

GARANTIA (TOTAL OU PARCIAL?) E EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL: A NECESSIDADE DE CONTEXTUALIZAR OS PRECEDENTES DO STJ PARA, ENTÃO, APLICÁ-LOS

*Danilo Monteiro de Castro*¹

*Milena Martinelli*²

1. INTRODUÇÃO

A aplicação dos precedentes pelas instâncias ordinárias (e, até mesmo, pelo Tribunal Superior que os construiu) exige a re-visitação dos casos julgados naquela sistemática para verificar não só o contexto em que foram formados, mas, principalmente, se estão em harmonia com o contexto normativo atual onde ele (precedente) será invocado para dirimir um conflito hodierno³.

1. Mestre e Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP Professor do IBET. Juiz do TIT/SP Advogado.

2. Mestranda e especialista em Direito Tributário pelo IBET. Advogada.

3. "...o direito é texto e, portanto, dependente do contexto em que se encontra (e não apenas do contexto em que foi positivado) para ser interpretado." (CASTRO,

O tema aqui tratado é prova disso. Há um precedente formado, no Superior Tribunal de Justiça (STJ), através do REsp 1.127.815/SP (DJe 14/12/2010) que, no nosso entender, precisa ser interpretado à luz do que restou chancelado em outro repetitivo daquela Superior Corte, qual seja, o REsp 1.272.827/PE (DJe 31/05/2013).

Aquele primeiro paradigma versava sobre cenário existente antes das alterações promovidas no CPC/1973, pela Lei 11.386, de 14 de dezembro de 2006, e, principalmente, antes da definição dos impactos à Execução Fiscal destas alterações promovidas no Diploma processual geral. A delimitação destes impactos veio exatamente no segundo paradigma (ocorrido três anos depois do primeiro).

A questão é saber se a garantia, como condição de admissibilidade dos Embargos à Execução Fiscal, pode dar-se parcialmente ou é preciso prévia garantia integral para, só então, manejá-lo? Mais do que isso, pode o Estado-Juiz exigir o complemento da garantia parcialmente realizada, sob pena de extinção dos Embargos à Execução Fiscal sem resolução do seu mérito?

A ideia deste artigo não é apenas afirmar ser desnecessária a integral garantia (ela – a garantia - tem de ocorrer para que se processe os Embargos, contudo pode ser parcial), mas, principalmente, demonstrar a incompatibilidade desta exigência diante da não mais atribuição de efeito suspensivo automático a referida ação antiexacional.

Daniilo Monteiro de. *Garantias ao cumprimento da obrigação tributária: uma proposta de classificação partindo dos peculiares efeitos da garantia prestada em contextos tributários*. São Paulo : Noeses, 2022, p. 60). “...uma distinção sutil é introduzida por Paul Gochet: a relação com o momento da fala é a indexicalidade; a relação com um ponto de avaliação distinto do presente e fixado pelo contexto é a pragmaticidade.” (ARMENGAUD, Françoise. *A pragmática* [tradução: Marcos Marciolino]. São Paulo: Parábola, 2006, p. 77).

2. A JURISPRUDÊNCIA DO STJ AFIRMAVA A SUPERÇÃO DESTA DISCUSSÃO

Essa questão não é nova, tendo sido enfrentada pelo STJ há muitos anos. Vejamos, abaixo, trechos de votos proferidos em ambas as Turmas da sua Primeira Seção (os destaques em itálico são nossos):

Não houve ofensa ao art. 16, § 1º, da Lei 6.830/80, porquanto ocorreu a penhora de bens pessoais do sócio da sociedade empresária.

A questão de serem esses bens suficientes para a garantia do débito não impede o conhecimento dos embargos do devedor.

Nesse sentido, é a jurisprudência consolidada há anos no STJ...⁴

A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que *a insuficiência da penhora, por si só, não constitui óbice ao recebimento dos embargos do devedor*, porquanto pode ser suprida em posterior reforço, que, segundo o art. 15, II, da Lei 6.830/80, pode-se efetivar em qualquer fase do processo.⁵

Note que as decisões acima não condicionavam a normal tramitação dos Embargos à Execução Fiscal a uma posterior complementação do depósito, isto é, que o julgador estava autorizado a exigir esse complemento do devedor sob pena de extinção do feito sem resolução do seu mérito.

Entretanto, pelo contexto processual vigente à época (onde a oferta de Embargos à Execução Fiscal trazia automático efeito suspensivo à Execução Fiscal), esse era de fato um cenário esdrúxulo, a permitir pretensões de sobrestamento dos autos da Execução Fiscal, e, por conseguinte, das medidas processuais voltadas ao reforço de garantia, tão somente pelo processamento dos Embargos, ainda que com parcial constrição.

4. STJ. Segunda Turma. Recurso Especial n. 1.215.579/AL. Ministro Relator Castro Meira. DJe 28/02/2011.

5. STJ. Primeira Turma. Recurso Especial n. 739.137/CE. Ministra Relatora Denise Arruda. DJ 22/11/2007.

Nesse ambiente que surge, em 2010, um julgado repetitivo do STJ trazendo complemento inexistente a esses casos em que temos: [i] penhora parcial; e [ii] Embargos à Execução Fiscal já recebidos.

3. O RESP 1.127.815/SP: EXIGÊNCIA DE COMPLEMENTAÇÃO DA GARANTIA PELO EXECUTADO, SOB PENA DE EXTINÇÃO DOS SEUS EMBARGOS, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO

Esse julgado repetitivo deu-se no REsp 1.127.815/SP, fruto de um Agravo de Instrumento distribuído no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ/SP) em março de 2006.

A discussão era exatamente essa: pode, ou não, o Estado-Juiz requerer a complementação da garantia, sob pena de extinção dos Embargos à Execução Fiscal, sem resolução de mérito? O STJ, nesse julgado, disse que sim.

Mas de suma importância a contextualização do caso julgado ao momento histórico em que ele foi apreciado:

- [i] trata-se de recurso posto na origem (TJ/SP) em março de 2006, antes, portanto, das alterações implementadas no CPC/1973 pela Lei 11.386, de 14 de dezembro de 2006; e, principalmente,
- [ii] antes da definição, pelo próprio STJ, do impacto desta alteração na legislação processual geral à Execução Fiscal (isto é, à lei especial – 6.830/1980).

Interessante notar que mesmo tendo ocorrido em 2010, o repetitivo faz menção à legislação vigente à época do caso em análise, isto é, antes das alterações promovidas pela Lei 11.386/2006. Prova disso é a transcrição, no corpo do acórdão, do artigo 865 do CPC/1973 sem o seu parágrafo único, inserido em referido Diploma processual geral exatamente por essa Lei de 2006.

Aceitável, portanto, naquele momento histórico-normativo, a complementação trazida neste repetitivo, não presente

na jurisprudência do STJ até então. Frise-se: [Premissa 1] se naquela ocasião a mera oferta de Embargos impunha o sobrestamento da Execução Fiscal (efeito suspensivo automático); [Premissa 2] se o reforço da penhora deveria ocorrer exatamente nos autos do processo executivo (sobrestado em razão dos Embargos recebidos); [Conclusão] não havia outra opção, para se ter a garantia integral do crédito tributário em cobrança, do que exigia-la do executado.

Exatamente isso que se entendeu neste REsp 1.127.815/SP, inclusive sob pena de extinção dos Embargos à Execução Fiscal, sem resolução do seu mérito. É claro que não temos, textualmente, as premissas ventiladas no parágrafo anterior, pois elas decorrem, em nosso sentir, do contexto em que se deu aquele julgamento.

Mas foi além o referido paradigma, tratou do caso perante a insuficiência patrimonial e o cabimento dos Embargos sem garantia, isto é, aceitável o seu processamento nestes casos (em respeito ao contraditório e a ampla defesa) se provada aquela condição (insuficiência patrimonial).

Vejamos trechos do voto do Ministro Relator Luiz Fux:

Não obstante, considerando que a Fazenda Nacional poderá requerer tanto a substituição dos bens penhorados quanto o reforço da penhora para a satisfação de seus créditos, nos termos do art. 15, II, da LEF, revela-se excessivo obstar a admissibilidade dos embargos do devedor ante a insuficiência da penhora, apresentando-se como solução mais plausível, nessa hipótese, o recebimento dos embargos com a intimação do devedor para que proceda ao reforço da penhora, isto em atenção aos princípios da celeridade, da economia processual, e do contraditório, que inspiram todas as formas de processo.

(...)

In casu, verifica-se que inexistente decisão de extinção dos embargos à execução pelo juízo federal de primeiro grau. Ao revés, o juízo singular, utilizando-se dos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, determinou a regularização dos atos processuais (fls e-STJ 349/350), a qual, apenas se não efetivada, teria o condão de ensejar a extinção...

(...)

Destarte, impõe-se aos recorrentes que regularizem os atos processuais, em observância à decisão judicial, de modo a alcançar seu intento, qual seja, o prosseguimento dos embargos à execução.

Isto porque a insuficiência patrimonial do devedor é a justificativa plausível à apreciação dos embargos à execução sem que o executado proceda ao reforço da penhora, consoante requerido pelo exequente e determinado pelo Juízo, desde que comprovada inequivocamente.⁶

O ponto é que três anos depois a mesma Primeira Seção do STJ analisa outro recurso, na sistemática dos repetitivos, entendendo que não mais haveria esse automático efeito suspensivo aos Embargos à Execução Fiscal, ou seja, ainda perduraria a necessária garantia (como condição de admissibilidade dos Embargos), mas o efeito suspensivo passaria a depender da presença dos requisitos trazidos, ao CPC/1973, pela Lei 11.386/2006: [i] garantia integral; [ii] *fumus boni iuris*; e [iii] *periculum in mora*.

4. O RESP 1.272.827/PE: A ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL PASSA A DEPENDER DE INTEGRAL GARANTIA, LOGO, O SEU PROCESSAMENTO COM PARCIAL CONSTRIÇÃO NÃO TRAZ PREJUÍZO ALGUM AO ESTADO-FISCO

Com as alterações promovidas em 2006 na legislação processual geral, muito se discutiu sobre o reflexo disso na Lei das Execuções Fiscais - LEF (6.830/1980), o que motivou o STJ a uniformizar sua jurisprudência através de julgado repetitivo ocorrido no REsp 1.272.827/PE.

6. STJ. Primeira Seção. Recurso Especial n. 1.127.815/SP. Ministro Relator Luiz Fux. DJe 14/12/2010.

Segue alguns trechos do voto do Ministro Relator Mauro Campbell Marques:

Esses dispositivos põe uma pá de cal por sobre o mito de que a Lei n. 6.830/80 - LEF é incompatível com a ausência de reconhecimento de efeito suspensivo nos embargos à execução. A compatibilidade existe, basta que se siga o mencionado art. 21 c/c art. 32, por interpretação extensiva, depositando-se o valor dos bens alienados no aguardo do desfecho do julgamento dos embargos do devedor, adotando-se, no âmbito federal, a sistemática prevista na Lei n. 9.703/98, que disciplina os depósitos judiciais de tributos e contribuições federais, o que evitaria a necessidade de seguir-se o rito dos precatórios na constatação do indébito em sede de embargos.

(...)

Em juízo crítico sobre os precedentes minoritários, registro que essa postura adotada não respeita os princípios norteadores da feita das leis envolvidas, parte da premissa equivocada de que a nova sistemática dos embargos prevista na Lei n. 11.382/2006 somente é aplicável “em bloco”, não cindindo as aplicações do art. 736 e do art. 739-A, do CPC/73 (ambos na forma da Lei n. 11.382/2006) no âmbito da LEF, e também de uma outra premissa equivocada de que a LEF e a Lei n. 8.212/91 adotaram a postura suspensiva dos embargos do devedor antes mesmo de essa postura ter sido adotada expressamente pelo próprio CPC/73, com o advento da Lei n. 8.953/94, fazendo tábula rasa da história legislativa.

Insiste-se novamente que nem a LEF nem a Lei n. 8.212/91 não se manifestaram e nem tinham condições de se manifestar a respeito do efeito suspensivo dos embargos porque isso se tratava de questão em aberto no CPC/73 quando vieram a lume e foram publicadas as referidas leis e que a nova redação do art. 736, do CPC - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica à LEF na presença nela de dispositivo específico, qual seja o art. 16, §1º que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos.

No caso dos autos, ao contrário do que aqui sustentado, o Tribunal de Origem concluiu que, para se atribuir o efeito suspensivo aos embargos do devedor na execução fiscal, basta que a execução esteja garantida. O acórdão, portanto, merece reparo, pois como condicionantes do efeito suspensivo dos embargos do devedor estão ainda os juízos de relevância da argumentação (fumus boni juris) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação

(periculum in mora), a teor da aplicação subsidiária do art. 739-A do CPC/73 (incluído pela Lei n. 11.382/2006) à LEF. (...)⁷

Grosso modo, entendeu-se pela inaplicação do artigo 736 do CPC/1973 (com as alterações implementadas pela Lei 11.386/2006) aos executivos fiscais (art. 914 no CPC atual), já que aquele regramento dispensava a necessidade de garantia prévia para o processamento de Embargos e, na LEF, ainda perdura comando explícito em sentido diverso (artigo 16, § 1º), isto é, lei especial a prevalecer sobre a geral.

Essa definição por parte do STJ, inclusive, reflete no momento de oferta dos Embargos à Execução Fiscal, qual seja, quando da consumação da garantia, e não da citação do executado, como passou a prever a lei processual geral.

Já em relação ao automático efeito suspensivo aos Embargos à Execução Fiscal, ponto que mais nos interessa, entendeu o STJ que ele deixa de existir, por ausência de regra expressa nesse sentido na LEF, devendo ser aplicado subsidiariamente aos executivos fiscais o artigo 739-A do CPC/1973 (incluído pela Lei 11.382/2006), atualmente replicado no artigo 919 do CPC/2015.

Ou seja, não temos mais as premissas que, contextualmente, justificavam a conclusão disposta no REsp 1.127.815/SP; isto é, a mera oferta de Embargos à Execução Fiscal não mais suspende o feito executivo e, por conseguinte, eventual reforço de penhora pode dar-se naquela demanda exaciona. Logo, não é mais crível exigir o complemento da garantia ao executado, sob pena de julgar improcedentes seus Embargos.

Mais do que isso, sem os Embargos em tramitação, o devedor fica descoberto em relação ao bem constrito (cujo valor é aquém do débito fiscal em cobrança), pois é aquela ação antiexaciona que “evitaria a necessidade de seguir-se o rito dos precatórios na constatação do indébito”. Dito o mesmo de forma diversa, sem Embargos em trâmite a garantia existente será

7. STJ. Primeira Seção. Recurso Especial n. 1.272.827/PE. Ministro Relator Mauro Campbell Marques. DJe 31/05/2013.

convolada em dinheiro (se já não se consumou nesse formato) e, principalmente, nada impedirá sua conversão em renda em favor do Estado-fisco (isso será reforçado mais adiante).

Tanto que doutrina e jurisprudência, por bastante tempo, se alinharam a essa desnecessidade de garantia integral da obrigação tributária em cobrança, como requisito necessário de admissibilidade dos Embargos à Execução Fiscal.

5. POSICIONAMENTO DA DOUTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA PERANTE ESSES PRECEDENTES (INTERPRETANDO O MAIS ANTIGO À LUZ DO MAIS RECENTE, AINDA QUE IMPLICITAMENTE)

A esperada contextualização dos precedentes vinculantes anteriormente citados (REsp 1.127.815/SP e REsp 1.272.827/PE) felizmente aconteceu, tanto na doutrina⁸ quanto na jurisprudência.

Basicamente houve o reconhecimento de que **não era necessário exigir a complementação da garantia pelo executado, sob pena** de extinção dos seus Embargos sem resolução do mérito. Como se faz possível a constrição complementar nos autos da Execução Fiscal (que não serão sobrestados – ante o “desaparecimento” do automático efeito suspensivo), compatível o prosseguimento dos Embargos propostos (diante de parcial constrição) com estes atos executórios que perdurarão no feito exacional.

8. “A garantia a que se refere o art. 16, § 1º, da LEF, como condição necessária e suficiente à admissibilidade dos embargos do executado, segundo a orientação firmada por inúmeros precedentes do Superior Tribunal de Justiça, não necessariamente deverá abarcar a totalidade do débito exequendo, exigindo-se apenas que seja reveladora da máxima capacidade patrimonial (penhorável) do executado.” (DALLA PRIA, Rodrigo. *Direito Processual Civil*. 2ª Ed., São Paulo : Noeses, 2021, p. 533). “...possível pensar que os embargos, por si, não provocariam a paralisação do executivo; caso contrário, se afastássemos as premissas impostas desde a mencionada lei (a Lei n. 11.382/2006, reitere-se), os embargos importariam automática suspensão do fluxo executório, pressupondo-se, para tanto, suficiente garantia da execução.” (CONRADO, Paulo Cesar. *Execução Fiscal*. 4ª Ed., São Paulo : Noeses, 2020, p. 252).

Isso fica claro no julgado abaixo, do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3), em caso relatado pelo Desembargador Carlos Muta:

Senhores Desembargadores, em se tratando de execução fiscal, não se aplica para fins de admissão de embargos do devedor a regra do artigo 914 do CPC, de incidência subsidiária, mas a do artigo 16, § 1º, LEE, que exige a garantia do Juízo.

O preceito legal conduz aos seguintes efeitos: inexistente a garantia não se permite a oposição de embargos pelo devedor; existente garantia integral os embargos são admitidos para processamento; *e existindo garantia, mas somente parcial, os embargos são admitidos sujeitos ao complemento da segurança do Juízo ou à comprovação da insuficiência patrimonial para adimplir a exigência legal, caso em que o processamento é realizado, sem prejuízo da penhora em reforço a qualquer tempo.*⁹ (grifo e itálico nossos)

Interessante é que, na sequência, **é feito menção**, no voto em apreço, exatamente do REsp 1.127.815/SP, demonstrando que essa *ratio* não está em desarmonia com aquele precedente, apenas sendo calibrado à luz do contexto atual (mormente diante do que restou definido no REsp 1.272.827/PE).

Insista-se, pelo teor do julgado acima transcrito, havendo garantia parcial teremos a admissão dos Embargos, que por não gerarem automática suspensão da ação exaciona, não impedem a realização de reforço de penhora nos seus autos, independentemente da vontade do executado.

Mas é em pronunciamento do próprio STJ, proferido em 2019, que essa contextualização se consolida. Após a transcrição de ambas as ementas (do REsp 1.272.827/PE e do REsp 1.127.815/SP), encontramos a seguinte afirmação feita pelo Ministro Relator Benedito Gonçalves:

Na hipótese dos autos, o Tribunal *a quo* reformou a sentença e determinou prosseguimento dos embargos a execução por entender que a insuficiência da penhora não é causa suficiente para

9. TRF3. Terceira Turma. Apelação n. 0000152-04.2020.4.03.9999. Desembargador Relator Carlos Muta. DJe 14/05/2020.

sua extinção, sem prejuízo da efetivação de novas diligências tendentes à penhora de outros bens, para efetivação da garantia total daquele valor exequendo.¹⁰ (grifo e itálico nosso)

Note que não é possível interpretar que estas posteriores constrações, a complementar a garantia para que se alcance o todo cobrado, advirão da oferta pelo executado, sob pena de extinção de seus Embargos. Fosse assim, não haveria a expressão “novas diligências”, que sinaliza atos a serem realizados pelo credor ou, principalmente, pelo Juízo em decorrência de requerimento feito pelo credor.

Resta claro, assim, a contextualização daquele paradigma (REsp 1.127.815/SP) com o cenário atual onde não mais se tem automático efeito suspensivo aos Embargos à Execução Fiscal (situação chancelada no REsp 1.272.827/PE).

Infelizmente, porém, casos há onde o comando existente no precedente de 2010 é aplicado hodiernamente, sem considerar (contextualizar) o cenário normativo atual, mormente o jungido ao precedente de 2013.

6. JULGADOS MAIS RECENTES, EM ESPECIAL DO PRÓPRIO STJ, APLICANDO LITERALMENTE O RESP 1.127.815/SP

Em que pese os julgados apresentados no item anterior, relativamente recentes (os do STJ são de 2019), nos deparamos com julgados posteriores, de ambas as Turmas da Primeira

10. STJ. Primeira Turma. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.699.802/RJ. Ministro Relator Benedito Gonçalves. DJe 26/03/2019.

No mesmo norte foi o pronunciamento da Segunda Turma, em recurso relatado pelo Ministro Herman Benjamin que, antes do trecho abaixo, transcreve a ementa do REsp 1.127.815/SP:

“Ademais, a jurisprudência do STJ é no sentido de que ‘A eventual insuficiência da penhora será suprida por posterior reforço, que pode se dar ‘em qualquer fase do processo’ (Lei 6.830/80, art. 15, II), sem prejuízo do regular processamento dos embargos’.” (STJ. Segunda Turma. Recurso Especial n. 1.812.488/SP. Ministro Relator Herman Benjamin. DJe 01/07/2019).

Seção, em sentido diametralmente oposto, isto é, aplicando o REsp 1.127.815/SP como se não tivéssemos alterações contextuais extremamente relevantes de lá (2010) para cá (2022).

Vejamos dois destes julgados:

Sustenta a parte ora agravante, nas razões de seu Recurso Especial, além do dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 15, II e 16, § 1º, da Lei 6.830/80, argumentando que, “existindo garantia parcial da execução, seja esta em qualquer valor, devem ser recebidos e processados os embargos à execução, podendo prosseguir nos autos da execução fiscal as diligências necessárias para constrição de bens do devedor, de modo a garantir integralmente o crédito fiscal” (fl. 220e), bem como que “o inciso II do artigo 15 da Lei nº 6.830/1980 autoriza ao juiz deferir, em qualquer fase do processo, o reforço da penhora insuficiente, mas não permite que o juiz condicione o recebimento dos embargos a esta providência” (fl. 221e).

Sem razão, contudo.

Conforme destacou a decisão ora agravada, a Primeira Seção do STJ, ao julgar, sob o rito dos recursos repetitivos, o REsp 1.127.815/SP (Rel. Ministro LUIZ FUX, DJe de 14/12/2010), consolidou o entendimento de que “a insuficiência de penhora não é causa bastante para determinar a extinção dos embargos do devedor, cumprindo ao magistrado, antes da decisão terminativa, conceder ao executado prazo para proceder ao reforço, à luz da sua capacidade econômica e da garantia pética do acesso à justiça. (...)”

Na hipótese em tela, constou da sentença ter havido a intimação da parte devedora para complementar a garantia do juízo, tendo esta, contudo, permanecido inerte (fl. 139e).¹¹

O Tribunal entendeu que foi devidamente determinado à embargante a integralização da garantia do juízo, em conformidade com o que determina o precedente desta Corte Superior. Revisitar tal enquadramento fático demandaria reexame de provas, vedado pela Súmula 7/STJ. Assim sendo, não afronta a jurisprudência desta Corte a extinção dos embargos sem exame do mérito, na hipótese de não atendimento da decisão que determina o reforço da penhora.¹²

11. STJ. Segunda Turma. Agravo Interno no Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.892.673/PR. Ministra Relatora Assusete Magalhães. DJe 29/04/2022.

12. STJ. Primeira Turma. Agravo Interno no Recurso Especial n. 1.889.506/SP. Ministro Relator Benedito Gonçalves. DJe 01/09/2021.

Interessante é que não há nenhuma justificativa no corpo dos acórdãos para essa clara dissonância entre os julgados do STJ (os apresentados no item anterior *versus* os apresentados neste item), como se todos estivessem em harmonia com o precedente posto no REsp 1.127.815/SP, ainda que as consequências / conclusões sejam completamente opostas.

Insista-se:

- [i] para os julgados colacionados no item anterior, não infirma o REsp 1.127.815/SP a manutenção do trâmite dos Embargos à Execução Fiscal, ofertados em cenário onde a garantia consumada não é de valor igual ou superior ao do crédito tributário executado, pois o complemento da garantia poderá ser obtido, a qualquer tempo, nos autos da própria Execução Fiscal, com novas diligências a serem implementadas para tanto; em contrapartida,
- [ii] para os julgados mencionados neste item, não é possível novas diligências na Execução Fiscal para o reforço da garantia. Ou o contribuinte a complementa (caso não possa provar hipossuficiência) ou seus Embargos à Execução Fiscal serão extintos sem resolução de mérito.

Não há como sustentar que decisões totalmente conflitantes buscam seu fundamento de validade no mesmo precedente (REsp 1.127.815/SP), pior, as decisões colidentes foram postas por ambas as Turmas da Primeira Seção (o julgado colacionado no item anterior, e o segundo julgado aqui mencionado possuem o mesmo Ministro Relator). Quais as razões da contextualização (implícita) que tivemos anteriormente (vide item anterior)? Quais as razões do seu abandono, posteriormente (vide item atual)?

Resta claro que os julgados mais recentes se limitaram em aplicar o precedente de 2010 sem lembrar o contexto em que ele foi posto e, principalmente, sem lembrar das consequências trazidas pelo precedente de 2013, o que traz sérias distorções. Vamos a elas:

7. DISTORÇÕES LATENTES EM RAZÃO DA APLICAÇÃO DO PRECEDENTE FIRMADO NO RESP 1.127.815/SP SEM CONTEXTUALIZÁ-LO COM O PRECEDENTE ORIUNDO DO RESP 1.272.827/PE

Exigir o complemento da garantia, sob pena de extinção dos Embargos à Execução Fiscal, ainda que sem resolução do seu mérito, é um problema que pode se tornar recorrente nos mesmos autos, se referida orientação for literalmente aplicada.

Ora, no ato da interposição dos Embargos é possível termos a complementação exigida, mas que em momento futuro deixe de atingir o todo da cobrança. Pensemos, por exemplo, na penhora de um imóvel, cuja avaliação foi inferior ao todo executado. Nesse momento, então, o devedor (ameaçado com a iminente rejeição dos seus Embargos) complementa a garantia com dinheiro.

No ano seguinte, ainda pendente de julgamento, no juízo de piso, aqueles Embargos, há nova avaliação do bem, apontando o mesmo valor a ele, todavia nesse momento a dívida é maior (diante dos encargos correspondentes, não incidentes, apenas, na parte onde se tem garantia em dinheiro – art. 9º, § 4º, LEF), terá, então, o executado que realizar novo reforço da penhora, sob pena de nova ameaça de extinção dos seus Embargos? Essa situação, por si só, evidencia o desacerto atinente a referido complemento obrigatório, como condição de normal processamento dos Embargos à Execução Fiscal.

Ademais, exigir a complementação da garantia por parte do executado, sob pena de extinção da pretensão cognitiva por ele instaurada, implica, por via oblíqua, condicionar a admissibilidade dos Embargos à garantia integral do débito (sem a complementação com vistas a atingir esse fim, o mérito não será conhecido, logo, essa exigência – mesmo quando o conteúdo da decisão diga o contrário – ainda se faz em sede de juízo de admissibilidade), justamente o que já era (e aparentemente ainda é) rechaçado pelo STJ nos julgados que motivaram o REsp 1.127.815/SP (vide item 2 deste artigo).

Mas a questão é muito mais grave diante do que restou assentado no REsp 1.272.827/PE. Com o afastamento da automaticidade do efeito suspensivo aos Embargos à Execução Fiscal, também foi reconhecido que atos expropriatórios poderiam ser praticados (ausente o efeito suspensivo concedido pelo Juízo, somente possível se presentes os requisitos no art. 919, § 1º, CPC), até que se convertesse a penhora em depósito (ou que a constrição já ocorresse originalmente sobre dinheiro), isto é, até que se tivesse espécie de garantia (dinheiro) cuja existência, em contexto conflituoso, por si só trouxesse suspensão à exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, CTN).

Logo, um bem imóvel penhorado poderá ser levado a leilão, mas o produto de sua arrematação (dinheiro) ficará depositado em juízo até o trânsito em julgado dos respectivos Embargos à Execução Fiscal (art. 32, § 2º, LEF)¹³.

Como fica essa situação (que no referido precedente de 2013 também foi considerada – motivação - ante a morosidade de uma posterior restituição do Estado-fisco, via precatório, se recebesse valores antes de findada a discussão em torno do crédito tributário em cobrança) se os Embargos à Execução Fiscal (que trazem o conflito à relação obrigacional, necessário para que se mantenha o depósito como garantia, e não como algo passível de ser convertido em renda¹⁴) forem rejeitados pela insuficiência da garantia? O contribuinte terá que, posteriormente, se valer do odioso *solve et repete*?

13. Tratamos disso, com mais vagar, em: CASTRO, Danilo Monteiro de. *Os efeitos dos Embargos à Execução Fiscal e o Código de Processo Civil de 2015*. In: CONRADO, Paulo Cesar [Coord.]. *Processo Tributário Analítico*. Vol. 3. São Paulo : Noeses, 2016.

14. “...é sem sentido supor que o sujeito passivo da obrigação tributária delibere pela efetivação de depósito à revelia de conflituosidade justificadora dessa conduta; fosse de outro modo, não haveria interesse jurídico na efetivação da medida, impondo-se, em seu lugar, o pagamento, causa extintiva da obrigação, e não suspensiva de sua exigibilidade.” (CONRADO, Paulo Cesar. *O “novo” art. 151, II, do Código Tributário Nacional: o impacto do art. 835, § 2º, do novo Código de Processo Civil em relação à suspensão, via depósito, da exigibilidade do crédito tributário*. Revista de Direito Tributário Contemporâneo n. 1. São Paulo : RT, 2016, p. 166).

Não há, em nosso sentir, como deixar de contextualizar a *ratio* do REsp 1.127.815/SP com o que restou sedimentado no REsp 1.272.827/PE.

Se não há mais essa automaticidade de efeito suspensivo aos Embargos à Execução Fiscal e, por isso, o complemento da garantia dar-se-á naturalmente nos autos do executivo fiscal (assim como os atos expropriatórios ligados ao bem já constrito), incompatível exigir esse reforço do executado sob pena de ter seu direito de defesa cerceado, mormente por lhe atar as mãos em relação à normal marcha expropriatória sobre os bens já penhorados (irrelevante se o valor atribuído a eles não atinge o todo em cobrança), que inclusive poderá levar a entrega do produto de eventual arrematação ao Estado-fisco.

Essa situação, se mantida tal aplicação literal da orientação firmada no REsp 1.127.815/SP, fomentará o uso da Ação Anulatória¹⁵ (que independe de garantia) como único veículo apto a conservar o conflito em torno da exigibilidade do crédito tributário e, então, impedir a entrega de valores (garantia realizada em dinheiro, ou fruto da conversão de outras – depósito do valor da arrematação; depósito, pelo terceiro, de fiança bancária ou seguro-garantia; etc.) ao Estado-fisco.

8. DISPOSIÇÕES FINAIS

Não estamos a falar de constringências ínfimas, que equivalham a inexistência de garantia (que deveriam implicar, inclusive, o levantamento pelo executado).

O que está em jogo aqui são garantias que interessam ao Estado-fisco, pois passíveis de amortizar, parcialmente,

15. O próprio STJ já reconheceu que as pretensões de uma Ação Anulatória e dos Embargos à Execução Fiscal são extremamente similares, havendo, por regra, na concomitância de ambas, litispendência: “A litispendência é causa de extinção do processo (art. 267, V, do CPC/1973), não de suspensão, de modo que, na pendência de decisão na ação anulatória, eventual suspensão processual, se preenchidos os requisitos legais, opera-se no processo executivo, e não nos embargos do devedor, que devem ser extintos.” (STJ. 1ª Turma. AgInt no AgInt no AREsp 1.041.483/SP. Relator Ministro Gurgel de Faria. DJe 15/12/2017).

o crédito tributário. Sendo assim, se no contexto normativo atual (vide orientação do STJ – REsp 1.272.827/PE), os Embargos à Execução Fiscal são necessários para impedir a extinção, mesmo que parcial, do crédito tributário (pendente de final julgamento os Embargos, não haverá conversão em renda em prol do Estado-fisco – o dinheiro, sendo garantia consumada já nesse formato, ou fruto de convolações, não será entregue ao credor), não é possível condicionar esse direito do contribuinte a uma complementação voluntária de garantia.

Aquela inicialmente consumada (ainda que insuficiente para abranger o todo executado) já está em risco, isto é, já poderá ser convalidada em dinheiro (se a constrição já não foi em espécie) e, pior, será entregue aos cofres públicos.

Posteriormente (já que a extinção dos Embargos dar-se-á sem resolução do mérito), poderá esse contribuinte manejar referida ação antiexacional que, procedente, implicará exatamente o odioso *solve et repete*, rejeitado expressamente pela orientação posta no REsp 1.272.827/PE.

Insista-se, ausente o automático efeito suspensivo aos Embargos, que sequer poderá ser concedido pelo Juízo ante a inexistência de garantia integral (um dos requisitos necessários a referida tutela – art. 919, § 1º, CPC), não há razão para deixar de processá-lo normalmente, cenário que não traz prejuízo algum ao Estado-fisco, pelo contrário, terá ele todos os meios à disposição para convolar essa garantia em dinheiro e, conjuntamente, buscar outras mais até o atingimento do todo em cobrança.

Como salientado alhures, manter a literal aplicação do precedente posto no REsp 1.127.815/SP, principalmente sem contextualizá-lo com as orientações advindas no REsp 1.272.827/PE, fomentará o uso da Ação Anulatória para manter a litigiosidade em torno do crédito tributário em cobro e, assim, impedir a conversão em renda de valores constrictos (e, por conseguinte, o risco da “*necessidade de seguir-se o rito dos precatórios na constatação do indébito*”), exatamente o que o precedente de 2013 quis evitar.

O processo não é um fim em si mesmo, devendo prevalecer o seu viés instrumental, logo, mais prudente, e coerente, a aplicação contextual do REsp 1.127.815/SP, cenário a evitar o uso de outra ferramenta processual para afastar aqueles indesejados (pelo REsp 1.272.827/PE) efeitos (*solve et repete*).

REFERÊNCIAS:

ARMENGAUD, Françoise. *A pragmática* [tradução: Marcos Marciolino]. São Paulo: Parábola, 2006.

CASTRO, Danilo Monteiro de. *Garantias ao cumprimento da obrigação tributária: uma proposta de classificação partindo dos peculiares efeitos da garantia prestada em contextos tributários*. São Paulo : Noeses, 2022.

_____. *Os efeitos dos Embargos à Execução Fiscal e o Código de Processo Civil de 2015*. In: CONRADO, Paulo Cesar [Coord.]. *Processo Tributário Analítico*. Vol. 3. São Paulo : Noeses, 2016.

CONRADO, Paulo Cesar. *Execução Fiscal*. 4ª Ed., São Paulo : Noeses, 2020.

_____. *O “novo” art. 151, II, do Código Tributário Nacional: o impacto do art. 835, § 2º, do novo Código de Processo Civil em relação à suspensão, via depósito, da exigibilidade do crédito tributário*. Revista de Direito Tributário Contemporâneo n. 1. São Paulo : RT, 2016.

DALLA PRIA, Rodrigo. *Direito Processual Tributário*. 2ª Ed., São Paulo : Noeses, 2021.