/2010).

Como se percebe, quando através de cálculos aritméticos puder se chegar ao valor da dívida, não será necessária a substituição da CDA, esta somente ocorrerá quando prejudicar a defesa.

Aspectos subjetivos na responsabilidade do administrador. A responsabilidade subsidiária (STJ - REsp

779.593/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 06/03/2006 p. 229) é do sócio-administrador e não do sócio quotista que não era administrador à época do fato gerador (STJ – AgRg no REsp 1152903/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJ 19/04/2010). A adesão ao programa de parcelamento efetuada pelo sócio remanescente da empresa em nada ilide a responsabilidade do sócio-gerente à época do fato gerador do tributo (STJ - AgRg no REsp 1152903/PR, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJ 19/04/2010).

A responsabilidade então somente é cabível em caso de prova que este agiu com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato social ou estatuto, à luz do que estabelece o art. 135, III, do CTN e ainda em caso de dissolução irregular da sociedade. O problema aqui será do ônus da prova, a quem cabe este ônus?

O STJ (AgRg no Ag 1278132/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJ 30/04/2010) entende que "se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada

nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos 'com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos." Agora, se o nome do sócio administrador não consta da CDA o ônus da prova será do credor (STJ - AgRg nos EDcl no AG 1147637/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJ 17/03/2010) em caso de redirecionamento, pois, o STJ entende (EDcl no AgRg no REsp 736.588/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJ 22/09/2009) que se a execução for movida contra a pessoa jurídica e também contra o sócio-administrador, não se está dentro de um caso típico de redirecionamento, então o ônus da prova será do executado em demonstrar que não agiu de forma contrária ao art. 135, III, do CTN porque a CDA goza da presunção de certeza e liquidez. Não concordamos que a execução possa ser movida diretamente contra a pessoa jurídica e a física do sócio-administrador porque a responsabilidade do sócio-administrador é subsidiária e não solidária.

Merece destaque o fato que “a inclusão do nome do sócio na CDA apenas gera presunção de veracidade se houver processo administrativo prévio, de sorte que, não havendo tal procedimento, não há inversão do ônus da prova

para fins de redirecionamento da execução fiscal. (STJ - REsp 1116424/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJ 16/09/2009).”

A prova em contrário da presunção de veracidade, também prevista no art. 204 do CTN, não pode ser tão rigorosa ao ponto de ser diabólica e impedir com que se prove o contrário.

Em caso de dissolução irregular da sociedade, servirá como prova para o redirecionamento da execução contra o sócio-administrador, a certidão lavrada pelo oficial de justiça informando que não encontrou a empresa no local indicado no contrato social na Junta Comercial, por exemplo, ou então que no local encontra-se outra empresa (STJ - AgRg no REsp 1127936/PA, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJ 05/10/2009).

Lamentavelmente o STJ entendeu mesmo em caso de dissolução regular da sociedade, como é o caso da falência, estando o nome do sócio inscrito na dívida ativa mesmo após a falência a execução fiscal poderá prosseguir e ele ser responsabilizado se o seu nome estiver inscrito na dívida ativa. Cabendo a ele o ônus da prova de demonstrar que não agiu com excesso de poderes, infração à lei, ao contrato social

ou estatuto, segundo estabelece o art. 135, III, do CTN (AgRg no Ag 1058751/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, Rel. p/ Acórdão Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJ 23/04/2010).

O momento da produção de provas. A produção de provas para demonstrar que incerteza ou iliquidez da dívida normalmente é feita após a penhora de bens do devedor, porém, em certos casos, quando não houver a necessidade de dilação probatória, a matéria puder ser conhecida de ofício pelo julgador e não havendo penhora, esta prova poderá ser apresentada através da exceção de pré-executividade (STJ - AgRg no Ag 1246237/ES, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/05/2010, DJ 27/05/2010; AgRg no REsp 1092313/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJ 25/05/2009), assim por exemplo, para demonstrar que determinado sócio não estava na administração durante o surgimento do fato gerador do tributo, será suficiente a apresentação de inteiro teor do contrato social.

A dispensa da penhora no caso de suscitação de pré-executividade ocorre porque a discussão é limitada a questões relativas aos pressupostos processuais; condições da

ação; vícios formais do título e exigibilidade e prescrição manifesta.

Art. 4º - A execução fiscal poderá ser promovida contra:

I - o devedor;

Este inciso dispensa qualquer comentário, pois é lógico que a execução não só pode, como deve ser movida contra o devedor.

II - o fiador;

Esta situação ocorre quando alguma pessoa resolve garantir o pagamento ao credor.

III - o espólio;

O espólio é representado pelo administrador provisório, caso não iniciado o inventário e tendo início este, pelo inventariante. Assim, pode ter contra ele movida a demanda de execução e não há necessidade de serem citados todos os herdeiros para constituição do crédito tributário (REsp 995.155/RS, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJ 24/04/2008). A demanda de execução então pode ser movida contra o

espólio ou herdeiros, como também estabelece o art. 131, II e III do CTN.

Se o devedor morrer sem deixar testamento conhecido e nem bens a inventariar, deve ser extinta a execução em virtude da impossibilidade jurídica do pedido, já que não poderão ser penhorados bens dos herdeiros porque se nada receberam de herança ou testamento, não responderão por nada, pois o herdeiro, responde no limite da herança (art. 1.792 do CC/2002), “cada qual em proporção da parte que na herança lhe couber “ (art. 1.997 do CC/2002). Neste sentido o STJ julgou (REsp 718.023/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/08/2008, DJ 16/09/2008) que “Com a morte do devedor, deve a Fazenda Nacional corrigir a sujeição passiva da obrigação e verificar a existência de bens onde possa recair a execução. Para tal, é necessário realizar diligências no sentido de se apurar a existência de inventário ou partilha e, caso inexistentes, a sua propositura por parte da Fazenda Nacional na forma do art. 988, VI e IX do CPC. Em havendo espólio ou herdeiros, a execução deverá contra eles ser proposta nos termos do art. 4º, III e IV da Lei nº 6.830/80 e art. 131, II e III do CTN. A execução será movida contra o espólio se não houver sido realizada a partilha e contra os herdeiros quando já realizada esta”.

Como se percebe, o credor tem uma obrigação de corrigir a sujeição passiva e verificar a existência de bens onde possa recair a execução, se não fizer isto, poderá ver seu crédito prescrito.

IV - a massa;

A massa é formada pelo conjunto de bens do devedor. Esta situação ocorre com habitualidade nos casos de falência onde após a falência é formado uma massa de dívidas e créditos do falido, sem que esta massa possua personalidade jurídica. Neste caso, o administrador judicial passa a representar a massa falida e será citado e intimado da penhora em virtude das execuções fiscais.

V - o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e

Responsabilidade do sócio administrador.

Normalmente o que se vê na prática é a imputação da responsabilidade subsidiária (STJ - REsp 814.272/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJ 17/12/2008) por dívidas tributárias de pessoas jurídicas sendo atribuída ao sócio administrador, são raríssimos os casos diferentes desta situação.

A responsabilidade subsidiária prevista no §3º deste artigo se verifica após ser demonstrado pelo credor que não existem bens da executada para serem penhorados (AgRg no REsp 676.754/AL, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJ 17/12/2008) e o devedor não vier a demonstrar o contrário disso.

Ainda para que fique caracterizada a responsabilidade do sócio-administrador deverá ficar comprovado uma das seguintes situações: 1) que houve dissolução irregular da sociedade; 2) infração à lei; 3) infração ao contrato social ou estatuto e por fim 4) que tenha agido com excesso de poderes.

Como primeiro exemplo desta situação podemos citar o caso julgado pelo STJ onde se discutiu a dissolução irregular de uma sociedade (AgRg no AgRg no REsp 934.252/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJ 05/08/2009) e foi feito o pedido de redirecionamento da execução fiscal decorrente desta dissolução ao sócio administrador. Neste caso entendeu-se que para ficar caracterizada esta responsabilidade é necessário que o sócio administrador permaneça na administração da empresa no momento da

ocorrência dessa dissolução (EREsp 100.739/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJ de 28.2.2000, p. 32).

A dissolução irregular acontece, por exemplo, quando o oficial de justiça atestar que a empresa não está mais funcionando no local consignada no contrato social, sem que seja indicada a nova localização e o devedor não produzir nenhuma prova em contrário.

No que se refere a infração legal, o STJ entendeu que o simples não pagamento do tributo não faz presumir a responsabilidade do sócio-administrador da sociedade executada (REsp 1116424/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJ 16/09/2009), pois estaria tão somente caracterizada a mora do devedor e isto não se constitui numa infração legal (STJ – REsp 121021/PR). Por outro lado, caracterizada a apropriação indébita (infração inclusive penal), haverá a responsabilização do sócio-administrador. Também não se caracteriza infração à lei simplesmente o fato de não serem encontrados bens para serem penhorados (STJ - REsp 856.266/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 02/10/2006).

VI - os sucessores a qualquer título.

Sucessão de empresas, fusão, cisão e incorporação. Os arts. 132 e 133 do CTN, estabelecem:

“Art. 132. A pessoa jurídica de direito privado que resultar de fusão, transformação ou incorporação de outra ou em outra é responsável pelos tributos devidos até a data do ato pelas pessoas jurídicas de direito privado fusionadas, transformadas ou incorporadas.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se aos casos de extinção de pessoas jurídicas de direito privado, quando a exploração da respectiva atividade seja continuada por qualquer sócio remanescente, ou seu espólio, sob a mesma ou outra razão social, ou sob firma individual.

Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou

estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.

§ 1º O disposto no caput deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial: (Parágrafo incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

I - em processo de falência; (Inciso incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

II - de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial. (Inciso incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 2º Não se aplica o disposto no § 1º deste artigo quando o adquirente for: (Parágrafo incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

I - sócio da sociedade falida ou em recuperação judicial, ou sociedade controlada pelo devedor falido ou em recuperação judicial; (Inciso incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

II - parente, em linha reta ou colateral até o 4º (quarto) grau, consanguíneo ou afim, do devedor falido ou em recuperação judicial ou de qualquer de seus sócios; ou (Inciso incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

III - identificado como agente do falido ou do devedor em recuperação judicial com o objetivo de fraudar a sucessão tributária. (Inciso incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 3º Em processo da falência, o produto da alienação judicial de empresa, filial ou unidade produtiva isolada permanecerá em conta de depósito à disposição do juízo de falência pelo prazo de 1 (um) ano, contado da data de alienação, somente podendo ser utilizado para o pagamento de créditos extraconcursais ou de créditos que preferem ao tributário. (Parágrafo incluído pela Lcp nº 118, de 2005)”.

Para que seja constatada a sucessão tributária não bastará à existência de meros indícios, será necessário que sejam preenchidas as condições estabelecidas no art. 133 do CTN (STJ – REsp. 844024/RJ e AgRg no REsp 601977/RJ). Uma vez preenchidas estas condições a sucessora será subsidiariamente responsabilizada (§3º e STJ – REsp 847019/MG), isto faz com que a responsabilidade da sucedida continue a existir.

Esta responsabilidade abrange, “além dos tributos devidos pelo sucedido, as multas moratórias ou punitivas, que, por representarem dívida de valor, acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, desde que seu fato gerador tenha ocorrido até a data da sucessão. (Precedentes: REsp 1085071/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/05/2009, DJ 08/06/2009; REsp 959.389/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/05/2009, DJ 21/05/2009; AgRg no REsp 1056302/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJ 13/05/2009; REsp 3.097/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/10/1990, DJ 19/11/1990) 2. "(...) A hipótese de sucessão empresarial (fusão, cisão, incorporação), assim como nos casos de aquisição de fundo de comércio ou estabelecimento

comercial e, principalmente, nas configurações de sucessão por transformação do tipo societário (sociedade anônima transformando-se em sociedade por cotas de responsabilidade limitada, v.g.), em verdade, não encarta sucessão real, mas apenas legal. O sujeito passivo é a pessoa jurídica que continua total ou parcialmente a existir juridicamente sob outra "roupagem institucional". Portanto, a multa fiscal não se transfere, simplesmente continua a integrar o passivo da empresa que é: (a) fusionada; (b) incorporada; (c) dividida pela cisão; (d) adquirida; (e) transformada. (Sacha Calmon Navarro Coêlho, in Curso de Direito Tributário Brasileiro, Ed. Forense, 9ª ed., p. 701) 3. A base de cálculo possível do ICMS nas operações mercantis, à luz do texto constitucional, é o valor da operação mercantil efetivamente realizada ou, consoante o artigo 13, inciso I, da Lei Complementar n.º 87/96, "o valor de que decorrer a saída da mercadoria". (STJ - REsp 923.012/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2010, DJ 24/06/2010).

Uma típica situação de sucessão de empresas é demonstrada neste julgado do STJ: (a) duas empresas com o mesmo objeto social; (b) localizadas no mesmo endereço; (c) pertencentes à mesma família; e (d) enquanto uma vai morrendo gradativamente (*rectius*, sendo programadamente

desativada), por causa das elevadas dívidas, a outra vai nascendo e crescendo, inclusive para dentro dela migrando o quadro de funcionários e os próprios maquinários, erige-se situação de fato que afirma, estreme de dúvida, a ocorrência de sucessão tributária integral.” (REsp 1042893/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/11/2009, DJ 17/11/2009). Esta sucessão normalmente ocorre porque o primeiro empresário é proprietário do imóvel onde será estabelecida a segunda empresa.

Uma vez verificada a sucessão “é possível que a penhora recaia sobre percentual da totalidade do faturamento da empresa sucessora, sem limitar-se ao faturamento do estabelecimento situado no endereço da empresa sucedida” (STJ - REsp 841864/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJ 21/10/2008).

Sucessão tributária no caso de recuperação judicial e falência. A Lei nº 11.101/2005, trouxe o art. 141, II, importante inovação em matéria tributária, ao impedir a sucessão tributária de empresas em processos de recuperação judicial e falência ao estabelecer que:

“Art.141. Na alienação conjunta ou separada de ativos, inclusive da empresa ou de suas filiais,

promovida sob qualquer das modalidades de que trata este artigo:

(...)

II - o objeto da alienação estará livre de qualquer ônus e não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, as derivadas da legislação do trabalho e as decorrentes de acidentes de trabalho.”

Neste sentido, julgou a 17ª Câmara Cível do TJ/PR o agravo de instrumento nº 607.378-3 ao não admitir a sucessão tributária de uma empresa que adquiriu cem pontos empresariais de uma rede varejista. A não sucessão tributária nestes casos também está estabelecida no art. 133, §1º, inciso II, do CTN, *in verbis*:

“Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou

estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato:

§ 1º O disposto no **caput** deste artigo não se aplica na hipótese de alienação judicial: (Parágrafo incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

I – em processo de falência; (Inciso incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

II – de filial ou unidade produtiva isolada, em processo de recuperação judicial. (Inciso incluído pela Lcp nº 118, de 2005)”

Como verificado, a sucessão tributária não ocorre nos casos de recuperação judicial e falência, segundo as condições estabelecidas no art. 141 da Lei nº 11.101/05 e art. 133 do CTN.

§ 1º - Ressalvado o disposto no artigo 31, o síndico, o comissário, o liquidante, o inventariante e o administrador, nos casos de falência, concordata, liquidação, inventário, insolvência ou concurso de credores, se, antes de garantidos os créditos da Fazenda Pública, alienarem ou derem em garantia

quaisquer dos bens administrados, respondem, solidariamente, pelo valor desses bens.

Este artigo faz com que o administrador judicial e não mais o síndico e o comissário que existiam antes da reforma da lei falimentar (Lei nº 11.101/05), o liquidante, o inventariante e o administrador de empresas, respondam solidariamente perante a Fazenda Pública caso não respeitem o direito de preferência desta por ocasião dos pagamentos realizados extrajudicialmente ou mesmo judicialmente.¹

§ 2º - À Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial.

Este parágrafo faz com que na ausência de disposição específica na legislação tributária, seja aplicada supletivamente a legislação civil, pois, com a entrada em vigor do novo Código Civil houve a unificação entre as legislações comercial e civil.

¹ Para análise da forma de pagamento do crédito da Fazenda Pública remetemos os leitores aos comentários que fizemos do art. 29 desta Lei.

§ 3º - Os responsáveis, inclusive as pessoas indicadas no § 1º deste artigo, poderão nomear bens livres e desembaraçados do devedor, tantos quantos bastem para pagar a dívida. Os bens dos responsáveis ficarão, porém, sujeitos à execução, se os do devedor forem insuficientes à satisfação da dívida.

Este artigo deixa claro que a responsabilidade dos responsáveis e das pessoas indicadas no §1º deste artigo é subsidiária e não solidária em caso de redirecionamento da execução fiscal. Assim, somente na insuficiência de bens da pessoa jurídica é que poderão ser penhorados bens destas últimas pessoas.

O art. 596 do CPC, aqui aplicado supletivamente por força do artigo 1º da LEF reza que:

“Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro excutidos os bens da sociedade.

§ 1º Cumpre ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma

comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito.

§ 2º Aplica-se aos casos deste artigo o disposto no parágrafo único do artigo anterior”.

Caso sejam penhorados bens dos responsáveis e das pessoas indicadas no §1º do art. 5º antes de verificada a insuficiência dos bens da pessoa jurídica, caberá àqueles indicar bens à penhora da pessoa jurídica para serem penhorados, não bastará simplesmente alegar a responsabilidade subsidiária.

§ 4º - Aplica-se à Dívida Ativa da Fazenda Pública de natureza não tributária o disposto nos arts. 186 e 188 a 192 do Código Tributário Nacional.

Ver comentários realizados no art. 2º, §1º, sobre dívida ativa tributária e não tributária.

Art. 5º - A competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário.

A aplicação deste artigo na prática faz com que o processo de execução movida pelo credor tributário fique fora da discussão em processos de falência, recuperação de empresas, de liquidação, de insolvência ou de inventário. Isto não quer dizer que o produto da arrecadação decorrente da penhora também o fique. Assim por exemplo, no caso de falência, embora a execução fiscal exclua a competência do juízo falimentar para processar e julgar a execução, ela não exclui o destino do dinheiro obtido com a alienação judicial do bem, devendo o produto da arrecadação ser destinado ao juízo falimentar para que o credor fiscal receba seu crédito segundo sua ordem de classificação, ou seja, primeiro receberão os trabalhadores até a importância de 150 salários mínimos cada um, depois o credor com garantia real até o valor da garantia, daí então virá o credor tributário.

Embora o crédito da Fazenda Pública não concorra ou necessite de habilitação no processo de falência, isso não quer dizer que não haja uma sujeição a outros credores que gozam de preferência no recebimento.

Art. 6º - A petição inicial indicará apenas:

Os requisitos que devem constar na petição inicial na LEF são diferentes daqueles previstos no art. 282 do CPC, aqui a exigência é muito mais simples.

I - o Juiz a quem é dirigida;

II - o pedido; e

III - o requerimento para a citação.

§ 1º - A petição inicial será instruída com a Certidão da Dívida Ativa, que dela fará parte integrante, como se estivesse transcrita.

É indispensável que se junte a Certidão de Dívida Ativa, pois ela deve conter os requisitos estabelecidos no art. 2º, §5º da LEF. Os requisitos são exigidos, como vimos anteriormente, para permitir a ampla defesa do executado, logo, se não for juntada a CDA, sequer existem os requisitos para serem discutidos, ou seja, a juntada da Certidão de Dívida Ativa é um pré-requisito para discutir os requisitos previstos no art. 2º, §5º, da LEF.

Desta forma, não é exigido o cumprimento do art. 614, II do CPC que pede o demonstrativo de cálculo atualizado para a execução da dívida (TRF 1 - AC 1998.39.00.003839-1/PA, Rel. Juiz Federal MARK YSHIDA BRANDÃO (conv), OITAVA TURMA,e-DJF1 p.217 de 30/10/2008).

§ 2º - A petição inicial e a Certidão de Dívida Ativa poderão constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico.

É o mais comum, o normal que a petição inicial e a Certidão de Dívida Ativa estejam constituídas num único documento e que seja feito pelo processo eletrônico. Na era da informática isso é normal.

§ 3º - A produção de provas pela Fazenda Pública independe de requerimento na petição inicial.

Conforme demonstrado anteriormente, os requisitos aqui exigidos são diferentes do art. 282 do CPC, por isso não existe a necessidade da Fazenda Pública requerer na petição inicial a produção de provas.

§ 4º - O valor da causa será o da dívida constante da certidão, com os encargos legais.

O valor da causa é importante porque ele servirá, por exemplo, para determinação do valor dos honorários de sucumbência. A ele são acrescidos os encargos legais, por isso, estes encargos devem ser claros, permitindo com o devedor se defenda e saiba do que está se defendendo. Na

prática muitas vezes, esta situação acaba não se revelando desta forma, impedindo a ampla defesa do executado.

Art. 7º - O despacho do Juiz que deferir a inicial importa em ordem para:

I - citação, pelas sucessivas modalidades previstas no artigo 8º;

A citação deve atender as modalidades previstas no art. 8º. Desta forma, é dispensável comentarmos aqui estas modalidades, remetemos o leitor então aos comentários feitos no art. 8º.

II - penhora, se não for paga a dívida, nem garantida a execução, por meio de depósito ou fiança;

Do pagamento da dívida. O pagamento é forma de extinção do crédito tributário, segundo estabelece o art. 156, inciso I, do CTN. Pagou, está extinto o crédito tributário!

Da penhora. A penhora acontece por eliminação, isto quer dizer que ela irá ocorrer quando não for paga a dívida ou garantida a execução, por meio de depósito ou fiança bancária.

Da garantia da execução. A garantia da execução ocorrerá por meio do depósito (a) ou fiança bancária (b).

Do depósito. O art. 9º da Lei de Execuções Fiscais reza que:

“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 atualização monetária”;

Da realização em dinheiro. O depósito deve ser feito em dinheiro, segundo se vê no inciso I. Ele tem uma dupla finalidade. Por um lado, ele impede a contagem de juros moratórios e aplicação de multa e, por outro, o ajuizamento da execução fiscal.

Com o depósito estará garantido o juízo e sendo o depósito integral, ou seja, que cubra todo o valor da dívida executada, este afastará a incidência de juros de mora a partir da data em que foi efetivado, já que os valores estarão acrescidos de juros e correção monetária pagos pela instituição bancária onde se efetivou o depósito (STJ - AgRg

no Ag 1183695/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJ 18/12/2009)

O depósito integral faz com que a execução fiscal seja suspensa (art. 151, II, do CTN), não impedindo a continuidade da defesa apresentada, assim, ao ser apresentado os embargos à execução, este terá continuidade, ficando a execução suspensa. Se o depósito for parcial, somente sofrerá suspensão a execução pela parte do crédito tributário que estiver garantida.

Para se evitar o ajuizamento da execução fiscal, o depósito integral poderá ser feito para garantir o montante integral da dívida segundo o art. 151, inciso II, do CTN através de uma ação anulatória de débito fiscal. Este depósito irá retirar a exigibilidade da certidão da dívida ativa. Se mesmo assim for ajuizada a execução fiscal, esta deverá ser julgada extinta (STJ - REsp1040603/MG, Rel. Min. Mauro Campbell, DJ. 23/06/2009 REsp 807685/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 08/05/2006).

Se o depósito for feito após o ajuizamento da execução fiscal, sua exigibilidade ficará suspensa. (STJ - REsp 193.402/RS, 2ª Turma, Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 31.03.2003; REsp 677.212/PE. 1ª T., Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 17.10.2005; REsp 156885/SP, 2ª Turma,

Min. CASTRO MEIRA, DJ 16.11.2004; REsp 181758/SP, 1ª Turma, Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 06.05.2002; REsp 62767/PE, 2ª Turma, Min. ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, DJ de 28.04.1997)

Se for ajuizada a ação anulatória de débito fiscal sem a realização do depósito integral do valor da dívida regularmente inscrita, esta demanda não impedirá o ajuizamento da ação de execução fiscal. (STJ - REsp n.º 216.318/SP, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 07/11/2005; REsp n.º 747.389/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 19/09/2005; REsp n.º 764.612/SP, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ de 12/09/2005; AgRg no Ag n.º 606.886/SP, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 10/04/2005; e REsp n.º 677.741/RS, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 07/03/2005).

Caso o devedor tenha indicado algum bem a penhora poderá pedir a sua substituição pelo depósito em dinheiro, independentemente do consentimento do credor (art. 15, I, da Lei nº 6.830/80).

O depósito será devolvido ao Executado na proporção em que for desconstituído o crédito tributário após o trânsito em julgado da decisão (art. 32, §2º do CTN), a não ser que haja concordância expressa em contrário pelo credor. (AgRg

no REsp 921.123/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJ 03/06/2009).

Pelo valor em que persistir o crédito tributário, o depósito será destinado a este pagamento após o trânsito em julgado da decisão.

Do local da realização do depósito. O art. 32 da Lei 6.830/80 estabelece que “Os depósitos judiciais em dinheiro serão obrigatoriamente feitos:

“I - na Caixa Econômica Federal, de acordo com o Decreto-lei nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979, quando relacionados com a execução fiscal proposta pela União ou suas autarquias;

II - na Caixa Econômica ou no banco oficial da unidade federativa ou, à sua falta, na Caixa Econômica Federal, quando relacionados com execução fiscal proposta pelo Estado, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias”.

Da fiança bancária.

“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 – (...);

II - oferecer fiança bancária;”

O art. 818 do Código Civil estabelece que:

“Art. 818. Pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra.”

Assim, diante de uma execução fiscal, o devedor poderá buscar um Banco para obter este compromisso de pagamento, qual seja, que o Banco assumira a obrigação de pagar sua dívida tributária se ele for condenado.

A fiança bancária tem a mesma natureza jurídica que a fiança civil, assim, ela parte do pressuposto que seja ofertada por terceiro, já que ela se destina a assegurar o cumprimento de uma obrigação de outrem. Desta forma, ela impõe com condição a existência de três pessoas: o credor, o devedor-afiançado, ou executado, e o banco-fiador, ou garante. Assim é incabível, “a prestação de fiança bancária, para garantia do processo de execução fiscal, pelo próprio devedor” (REsp 183.648/SP, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/03/2002, DJ 01/07/2002 p. 277).

A fiança bancária tem um problema financeiro prático, ela é muito cara nos dias de hoje. Se não fosse o alto custo, a fiança bancária funcionaria muito bem, pois ela equivale ao depósito bancário, segundo se verifica ao analisar os arts. 9º, §3º e 15, da Lei de Execuções Fiscais. Na execução fiscal ela permite que o devedor não disponibilize dinheiro. Isso ocorre na execução fiscal, mas não funciona na ação anulatória, que exige o depósito em dinheiro e ainda pelo valor integral da dívida, não sendo admitida a fiança bancária. (Súmula 112/STJ: "O depósito somente suspende e exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro"; (STJ - AgRg no REsp 1157794/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJ 24/03/2010).

Caso o devedor tenha algum bem penhorado e precise dele, também poderá oferecer a fiança bancária para reavê-lo, segundo estabelece o art. 15, I, da Lei nº 6.830/80 na execução fiscal, não sendo este dispositivo aplicado para ação anulatória de débito fiscal. Esta substituição ocorre independentemente do consentimento do credor (AgRg no Ag 1075169/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJ 16/03/2010).

Merece ser destacado que o seguro garantia, nova modalidade de caução regulada pela Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), por meio da Circular nº 232/2003 não equivalente a fiança bancária, logo, como estes dois não se comparam, aquele não poderá ser utilizado no lugar da fiança bancária. (REsp 1098193/RJ, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJ 13/05/2009)

A fiança bancária embora equiparada ao depósito bancário não tem força para suspender a execução fiscal (STJ - AgRg no REsp 1046930/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJ 25/03/2009), porém, o interessante é que poderá substituir a penhora feita em dinheiro, na forma convencional ou on-line.

Assim como ocorre com o depósito em dinheiro, o levantamento da fiança bancária ocorre somente após o trânsito em julgado da decisão, segundo estabelece o art. 32, §2º, da LEF. (REsp 1033545/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/04/2009, DJ 28/05/2009).

III - arresto, se o executado não tiver domicílio ou dele se ocultar;

O arresto é realizado quando o executado não tiver domicílio ou dele se ocultar. O domicílio da pessoa jurídica é o local de sua sede. O arresto uma vez feito será transformado em penhora, portanto, será necessária a intimação pessoal do devedor para ele apresentar embargos à execução.

Segundo julgou o STJ, “o arresto previsto no art. 7º da LEF é medida executiva decorrente do recebimento da inicial, que, por força de lei, traz em si a ordem para (a) citação do executado, (b) penhora, no caso de não haver pagamento da dívida nem garantia da execução, e (c) arresto, se o executado não tiver domicílio ou dele se ocultar. Trata-se, portanto, de medida semelhante ao arresto previsto no art. 653 do CPC: ambos são providências cabíveis quando há empecilhos à normal e imediata citação do devedor e não se submetem aos requisitos formais e procedimentais da ação cautelar disciplinada nos arts. 813 a 821 do CPC”. (REsp 690618/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/03/2005, DJ 14/03/2005 p. 235)

IV - registro da penhora ou do arresto, independentemente do pagamento de custas ou outras despesas, observado o disposto no artigo 14; e

Da fraude à execução. O art. 185 do CTN da redação anterior a reforma da Lei Complementar nº 118/2005, exigia apenas a citação válida em processo de execução fiscal prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorriam o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas até 8.6.2005).

Após a reforma, segundo entende o STJ (REsp 751.481/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJ 17/12/2008) “exige-se apenas a inscrição em dívida ativa prévia à alienação para caracterizar a presunção relativa de fraude à execução em que incorrem o alienante e o adquirente (regra aplicável às alienações ocorridas após 9.6.2005).” Neste caso, esta presunção poderá ser invertida pelo adquirente se provar que agiu com boa-fé na aquisição do bem. De que forma? “Apresentando as certidões de tributos federais e aquelas pertinentes ao local onde registrado o bem e onde tinha residência o alienante ao tempo da alienação, em analogia às certidões exigidas pela Lei n.7.433/85, e demonstrando que, mesmo de posse de tais certidões, não lhe era possível ter conhecimento da existência da execução fiscal (caso de alienação ocorrida até 8.6.2005), ou da inscrição em dívida ativa (caso de alienação ocorrida após 9.6.2005).”

Invertida a presunção relativa de fraude à execução (juris et de jure), cabe ao credor demonstrar o *consilium fraudis*, a culpa ou a má-fé.

Em importante decisão o STJ entendeu que se o executado for citado e a penhora não for realizada, “é ônus do credor provar que o ato de alienação impugnado é capaz de conduzir o devedor à insolvência pela falta de outros bens penhoráveis ou pela insuficiência dos localizados”. (REsp 907.491/MS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJ 29/03/2007 p. 256).

Para finalizar o STJ entende que a “incidência da norma de fraude à execução pode ser afastada pelo devedor ou pelo adquirente se demonstrado que foram reservados pelo devedor bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida, ou que a citação não foi válida (para alienações ocorridas até 8.6.2005), ou que a alienação se deu antes da citação (para alienações ocorridas até 8.6.2005), ou que a alienação se deu antes da inscrição em dívida ativa (para alienações posteriores a 9.6.2005).”

Da inexistência de fraude à execução em caso de transferência de bem de família dos pais para os filhos. A matéria envolvendo a discussão sobre o bem de

família é de ordem pública e poderá ser discutida a qualquer tempo e grau de jurisdição.

O bem de família é impenhorável. Assim, independente dele ser oferecido espontaneamente em garantia como ser penhorado a pedido do credor. No primeiro caso, o bem de família é irrenunciável por consentimento do próprio devedor, pois a lei busca tutelar a entidade familiar.

O STJ julgou (REsp 1059805/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJ 02/10/2008) que o fato do devedor “já não residir no imóvel não afasta sua impenhorabilidade absoluta, já que foi transferido, no caso, para seus filhos com usufruto de sua ex-esposa. Como a lei objetiva tutelar a entidade familiar e não a pessoa do devedor, não importa que no imóvel já não mais resida o executado”. Assim, “a doação do bem aos filhos do executado com usufruto pela ex-esposa não pode ser considerado fraude à execução, pois não há a possibilidade dessa vir a ser frustrada em face da aludida alienação.”

Neste sentido também o STJ julgou (REsp 814.272/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJ 17/12/2008) que se estiver prescrito o direito do exeqüente buscar seu crédito junto ao

sócio administrador dentro do prazo legal, é válida a transmissão que este tenha feito a seus filhos. Isto é lógico, pois se o crédito não pode ser exigido do responsável, não existe causa para se exigir bens transferidos de pai para filho por exemplo.

V - avaliação dos bens penhorados ou arrestados.

Os bens serão avaliados para saber se em tese cobrem ou não o valor da execução. Caso sejam insuficientes novos bens deverão ser penhorados e se forem excessivos deverá haver a redução da penhora.

Art. 8º - O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:

Do pagamento ou garantia a execução. O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução.

Pode acontecer que o credor indique na petição inicial os bens que pretende penhorar do devedor, assim, questiona-se: tem o credor este direito ou então é direito do devedor indicar os bens a serem penhorados dentro do prazo legal? Esta discussão chegou a STJ e ficou entendido que o credor tem direito a fazer esta nomeação com base no art. 53, da Lei nº 8.212/91, o qual estabelece que "Na execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, será facultado ao exeqüente indicar bens à penhora, a qual será efetivada concomitantemente com a citação inicial do devedor". Porém, caberá ao devedor provar que ela está sendo muito onerosa (art. 620 do CPC) e então indicar outros bens levando-se em consideração o disposto no art. 11 da LEF (REsp 1166842/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJ 08/04/2010).

Da prescrição. Quando o devedor receber a citação, não havendo necessidade de contraditório e dilação probatória, ele poderá apresentar exceção de pré-executividade, se não houver penhora de bens, para demonstrar que sua dívida está prescrita (STJ - REsp 1001214/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2009, DJe 16/02/2009), assim, não haverá

necessidade de pagar a dívida com os juros e multa de mora ou garantir a execução.

Temos duas espécies de prescrição no direito tributário: uma que ocorre antes do ajuizamento da execução fiscal, conhecida por prescrição consumativa e outra após a execução, chamada prescrição intercorrente. Da primeira trataremos aqui, enquanto da segunda, nos comentários ao art. 40.

A prescrição consumativa pode ser reconhecida de ofício porque ela se consoma anteriormente ao ajuizamento da ação fiscal. Diferente da prescrição intercorrente, onde antes de ser reconhecida necessita ser ouvido o credor (art. 40, §4º, da LEF). Este reconhecimento de ofício pode ocorrer logo quando o juiz recebe a petição inicial do executivo fiscal, sem necessidade de ser citado o devedor, nos termos do art. 219, §5º, do CPC. Como é reconhecida a prescrição, não existe condições da execução fiscal continuar, já que irá lhe faltar uma das condições que é a exigibilidade da obrigação tributária, materializada na CDA. (STJ - AgRg no REsp 1002435/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJ 17/12/2008).

A prescrição em matéria tributária funciona de forma diferente da esfera cível, pois naquela ela afeta não apenas à

extinção da ação, mas do próprio crédito tributário com base no art. 156, V, do CTN, o que não ocorre na esfera cível (STJ - AgRg no REsp 1002435/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 17/12/2008).

I - a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma;

A citação será feita pelo correio, como estabelece mencionado inciso, quando o credor não a requerer de outra forma. Assim, pode-se deparar com o fato de ser devolvido o AR (aviso de recebimento da carta) com a indicação de que o empresário se mudou do endereço cadastrado na Junta Comercial.

Diante deste fato, o credor pede o redirecionamento da execução fiscal para o sócio administrador. Ocorre que neste caso não cabe o redirecionamento porque o funcionário do correio não tem a fé pública necessária para demonstrar que existe indício de encerramento irregular das atividades da empresa (STJ - AgRg no REsp 1129484/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJ 26/03/2010).

A citação também poderá ocorrer por carta precatória, neste caso, ela deve conter os requisitos necessários para a citação. Assim, se faltar a certidão de dívida ativa, por exemplo, ficará caracterizado o cerceamento do direito de defesa, pois a execução está destituída do seu título executivo (STJ - REsp 762.017/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/10/2009, DJ 15/10/2009)

II - a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado, ou, se a data for omitida, no aviso de recepção, 10 (dez) dias após a entrega da carta à agência postal;

Como regra geral, na execução fiscal a citação é feita pelo correio, com aviso de recepção (AR). Este inciso é um regra especial (Lex specialis), assim, prevalece sobre a regra geral dos arts. 222, “d”, e 224, do CPC.

Existe uma facilidade na execução fiscal para a citação, pois, no processo de execução, quando um credor não for tributário (art. 1º da LEF), a citação deve ser feita de forma pessoal, enquanto na execução tributária basta o envio pela via postal, com aviso de recebimento (AR), entregue no endereço correto do executado (STJ - AgRg no Ag

1140052/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJ 02/03/2010). Neste caso, a citação é considerada como se fosse feita pessoalmente. Ocorre que no aviso de recebimento deve ser identificada a pessoa que recebeu a citação, sob pena desta ser considerada nula, ou seja, se no aviso de recebimento não for identificado quem recebeu, é a mesma coisa do que demonstrar que ninguém recebeu, já que não existe identificação da pessoa.

III - se o aviso de recepção não retornar no prazo de 15 (quinze) dias da entrega da carta à agência postal, a citação será feita por Oficial de Justiça ou por edital;

Esta situação é rara, não tendo aplicação prática que mereça melhores comentários.

IV - o edital de citação será afixado na sede do Juízo, publicado uma só vez no órgão oficial, gratuitamente, como expediente judiciário, com o prazo de 30 (trinta) dias, e conterá, apenas, a indicação da exeqüente, o nome do devedor e dos co-responsáveis, a quantia devida, a natureza da dívida,

a data e o número da inscrição no Registro da Dívida Ativa, o prazo e o endereço da sede do Juízo.

§ 1º - O executado ausente do País será citado por edital, com prazo de 60 (sessenta) dias.

§ 2º - O despacho do Juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.

Da contagem do prazo prescricional. As regras prescricionais estabelecidas no art. 174 do Código Tributário Nacional revelam prazo quinquenal com dies a quo diversos. “Assim, conta-se da data estipulada como vencimento para o pagamento da obrigação tributária declarada (DCTF, GIA, etc.) o prazo quinquenal para o Fisco acioná-lo judicialmente, nos casos dos tributos sujeitos a lançamento por homologação, em que não houve o pagamento antecipado (inexistindo valor a ser homologado, portanto), nem quaisquer das causas suspensivas da exigibilidade do crédito ou interruptivas do prazo prescricional (Precedentes da Primeira Seção: REsp. 850.423/SP, Rel. Min. CASTRO MEIRA, julgado em 28.11.2007, DJ.07.02.2008).

Por outro turno, nos casos em que o Fisco constitui o crédito tributário, mediante lançamento, inexistindo

quaisquer causas de suspensão da exigibilidade ou de interrupção da prescrição, o prazo prescricional conta-se da data em que o contribuinte for regularmente notificado do lançamento tributário (arts. 145 e 174, ambos do CTN).

Entrementes, sobrevindo causa de suspensão de exigibilidade antes do vencimento do prazo para pagamento do crédito tributário, formalizado pelo contribuinte (em se tratando de tributos sujeitos a lançamento por homologação) ou lançado pelo Fisco, não tendo sido reiniciado o prazo ex vi do parágrafo único, do artigo 174, do CTN, o dies a quo da regra da prescrição desloca-se para a data do desaparecimento jurídico do obstáculo à exigibilidade. Sob esse enfoque, a doutrina atenta que nos "casos em que a suspensão da exigibilidade ocorre em momento posterior ao vencimento do prazo para pagamento do crédito, aplicam-se outras regras: a regra da prescrição do direito do Fisco com a constituição do crédito pelo contribuinte e a regra da prescrição do direito do Fisco com lançamento". Assim, "nos casos em que houver suspensão da exigibilidade depois do vencimento do prazo para o pagamento, o prazo prescricional continuará sendo a data da constituição do crédito, mas será descontado o período de vigência do obstáculo à exigibilidade" (Eurico Marcos Diniz de Santi, in ob. cit., págs. 219/220).

Considere-se, por fim, a data em que suceder qualquer uma das causas interruptivas (ou de reinício) da contagem do prazo prescricional, taxativamente elencadas no parágrafo único, do artigo 174, a qual "servirá como dies a quo do novo prazo prescricional de cinco anos, qualificado pela conduta omissiva de o Fisco exercer o direito de ação" (Eurico Marcos Diniz de Santi, in ob. cit., pág. 227). (STJ - AgRg no REsp 981.130/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/08/2009, DJ 16/09/2009)

Das causas de interrupção da prescrição. O art. 174 do CTN, estabelece:

“Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal; (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor”.

Como se verifica, o inciso I, antes da reforma do Código Tributário Nacional realizada por meio da LCP nº 118, 2005, estabelecia que a prescrição seria interrompida através da citação pessoal do devedor. Esta reforma entrou em vigor dia 17 de maio de 2005, portanto, os despachos proferidos antes desta vigência não interrompem a prescrição (STJ - AgRg no REsp 1042327/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJ 21/11/2008), somente aqueles realizados posteriormente a esta data.

Aquela previsão do art. 174, inciso I, do CTN, era vista como de hierarquia superior a Lei de Execuções Fiscais e assim prevalecia sobre esta porque aquela é uma lei complementar, esta, ordinária. Houve a reforma do CTN e a partir da sua vigência ela passou a ter o mesmo conteúdo do disposto no artigo 8º, §2º, logo, desde 09.06.2005, o despacho que ordena a citação do devedor e não mais a citação pessoal do devedor interrompe a prescrição.

O prazo prescricional para pretensão executiva do crédito tributário é de 5 anos, contados da data da

constituição definitiva deste até a data da citação pessoal do devedor se o despacho foi proferido antes da reforma do art. 174, I, do CTN através da LCO nº 118/2005 e do despacho que ordena a citação após a reforma.

Quando o crédito não for tributário prevalece a regra específica do art. 8º, §2º, da LEF sobre o art. 219 do CPC, ou seja, o despacho que ordena a citação interrompe a prescrição. Esta regra prevalecia antes da reforma e continua vigorando (STJ - AgRg no AgRg no REsp 981.480/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJ 13/03/2009).

O prazo prescricional para execução do crédito não tributário, quando não existe uma regra específica, é 5 anos. Este prazo é aplicado por isonomia, segundo o Decreto nº 20.910/32 e se dá com o vencimento do crédito sem pagamento (STJ - AgRg no AgRg no REsp 981.480/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJ 13/03/2009).

A interrupção da prescrição, com base no inciso III ocorre pela citação por edital, prevista nos arts. 231 a 233 do CPC. Ela somente poderá ser realizada após a utilização de todos os meios disponíveis para a localização do devedor, segundo julgou o STJ - AgRg no Ag 971.652/SP, Rel. Ministro

BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJ 20/08/2009.

O problema é saber quais são os meios disponíveis para a localização do devedor, podendo-se por exclusão, se chegar a conclusão que antes deve ser procurada ser feita pelo correio e depois através de oficial de justiça (STJ - AgRg nos EREsp 756.911/SC (Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 3/12/2007). Logo, conclui-se que o disposto no final do inciso III deste artigo deve sofrer esta interpretação e não a alternativa mencionada pela conjunção “ou”.

Uma vez sendo realizada a citação por edital esta acaba interrompendo a prescrição intercorrente (STJ - AgRg no REsp 1032589/RR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/12/2008, DJ 11/02/2009).

Havendo a citação por edital, o devedor irá ou não se defender. Se não se defender, poderá ser prejudicado pela falta de defesa. Se apresentar defesa, não será prejudicado pela não apresentação desta. No primeiro caso deverá ser nomeado um curador especial (Súmula 196 do STJ). No segundo não.

A Súmula 196 do STJ estabelece:

“Súmula nº 196 - 01/10/1997 - DJ 09.10.1997

Execução - Citação por Edital ou Hora Certa - Revelia - Apresentação de Embargos - Legitimidade

Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos”.

Fora as hipóteses do inciso I e III, outra causa que também é vista com certa freqüência é a do inciso IV. A Súmula 248 do extinto Tribunal Federal de Recursos estabelece que "o prazo da prescrição interrompido pela confissão e parcelamento da dívida fiscal recomeça a fluir no dia que o devedor deixa de cumprir o acordo celebrado". Como em caso de parcelamento ocorre a interrupção do crédito tributário, podemos encontrar casos onde ocorram duas interrupções da prescrição. Uma por ocasião do parcelamento e a outra quando não houver o cumprimento das parcelas e for ajuizada uma demanda de execução ocorrendo a citação do devedor. A citação será a segunda causa de interrupção.

Havendo sucessão de empresas, a prescrição é interrompida com a citação da primeira delas (STJ - REsp

1014720/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJ 05/03/2009).

Da importância da citação para responsabilização do administrador. A citação do devedor é importante quando se fala sem responsabilidade dos administradores de empresas porque estes também poderão ser responsabilizados pelas dívidas da pessoa jurídica em caso de redirecionamento da execução fiscal.

O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio administrador da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa (STJ - EREsp 174.532/PR, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJ 20/08/2001; REsp 513.555/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ 06/10/2003; AgRg no AG 613.619/MG, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ 20.06.2005; REsp 228.030/PR, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 13.06.2005). No caso de dissolução irregular o nome do sócio administrador não precisa constar na certidão de dívida ativa para o redirecionamento.

A dissolução irregular será mostrada através de indícios que houve encerramento irregular de suas

atividades, como a certidão do oficial de justiça afirmando que não encontrou o devedor no local correto em virtude da aplicação do princípio da presunção de legitimidade dos atos do agente público e veracidade do registro empresarial. O mesmo não se pode dizer com relação a carta citatória devolvida pelos correios, pois aqui não existe a presunção de legitimidade e veracidade, não existe fé pública (STJ - REsp 1017588/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJ 28.11.2008).

O prazo prescricional para citação do administrador em caso de redirecionamento da execução fiscal começa a correr após a citação da pessoa jurídica e é de 5 anos. Com a citação da pessoa jurídica ocorre a interrupção da prescrição em relação ao sócio administrador, porém, este deve ser citado no prazo de 5 anos, sob pena de ficar caracterizada a prescrição intercorrente (STJ - AgRg no REsp 1074055/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/09/2008, DJ 06/10/2008 e mais recente STJ - AgRg no Ag 1226200/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/02/2010, DJ 08/03/2010). Assim, para demonstrar que está prescrito o prazo para o redirecionamento o executado deverá demonstrar em que dia foi citada a pessoa jurídica. (STJ - AgRg no REsp

1135296/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJ 27/11/2009)

No caso de redirecionamento não será aplicado o disposto no art. 40 da LEF, o qual reza que:

“Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.”

A não aplicação ocorre porque este artigo se refere ao devedor e não ao responsável tributário, não podendo o crédito tributário ser considerado imprescritível (STJ - REsp 205887, Rel. DJ 01.08.2005; REsp 736030, DJ 20.06.2005; AgRg no REsp 445658, DJ 16.05.2005; AgRg no Ag 541255, DJ 11.04.2005).

No caso de redirecionamento poderemos ter mais de um sócio administrador. Neste caso, havendo a citação de um deles ocorrerá a interrupção da prescrição com relação aos demais executados, conforme estabelece o art. 125, III, do CTN (STJ - REsp 1015117/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/11/2008, DJe 11/02/2009) se o crédito for tributário e se o crédito não for

tributário deve-se aplicar o art. 204, §2º do CTN, o que acaba dando na mesma. Se o pagamento for feito por um dos executados, os demais responsáveis também serão favorecidos, pela mesma razão, a prescrição argüida por um dos sócios, e reconhecida pelo juízo competente, aproveita aos demais administradores solidários, segundo os arts. 274 e 275 do Código Civil (STJ - AgRg no REsp 958.846/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/09/2009, DJe 30/09/2009).

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 atualização monetária;

II - oferecer fiança bancária;

III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou

Da prioridade do credor receber seu crédito em detrimento da penhora ser menos onerosa para o devedor. A indicação de bens à penhora pelo devedor se

torna inútil quando ele não atender a gradação prevista no art. 11 da LEF ou do art. 655 do CPC. O mesmo ocorre quando o bem for de difícil alienação porque o credor poderá recusá-la e ainda ser indeferida pelo Juízo, como ocorre na prática (STJ - AgRg no Ag 1163351/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/02/2010, DJe 02/03/2010), sem que isso ofenda o princípio da menor onerosidade, mesmo porque a execução deve atender os interesses do credor (arts. 612 e 646 do CPC).

O direito do devedor nomear bens à penhora, segundo este inciso esbarra no direito maior do credor recusar a nomeação feita, assim por exemplo, se o devedor nomear precatório à penhora dentro do prazo legal de nomeação, o credor poderá recusar esta nomeação e penhorar outros bens do devedor (AgRg nos EREsp 870.407/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/11/2009, DJ 19/11/2009).

Do arrolamento de bens. O arrolamento não deve ser confundido com a penhora. Ele foi instituído pelo art. 64 da Lei nº 9.532/97 e é considerado legal, segundo o “caput” deste artigo e §7º, o arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo sempre que a soma do valor dos créditos tributários sob sua responsabilidade exceder a 30% (trinta por cento) de

seu patrimônio conhecido e, simultaneamente, for superior a R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais). Ele não fica condicionado à conclusão de eventuais processos pendentes na via administrativa ou judicial, basta que o crédito tributário esteja constituído (STJ - REsp 1073790/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2009, DJe 27/04/2009).

O arrolamento faz com seja realizado um cadastro em favor do credor fiscal com a finalidade de “viabilizar o acompanhamento da evolução patrimonial do sujeito passivo da obrigação tributária. Este último permanece no pleno gozo dos atributos da propriedade, tanto que os bens arrolados, por não se vincularem à satisfação do crédito tributário, podem ser transferidos, alienados ou onerados, independentemente da concordância da autoridade fazendária”, segundo o STJ decidiu (REsp 1099026/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJ 20/08/2009), desde que o Fisco seja notificado (STJ - AgRg no REsp 726.339/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/11/2009, DJ 19/11/2009).

Como não se trata de penhora, o bem de família poderá ser arrolado pelo Fisco, isso não significa que este

bem seja penhorável (STJ - (AgRg no REsp 1147219/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2009, DJ 17/11/2009). Para evitar qualquer discussão judicial recomenda-se que o devedor não o arrole.

Ainda no mesmo julgamento o STJ entendeu que “Trata-se de procedimento que: (a) não versa sobre créditos tributários ainda a vencer; (b) não implica qualquer tipo de oneração dos bens do sujeito passivo, em favor do Fisco (penhora), ou medida de antecipação da constrição judicial a ser efetivada na Execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública (caução); e (c) não constitui hipótese de suspensão da exigibilidade do crédito tributário “e” não se presta a autorizar a emissão da Certidão Positiva com Efeitos de Negativa (art. 206 do CTN).”

Quando o crédito tributário estiver suspenso, por exemplo, pela adesão ao parcelamento fiscal instituído pela Lei nº 10.684/03, não poderão ser realizados atos constritivos, aqui incluída a penhora (REsp 905.357/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/03/2009, DJ 23/04/2009).

A adesão ao REFIS, com o atendimento das garantias exigidas, aqui incluído o arrolamento de bens, faz com haja o levantamento da penhora efetuada no processo de execução (

STJ - REsp 945.891/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/04/2008, DJ 23/04/2008).

IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.

Os bens podem ser indicados por terceiros e uma vez sendo aceitos pela Fazenda Pública, pois ela pode recusar a nomeação, estes bens estarão sujeitos à alienação para o pagamento do débito tributário.

§ 1º - O executado só poderá indicar e o terceiro oferecer bem imóvel à penhora com o consentimento expresso do respectivo cônjuge.

Este parágrafo se aplica para os casos onde os cônjuges são casados sob o regime da comunhão universal dos bens.

Quando o bem imóvel pertencer a pessoa jurídica não existe a necessidade do consentimento dos cônjuges dos sócios, pois o bem pertence a pessoa jurídica e não física dos sócios, a não ser quando os bens pertençam a estes, já que a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa física dos sócios, pelo menos nesta situação.

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

A juntada aos autos da prova do depósito, da fiança bancária ou da penhora dos bens do executado ou de terceiros não é o marco inicial para contagem de prazo afim da interposição de embargos à execução ou de terceiros, pois o prazo tem início no dia seguinte a intimação pessoal da penhora.

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

Uma vez produzindo os mesmos efeitos da penhora, ratificamos o que fora exposto no parágrafo anterior. Assim, caso seja feita a penhora on-line de dinheiro, o prazo para interposição dos embargos tem início no dia seguinte em que o devedor ou terceiro é intimado da penhora e não no dia em que é feita a penhora.

§ 4º - Somente o depósito em dinheiro, na forma do artigo 32, faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora.

É importante então sabermos que à penhora de faturamento, como não representa dinheiro, não faz cessar a correção monetária e juros de penhora, o mesmo acontece com a penhora de precatórios. Agora, os saldos em conta corrente e depósitos bancários são equiparados a dinheiro e também fazem cessar esta responsabilidade.

§ 5º - A fiança bancária prevista no inciso II obedecerá às condições pré-estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

É importante então saber quando a fiança bancária será aceita, por exemplo, a carta de fiança bancária com prazo de validade determinado não se presta à garantia da execução fiscal, pois, com a longa duração de um processo judicial, pode haver o risco de inexistirem efeitos práticos à penhora oferecida. (STJ: REsp nº 910.522/SP, Relator Ministro ARI PARGENDLER, DJ de 01/08/07).

§ 6º - O executado poderá pagar parcela da dívida, que julgar incontroversa, e garantir a execução do saldo devedor.

Esta permissão faz com que seja admitido o pagamento parcial da dívida e garantida a execução pela diferença. Caso seja julgada improcedente a execução os

valores pagos deverão ser devolvidos devidamente atualizados e levantada a penhora.

Art. 10 - Não ocorrendo o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o artigo 9º, a penhora poderá recair em qualquer bem do executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis.

Os bens que sujeitos a penhora atender o disposto no artigo seguinte, não poderão ser penhorados os bens e direitos absolutamente impenhoráveis e quando se fala em impenhorabilidade a maior discussão está relacionada ao bem de família.

Impenhorabilidade do bem de família. Para defendê-lo o STJ entende que "Segundo boa doutrina, a legitimidade ativa, na hipótese, não decorre da titularidade (ou da cotitularidade) dos direitos sobre o bem, mas sim da condição de possuidor (ou co-possuidor) que o familiar detenha e do interesse de salvaguardar a habitação da família diante da omissão ou da ausência do titular do bem." (REsp 151.281/SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 01/03/1999).

Além do aspecto da legitimidade para a defesa do bem de família, se discute se ele pode ou não ser penhorado diante de execução fiscal. Segundo a Lei 8.009/90 o bem de família é impenhorável (art.1), porém, são abertas certas exceções descritas no art. 3º, conforme vemos abaixo:

“Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I - em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III - pelo credor de pensão alimentícia;

IV - para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V - para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

VII - por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. *(Incluído pela Lei nº 8.245, de 1991)*

Art. 4º Não se beneficiará do disposto nesta lei aquele que, sabendo-se insolvente, adquire de má-fé imóvel mais valioso”.

O “caput” do artigo deixa claro que o bem de família é impenhorável na execução, porém, abre certas exceções. Dentre estas exceções, podemos ver que o imóvel é penhorável por dívidas de IPTU, segundo estabelece o inciso IV. Agora nos resta saber se estas hipóteses são taxativas ou exemplificativas, ou seja, além das prevista expressamente poderíamos ter outras?

Entendemos que não porque o espírito da Lei foi o de proteger o bem de família e não abrir espaço para que ele

seja penhorado, pois se a intenção do legislador fosse a de abrir espaço para sua penhorabilidade deveria ter descrito outras hipóteses expressamente.

Ocorre que nosso posicionamento não vai ao encontro da recente decisão tomada pelo Superior Tribunal de Justiça no recurso especial 959442, publicado no DJ em 19/02/2010, o qual veio a reconhecer a penhorabilidade do bem de família oferecido espontaneamente em garantia para o oferecimento de embargos à execução e ainda veio a “enterrar” o devedor por ato atentatório a dignidade da Justiça o condenando ao pagamento de multa no valor correspondente a 15% sobre o valor da execução ao afirmar que o mesmo agiu de má-fé ao oferecer seu único bem em garantia.

Podemos observar que na realidade muitos devedores oferecem seu bem de família justamente para garantir o juízo e poder se defender já que muitos julgadores formalistas entendem que sem esta garantia não pode ser apresentada a defesa do devedor por meio de embargos à execução. Ora, como o devedor tendo um único imóvel poderá se defender sem garantir o juízo? Se ele não nomear o bem, o credor poderá indicá-lo à penhora. Neste caso o imóvel será impenhorável. Porém, se ele espontaneamente o indicar, correrá o risco de perdê-lo e ainda ser condenado por ato

atentatório a dignidade da Justiça, como ocorreu no julgado em que comentamos. Se o devedor não indica um bem e é executado fica com “fama de mal pagador”, ou seja, para ele se ver livre desta fama muitas vezes só lhe resta nomear seu único bem e tentar se ver livre da execução. Daí, se livrando da execução, provavelmente deverá receber indenização pelos danos sofridos.

Ainda é importante ser destacado que existem discussões para saber se o bem penhorado é ou não bem de família. Neste julgamento ainda aconteceu isso. Indo mais além, muita gente não sabe que se oferecer espontaneamente o imóvel numa execução fiscal este poderá ser penhorado, pois, como se pode conhecer o julgamento de cada juiz se muitas vezes se diferenciam? Estaria ele agindo de má-fé porque não tinha uma bola de cristal para saber como os julgadores que iriam julgar sua causa pensariam?

Não! O próprio STJ em julgados anteriores (AgRg no REsp 813546 / DF e AgRg no REsp 959442 / RS) entendeu que o bem de família oferecido para ser penhorado espontaneamente é impenhorável.

Pelas circunstâncias atuais não basta conhecer o direito, é preciso conhecer o que cada julgador pensa e ainda descobrir quem julgará a causa, caso contrário, mesmo se

conhecendo a Lei, a doutrina e jurisprudência corre-se o risco de perder uma causa ou então ganhar, faça sua aposta!

Da produção de prova de que o bem é de família. O devedor deve ter a preocupação de demonstrar que o bem é de família, não bastará alegar que este é seu único imóvel, assim é necessário que ele demonstre que este bem é de sua propriedade, que não possui outros, que reside nele, sob pena dele não produzir esta prova e perdê-lo.

Se o devedor não fizer uma destas provas, como por exemplos: 1) de não comprovar a inexistência de outros bens ou que, embora a família resida em outro imóvel, o bem penhorado serve como fonte de renda para a sua subsistência (STJ - REsp 1028623/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/05/2008, DJe 23/06/2008) e ainda 2) que reside nele (STJ - (AgRg no REsp 1145744/ES, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 08/04/2010), o perderá.

Caso a penhora atinja o bem de propriedade comum dos cônjuges, este bem poderá ser objeto de hasta pública desde que seja reservado ao cônjuge meeiro do executado a metade do preço obtido (EDcl no REsp 522.263/PR, Rel.

Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/09/2007, DJ 19/10/2007 p. 316).

Impenhorabilidade de bens indispensáveis à continuidade das atividades de microempresas ou empresas de pequeno porte. Nossos tribunais vêm entendendo que os bens indispensáveis à continuidade das atividades de microempresas e empresas de pequeno porte são impenhoráveis (art. 649, inciso V do CPC).

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

A regra é que a penhora obedeça a ordem descrita abaixo, porém em circunstâncias excepcionais poderá haver exceções (STJ - AgRg no Ag 1074820/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJ 13/05/2009). Para atender esta excepcionalidade o devedor deverá provar os prejuízos a serem efetivamente suportados, bem como da possibilidade em satisfazer a pretensão creditória sem prejudicar os interesses do credor (STJ - AgRg no REsp 1103760/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/04/2009, DJ 19/05/2009). Esta situação não é

fácil de ser demonstrada, porque parece existir um pressuposto que todo mundo age de má-fé em juízo e não de boa-fé.

Se o devedor oferecer bem a penhora que não atenda à ordem descrita neste artigo ou o valor da execução, o credor tem o direito de pedir a sua substituição ou seu reforço em qualquer fase da execução, sem que isso caracterize cerceamento do direito de defesa (AgRg no REsp 863.808/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJ 15/05/2008).

I - dinheiro;

Dinheiro é a primeira espécie de bem que pode ser penhorado, pois ele é a melhor forma de pagamento, sendo a este equiparado os saldos em conta corrente e depósitos bancário. Esta penhora não significa que esteja havendo ofensa ao princípio da menor onerosidade (STJ - AgRg no Ag 1220646/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2010, DJ 14/04/2010).

A penhora de dinheiro vem sendo feita judicial através de sistema eletrônico conhecido por BACEN JUD, porém, admite-se que o executado questione esta penhora quando fizer prova (art. 333, II, do CPC e dos §1º e 2º, do art.

655-A do CPC) de que o dinheiro penhorado é indispensável para continuidade da empresa (STJ - REsp 1185373/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJ 20/05/2010) ou então que é decorrente de uma poupança utilizada para compra do bem de família (STJ - REsp 707.623/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2009, DJ 24/09/2009), situações em que poderão haver a desconstituição da penhora. Fora as exceções, encontramos julgado isolado onde não se admitiu a penhora on-line (STJ - EREsp 779.952/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/10/2008, DJ 03/11/2008).

O precatório não equivale a dinheiro e sim a direito de crédito (STJ - REsp 1146057/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJ 08/02/2010), isto faz com que o credor possa recusar sua nomeação a penhora e escolher outros bens que estejam numa situação melhor para serem penhorado, ou seja, num dos 10 primeiros incisos do art. 655 do CPC.

Sabe-se que o precatório é penhorável, porém, nestas condições. Assim, o STJ entende que é justa a recusa do credor exequente quando este recusa a indicação de precatório emitida por ele mesmo para compensar o

pagamento, ou seja, ao mesmo tempo que é credor do executado é devedor, sob a alegação de que deve ser respeitada a ordem de penhora prevista do art. 655 do CPC (EREsp 881.014/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 27.02.2008, DJ 17.03.2008 p. 1). Como se o devedor executado tivesse o mesmo direito contra o credor, ou seja, ao invés dele receber precatório, tivesse o mesmo direito em receber dinheiro. Entendemos assim, que nestes casos deveria ser aceito o pagamento, pois, se Justiça é o equilíbrio entre prestações e contraprestações, não parece justo não permitir de forma excepcional este pagamento.

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

Para que o título da dívida pública possa ser penhorado ele deverá ter cotação em bolsa, caso contrário, não será penhorado (STJ - AgRg nos EAg 1122565/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28/10/2009, DJ 09/11/2009). Assim por exemplo, não é aceito à penhora título da dívida agrária (STJ - EDcl no AgRg no REsp 584.994/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/06/2009, DJ 21/08/2009),

por não além de ser difícil sua alienação, não tem cotação em bolsa.

Os títulos de difícil, onerosa ou incerta alienação poderão ser recusados pelo próprio juízo, independente de manifestação da parte contrária (STJ - AgRg 1137514/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJ 08/09/2009), já que a execução deve ser realizada visando o interesse do credor e não do devedor (STJ - AgRg no AG 972.303/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJ 19/08/2009).

As obrigações ao portador emitidas pela ELETROBRÁS não são penhoráveis porque não tem cotação em bolsa e nem liquidez, porém, as debêntures de sua emissão sim (STJ - AgRg no REsp 1010193/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2009, DJ 10/09/2009) em virtude de sua liquidez. Esta liquidez é questionada no próprio STJ, havendo julgados que não as admitem (STJ - AgRg no REsp 1044849/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJ 03/02/2009). Já as debêntures da Cia Vale do Rio Doce possuem cotação em bolsa e liquidez imediata, podendo ser penhoradas (STJ -

AgRg no REsp 1039722/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/05/2008, DJ 02/06/2008).

III - pedras e metais preciosos;

As pedras e metais preciosos necessitam de avaliação e da aceitação do credor para serem penhoradas e são interessantes na nomeação quando o devedor não possuir os bens enumerados nos dois primeiros incisos deste artigo.

IV - imóveis;

Os imóveis podem ser penhorados como regra geral, porém, encontramos exceções como vimos no artigo anterior ao não permitir a penhora do bem de família.

A vaga de garagem, mesmo do bem de família, segundo a Súmula nº 449 do STJ que possui matrícula própria no registro de imóveis não constitui bem de família e pode ser penhorada.

V - navios e aeronaves;

VI - veículos;

VII - móveis ou semoventes; e

Um dos aspectos mais discutíveis envolvendo a penhora de bens móveis se refere a penhora do faturamento, a qual não se confunde com a penhora de dinheiro, sendo ela admitida, em casos excepcionais, e desde que observados requisitos relativos à inexistência de outros bens – que não sejam de difícil alienação, aptos a garantir a execução -, à nomeação de administrador (art. 655-A, §3º, do CPC) o qual deverá prestar contas, entregando ao exequente as quantias recebidas à título de pagamento (cf. Lei nº 11.382/06) e a fixação de percentual que não inviabilize a atividade econômica da empresa, como julgou o STJ (REsp 736.358/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 28/04/2008), podendo este ser reduzido se não for moderado através de recurso as instâncias superiores.

Conforme se pode verificar, fica demonstrado que enquanto “não esgotados todos os esforços na localização de bens, livres e desembaraçados, ficando cabalmente comprovada a inexistência de qualquer bem que possa garantir a execução” (STJ - (REsp 736.358/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 28/04/2008).

Neste caso de penhora sobre o faturamento, se aplica o art. 620 do CPC, o qual estabelece que a penhora deve ser realizada da forma menos onerosa ao devedor (STJ - AgRg no Ag 1161283/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 01/12/2009).

VIII - direitos e ações.

Precatório, uma frágil garantia em execução fiscal.

Quando muitos empresários em dificuldades econômico e financeiras ouvem falar em precatórios, pensam logo em seu baixo custo e na possibilidade de se ver livre de seus débitos fiscais. Acontece que o problema não é tão fácil assim de ser resolvido como eles imaginam.

O primeiro passo é saber se o precatório pode ser utilizado como garantia numa execução fiscal. A resposta é positiva, mesmo quando a entidade dele devedora não seja a própria exequente (STJ - AgRg na MC 14.898/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 19/02/2009). O problema está no fato do credor recusar o precatório. Pode ele fazer isto?

O Código de Processo Civil determina uma ordem de gradação a ser seguida quando um bem é nomeado a penhora

e se esta gradação não for respeitada o credor tem o direito de recusar a sua indicação. Portanto, se for indicado o precatório e o credor fiscal descobrir que o devedor tem um imóvel, por exemplo, é este que será penhorado e não aquele, para garantir o juízo numa execução fiscal, segundo o art. 656, I, do Código de Processo Civil (STJ – REsp. Ag 973013/RJ).

A gradação legal, segundo o art. 655 do Código de Processo Civil é a seguinte:

“Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - veículos de via terrestre; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - bens móveis em geral; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - bens imóveis; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

V - navios e aeronaves; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VI - ações e quotas de sociedades empresárias; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VII - percentual do faturamento de empresa devedora; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VIII - pedras e metais preciosos; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

XI - outros direitos. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro

garantidor, será também esse intimado da penhora. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)”.

Os precatórios ocupam a XI, ou seja, constituem-se em uma frágil garantia pela sua ordem de colocação legal, isto faz com que se houver bens ou direitos para serem penhorados descritos nos oito incisos anteriores, aqueles é que serão penhorados se o credor quiser. Isto ocorre porque o precatório é considerado um direito de crédito e não dinheiro (STJ – REsp. Ag 973013/RJ). Ainda que o precatório fosse aceito pelo credor exequente, este não estaria obrigado a se sub-rogar nos direitos creditórios e preferir pela sua alienação judicial, realizando esta opção nos dez dias após a penhora segundo estabelece o art. 673, §1º, do CPC (STJ - AgRg no Ag 1222903/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 20/05/2010).

Diante desta gradação legal a ser respeitada, o credor tem o direito de recusar que haja sua compensação (STJ – EREsp. 870428/RS) , isto quer dizer que não será

compensado um crédito do devedor junto a determinada prefeitura decorrente de uma indenização, com sua dívida de ISS por exemplo porque as dívidas tem naturezas jurídicas diferenciadas (STJ – REsp. 374181/RS).

Se poderia questionar se a execução deve ser menos onerosa para o devedor ou deve atender os interesses do credor? Não temos dúvida que a execução deve atender os interesses do credor, já que não houve o pagamento por bem, exigir que feito sob a forma de coação deve ser o menos oneroso é privilegiar o não pagamento de dívida. O STJ vem entendendo neste sentido também com base nos arts. 612 e 646 do CPC (STJ - AgRg no Ag 1281957/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/05/2010, DJe 21/05/2010).

A utilização do precatório para garantia do juízo em execução fiscal é frágil, pois o legislador privilegia a penhora de outros em seu detrimento ganhando ela somente força quando àqueles bens e direitos elencados nos incisos I a X do art. 655 do Código de Processo Civil não forem penhorados. Na LEF sua previsão está no inciso X deste artigo, ou seja, em último lugar!

Indisponibilidade de bens e direitos do executado. O art. 185-A do CTN, estabelece que:

“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. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)”

A hipótese prevista no art. 185-A deve ser vista de forma excepcional porque pode trazer graves repercussões a continuidade das atividades empresariais, por isso, antes que isso ocorra deve ficar provado que foram esgotadas as tentativas de serem buscados bens para serem penhorados. Assim não ocorrendo, é correto o indeferimento de pedido de penhora universal de bens do devedor, que consiste na indisponibilidade de bens e direitos (STJ - AgRg no Ag 1179807/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2009, DJe 27/11/2009).

Bens alienados fiduciariamente. Como a propriedade do bem geralmente não pertence ao devedor executado e sim ao credor fiduciário, sempre uma instituição financeira, o bem em si não pode ser penhorado, porém, os direitos sobre o bem sim, isso significa dizer que os direitos sobre os valores pagos podem ser penhorados (STJ - REsp 910.207/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/10/2007, DJ 25/10/2007 p. 159).

Como visto, o executado poderá ter seus direitos como devedor fiduciante penhorados, pois este tem uma expectativa à futura reversão do bem alienado quando pagar integralmente a dívida, pelo valor já quitado (STJ - REsp 1051642/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 02/02/2010).

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

Penhora da sede do estabelecimento empresarial. Segundo a Súmula nº 451-STJ, é legítima a penhora do estabelecimento empresarial. Esta situação parece também aplicável a penhora de estabelecimento industrial e agrícola.

Nestes casos deve ser nomeado um depositário para gerir o estabelecimento (STJ - REsp 736.358/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 28/04/2008), evitando-se então que a própria penhora leve a extinção da pessoa jurídica. Assim, será válida a penhora sobre algumas mercadorias em estoque quando não levar a este efeito (STJ - REsp 736.358/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 28/04/2008), não devendo ser confundida à penhora de mercadorias do estoque com a penhora do estabelecimento (REsp 683.916/RS, 2ª Turma, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJ de 21.3.2005; REsp 450.454/RS, 2ª TURMA, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ de 1º.8.2006).

§ 2º - A penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I do artigo 9º.

§ 3º - O Juiz ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda Pública exequente, sempre que esta o requerer, em qualquer fase do processo.

Quando a penhora recai sobre bem imóvel, normalmente é o executado que fica como depositário, segundo o art. 659, §5º, do CPC, com isso evitam-se maiores despesas a ele e ainda a penhora está se realizando pela forma menos onerosa (art. 620 do CPC). Esta normalidade poderá ser rejeitada quando o exeqüente não aceitar que o devedor fique como depositário diante de um justo motivo, invocando a regra prevista no art. 666, II, do CPC, segundo o qual afirma o STJ (REsp 801.926/SP, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/04/2008, DJe 28/04/2008) "os bens penhorados serão preferencialmente depositados (...) em poder do depositário judicial", quando se tratar de móveis e imóveis urbanos. Como bem observado por Cândido Rangel Dinamarco, essa regra não é absoluta, de modo que "os juízes ou tribunais decidem a seu propósito de modo mais flexível, outorgando o depósito a quem lhes parecer suficientemente idôneo". Ressalte-se que a regra em comento não é imperativa, mesmo porque o art. 666, § 1º, do CPC, admite que, nos casos de difícil remoção (hipótese que abrange a penhora de bem imóvel), os bens poderão ser depositados em poder do executado. Ainda neste julgado o STJ complementa que "não é demais lembrar que, em sede de execução fiscal", é entendimento deste Tribunal de que a dicção do art. 11, § 3º, da Lei 6.830/80 deve ser aplicada

obtemperadamente, ou seja, o credor possui a faculdade de requerer a remoção de bens penhorados, desde que fundamente o seu pedido, ao Juiz cabendo a sua avaliação" (REsp 581.238/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 8.3.2004).

Art. 12 - Na execução fiscal, far-se-á a intimação da penhora ao executado, mediante publicação, no órgão oficial, do ato de juntada do termo ou do auto de penhora.

A intimação da penhora quando feita pessoalmente ao executado dispensa a publicação mencionada no “caput” deste artigo (AgRg no Ag 1129784/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 25/08/2009).

§ 1º - Nas Comarcas do interior dos Estados, a intimação poderá ser feita pela remessa de cópia do termo ou do auto de penhora, pelo correio, na forma estabelecida no artigo 8º, incisos I e II, para a citação.

§ 2º - Se a penhora recair sobre imóvel, far-se-á a intimação ao cônjuge, observadas as normas previstas para a citação.

No mesmo sentido que estabelece este parágrafo, é o disposto no art. 669, §1º do CPC, portanto, o cônjuge deve ser intimado, porém, esta falta de intimação é uma falta que recai sobre o ato de intimação, o qual não se confunde com o ato de penhora, pois este continua sendo válido e eficaz, o que está ausente é a intimação pessoal do cônjuge, daí, quando este for intimado começará a correr o prazo para os embargos. Logo, a penhora não é nula pela falta de intimação do cônjuge. Neste sentido julgou o STJ (REsp 629320 / DF REsp 2004/0020016-1. Relator: Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS. Julgamento: 07/05/2007. TERCEIRA TURMA. Publicação: DJ 04.06.2007 p. 340).

Quando a execução for promovida pela pessoa jurídica e houver redirecionamento para o sócio-administrador, a intimação da penhora efetivada na pessoa do representante legal necessariamente leva ao conhecimento da situação da pessoa física (STJ - REsp 331812 / MG. REsp nº 2001/0084599-1. Relator: Ministro Ruy Rosado de Aguiar. Julgamento: 09/04/2002. QUARTA

TURMA. Publicação: DJ 20.05.2002 p. 152 RNDJ vol. 31, p. 113, RT vol. 803 p. 184).

§ 3º - Far-se-á a intimação da penhora pessoalmente ao executado se, na citação feita pelo correio, o aviso de recepção não contiver a assinatura do próprio executado, ou de seu representante legal.

A situação prevista neste parágrafo beneficia o devedor para que ele apresente os embargos à execução porque mesmo que ele não tenha conhecimento da citação, deverá ser intimado pessoalmente ou através de seu representante legal para esta finalidade, portanto, sua defesa não será prejudicada, a não ser que ele também não fosse intimado da penhora, daí estaria lhe sendo cerceado o direito de defesa.

Poderá haver o comparecimento espontâneo do representante legal da sociedade sem que este tenha sido citado. Esta situação não supre a necessidade de sua intimação pessoal da penhora realizada (STJ - REsp 1051484/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 29/10/2008).

Art. 13 - O termo ou auto de penhora conterá, também, a avaliação dos bens penhorados, efetuada por quem o lavrar.

§ 1º - Impugnada a avaliação, pelo executado, ou pela Fazenda Pública, antes de publicado o edital de leilão, o Juiz, ouvida a outra parte, nomeará avaliador oficial para proceder a nova avaliação dos bens penhorados.

§ 2º - Se não houver, na Comarca, avaliador oficial ou este não puder apresentar o laudo de avaliação no prazo de 15 (quinze) dias, será nomeada pessoa ou entidade habilitada a

§ 3º - Apresentado o laudo, o Juiz decidirá de plano sobre a avaliação.

O STJ (REsp 316.570/SC, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07.06.2001, DJ 20.08.2001 p. 392) entendeu que na execução fiscal “ o laudo de avaliação do bem penhorado, por oficial de justiça, uma vez impugnado, com a apresentação de novo laudo apresentado por dois peritos (engenheiros civis), caberá ao juiz da execução nomear avaliador oficial”. Agiu bem o STJ,

pois, o oficial de Justiça sem capacidade técnica para o ato não tem condições de “chutar” um valor para a avaliação.

O STJ ratifica este entendimento ao afirmar que “a avaliação de bens penhorados por oficial de justiça sem condições técnicas para tanto, realizada sem mínimos fundamentos, contraria a legislação processual, ainda mais quando desacompanhada do obrigatório Laudo de Avaliação. ‘In casu’, compete ao juiz da execução nomear perito habilitado técnica e legalmente para proceder à avaliação” (STJ-1ª T., REsp 351.931-SP, rel. min. José Delgado, j. 11.12.01, deram provimento, v.u., DJU 4.3.02, p. 207)”. (NEGRÃO, Theotônio e GOUVÊA, José Roberto F. *Código de processo civil e legislação processual em vigor*. 38ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 1397)

O ato de avaliação de bem imóvel, por exemplo, por força no disposto no art. 7º, letra “c”, da Lei nº 5.194/66 é ato privativo de engenheiro, sendo, portanto excluída a investidura de corretor de imóveis, a quem tem o direito de opinar somente sobre os valores das transações. Neste sentido, a 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 1.183.714-0/2, decidiu acertadamente que “nos termos da Lei 5.194/66, artigo 7º, c, a função de avaliar

imóveis é prerrogativa de engenheiro civil, arquiteto e engenheiro agrônomo, sendo que o corretor de imóveis não está habilitado para exercer a função de avaliador, privativa, por lei, dos profissionais inscritos no Conselho Regional de Engenharia, Arquitetura e Agronomia. Desta forma, incidindo a penhora sobre bem imóvel, a respectiva avaliação deverá ser feita por profissional da área de engenharia, dentro das normas técnicas, posto que imprescindível a apuração do correto valor do bem para o devido praxeamento. (...) O corretor de imóveis pode estar a par dos fatores que compõem a avaliação, porém, possui apenas conhecimento empírico, que não supera o técnico, completo na fundamentação, na qualidade e no convencimento, primordiais à fixação do valor pelo qual se fará a expropriação judicial do bem do devedor em favor do credor. Assim, em face da finalidade última do processo executivo com a arrematação do bem, é imprescindível sua avaliação dentro das normas técnicas."

Estas avaliações feitas por oficial de justiça sem capacidade técnica para o ato deveriam ser vedadas. O interesse numa avaliação correta serve tanto para o devedor como para o credor, pois nenhum deles sairá lesado, não adianta querer apressar o andamento processual sem fazer Justiça.

Art. 14 - O Oficial de Justiça entregará contrafé e cópia do termo ou do auto de penhora ou arresto, com a ordem de registro de que trata o artigo 7º, inciso IV:

I - no Ofício próprio, se o bem for imóvel ou a ele equiparado;

II - na repartição competente para emissão de certificado de registro, se for veículo;

III - na Junta Comercial, na Bolsa de Valores, e na sociedade comercial, se forem ações, debênture, parte beneficiária, cota ou qualquer outro título, crédito ou direito societário nominativo.

Poderia se questionar se com a recente reforma do CPC, por meio do art. 615-A seria aplicável no caso de execução fiscal nos casos acima apontados. Este artigo permite que seja oficiado o DETRAN, por exemplo, para averbar a existência de demanda de execução contra determinado devedor. Parece que esta aplicação neste momento não é possível, pois a LEF especificamente não dá este direito ao credor, logo, não se poderia aplicar supletivamente o Código de Processo Civil (art. 1º LEF) ao caso.

Se não houver penhora ou arresto do bem, é incabível a anotação nos registros do DETRAN de indisponibilidade de veículo em razão da existência de execução fiscal contra o seu proprietário. É o que se pode depreender pelo disposto neste inciso. Assim, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça confirma que não é possível a expedição de ofício ao Departamento de Trânsito – DETRAN, com o escopo de tornar indisponível o veículo registrado em nome do executado, impedindo, assim, a alienação do bem (STJ - REsp 511287 - Processo: 200300382311 UF: MG – 1ª T. – Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI - DJ DATA:14/06/2004 p.:165).

No mesmo sentido que ocorre com veículos, como vimos no julgado acima, situação prevista no inciso II, sua aplicação se dá nos casos dos incisos I e III deste artigo.

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

I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária; e

Somente possuem legitimidade para requerer a substituição da penhora, a Fazenda Pública ou o executado, mas nunca o depositário (STJ - REsp 474.748/SP, Rel.

Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/12/2004, DJ 14/03/2005 p. 198) e nem poderá ser feita “ ex officio “ (REsp 413.274/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/06/2006, DJ 03/08/2006 p. 236). Se for pedida pelo executado, não haverá necessidade do consentimento expresso da Fazenda.

À fiança bancária possui o mesmo status do depósito em dinheiro, quando se fala em substituição de penhora, sendo, portanto, instrumento suficiente para garantia do executivo fiscal. (STJ - REsp 660.288/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 10.10.05). Desta forma, caso o devedor tenha algum bem penhorado e precise dele, fora dinheiro, poderá oferecer fiança bancária para reavê-lo na execução fiscal, não sendo este dispositivo aplicado para ação anulatória de débito fiscal (STJ - AgRg no REsp 1157794/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 24/03/2010). Esta substituição ocorre independentemente do consentimento do credor (AgRg no Ag 1075169/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/03/2010, DJe 16/03/2010).

Esta substituição, pode ser feita em qualquer fase do processo, isto serve para demonstrar sua plena aplicação. Assim por exemplo, “quando embargada a arrematação, sem imissão na posse do bem, deve-se permitir que a fiança bancária possa substituir a exigência do depósito em dinheiro (STJ - REsp 643.097/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/04/2006, DJ 18/04/2006 p. 190).

Se a penhora for realizada em dinheiro, pode ser discutível se ela poderá ou não ser substituída por fiança bancária, pois o Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento nos dois sentidos. Assim, julgou que não será admitido que haja a substituição por fiança bancária (STJ - AgRg no REsp 1096109/MT, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/03/2010, DJe 12/03/2010) e também julgou que é possível (STJ - AgRg no REsp 1058533/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Rel. p/ Acórdão Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 27/04/2009) o posicionamento mais correto parece ser o que admite a substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária porque o art. 7º, inc. II, da LEF, fala que a penhora será realizada por exclusão, ou seja, quando não for garantido o juízo pelo depósito ou fiança bancária.

Agora, se questiona se fora dinheiro ou fiança bancária o devedor poderá substituir a penhora por outro bem? A resposta geralmente é negativa, porém, podemos encontrar situações excepcionais, onde seja possível. Assim, foi possível a substituição de bem penhora unilateralmente em execução fiscal, resguardado o interesse da Fazenda Pública, no caso em que uma empresa de transporte buscou substituir veículos de sua frota penhorados por imóveis, ante a necessidade de renovação de frota (STJ - AgRg no REsp 542.518/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2005, DJ 13/03/2006 p. 255).

Como dissemos, a regra é a não substituição sem o consentimento do credor, assim, realizada a penhora sobre créditos vencidos, somente pode haver substituição por dinheiro ou fiança bancária (STJ - REsp 474.748/SP, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/12/2004, DJ 14/03/2005 p. 198). Também, não será possível a substituição do bem, sem o consentimento do credor, da penhora de um bem por precatório, pois o regime aplicável a esta é do da penhora de crédito e não dinheiro. (STJ - AgRg no REsp 935.593/SP, Min. Humberto Martins, DJ 29.11.2007; REsp 893.519/RS, Min. Castro Meira, DJ 18.9.2007; REsp 801.871/SP, Min. Castro Meira, DJ 19.10.2006). O mesmo ocorre com a tentativa de substituir a

penhora em imóvel por títulos da ELETROBRÁS. (STJ - AgRg no REsp 1095407/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2009, DJe 14/04/2009) e ainda frente tentativa da substituição da penhora (efetuada sob o faturamento) sem a anuência do credor e de forma unilateral por outro bem (imóvel) (STJ - AgRg no REsp 844.854/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 12/12/2008).

Como se percebe, a aplicação do princípio da menor onerosidade ao devedor, previsto no art. 620 do CPC, se aplica, com já julgou o Superior Tribunal de Justiça ao permitir que seja penhorado outro bem do devedor no lugar do faturamento (STJ - REsp 829.138/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/05/2006, DJ 08/06/2006 p. 153), porém, esta é uma medida excepcional, pois o que prevalece geralmente é o interesse do credor (STJ - AgRg nos EDcl no REsp 800.479/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/08/2006, DJ 18/09/2006 p. 283), o qual não é obrigado a aceitar ordem de nomeação de bens diferente da prevista no art. 656 do CPC (STJ - EREsp 881.014/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 17.3.2008).

Uma vez ocorrendo a substituição mediante o depósito, em dinheiro, do montante integral, haverá a suspensão da exigibilidade do crédito tributário nos termos do art. 151, inciso II, do CTN (Incidência da Súmula 112/STJ). Vale lembrar que a suspensão não se dá com a substituição pela fiança bancária (STJ - AgRg no REsp 1046930/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/03/2009, DJe 25/03/2009).

Caso o devedor precise dos seus bens e não tenha dinheiro para depositar ou então não consiga prestar fiança, sua saída poderá estar num “REFIS”, ou seja, num programa de recuperação fiscal como os editados até o presente momento, pois, ao aderir ao REFIS a penhora será levantada, desde que sejam arrolados bens no programa de recuperação fiscal (STJ - REsp 945.891/SC, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/04/2008, DJe 23/04/2008).

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.

A Fazenda Pública por expressa disposição legal, pode pedir a substituição dos bens penhorados, independente da ordem indicada no art. 11, bem como o reforço da penhora quando ela for insuficiente em qualquer fase da execução (STJ - AgRg no REsp 863.808/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 15/05/2008).

Não é necessário que a penhora ainda não tenha se perfectibilizado para que ocorra a substituição (STJ - AgRg no REsp 758.687/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 16/12/2008), pois o importante é dar prioridade no recebimento do crédito, nem que a penhora seja mais onerosa para o devedor (art. 620 do CPC), como regra geral.

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

Exceção de pré-executividade. A Lei de Execuções Fiscais é de 1980, naquela época não se falava em exceção de pré-executividade, hoje se fala. Assim, caso for possível, o executado poderá oferecer exceção de pré-executividade para demonstrar que não é obrigado ao pagamento, porém, se não for cabível, apresentará os embargos à execução.

A exceção de pré-executividade é utilizada como matéria para defesa do executado, sem embargos ou penhora, por meio de petição argüi-se matéria de ordem pública ou as nulidades absolutas (STJ - AgRg no Ag 1074389/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2009, DJe 17/03/2009). Ela será aplicada quando não houver necessidade de dilação probatória, ou seja, quando a situação não exigir gasto de muito tempo. O que se verifica na prática é que se a situação puder ser resolvida logo, será aplicável a exceção de pré-executividade.

Suspensão dos embargos à execução. O pedido de parcelamento do débito fiscal, por não extinguir a obrigação tributária, acarreta a suspensão dos embargos à execução, e não sua extinção, a qual ocorrerá somente após quitado o débito tributário, motivo pelo qual a penhora realizada em garantia do crédito tributário deve ser mantida até o cumprimento integral do acordo (STJ - AgRg no REsp 923.784/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/12/2008, DJe 18/12/2008).

Esta suspensão ocorre com base no art. 111, I, do CTN, que prevê o parcelamento como forma de suspensão da

exigibilidade do crédito tributário. O executado precisa saber que o pedido de parcelamento da dívida tributária “que esteja em fase de cobrança judicial e garantido por penhora, se não for informado ao Juiz da execução antes da arrematação, não tem o condão de suspender a exigibilidade da dívida executada, tampouco pode ser confundido com o pagamento, a novação, a transação ou qualquer outra causa extintiva da obrigação, sendo descabido, nessa hipótese, o desfazimento da arrematação considerada perfeita, acabada e irretratável. (STJ - REsp 706.011/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007 p. 213).

No caso do REFIS, o simples pedido de homologação não suspende a execução, é preciso a homologação da transação, como julgou o STJ (REsp 706.011/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007 p. 213): “Somente a homologação da opção ao REFIS suspende a execução fiscal, a qual ocorre, tacitamente, decorrido o prazo de setenta e cinco dias da formalização, se não houver manifestação expressa do Comitê Gestor. A simples opção pelo REFIS não pode ensejar o desfazimento da arrematação, pois os embargos à arrematação foram opostos antes do prazo legal

para homologação da opção, quando se aperfeiçoa a transação."

Extinção dos embargos à execução. Existem casos onde a legislação versando sobre o parcelamento exige a desistência dos embargos à execução, situações diferentes das anteriormente vistas que falam sobre a suspensão dos embargos e não extinção. Nestes casos, é importante ainda o contribuinte saber que ao optar pelo parcelamento do débito meio de Programa de Recuperação Fiscal que expressamente condiciona a adesão à desistência dos embargos à execução, como é o caso do §3º do art. 13 da Lei 9.964/00, são devidos honorários advocatícios ao exequente no percentual máximo de 1% do débito consolidado.

O executado ao aderir ao parcelamento nestes casos não poderá continuar discutindo em juízo parcelas do débito, devendo o processo de embargos à execução ser extinto sem julgamento do mérito, com base no art. 267, VI, do CPC (STJ - AgRg no REsp 754.634/SC, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/06/2007, DJ 13/08/2007 p. 333) e não com base no art. 269, V, o qual trata de renúncia.

I - do depósito;

Como no processo civil excluí-se o dia do início e computa-se o do fim para contagem do prazo processual em dias, o prazo para interposição dos embargos à execução começa a correr do dia seguinte em que este é realizado.

"A assinatura do Auto de depósito do bem penhorado não equivale a intimação da penhora, para os efeitos da Lei nº 6.830/90 (art. 16)." (STJ - MC 3.612/PR, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2001, DJ 15/10/2001 p. 231).

O depósito poderá ser levantado nas condições estabelecidas no artigo 32 desta Lei, como veremos mais adiante.

II - da juntada da prova da fiança bancária;

Este caso é específico e deixa claro que o momento inicial para a apresentação dos embargos à execução se dá com a juntada da prova da fiança bancária e não da intimação da penhora.

III - da intimação da penhora.

Como tivemos a oportunidade de ver, o art. 8º, II, a citação do executado é feita pelo correio e não existe a necessidade do executado recebê-la pessoalmente do oficial

de justiça, agora o mesmo não ocorre com relação a intimação da penhora, pois é daqui um dos inícios da contagem do prazo para interposição dos embargos à execução e o mais comum no dia à dia.

Desta forma, é ilegal a contagem do prazo tomando-se como base a juntada aos autos do mandado de intimação da penhora (STJ - (AgRg no REsp 843.721/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 10/11/2008). Se houver alteração na CDA o prazo se abre somente para questionar aspectos formais da nova CDA e não para discussão do mérito (STJ - (EDcl no REsp 688.711/RN, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/04/2006, DJ 22/05/2006 p. 184), portanto, o prazo para oposição dos embargos corre sempre da intimação da primeira intimação da penhora.

Além da necessidade de ser feita esta intimação pessoal, ainda deve contar expressamente no mandado o prazo de 30 dias para oferecimento de embargos à execução, bem como a indicação de que o termo inicial é a data da efetiva intimação, isso serve para levar ao conhecimento do devedor o período de tempo de que dispõe para tomar as providências necessárias, não sendo suficiente a expressão

“prazo legal” (STJ - AgRg no Ag 793.455/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 20/09/2007, DJ 08/11/2007 p. 169). É importante saber que recentemente o próprio STJ (EREsp 841.587/BA, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2010, DJe 09/04/2010) julgou que “não há porque advertir o devedor que é a partir desse momento que o seu prazo começa a fluir para apresentação dos embargos à execução”. A anulação da penhora implica reabertura de prazo para apresentação dos embargos à execução segundo o STJ (REsp 1116287/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 02/12/2009, DJe 04/02/2010), “não assim o reforço ou a redução, posto permanecer de pé a primeira constrição, salvo para alegação de matérias suscetíveis a qualquer tempo ou inerente ao incorreto reforço ou diminuição da extensão da constrição”. Ainda afirma o STJ que será “admissível o ajuizamento de novos embargos do devedor, ainda que nas hipóteses de reforço ou substituição da penhora, quando a discussão adstringir-se aos aspectos formais do ato construtivo” (REsp 1.003.710/SP, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 12.02.2008, DJ 25.02.2008; AgRg na MC 13.047/MT, Rel. Ministra Nancy Andrichi, Terceira Turma, julgado em 09.08.2007, DJ 27.08.2007; REsp 257.881/RJ,

Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 19.04.2001, DJ 18.06.2001; REsp 122.984/MG, Rel. Ministro Ari Pargendler, Terceira Turma, julgado em 15.09.2000, DJ 16.10.2000; REsp 114.513/RS, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 29.06.2000, DJ 18.09.2000; REsp 172.032/RS, Rel. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 06.05.1999, DJ 21.06.1999; REsp 109.327/GO, Rel. Ministro Cesar Asfor Rocha, Quarta Turma, julgado em 20.10.1998, DJ 01.02.1999; e REsp 115.488/GO, Rel. Ministro Nilson Naves, Terceira Turma, julgado em 09.06.1997, DJ 25.08.1997).

O terceiro atingido pela penhora uma vez intimado da mesma poderá apresentar embargos de terceiro. No caso de redirecionamento da execução para o sócio-administrador este apresentará embargos à execução e não embargos à terceiro, já que ele não é considerado terceiro, porém, se assim o fizer dentro do prazo para apresentação dos embargos à execução, estes deverão ser aceitos como se fosse embargos à execução, em homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas.

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

Ao contrário do processo civil, lamentavelmente esta regra retrógrada permanece na execução fiscal. A garantia não precisa corresponder ao valor integral do débito, sendo admitido a apresentação de embargos mesmo diante da insuficiência da penhora (STJ - REsp 1079594/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/12/2008, DJe 27/02/2009). Neste caso deve ser buscado o reforço da penhora.

§ 2º - No prazo dos embargos, o executado deverá alegar 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.

Nos embargos à execução, o executado deverá alegar toda matéria útil à sua defesa, como a prescrição, ilegitimidade passiva ou ativa, pagamento, ausência de responsabilidade no caso de sócio-administrador, etc., requerer provas quando for seu ônus e juntar os documentos disponíveis naquele momento e rol de testemunhas, até três normalmente, ou, a critério do juiz, por exceção, até o dobro desse limite.

Antes da apresentação dos embargos à execução o devedor poderá apresentar exceção de pré-executividade quando a matéria puder ser conhecida de ofício pelo juiz e não houver necessidade de dilação probatória, como por exemplo, a demonstração de que determinado sócio-administrador não exercia a gestão dos negócios quando surgiu o fato gerador do tributo que está sendo cobrado.

§ 3º - Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos.

A situação mais usada na prática no caso deste parágrafo e que é mais questionável diz respeito a compensação, logo, a ela que nos ateremos, pois as demais situações são muito claras.

A finalidade dos embargos à execução é desconstituir título executivo ou declarar sua nulidade ou inexistência, não sendo o meio adequado à declaração de compensação tributária (AC processo nº 1999.39.00.004539-2 - 4ª Turma - Rel. Des. Federal HILTON QUEIROZ - TRF 1ª Região - DJ de 11.06.2003 e AC processo nº 1999.01.00.098739-3 - 2ª

Turma - Rel. Juiz LEÃO APARECIDO ALVES - TRF 1ª Região - DJ de 27.03.2003).

Art. 17 - Recebidos os embargos, o Juiz mandará intimar a Fazenda, para impugná-los no prazo de 30 (trinta) dias, designando, em seguida, audiência de instrução e julgamento.

Parágrafo Único - Não se realizará audiência, se os embargos versarem sobre matéria de direito, ou, sendo de direito e de fato, a prova for exclusivamente documental, caso em que o Juiz proferirá a sentença no prazo de 30 (trinta) dias.

A intimação da Fazenda Pública deverá ser feita pessoalmente para impugnar os embargos (art. 25, “caput” desta Lei).

A disposição prevista no parágrafo primeiro diz respeito ao julgamento antecipado da lide ou não, segundo a necessidade de produção de provas, conforme estabelece o art. 330, I, do CPC.

A discussão atual irá girar entorno de saber se a apresentação dos embargos à execução irá suspender ou não o curso da execução fiscal. O STJ entendeu que não, em

princípio, aplicando supletivamente o art. 739-A, §1º do CPC cumulado com o art. 1º desta Lei (REsp 1024128/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/05/2008, DJe 19/12/2008), para dizer que somente a suspensão quando:

“Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º A decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 3º Quando o efeito suspensivo atribuído aos embargos disser respeito apenas a parte do objeto da execução, essa prosseguirá quanto à parte restante. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 4º A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 5º Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 6º A concessão de efeito suspensivo não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)”.

Art. 18 - Caso não sejam oferecidos os embargos, a Fazenda Pública manifestar-se-á sobre a garantia da execução.

Como em regra os embargos à execução não possuem efeito suspensivo, segundo vimos no artigo anterior, uma vez não havendo oposição do devedor à execução, a Fazenda Pública irá se manifestar sobre a garantia da execução.

O não oferecimento de embargos à execução não significa necessariamente que deva ser reconhecida a revelia do executado, pois, uma vez demonstrado que este não foi citado, deverá ser feita a nomeação de um curador especial, segundo estabelece o art. 9º, II, do CPC, como já decidiu o STJ (REsp n. 685.251 - RS. Relatora Ministra DENISE ARRUDA. Primeira Turma. Unânime. Data do julgamento: 21.06.2007), sendo aqui aplicada a Súmula 196/STJ. Caso o devedor tenha sido citado, ele terá o prazo de 5 dias para oferecer bens à penhora (art. 8º).

Art. 19 - Não sendo embargada a execução ou sendo rejeitados os embargos, no caso de garantia prestada por terceiro, será este intimado, sob pena de contra ele prosseguir a execução nos próprios autos, para, no prazo de 15 (quinze) dias:

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

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

A situação prevista no “caput” deste artigo serve para agilizar o andamento processual em caso de falta de embargos à execução ou sua rejeição quando a garantia for prestada por terceiro. Este último deverá ser intimado para remir o bem, no caso de garantia real prestada, ou seja, para pagar o preço do bem se quiser ficar com ele antes que outra pessoa o adquira e ainda, segundo o inciso II, pagar o valor da dívida, juros e multa de mora e demais encargos, se a garantia não for real, ou seja, se for fidejussória.

Art. 20 - Na execução por carta, os embargos do executado serão oferecidos no Juízo deprecado, que os remeterá ao Juízo deprecante, para instrução e julgamento.

Parágrafo Único - Quando os embargos tiverem por objeto vícios ou irregularidades de atos do próprio

Juízo deprecado, caber-lhe -á unicamente o julgamento dessa matéria.

Esta questão processual visa facilitar a defesa do executado e também agilizar o andamento processual, não merecendo comentários mais detalhados.

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.

Sempre quando os bens puderem se deteriorar entendemos que deva ser realizada a alienação antecipada de bens porque estes vão sendo desvalorizados. Assim vamos pensar num veículo, numa aeronave, numa roupa da moda, num tênis,... estes bens perdem o valor com o tempo, logo, não a lógica para não serem vendidos imediatamente.

O dinheiro obtido com a venda deverá ser depositado em juízo.

Art. 22 - A arrematação será precedida de edital, afixado no local de costume, na sede do Juízo, e publicado em resumo, uma só vez, gratuitamente, como expediente judiciário, no órgão oficial.

§ 1º - O prazo entre as datas de publicação do edital e do leilão não poderá ser superior a 30 (trinta), nem inferior a 10 (dez) dias.

§ 2º - O representante judicial da Fazenda Pública, será intimado, pessoalmente, da realização do leilão, com a antecedência prevista no parágrafo anterior.

O edital fixa a forma de arrematação do bem e a necessidade de intimação pessoal do representante judicial da Fazenda Pública da realização do leilão, sob pena de ser anulado.

Art. 23 - A alienação de quaisquer bens penhorados será feita em leilão público, no lugar designado pelo Juiz.

§ 1º - A Fazenda Pública e o executado poderão requerer que os bens sejam leiloados englobadamente ou em lotes que indicarem.

§ 2º - Cabe ao arrematante o pagamento da comissão do leiloeiro e demais despesas indicadas no edital.

O art. 23 estabelece o procedimento para alienação dos bens penhorados quando houver a necessidade de leilão e a obrigação do arrematante em pagar o leiloeiro se for efetivada a arrematação.

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

A Fazenda Pública não tem a obrigação de adjudicar os bens penhorados, trata-se de uma faculdade. Caso o bem não seja por ela adjudicado, o produto da arrematação lhe será destinado ao pagamento se não houver nenhum outro credor com privilégio maior, por exemplo, o credor trabalhista que não recebeu seu salário.

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

Ao aplicarmos de forma conjunta os arts. 12, caput; 13, caput e §1º; 16, III e §2º e 24, I, todos da LEF, é possível verificar que o prazo para impugnação do valor de avaliação dos bens penhorados, tem início com a intimação desta, possuindo o executado trinta dias para alegar “toda a matéria útil à defesa”, através de embargos. Após este prazo, a Fazenda Pública tem a faculdade, a qualquer tempo, de

pleitear a adjudicação do bem penhorado, sendo desnecessária, portanto, nova intimação da executada.

Não impugnada a avaliação em tempo oportuno, fica sem suporte a alegação de preço vil nos embargos à adjudicação, tudo como alinhavado em precedente da Corte (STJ - REsp – 203170/MG - TERCEIRA TURMA - Relator CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO - Fonte DJ DATA: 12/06/2000, p.107).

II - findo o leilão:

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

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

O prazo para oferecimento de embargos à arrematação na execução fiscal não tem início a partir da assinatura do auto de arrematação (regra geral - art. 694 do CPC), mas após decorridos os 30 (trinta) dias de que trata o art. 24, II, "b", da Lei 6.830/80, quando a arrematação pela Fazenda Pública torna-se perfeita e irretratável, como julgou

o STJ (REsp 872722/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/06/2008, DJe 06/08/2008)

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

Art. 25 - Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente.

Parágrafo Único - A intimação de que trata este artigo poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria.

Trata-se de privilégio concedido a Fazenda Pública, que dispensa comentários.

Art. 26 - Se, antes da decisão de primeira instância, a inscrição de Dívida Ativa for, a qualquer

título, cancelada, a execução fiscal será extinta, sem qualquer ônus para as partes.

Este cancelamento não deve ser confundido com a ilegitimidade de parte. Sendo esta última reconhecida haverá sim a condenação da exequente com relação aos prejuízos causados porque o executado teve que se defender.

Art. 27 - As publicações de atos processuais poderão ser feitas resumidamente ou reunir num só texto os de diferentes processos.

Parágrafo Único - As publicações farão sempre referência ao número do processo no respectivo Juízo e ao número da correspondente inscrição de Dívida Ativa, bem como ao nome das partes e de seus advogados, suficientes para a sua identificação.

Trata-se de procedimento que visa facilitar o andamento processual merecendo dispensa de comentários.

Art. 28 - O Juiz, a requerimento das partes, poderá, por conveniência da unidade da garantia da execução, ordenar a reunião de processos contra o mesmo devedor.

Em virtude da existência de um grande número de processos é aconselhável esta reunião para que se tome conhecimento dos fatos com maior precisão e assim exista a probabilidade de julgamentos mais corretos.

Parágrafo Único - Na hipótese deste artigo, os processos serão redistribuídos ao Juízo da primeira distribuição.

Art. 29 - A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.

Parágrafo Único - O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:

I - União e suas autarquias;

II - Estados, Distrito Federal e Territórios e suas autarquias, conjuntamente e pro rata;

III - Municípios e suas autarquias, conjuntamente e pro rata.

Quando o credor move uma demanda de execução singular contra o devedor e este não lhe paga, são penhorados bens suficientes para garantir o pagamento do crédito. Estes bens são transformados em dinheiro quando houver necessidade e é feito o pagamento do credor. Ocorre que muitas vezes existem vários credores penhorando um mesmo bem e todos querem receber seu crédito. Quando um destes credores tem um crédito tributário, o que é feito? E quando existe mais que um credor tributário, como é feito o pagamento? É isso que será demonstrado neste breve artigo.

O artigo 29 “caput” da Lei nº 6.830/80 estabelece:

“Art. 29 - A cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.”

I - Da exclusão do crédito da Fazenda Pública inscrito na Dívida Ativa do concurso de credores ou habilitação em casos de falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento. O privilégio descrito no “caput” deste artigo permite com que a Fazenda Pública não se sujeite a concurso de credores ou habilitação em casos de falência, concordata, hoje substituída pelos processos de recuperação judicial ou extrajudicial de

empresas, segundo a Lei nº 11.101/05, liquidação, inventário ou arrolamento para receber seu crédito quando este estiver inscrito em dívida ativa.

Esta disposição do art. 29 também está estabelecida no art. 187 do CTN, porém mais ampla, ao estabelecer que os créditos tributários e não somente a Fazenda Pública não se sujeitem a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, liquidação, inventário ou arrolamento.

Embora não haja esta sujeição, o crédito tributário não é pago de forma prioritária quando houver pluralidade de penhora sobre um mesmo bem, diante de um crédito decorrente de acidente de trabalho, por exemplo, conforme vemos abaixo.

II – Do concurso de preferência do crédito tributário entre pessoas jurídicas de direito público

O art. 29, em seu parágrafo único e III inciso e no mesmo sentido o art. 187 do CTN, parágrafo único e seus incisos, determinam:

“Parágrafo Único - O concurso de preferência somente se verifica entre pessoas jurídicas de direito público, na seguinte ordem:”

Para que exista o concurso de preferência, como vimos, deverá haver pluralidade de execuções e penhora sobre o mesmo bem.

“I - União e suas autarquias;”

A União e suas autarquias têm preferência no recebimento de seu crédito frente as demais pessoas jurídicas de direito público enumeradas nos incisos II e III.

Quando a União concorre com o INSS, aquela tem preferência, na presença de execução movida por ambas partes cuja penhora tenha recaído sobre o mesmo bem, segundo o art. 187, parágrafo único do CTN (STJ - REsp 922.497/SC, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/09/2007, DJ 24/09/2007 p. 262).

“II - Estados, Distrito Federal e Territórios e suas autarquias, conjuntamente e *pro rata*”;

Na execução fiscal movida pelo Estado-membro, a União terá direito de preferência sobre o crédito dos Estados, Distrito Federal e suas autarquias quando houver movido demanda de execução e penhorado o mesmo bem (STJ - REsp 1122484/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/12/2009, DJe 18/12/2009).

“III - Municípios e suas autarquias, conjuntamente e *pro rata*.”

Este último inciso funciona da mesma forma que os dois anteriores.

III - Do direito de preferência do credor fiscal em caso de pluralidade de penhora. Em caso de pluralidade de penhora sobre o mesmo bem, “devem ser analisadas duas situações: em primeiro lugar, a existência de crédito privilegiado, em decorrência de previsão legal; afastada essa hipótese, em segundo lugar, a anterioridade da penhora. Na hipótese da existência de privilégio em virtude da natureza do crédito, deve o credor privilegiado, a fim de exercer a preferência legalmente prevista, demonstrar que promoveu a execução, e que penhorou o mesmo bem objeto de outra constrição judicial, conforme prevê o art. 711 do Código de Processo Civil” (STJ - REsp 655.233/PR, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007 p. 210), estendendo-se esta regra para os casos de arresto (STJ - REsp 871.190/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 03/11/2008).

Embora o crédito tributário não esteja sujeito ao concurso de credores, havendo pluralidade de penhora,

existem créditos que são mais privilegiados que ele, assim, os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou acidente de trabalho são mais “fortes” que o crédito tributário, isso permite com que estes créditos sejam pagos antes do crédito da Fazenda Pública, segundo estabelece o “caput” do art. 186 do CTN, *in verbis*, quando não houver falência do empresário:

“Art. 186. O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho. (Redação dada pela Lcp nº 118, de 2005)”

O crédito de natureza trabalhista e aqueles de acidentes de trabalho serão pagos prioritariamente quando houver pluralidade de penhoras sobre o mesmo bem (STJ - REsp 871.190/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 03/11/2008), pois se não houver, será pago o credor que primeiro moveu a execução e primeiro penhorou o bem.

Quando não existe o crédito de natureza trabalhista, podemos encontrar outras situações, assim, a garantia real oferecida em uma Cédula de Crédito baseada no art. 57 do

Decreto-Lei nº 413/69 que estabelece sua impenhorabilidade, não terá força para impedir com que a Fazenda Pública penhore este bem e o leve a alienação ou adjudicação e receba seu crédito de forma preferencial, sem concorrer com o credor que esperava contar com esta garantia, isto porque o Código Tributário tem “status” de lei complementar e suas disposições estabelecidas nos arts. 184 e 186 do CTN prevalecem sobre o Decreto-Lei nº 413/69 (STJ - REsp 681.402/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/08/2007, DJ 17/09/2007 p. 211).

Mesmo que os honorários advocatícios contratuais e de sucumbência possuam natureza alimentícia (STJ – REsp 1041676/SC, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/05/2009, DJe 24/06/2009), eles não tem preferência no recebimento diante do crédito tributário, segundo o art. 186 “caput” do CTN (STJ - REsp 722.197/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/10/2007, DJ 22/11/2007 p. 189 e por maioria RESP 874.309/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/05/2010, DJe 27/05/2010, tendo o relator concluído em voto vencido que os honorários advocatícios se equiparam ao crédito trabalhista), quando houver pluralidade de penhora sobre o mesmo bem.

IV – Do direito de preferência do crédito tributário em caso de falência

O art. 186 do CTN estabelece em seus incisos critérios para pagamentos em caso de falência, como se vê:

“Parágrafo único. Na falência: (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

I – o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado; (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

II – a lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho; e (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

III – a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)”

Se for declarada a falência do empresário, o privilégio do crédito trabalhista ainda permanece. O crédito trabalhista prevalece em caso de pluralidade de penhoras, quer a execução fiscal tenha sido ajuizada antes, como depois da

decretação da falência (STJ – Corte Especial REsp. 118.148/RS, 1ª. Seção REsp. 444.964/RS), quer o devedor seja solvente ou insolvente, tenha ou não sido declarada sua falência (REsp 871.190/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 03/11/2008).

O inciso I diz que o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias possíveis de restituição, nos termos da lei falimentar. A lei falimentar aqui referida, é a Lei de Recuperação de Empresas e Falências sob o nº 11.101/05. Como crédito extraconcursal a referida lei estabelece em seu art. 67, por exemplo, os créditos decorrentes de obrigações contraídas pelo devedor durante a recuperação judicial, inclusive aqueles relativos a despesas com fornecedores de bens ou serviços e contratos de mútuo. Já com relação às importâncias passíveis de restituição podemos citar o caso do adiantamento de contrato de câmbio à exportação, prevista no art. 86, inciso II.

Agora, a diferença importante é que o final do inciso I estabelece que o crédito com garantia real goza de preferência com relação ao crédito tributário em caso de falência, no limite do valor do bem gravado pois, parece que se não for declarada a falência, prevalece o “caput” do art.

186, o qual inverte a ordem de preferência e garante a Fazenda Pública o recebimento de seu crédito antes do credor com garantia real.

O inciso II prevê que lei possa estabelecer limites e condições para a preferência do crédito decorrente da legislação do trabalho e é que faz a Lei nº 11.101/05, no art. 83, inciso I, ao estabelecer que a preferência no recebimento do crédito trabalhista em caso de falência se limita a 150 salários mínimos.

Já com relação ao inciso III, a multa tributária é deixada para o quase o final para seu recebimento, o que diminui sua probabilidade no recebimento, pois somente lhe dá preferência frente ao crédito subordinado, como é aquele em que os sócios terão se restarem bens da sociedade falida para lhe serem devolvidos (art. 153, da Lei nº 11.101/05), o que é raro se ver na prática.

V – Da arrecadação dos bens em caso de falência.

O art. 76 “caput” da Lei nº 11.101/05, determina que:

“Art. 76. O juízo da falência é indivisível e competente para conhecer todas as ações sobre bens, interesses e negócios do falido, ressalvadas as causas trabalhistas, fiscais e aquelas não

reguladas nesta Lei em que o falido figurar como autor ou litisconsorte ativo”.

Este artigo permite que a execução fiscal continue a ser movida contra o empresário devedor, porém, o produto da arrecadação na execução fiscal deverá ser destinado ao juízo falimentar em virtude do princípio da universalidade do juízo da falimentar. Assim, não será possível ao credor fiscal requerer a adjudicação do bem, mesmo que a execução tenha sido movida anteriormente a declaração de falência, pois ele irá se submeter a ordem legal de preferência entre os credores da massa falida (STJ – REsp 695.167/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 05/11/2008). Em sentido contrário já decidiu o STJ entendendo-se que o credor tem a faculdade de adjudicar o bem (REsp 1143950/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 22/03/2010).

O bem penhorado em virtude de execução fiscal proposta anteriormente a decretação da falência não será arrecadado pelo juízo falimentar, ele permanecerá no juízo de origem, somente o produto da arrematação será destinado ao juízo falimentar se aqui houver necessidade de serem pagos outros credores preferenciais, como é o caso do crédito

decorrente da legislação do trabalho, pois o crédito tributário é preterido por i) créditos decorrentes da legislação trabalhista até o valor de 150 salários mínimos; ii) créditos decorrentes de acidente de trabalho; iii) créditos extraconcursais; iv) créditos com garantia real até o valor da garantia no processo falimentar e v) importâncias restituíveis na falência (STJ - REsp 1143950/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 22/03/2010)

Agora, se a execução for movida após a falência, a massa falida será a executada e a penhora será feita no rosto dos autos, citando-se a massa falida e depois intimando-se o síndico da penhora. Neste sentido estabelece a Súmula 44 do antigo Tribunal Federal de Recursos (STJ - REsp 695.167/MS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 07/10/2008, DJe 05/11/2008). Se não houver falência e sim liquidação judicial, como é o caso das cooperativas, não sujeitas a falência por força do art. 1º, da Lei nº 11.101/05, não se aplica esta última Lei e assim o produto da arrecadação da penhora ocorrida na execução não é transferido ao juízo falimentar (STJ - AgRg EDcl no REsp 799.547/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/05/2009, DJe 21/05/2009).

Assim, como se pode verificar, estando ou não o devedor em estado de insolvência civil ou falência deverá ser atendido o direito de preferência de cada credor, isto assegura que um credor colocado em situação privilegiada pela lei receba seu crédito antes que outro.

Art. 30 - Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis.

Este artigo estabelece de forma semelhante ao previsto no art. 591 do CPC, ou seja, fazendo com que o executado responda não somente com seus bens e direitos presentes, como futuros.

Art. 31 - Nos processos de falência, concordata, liquidação, inventário, arrolamento ou concurso de credores, nenhuma alienação será judicialmente autorizada sem a prova de quitação da Dívida Ativa ou a concordância da Fazenda Pública.

As hipóteses aqui previstas são taxativas, não se podendo mais falar em concordata e sim em recuperação de empresas. Assim, no caso de cessão de quotas sociais não poderá ser exigida a Certidão Negativa de Inscrição na Dívida Ativa porque a cessão se faz entre os sócios e sendo a sociedade devedora e não os sócios, não se pode, por dívidas dela, impedir atos destes.

Ainda, como tivemos a oportunidade de ver nos comentários ao art. 4º, inciso V, não existe sucessão tributária nos casos de recuperação judicial e falência.

Art. 32 - Os depósitos judiciais em dinheiro serão obrigatoriamente feitos:

I - na Caixa Econômica Federal, de acordo com o Decreto-lei nº 1.737, de 20 de dezembro de 1979, quando relacionados com a execução fiscal proposta pela União ou suas autarquias;

II - na Caixa Econômica ou no banco oficial da unidade federativa ou, à sua falta, na Caixa Econômica Federal, quando relacionados com execução fiscal proposta pelo Estado, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias.

§ 1º - Os depósitos de que trata este artigo estão sujeitos à atualização monetária, segundo os índices estabelecidos para os débitos tributários federais.

§ 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.

Neste artigo, poderia ser questionado se o depósito realizado pode ser levantado antes do trânsito em julgado da decisão mediante penhora de um bem diferente de dinheiro. Tal tentativa parece se justificar quando a probabilidade de ganho da causa for muito grande. No caso, poderá ser substituído o depósito por uma fiança bancária, por exemplo.

Art. 33 - O Juízo, do Ofício, comunicará à repartição competente da Fazenda Pública, para fins de averbação no Registro da Dívida Ativa, a decisão

final, transitada em julgado, que der por improcedente a execução, total ou parcialmente.

O problema aqui se refere ao prazo para comunicação, bem como qual parte deve fazer a comunicação ou se ela será feita de ofício. A importância do tema é relevante, pois, através do Registro da Dívida Ativa o devedor tem seu nome negativado, como vimos anteriormente, ele é em tese, impedido de alienar seus bens. Isso funciona como se fosse um protesto de título extrajudicial, por exemplo.

A primeira questão a ser resolvida é de quem deve fazer o comunicado. Me parece que é o exeqüente, pois, se a demanda dele é julgada improcedente, ele é que pleiteou algo que não lhe era devido, não cabendo a vítima (executado) ter este trabalho. Quem deu causa a cobrança indevida foi o exeqüente, logo, ele que retire a causa.

Com relação ao tempo que deve fazer isto não existe previsão legal, portanto, entendemos que é num prazo razoável. Mais qual este prazo? Se o devedor tem 5 (cinco) dias para nomear um bem à penhora após sua citação, me parece lógico dar o mesmo prazo para o exeqüente baixar a inscrição negativa indevida do executado na Dívida Ativa. E se não o fizer?

Não tenho dúvida que deverá pagar indenização por danos morais.

Ainda, se houver penhora de imóvel, por exemplo, a pedido do exeqüente, este deve dar baixa num prazo razoável, sabemos que existe toda uma burocracia junto ao registro de imóveis e que leva certo tempo, 30 dias parecendo ser um prazo razoável. Esta baixa na averbação do registro da penhora, que vale para veículo, quotas sociais, imóveis, não impedirá o executado de pleitear indenização por eventuais danos materiais e morais causados pela restrição ilegal em seus bens.

Art. 34 - Das sentenças de primeira instância proferidas em execuções de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN, só se admitirão embargos infringentes e de declaração.

§ 1º - Para os efeitos deste artigo considerar-se-á o valor da dívida monetariamente atualizado e acrescido de multa e juros de mora e de mais encargos legais, na data da distribuição.

§ 2º - Os embargos infringentes, instruídos, ou não, com documentos novos, serão deduzidos, no prazo de 10 (dez) dias perante o mesmo Juízo, em petição fundamentada.

§ 3º - Ouvido o embargado, no prazo de 10 (dez) dias, serão os autos conclusos ao Juiz, que, dentro de 20 (vinte) dias, os rejeitará ou reformará a sentença.

Nos termos deste artigo, as sentenças proferidas em execuções fiscais de valor igual ou inferior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional - ORTN serão impugnáveis tão-somente por Embargos Infringentes e de Declaração. Ficando demonstrado que o crédito exequendo, na data da distribuição da demanda, não ultrapassou o valor de 50 (cinquenta) ORTN fixados pela tabela de Gerência de Controle de Receitas - GEREC, incluídos os expurgos inflacionários, deve ser reconhecida a manifesta inadmissibilidade do recurso de apelação manejado. Recurso conhecido, mas desprovido.". (TJMG - Agravo Inominado n. 1.0024.05.877474-6/002, rel. Des. ALBERGARIA COSTA, DJ 11.10.2006)

Art. 35 - Nos processos regulados por esta Lei, poderá ser dispensada a audiência de revisor, no julgamento das apelações.

Esta faculdade visa a facilitar o julgamento da lide.

Art. 36 - Compete à Fazenda Pública baixar normas sobre o recolhimento da Dívida Ativa respectiva, em Juízo ou fora dele, e aprovar, inclusive, os modelos de documentos de arrecadação.

Dispensa comentários.

Art. 37 - O Auxiliar de Justiça que, por ação ou omissão, culposa ou dolosa, prejudicar a execução, será responsabilizado, civil, penal e administrativamente.

Parágrafo Único - O Oficial de Justiça deverá efetuar, em 10 (dez) dias, as diligências que lhe forem ordenadas, salvo motivo de força maior devidamente justificado perante o Juízo.

Na prática é difícil de ser constatada esta situação ou então provada.

Art. 38 - A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

O início deste artigo veda com que a Fazenda Pública, não sendo credora quirografária, tenha o direito de realizar a execução da dívida de outra forma diferente da prevista nesta Lei. Isto quer dizer que ela não poderá ajuizar uma demanda de falência contra o executado, como julgou muito bem o STJ (REsp nº 136.565/RS, Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, DJ de 14/06/1999), salvo as exceções apontadas ao final do artigo.

O depósito preparatório, ao qual se refere o artigo, vai ao encontro do que estabelece o art. 151, II, do CTN, o qual deve ser pelo montante integral da dívida, não sendo

admitido o depósito parcial, nem sua disponibilização de forma parcelada (Súmula 112 do STJ).

Parágrafo Único - A propositura, pelo contribuinte, da ação prevista neste artigo importa em renúncia ao poder de recorrer na esfera administrativa e desistência do recurso acaso interposto.

Art. 39 - A Fazenda Pública não está sujeita ao pagamento de custas e emolumentos. A prática dos atos judiciais de seu interesse independe de preparo ou de prévio depósito.

Esta Lei é clara quanto à exoneração do pagamento de custas e emolumentos pela Fazenda, conforme estabelece este artigo em conjunto com o 7º. Neste sentido afirmou o STJ que “É cediço em sede doutrinária que: A União está isenta de custas, selos, taxas e emolumentos na execução fiscal. Os processos de execução fiscal para cobrança da dívida da União, ainda que em curso perante a justiça dos Estados, do Distrito Federal ou dos Territórios, estão isentos de qualquer pagamento, seja ele qual for, no que concerne a custas ou despesas judiciais.

Não paga a taxa judiciária, não paga selo nas petições ou papéis juntos aos autos; não paga remuneração aos cartórios ou órgãos auxiliares, tais como depositários, avaliadores, partidores, etc.

Não há exigência de taxa judiciária, de selos ou estampilhas ou papel selado, de comissões, custas, emolumentos, dos serventuários, preparo, etc. Invoque-se o art. 150, IV, a, da CF, que veda à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios criar imposto sobre serviço uns dos outros, e interprete-se o art. 1.212, parágrafo único, do CPC, amplamente. Não só os atos judiciais, nos processos em que autora é a União, estão isentos desses pagamentos.

O privilégio e a isenção são recíprocos entre a União, Estados e Municípios." (José da Silva Pacheco, in Comentários à Lei de Execução Fiscal, Ed. Saraiva, 7ª ed., 2000, São Paulo) Recurso especial desprovido. "(REsp 861.954/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/02/2008, DJe 03/04/2008)

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

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

A execução fiscal poderá ser suspensa por um ano, segundo o art. 40, “caput”, do CTN, quando a citação do devedor e não do responsável tributário, restar infrutífera, ainda que antes da citação por edital, para as execuções fiscais ajuizadas após a reforma tributária através da Lei Complementar nº 118/05, que entrou em vigor dia 9.6.2005.

Como o *caput* do artigo fala em devedor, esta disposição não se aplica no caso de redirecionamento da execução fiscal para o sócio administrador porque este é considerado responsável tributário (STJ - REsp nº 205.887, DJU de 01/08/2005; REsp nº 736.030, DJU de 20/06/2005; AgRg no REsp nº 445.658, DJU de 16.05.2005; AgRg no Ag nº 541.255, DJU de 11/04/2005). Assim, decorrido 5 anos após a citação da pessoa jurídica, se não forem penhorados bens dos sócios, estará prescrito o crédito da Fazenda Pública, mesmo que tenha sido pedida a suspensão da execução fiscal por 1 ano, pois a suspensão somente ocorre com relação ao devedor, que é a pessoa jurídica.

Para as execuções fiscais ajuizadas antes da vigência da reforma, o despacho judicial não interrompia a prescrição e sim a citação pessoal do devedor, condição esta que impossibilitava a suspensão da execução antes da citação por edital (REsp 1022507/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/10/2008, DJE 03/02/2009)

O STJ entendeu que a aplicação da prescrição intercorrente pressupõe o arquivamento provisório da execução fiscal, após um ano de suspensão, quando não localizado o devedor ou então encontrados bens penhoráveis. Assim, se durante este período for realizada a citação por edital em virtude de não ter sido encontrado o devedor, não ocorrerá prescrição intercorrente (REsp 815.067/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2009, DJE 25/03/2009).

Ainda, esta hipótese é reservada para os casos de não localização do devedor ou de bens passíveis de penhora, não sendo aplicada no caso de encerramento de processo de falência, sem possibilidade de satisfação do crédito (STJ - EDcl no REsp 902.526/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/09/2009, DJe 22/09/2009).

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

Antes da vigência da Lei nº 11.051/04, o STJ entendia que após o prazo de 5 anos sem a manifestação do credor tributário, este artigo devia ser interpretado em consonância com o art. 174 do CTN e a consequência era que não poderia ocorrer o reconhecimento da prescrição de ofício, deveria ela ser pedida pelo devedor. Com a reforma, foi acrescentado o

§4º junto ao art. 40 da LEF e então a prescrição intercorrente baseada no §2º deste artigo passou a ser reconhecida de ofício, mas, primeiro deve ser ouvido o credor para que este possa suscitar eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional (STJ - REsp 913.704/PR (DJ de 30.04.2007); REsp 747.825/RS (DJ de 28.03.2007); REsp 873.271/RS (DJ de 22.03.2007); REsp 855.525/RS (DJ de 18.12.2006); Edcl no REsp 835.978/RS (DJ de 29.09.2006); REsp 839.820/RS (DJ de 28.08.2006). Como se trata de norma de direito processual, a reforma passou a ter incidência imediata, incidindo nas execuções em curso (STJ - REsp 1034251/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 15/12/2008). Nos demais casos ela pode ser reconhecida de ofício, com fundamento no art. 219, §5º, do CPC (STJ - REsp 1100156/RJ, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe 18/06/2009. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08).

Uma vez não havendo bens a penhorar após a interrupção da prescrição, é lícito que o processo fique suspenso pelo prazo de um ano, ao fim do qual recomeça a fluir a contagem até que se completem cinco anos, ao fim do qual estará prescrita a dívida em virtude da prescrição intercorrente.

A análise das circunstâncias que levaram a esta prescrição é matéria de fato e não é analisada pelo STJ se a demora foi causada pela inércia do exeqüente ou pela demora do Judiciário (STJ - AgRg no REsp 1090311/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/12/2008, DJe 04/02/2009).

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei nº 11.960, de 2009)

Art. 41 - O processo administrativo correspondente à inscrição de Dívida Ativa, à execução fiscal ou à ação proposta contra a Fazenda Pública será mantido na repartição competente, dele se extraindo as cópias autenticadas ou certidões, que forem requeridas pelas partes ou requisitadas pelo Juiz ou pelo Ministério Público.

Parágrafo Único - Mediante requisição do Juiz à repartição competente, com dia e hora previamente

marcados, poderá o processo administrativo ser exibido na sede do Juízo, pelo funcionário para esse fim designado, lavrando o serventuário termo da ocorrência, com indicação, se for o caso, das peças a serem trasladadas.

A disposição neste artigo serve para demonstrar a publicidade que deve ser dada aos atos administrativos.

Art. 42 - Revogadas as disposições em contrário, esta Lei entrará em vigor 90 (noventa) dias após a data de sua publicação.

Brasília, 22 de setembro de 1980; 159º da Independência e 92º da República.