

Mensagem nº 323

Excelentíssimo Senhor Presidente do Supremo Tribunal Federal:

Para instruir o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5165, tenho a honra de encaminhar a Vossa Excelência as informações em anexo, elaboradas pela Advocacia-Geral da União.

Brasília, 15 de outubro de 2014.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ricardo Lewandowski', written in a cursive style.

**A Sua Excelência o Senhor
Ministro RICARDO LEWANDOWSKI
Presidente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

PROCESSO Nº 00688.001525/2014-96

ORIGEM: STF - Ofício nº 33070/2014, de 2 de outubro de 2014.

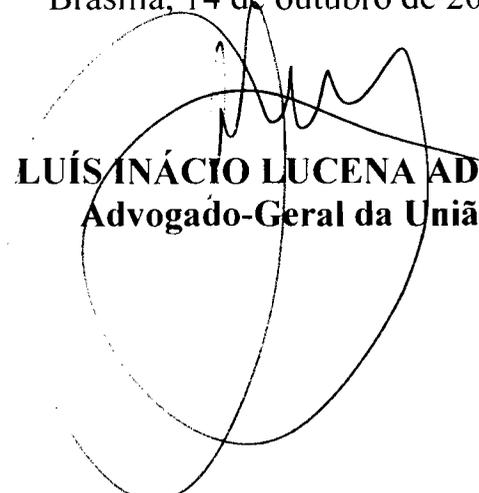
ASSUNTO: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5165.

Despacho do Advogado-Geral da União

Adoto, nos termos do Despacho do Consultor-Geral da União, para os fins e efeitos do art. 4º, inciso V, da Lei Complementar nº 73, de 10 de fevereiro de 1993, as anexas INFORMAÇÕES Nº 17/2014/SF/CGU/AGU, elaboradas pelo Consultor da União Dr. OSWALDO OTHON DE PONTES SARAIVA FILHO.

Brasília, 14 de outubro de 2014.

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS
Advogado-Geral da União





**ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO**

DESPACHO DO CONSULTOR-GERAL DA UNIÃO Nº 591/2014

PROCESSO: 00688.001525/2014-94

ORIGEM: STF – Ofício nº 33070/2014, de 2 de outubro de 2014

ASSUNTO: Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5165

Senhor Advogado-Geral da União,

1. Estou de acordo com as INFORMAÇÕES Nº 17/2014/SF/AGU.
2. À consideração superior.

Brasília, 14 de outubro de 2014.


ANDRÉ AUGUSTO DANTAS MOTTA AMARAL
Consultor-Geral da União Substituto

INFORMAÇÃO Nº 17/2014/SF/AGU

Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.165

PROCESSO: 00688.001525/2014-94

REQUERENTE: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB

INTERESSADOS: Excelentíssima senhora Presidente da República e Congresso Nacional

RELATORA: Excelentíssima Senhora Ministra CÁRMEN LÚCIA

Excelentíssimo Senhor Consultor-Geral da União,

I A IMPETRAÇÃO

Trata-se Ação Direta de Inconstitucionalidade, requerida pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB, com pedido de medida liminar, objetivando a declaração de inconstitucionalidade sem redução do texto do artigo 739-A, do Código de Processo Civil, e seus parágrafos, incluídos pela Lei nº 11.382/2006, para que tais preceptivos legais não sejam aplicados à Execução Fiscal da Fazenda Pública.

Alega o Requerente ferimento aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como ofensa ao direito de propriedade e ao princípio da isonomia.

Transcrevam-se os dispositivos legais acimados de inconstitucionais do artigo 739-A, do Código Processual Civil, e seus parágrafos, incluídos pela Lei nº 11.382/2006:



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

§ 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.

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

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

§ 4º A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante.

§ 5º Quando o excesso de execução for fundamento dos embargos, o embargante deverá declarar na petição inicial o valor que entende correto, apresentando memória do cálculo, sob pena de rejeição liminar dos embargos ou de não conhecimento desse fundamento.

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

II SOLICITAÇÃO DE INFORMAÇÕES

Através do Ofício nº 33.070/R, de 2 de outubro de 2014, recebido no dia 06/10/2014, a relatora do feito a Excelentíssima senhora Ministra CÁRMEN LÚCIA solicitou informações, no prazo de dez dias, sobre o alegado na peça exordial, nos termos do artigo 12, da Lei nº 9.868/1999.



III SUBSÍDIOS

A título de subsídios, a Subchefia para Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República encaminhou a Nota SAJ nº 1895/2014-JMF, da autoria do Advogado da União Dr. Jandyr Maya Faillace, que demonstram a improcedência desta ação direta de inconstitucionalidade.

IV O DIREITO

Para responder a alegação de inconstitucionalidade, sem redução do texto, do artigo 739-A, do Código de Processo Civil, e seus parágrafos, incluídos pela Lei nº 11.382/2006, com a comprovação de que tais preceptivos legais podem, sem qualquer ofensa direta à Constituição Federal, ser aplicados à Execução Fiscal da Fazenda Pública, traga-se à colação a retrocitada Nota da Subchefia de Assuntos Jurídicos da Casa Civil da Presidência da República, que demonstra a inconsistência dos argumentos engendrados pelo CFOAB:

Da participação desta Subchefia na gênese do art. 739-A do CPC

A Lei nº 11.382, de 2006, que deu a atual redação do art. 739-A do CPC, decorreu de proposta de juristas do Instituto Brasileiro de Direito Processual discutida com esta Subchefia para Assuntos Jurídicos e com a Secretaria de Reforma do Poder Judiciário. Foi uma entre várias pequenas (neste caso, não tão *pequena*) alterações propostas para o Código de Processo Civil com base na premissa de que alterações de



maior monta em proposta única atrairiam maiores controvérsias e o andamento restaria inviabilizado.

Pela nova disciplina dos embargos constante do art. 739-A do Código de Processo Civil, a interposição de embargos deixou de estar vinculada à realização de penhora. Abandonou-se o entendimento de que o processo de execução inicia-se pela penhora ou pelo depósito da coisa devida e os embargos seriam a reação do executado contra essa atividade executória e, por isso, não haveria embargos antes da penhora ou do depósito porque ainda não haveria execução a embargar.

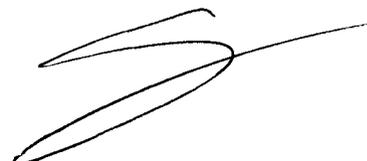
O prazo para embargar passou a ser contado da *citação* e os embargos deixaram de suspender, de forma automática e incondicionada, os atos executórios. A suspensão da execução passou a ocorrer somente se *“sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução possa causar dano de difícil ou incerta reparação e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficiente”* e mesmo concedido o efeito suspensivo será possível prosseguir com atos de penhora, ou reforço de penhora, e de avaliação dos bens penhorados.

Para evitar que atos nos embargos em apenso terminem por gerar paralisação da execução (ainda se presumia apenas processo *físicos* na época...), estabeleceu-se que os embargos passariam a ser processados em autos apartados.

Em outra inovação digna de destaque, teve-se a exigência de que quando os embargos impugnassem apenas parte do valor em execução fosse especificado na inicial o valor que o executado entende correto, de modo a não haver nenhuma hesitação no prosseguimento da cobrança quanto ao valor incontroverso, e evitar-se embargos à execução que impugnem, genericamente, parcelas acessórias para evitar a cobrança do principal. A disposição lembra o art. 879, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, o qual tinha demonstrado bons resultados no Processo do Trabalho.

Evidente que se atentou na época para a conveniência de as alterações abrangerem também o processo do trabalho e as execuções fiscais. Discutiu-se, inclusive, sobre como seria mais adequado a unificação dos procedimentos das três formas de cobrança judicial mais usuais, *i. e.*, a execução civil, a execução trabalhista e a execução fiscal. Contudo, por razões de estratégia legislativa optou-se por iniciar as mudanças apenas pelo Código de Processo Civil.

Sabia-se do risco de que com a entrada em vigor da Lei nº 11.382, de 2006, surgissem interpretações tornando o procedimento do Código de Processo Civil mais eficiente que o procedimento da Lei de Execuções Fiscais, mas isto se planejava resolver em seguida por meio da pura e simples revogação de todos os dispositivos da Lei de Execução Fiscal que não dissessem respeito a questões realmente particulares do crédito fiscal, tais como os requisitos da certidão de dívida ativa, os requisitos da petição inicial, a dispensa do adiantamento de custas, a



cobrança contra massa falida, as regras de depósito judicial, as regras de processo administrativo, etc. Já regras sobre *embargos*, *suspensão da execução*, *bens penhoráveis*, *oferecimento de bens à penhora* e *preferência na penhora* passariam a ser exclusivamente as constantes do Código de Processo Civil.

Com isso, ficaria expresso que embargos à execução, realmente, não têm efeito suspensivo como regra geral e que não dependem de garantia do juízo para serem ajuizados.

Contudo, a proposta desta Subchefia para Assuntos Jurídicos terminou sendo rejeitada no âmbito do governo devido ao entendimento da Advocacia-Geral da União de que a execução fiscal deveria passar a ser ato administrativo e de que alterações do processo de execução fiscal *judicial* iriam contra essa tendência natural. Mas a proposta de execução fiscal *administrativa* terminou por gerar reações indignadas, muitas das quais, com a devida vênia, nada racionais, que geraram a paralisia do projeto de lei a respeito e o prolongamento do uso da execução fiscal *judicial*.

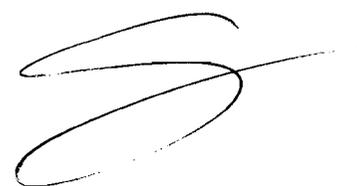
Diante desse contexto, o Judiciário não teve como se furtar de decidir sobre os efeitos exatos das alterações pontuais no Código de Processo Civil sobre a Execução Fiscal. E o STJ, nos pontos que interessa para presente discussão, firmou entendimento do fim da regra de suspensão automática de execução pelo mero ajuizamento de embargos e pela manutenção da necessidade de prévia garantia para o ajuizamento de embargos na execução fiscal. Este segundo ponto certamente não prima pela racionalidade prática, mas é decorrência da alteração legislativa incompleta e nada pode ser feito a respeito enquanto não modificada a legislação.

Da existência de decisão do STF sobre a matéria

Nos autos do RE nº 626.468 o Supremo Tribunal Federal já firmou entendimento no sentido de que *“não há sequer matéria constitucional a ser discutida”*. E esse entendimento, ao contrário do que dá a entender a inicial da ADIn, não decorreu da falta de questionamento da constitucionalidade de interpretação no sentido do fim do efeito suspensivo para os embargos à execução fiscal. Muito pelo contrário, no § 1 da decisão da Ministra Ellen Gracie constou que *“alega-se violação ao art. 5º, XII, LIV, LV da Constituição Federal”*, ou seja, **houve alegação de violação da Constituição e essa alegação foi considerada inconsistente.**

Evidentemente, não há registro de discussão profunda e abordando todos os aspectos possíveis da matéria, mas isso seria incompatível com o próprio objeto da *repercussão geral* de reduzir o tempo gasto do STF com alegações manifestamente descabidas.

Apenas por isso, entendemos, já seria o caso de rejeição sumária da ADIn proposta.



Da razoabilidade de os embargos não terem efeito suspensivo automático

Com a devida vênia à OAB, *irrazoável* era a sistemática antiga na qual a mera interposição de embargos à execução, sem nenhuma aferição da consistência do neles contido, gerava suspensão sumária da execução. E nem se diga que não gerava dano para o credor porque havia “*garantia da execução*”. Ora, todos sabiam que as garantias eram fictícias. As penhoras eram de bens sobre os quais em seguida —ou até mesmo antes— incidiam penhoras de outros credores, eram imóveis em locais remotos e de valor real duvidoso, bens móveis que se deterioravam, bens móveis que vendidos usados jamais alcançariam valor minimamente significativos e geravam leilões negativos sucessivos, cópias de títulos públicos prescritos, direitos sobre processos judiciais cujo resultado ainda era imprevisível, etc.

Como regra, tais penhoras *fictícias* ocorriam em processos em seguida embargados com fundamentos extremamente frágeis. Por vezes, inclusive, o que se tinha era a apresentação de embargos com razões padronizadas que sequer se adequavam à matéria dos autos.

Raríssimos eram os casos nos quais após derrotado o embargante havia a possibilidade real de o credor tributária excutir a pretensa *garantia*.

Já na nova sistemática, iniciada com a Lei nº 11.382, de 2006, o embargante apenas passou apenas de ter de demonstrar o mínimo de razoabilidade na alegação formulada em embargos e o risco de algum dano no prosseguimento quanto aos atos de alienação de bens. Quanto aos atos que não implicam alienação de bens (mera penhora para complementar a garantia —ou obter garantia *concreta* e em vez de *fictícia*— ou avaliação dos bens) não cabe suspender pela singela razão que *não implicam prejuízo para o credor*.

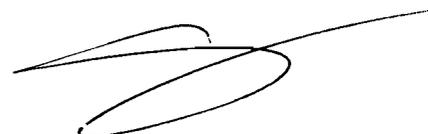
Também cumpre lembrar o constante do art. 21 da Lei de Execuções Fiscais, dispositivo que não parece haver dúvida quanto à plena aplicabilidade:

“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.”

Ou seja, **nunca** haverá levantamento de valores em dinheiro enquanto não transitados em julgado os embargos à execução, o que torna sempre reversível a situação.

Por fim, cumpre examinar o argumento da OAB no sentido de que o crédito tributário deveria ser menos privilegiado que o crédito privado porque ele é *constituído unilateralmente*.

Primeiro, a linha da OAB viola toda a tradição jurídica no sentido da preferência do crédito tributário ao pretender desenvolver tese no sentido de que ele seria, na verdade, menos preferencial devido a pretensas dúvidas e inconsistências na sua formação.



Segundo, cabe dizer que a construção formulada pela Parte Autora é *artificial*.

Evidente que existem casos de erro ou ilegitimidade na cobrança de tributos, mas este são menos prováveis que nas cobranças de direito privado. Não existe em cobrança realizada por particular a obrigatoriedade de atos de comunicação administrativa prévia, a possibilidade de questionar administrativamente, a possibilidade de verificar a situação do débito pela internet, e, acima de tudo, sempre há a possibilidade de a pessoa do particular, destinatário dos recursos, estar agindo de má-fé para se locupletar ilicitamente.

Lógico que nas execuções fiscais também é possível a ocorrência de abusos, mas para esses casos a lei mantém a possibilidade de suspensão dos atos de alienação de bens, bastando para isso haver mínima consistência nos fundamentos dos embargos.

Diante de todo o exposto, temos que a não concessão de efeito suspensivo *automático e incondicionado* para os embargos é medida de razoabilidade e racionalização das cobranças aplicável a créditos de toda natureza, inclusive o crédito fiscal.

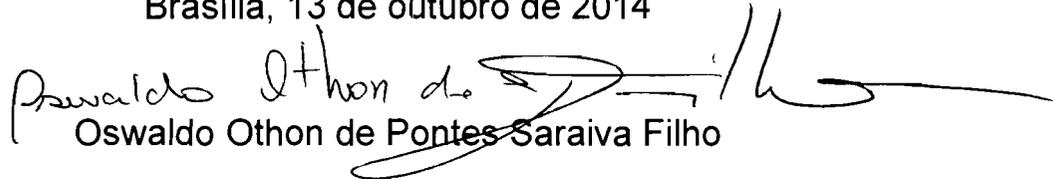
V CONCLUSÃO

Diante do todo o exposto, resta concluir pelo descabimento da presente ADI, esperando-se o não conhecimento desta ação, ou se conhecida, o indeferimento do pedido de medida liminar, pela ausência da aparência do bom direito e pela evidente falta do perigo de demora, tendo em vista que o CFOAB só, em 2014, se encorajou de impugnar normas inclusas no artigo 739-A do Código de Processo Civil pela Lei nº 11.382, de 2006, ou seja, só agora atacou o CFOAB normas legais vigentes há mais de dezoito (18) anos atrás.

São esses os elementos, considerados suficientes e pertinentes, para instruir a resposta presidencial ao Ofício nº

33.070/R, de 2 de outubro de 2014, da Excelentíssima senhora
Ministra CÁRMEN LÚCIA.

Brasília, 13 de outubro de 2014


Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Consultor da União