

PARECER PGFN/CRJ/Nº 618/2016

SIGILO – Versão pública – exclusão de sigilo profissional.

Impacto do nCPC às execuções fiscais. Parecer elaborado com o intuito de lançar uma orientação inicial quanto ao efeito prático das alterações legislativas em relação às execuções fiscais, a partir de primeiras impressões da doutrina e conjecturas sobre possível utilidade de alguns institutos para a Fazenda Nacional. A ideia basilar do Parecer, fundada na aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes, é o fortalecimento do microssistema da cobrança do crédito fazendário.

APLICAÇÃO DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL AOS EXECUTIVOS FISCAIS

Em decorrência da edição da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015 – Novo Código de Processo Civil (nCPC) – vigente desde 18 de março de 2016 -, a Coordenação-Geral da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (CRJ/PGFN) assumiu a incumbência de examinar as principais modificações empreendidas pela nova codificação. Pretende-se, com essa medida, franquear àqueles que atuam na representação judicial da Fazenda Nacional um exame inicial relativo à aplicação das novas regras processuais, em especial neste primeiro momento de transição entre o sistema revogado e o novo.

2. Nesse contexto, o presente Parecer debruça-se sobre a aplicação do nCPC às execuções fiscais, tentando examinar os novos institutos e aprimoramentos de institutos já existentes, sob a ótica do microssistema da cobrança do crédito fazendário. Impende mencionar que – como se irá esclarecer de forma mais minudente adiante – se retoma e aprofunda a ideia contida no Parecer PGFN/CRJ nº 1.732/2007 acerca da aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes como mecanismo de interpretação da legislação geral em cotejo com a norma especial.

3. Com efeito, a premissa básica que permeia o presente estudo e orientação preliminar é a análise crítica dos institutos – a partir das primeiras balizas trazidas pela doutrina e com base na prática vivenciada pela Fazenda Nacional – dentro de uma perspectiva utilitarista, voltada a dar efetividade à cobrança judicial do crédito fazendário.

4. É importante esclarecer, desde já, que nesta oportunidade, e sobretudo em face da extensão do tema a ser examinado, não se tem a pretensão de exaurir ou aprofundar análise de todos os institutos do nCPC que, de algum modo, possam reflexo nas execuções fiscais, mas apenas o de apresentar, em linhas gerais, o teor de algumas modificações que impliquem inovações na condução dos processos executivos, as eventuais divergências doutrinárias já identificadas e, se possível, a orientação extraída desse exame inicial.

5. Cumpre, outrossim, ressaltar que o eventual posicionamento ora adotado – até mesmo por decorrer de um exame inicial – pode ser posteriormente alterado, sobretudo caso se esteja diante de novos contornos a serem dados pela jurisprudência ou se aprofunde a análise do instituto a partir de novos estudos e da crescente produção doutrinária.

6. Demais disso, não é demais lembrar que do fato de se estar adotando um entendimento na presente manifestação não se pode concluir que, necessariamente, o Procurador da Fazenda Nacional deverá recorrer das decisões que apliquem posicionamento diverso, sobretudo quando se está lidando com execuções fiscais. É preciso que, diante do caso concreto, se avalie a real necessidade de recorrer, considerando a utilidade da medida para a efetividade da cobrança, os demais normativos e orientações da PGFN e, em especial, os pilares da redução da litigiosidade e da representação judicial de excelência, dentro de um paradigma já construído ao longo dos últimos anos e que está sendo reforçado com advento do nCPC.

7. Feitas essas considerações iniciais, passa-se à análise da matéria.

DA APLICAÇÃO DA TEORIA DO DIÁLOGO DAS FONTES

8. Quanto à aplicação do nCPC à Lei nº 6.830/1980, que é atual Lei de Execuções Fiscais (LEF), embora se entenda que a doutrina e a jurisprudência ainda irão dar contornos mais bem definidos sobre a questão, considera-se que a lógica a ser adotada não discrepa do entendimento consagrado no Parecer PGFN/CRJ nº 1.732/2007, elaborado por ocasião das reformas processuais que se operaram em virtude da edição das Leis nº 11.187/2005; 11.276/2006; 11.277/2006; 11.280/2006; e 11.382/2006 como estudo para subsidiar a atuação dos Procuradores da Fazenda Nacional no tocante à condução das execuções fiscais. Buscou-se, naquela oportunidade (do mesmo modo que na presente ocasião), identificar quais os pontos das alterações

legislativas nas normas processuais gerais que poderiam ser aproveitados pela Fazenda Nacional na cobrança de seu crédito.

9. Conforme alerta Marcio Gustavo Senra Faria, por diversas razões, o Processo Civil passa por uma crise de efetividade, fato que ensejou diversas alterações legislativas, ainda dentro da sistemática do Código de Processo Civil de 1973 (CPC/1973), sobretudo voltadas ao aperfeiçoamento da execução.¹ Ainda de acordo com o autor, essas mudanças no panorama legislativo fizeram com que surgissem perplexidades hermenêuticas quanto à norma a ser aplicada às execuções fiscais:

“Com efeito, por existir lei especial regulando a matéria, a Lei de Execuções Fiscais – LEF (Lei nº 6.830/80), é absolutamente incoerente que essa lei seja menos eficaz do que a legislação geral do CPC alterada pelas ondas reformistas. Por outro lado, os elementos clássicos de interpretação e os critérios tradicionais de solução de conflitos não são capazes de lidar com essa incoerência, porque apontam para uma solução insatisfatória, ou implicam o afastamento de uma das leis em antinomia para a prevalência da outra. Ocorre que esse tipo de solução é incompatível com o novo paradigma jurídico-filosófico adotado a partir da Constituição de 1988, reivindicando, dessa forma, uma solução nova.”²

10. Com efeito, relativamente a aplicação do nCPC às execuções fiscais, deve-se partir, inicialmente, da premissa adotada no Parecer PGFN/CRJ nº 1.732/2007 de que as alterações promovidas nas normas processuais gerais afetam a aplicação da LEF, na medida em que o Código de Processo Civil aplica-se subsidiariamente à lei especial, conforme disciplina contida no art. 1º da LEF, *in verbis*:

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.

1 FÁRIA, Marcio Gustavo Senra. **Interações entre o Novo CPC e a LEF: A Teoria do Diálogo das Fontes no Processo de Execução Fiscal**. In: A LEF e o Novo CPC: Reflexões e Tendências: o que ficou e o que mudará. Coordenadores: Fernanda Duarte e Gilson Bonfim. Lumen Juris: no prelo, p. 1.

2 FÁRIA, Marcio Gustavo Senra. *Op. cit.*, p. 2

11. A aplicação subsidiária do nCPC às execuções fiscais, com base no critério da especialidade, é solução que pode servir para várias situações a serem enfrentadas. Todavia, não se pode perder de vista que a modificação do paradigma jurídico-filosófico decorrente do neoconstitucionalismo trouxe mudanças relevantes na interpretação e na aplicação do Direito.³

12. **É inarredável que, em relação às execuções fiscais, as normas de processo civil não podem ser dissociadas da realidade, servindo como mecanismo para transformá-la, no propósito de se buscar efetividade⁴. O trabalho de especialização e excelência no uso das normas aplicáveis às execuções fiscais se renova no contexto da pós-modernidade. Não se pode conceber que as soluções para os novos problemas que surgem sejam as mesmas utilizadas para os antigos problemas enfrentados.**

13. Ainda que métodos mais tradicionais de hermenêutica continuem suficientes para a maior parte da solução dos conflitos normativos, algumas antinomias, dentro de um contexto de pluralidade de microssistemas normativos, como as decorrentes da colisão de preceitos decorrentes de normas gerais e específicas, exigem inovações quanto aos instrumentos interpretativos a serem utilizados para solucioná-las:

(...) fato é que grande parte dos conflitos normativos foi e continua sendo evitável, através do emprego dos elementos clássicos de interpretação (gramatical, sistemático, teleológico e histórico), e equacionável, pela aplicação dos critérios tradicionais de solução de conflitos (temporal, hierárquico e especial). Contudo, a complexidade e as vicissitudes da sociedade e do arcabouço jurídico contemporâneos inevitavelmente colocam o intérprete diante de situações onde realmente existe antinomia, em relação à qual a aplicação de critérios de solução acarretaria um resultado incoerente com o sistema normativo e contrário a normas constitucionais. Casos assim demandam novos instrumentos metodológicos.⁵

14. Desse modo, mais do que aplicar a solução de que quando não houver regulamentação específica sobre certo tema na LEP, a normatização a ser aplicada deverá advir do Código de Processo Civil, reafirma-se, na

3 FARIA, Marcio Gustavo Senra. *Loc. Cit.*

4 Aqui faz-se referência a teoria legal da doutrina norte-americana relacionada ao realismo jurídico (*legal realism*) da *law in action*, a qual se contrapõe à concepção da *law in the books*.

5 FARIA, Marcio Gustavo Senra. *Op. cit.*, p. 4

presente manifestação, a linha de raciocínio adotada no Parecer PGFN/CRJ nº 1.732/2007 de que “todas as regras do CPC que, não obstante tratamento expresse da LEF, forem mais benéficas à efetivação do crédito da Fazenda Nacional, devem ser aproveitadas pela execução fiscal, com supedâneo na ‘Teoria do Diálogo das Fontes’, bastante trabalhada no Direito do Consumidor.”

15. A aplicação da “Teoria do Diálogo das Fontes” configura-se importante premissa do presente estudo, uma vez que, em termos de execução fiscal, é imprescindível que se prime pela coerência sistêmica, razão pela qual se passa a tratar dela de imediato.

16. Nesse passo, é importante retomar as lições contidas no Parecer PGFN/CRJ nº 1.732/2007 acerca da aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes:

14. Uma interpretação sistemático-teleológica do Ordenamento Processual

A Teoria do Diálogo das Fontes

91. Finalizando o presente estudo, entendemos relevante expor, de forma sucinta, algo que tem sido objeto de nossas reflexões, sobre as alterações legislativas da lei geral de execuções de títulos extrajudiciais, com repercussões na execução fiscal.

92. Constitui idéia assente na comunidade jurídica nacional que as leis devem ser sempre interpretadas em consonância com a finalidade a que se propuseram. Assim, se uma norma é criada com o objetivo de conferir tratamento mais benéfico aos consumidores, idosos, alimentandos etc, o trabalho do exegeta deve ser desenvolvido a proporcionar a eficácia prática de tais escopos, sob pena da legislação ficar distanciada daquilo a que se propôs.

93. Sobre o tema, indispensável a leitura de uma das mais belas obras jurídicas recentemente publicadas: *Teoria dos Princípios*, do Professor Humberto Ávila. Ilustremos com um pequeno trecho de seu estudo:

“O ordenamento jurídico estabelece a realização de fins, a preservação de valores e a manutenção ou a busca de determinados bens jurídicos essenciais a realização daqueles fins e a preservação. O interprete não pode desprezar esses pontos de partida. Exatamente por isso, a atividade de interpretação traduz melhor uma

*atividade de reconstrução: o interprete deve interpretar os dispositivos constitucionais de modo a explicitar suas versões de significados de acordo com os fins e os valores entremostrados na linguagem constitucional.*⁶

94. Desta forma, existindo uma legislação especial que foi editada com a finalidade maior de conferir um tratamento mais benéfico para certas categorias, não é razoável que uma alteração na lei geral, aplicável a todas as demais pessoas, que venha a conferir um tratamento ainda mais benéfico do que aquele previsto na lei especial, não derogue os ditames dessa. Sim, pois, se a lei especial foi introduzida no Ordenamento com o escopo de conferir um tratamento privilegiado a certa categoria, o fato de não ter sido atualizada em consonância com as normas gerais, não pode implicar um tratamento pior, mais prejudicial, àquele quem o legislador pretendeu privilegiar.

95. Estaríamos diante de uma insuportável contradição, admitir a idéia de que o legislador especializou o tratamento de certa categoria para beneficiá-la e, pela sua inação em alterar também a lei especial, editou regramentos ainda mais benéficos na regulação geral. Ora, quem deveria ser privilegiado acabaria sendo prejudicado com a evolução da lei geral.

96. Pois bem. Diante dessa linha de idéias, a regra segundo a qual a lei especial jamais será derogada pela lei geral deve sofrer alguns temperamentos.

97. E é exatamente isso que propõe a “Teoria do Dialogo das Fontes”, importada da Alemanha, tendo como criador Erik Jayme, e bastante desenvolvida no Brasil pela douta Claudia Lima Marques, quando estuda a interpretação da legislação de defesa do consumidor. Segundo essa teoria, pelo fato das normas de defesa do consumidor terem sido criadas para propiciar um tratamento legislativo mais benéfico a essa categoria, qualquer alteração ocorrida na lei civil, que outorgasse um tratamento mais benéfico do que aquele disciplinado no CDC, deveria ser aplicado aos consumidores. Aduz a Autora:

6 ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios. Da definição a aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª ed. amp. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 26.

“Na pluralidade de leis ou fontes, existentes ou coexistentes no mesmo ordenamento jurídico, ao mesmo tempo, que possuem campos de aplicação, ora coincidentes, ora não coincidentes, os critérios tradicionais da solução dos conflitos de leis no tempo (Direito intertemporal) encontram seus limites. Isso ocorre, porque pressupõe a retirada de uma das leis (a anterior, a geral e a de hierarquia inferior) do sistema, daí porque propõe Erik Jayme, o caminho do “diálogo das fontes”, para a superação das eventuais antinomias aparentes existentes entre o CDC e o CC/2002)”⁷

98.Com essas considerações, voltemos à análise da execução fiscal. Com que objetivo o legislador criou uma lei especial para regulamentar a execução do crédito da Fazenda Pública?

99.Essa resposta pode ser facilmente encontrada na exposição de motivos da LEF. Nos itens 2 e 4, verificamos que o objetivo de se especializar a legislação ocorreu para conferir celeridade à cobrança do crédito fazendário, diante do interesse público que tal satisfação visa proteger. Mais adiante, podemos perceber no item 24, a seguinte exposição de motivo para a LEF:

*“As inovações propostas como normas peculiares a cobrança da Dívida Pública, tem por objetivo os privilégios inerentes ao crédito fiscal e a preferência por normas processuais preexistentes, **ajustadas ao escopo de abreviar a satisfação do direito da Fazenda Pública.**” (grifo nosso)*

100.Ora, se a lei de execuções fiscais consistiu uma inovação legislativa com o intuito de abreviar a satisfação do crédito fazendário, é razoável admitir que os ditames da lei geral (CPC), decorrentes da reforma, que proporcionem uma celeridade na efetivação dos créditos particulares ainda maior do que existe na LEF, não sejam aplicados na execução fiscal? Parece-nos que não.

101.Pensamos que a melhor interpretação a ser feita do ordenamento é a sistemático-teleológica, no intuito de transportar as idéias perfilhadas na “Teoria do Diálogo das Fontes” para a execução fiscal,

⁷ MARQUES, Cláudia Lima. **Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002.** Revista de Direito do Consumidor n. 51; São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 35.

possibilitando que as normas previstas no CPC, que confrim maior celeridade e efetividade à execução em relação à LEF, mesmo que contrária aos ditames desta, há de ser aplicada no executivo fiscal.

102. Por se tratar de algo inovador e que, por certo, será alvo de inúmeras divergências, não adotamos essa idéia como norteador desse trabalho, sendo as regras acima comentadas interpretadas nos exatos limites fixados na Lei de Introdução ao Código Civil (art. 2º).

103. Contudo, ao se deparar algum PFN com uma norma da execução de título extrajudicial insculpida no CPC mais benéfica do que a prevista na LEF, válida será a postulação em juízo com base na teoria aqui exposta, na tentativa de conferir ainda mais efetividade ao crédito fazendário.”

17. É importante, pois, revisitar as lições de Cláudia Lima Marques acerca da necessidade de aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes relativamente ao Direito do Consumidor e ao Direito Privado, para que se possa fazer um paralelo com o microsistema formado pelas normas processuais civis gerais e as normas relacionadas à cobrança do crédito fazendário.

18. A doutrinadora, ao buscar nas lições de Erik Jayme, elementos para a aplicação da teoria em relação ao direito do consumidor, observa que Jayme procura na Constituição a resposta para as antinomias modernas e a complexidade de sistemas legais descodificados⁸. Ao analisar o Código de Defesa do Consumidor (CDC), Cláudia Lima Marques defende que a norma visa proteger sujeito identificado constitucionalmente como vulnerável e especial, sistematizando as normas a partir dessa noção básica de proteção de um sujeito diferente da sociedade de consumo, que é o consumidor. Identifica-se a existência de um sistema de proteção calcado na ideia de que normas de diferentes disciplinas devem ser organizadas e instrumentalizadas de forma a promover o reequilíbrio e efetivar essa defesa e tutela especial do consumidor.⁹

19. Assim, aceitando-se ou não a pós-modernidade, não se pode deixar de constatar a complexidade da atual sociedade, permeada pela pluralidade de leis e fontes, sobretudo em virtude da descodificação, da tópicidade e da microrrecodificação¹⁰, de forma que se deve buscar a harmonia e coordena-

8 MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, p.33.

9 MARQUES, Cláudia Lima. *Ibidem.*, p. 35

10 Como ocorre com o CDC, conforme sustenta Cláudia Lima Marques, e com a LEF, na

ção entre as diversas normas do ordenamento jurídico. Essa constatação é válida não somente para as relações consumeristas, mas para outras. Claudia Lima Marques, aludindo à expressão de Nathalie Sauphanor, defende que se busca, com a Teoria do Diálogo das Fontes, uma “coerência derivada ou restaurada” (*cobérence dérivée ou restaurée*),¹¹ na medida em que colima uma eficiência não só hierárquica, como também funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo.¹²

20. Nesse contexto, não haveria espaço para uma solução única, sendo a resposta atual ou pós-moderna ao problema da norma aplicável, aquela que deve ser, simultaneamente, sistemática e tópica, de forma que, por ser mais fluida e flexível, permite maior mobilidade nas distinções. Considera-se que a superação de paradigmas foi substituída pela convivência ou coexistência dos paradigmas. Há, nesse sentido, mais convivência de leis com campos de aplicação diferentes do que exclusão e clareza.¹³ O desafio consistiria em aplicar as fontes em diálogo de forma justa, em um sistema de direito plural, fluido, mutável e complexo.

21. O diálogo das fontes visa a uma coordenação flexível e útil das normas em conflito no sistema, com o objetivo de restabelecer sua coerência.

“Muda-se assim o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do ‘monólogo’ de uma só norma (a ‘comunicar’ a solução justa) à convivência destas normas, ao ‘diálogo’ das normas para alcançar a sua ‘ratio’, a finalidade visada ou ‘narrada’ em ambas. Este atual e necessário ‘diálogo das fontes’ permite e leva a aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes com a finalidade de proteção efetiva.”¹⁴

linha do que se defende no presente Parecer.

11 MARQUES, Claudia Lima. *Op. cit.*, p.43

12 MARQUES, Claudia Lima. **O novo Direito Privado brasileiro após a decisão da ADIn dos bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do Direito do Consumidor e a *Drittwirkung* no Brasil** Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 16, n. 61, p. 40-75, jan./mar. 2007., p. 56.

13 MARQUES, Claudia Lima. **Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002.** Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, nº 07, Aracaju, p.15-54, 2004, p.43.

14 MARQUES, Claudia Lima. *Ibidem*, p.44.

22. Claudia Lima Marques, ao defender a aplicação do Diálogo das Fontes nas relações consumeristas, verifica que há dois sistemas diferentes, um sistema geral para as relações entre iguais e um microssistema para as relações desequilibradas, ou entre diferentes.¹⁵ Esse pressuposto também pode ser transposto quando se analisam as normas a incidir relativamente às execuções fiscais, para que se conclua que não há conflito real entre a Lei nº 6.830/80 e o nCPC, somente antinomias aparentes que podem ser solucionadas pela aplicação ordenada, subsidiária e especial de tais normas.

23. **Isso porque aqui também se vislumbra a necessidade de aplicar a visão da igualdade e do tratamento igual/desigual para iguais/desiguais no caso concreto, que está intrinsecamente ligada à noção moderna de equidade¹⁶, no sentido de justiça do caso concreto. Defende-se que o mesmo raciocínio que permite concluir pela utilização da Teoria do Diálogo das Fontes no microssistema das relações de consumo também fundamenta o uso da mesma teoria relativamente ao microssistema da cobrança do crédito fazendário (microssistema da LEF).**

24. A noção a ser defendida aqui visa a uma teoria de justiça utilitarista (*law in action*) focada no bem-estar geral. Primeiramente, é importante que se destaque que há um valor constitucional envolvido (*Wert*), que é a proteção à livre concorrência, consagrada no art. 170, IV, da Constituição Federal (CF) de 1988, como um dos princípios que regem a ordem econômica¹⁷, consagrando também a ideia de isonomia.¹⁸ Explica-se.

15 MARQUES, Claudia Lima. *Ibidem*, p. 47.

16 MARQUES, Claudia Lima. **O novo Direito Privado brasileiro após a decisão da ADIn dos bancos (2.591): observações sobre a garantia institucional-constitucional do Direito do Consumidor e a *Drittwirkung* no Brasil** Revista de Direito do Consumidor: RDC, v. 16, n. 61, p. 40-75, jan./mar. 2007., p. 51

17 Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

IV - livre concorrência;

18 Aqui também se deve mencionar como valor protegido constitucionalmente o dever fundamental de pagar impostos (tributos), o qual será mais adiante tratado.

25. Concebendo-se um sistema de cobrança cujas normas incidentes são ineficazes para a finalidade a que se propõem, os empresários - em especial aqueles que detêm uma maior estrutura - podem organizar-se para considerar o não pagamento de tributos como parte do processo produtivo. Há muitos danos dessa prática sistemática de sonegação fiscal.¹⁹

26. Dessa forma, há uma obtenção artificial de uma redução de custos, sem qualquer mérito quanto ao processo produtivo, que permite ao empresário auferir vantagens em relação aos demais competidores e, com isso, extrair rendas dos consumidores. Na maioria dos casos, essa vantagem não é repassada ao preço dos produtos, verificando-se, assim, um lucro adicional do empresário, sem que os consumidores se beneficiem, integralmente, da redução de custos da empresa beneficiada. Considera-se que essas vantagens representam desincentivo à inovação e ao empreendedorismo, prejudicando o consumidor e causando perda de riqueza para o país e implicando, portanto, violação ao art. 170, IV da CF/1988.

27. Além disso, essas empresas/produtores, sem contribuírem para o funcionamento do Estado, têm acesso às mesmas utilidades que os demais produtores da cadeia produtiva. Com efeito, são obtidos benefícios, diretos ou indiretos, decorrentes dos bens e serviços públicos financiados pela tributação e que são essenciais ao bom funcionamento dos negócios (justiça, polícia, política comercial, relações exteriores, infraestrutura, equilíbrio fiscal, etc), sem que se tenha contribuído para tanto.

28. Cumpre ressaltar que a existência de prejuízos à livre concorrência reduz os potenciais benefícios de um mercado saudável, dificultando a maximização da riqueza social. Nesse ponto, é importante acrescentar-se ainda que, dentre outros objetivos, a finalidade da tributação é promover o princípio constitucional da igualdade (justiça distributiva). Nota-se, portanto, que a ineficácia na cobrança do crédito tributário obstaculiza ainda mais a promoção da isonomia.

29. Nesse contexto, tem sido fortalecida a ideia do dever fundamental de pagar tributos²⁰. A base dos deveres fundamentais – como o dever de

19 Vale dizer que há uma indução da injustiça fiscal, na medida em que as dificuldades da cobrança são particularmente sentidas nas bases mais móveis (capitais), o que faz com que a carga tributária tenda a se deslocar para bases menos móveis, como trabalho e consumo, o que violaria o princípio da capacidade contributiva.

20 José Casalta Nabais esclarece que os deveres fundamentais são deveres correlatos a direitos e que, muitas vezes, dispensam previsão constitucional expressa, na medida em que configuram parte ou face passiva de cada um dos direitos fundamentais. Assim a sua previsão constitucional decorre das normas que consagram direitos fundamentais. (NABAI, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos**

pagar tributos – está na previsão constitucional de direitos. Quanto a esse aspecto, deve-se dizer que, em qualquer comunidade organizada, os direitos fundamentais possuem custos.²¹ Os deveres fundamentais são justamente os custos *lato sensu* ou suportes de existência e funcionamento da comunidade, cuja organização pretende realizar determinado nível de direitos fundamentais, sejam os clássicos direitos e liberdade, sejam os mais modernos direitos sociais.²² Os custos financeiros públicos concretizados no dever de pagar impostos configuram custos dos direitos em sentido estrito. Todos os direitos têm custos financeiros públicos, de forma que possuem, fundamentalmente, suporte na figura dos impostos.

30. O Estado fiscal²³ é aquele que tem nos impostos o seu principal suporte financeiro. Os impostos (tributos) correspondem ao preço que todos, enquanto integrantes de uma comunidade organizada em Estado (moderno), pagam para aquela sociedade. Em outras palavras, para que se disponha de uma sociedade fundada em liberdade e solidariedade é preciso que se pague um preço, que é o do imposto.

dos direitos. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, out. 2007, p. 4.)

- 21 Sobre os custos dos direitos, é pertinente transcrever as lições de Casalta Nabais:
- “Pois bem, centrando-nos nos custos financeiros dos direitos, a primeira verificação, que devemos desde já assinalar a tal respeito, é esta: os direitos, todos os direitos, porque não são dádiva divina nem frutos da natureza, porque não são auto-realizáveis nem podem ser realisticamente protegidos num estado falido ou incapacitado, implicam a cooperação social e a responsabilidade individual. Daí decorre que a melhor abordagem para os direitos seja vê-los como liberdades privadas com custos públicos.
- Na verdade, todos os direitos têm custos comunitários, ou seja, custos financeiros públicos. Têm portanto custos públicos não só os modernos direitos sociais, aos quais toda a gente facilmente aponta esses custos, mas também têm custos públicos os clássicos direitos e liberdades, em relação aos quais, por via de regra, tais custos tendem a ficar na sombra ou mesmo no esquecimento. Por conseguinte, não há direitos gratuitos, direitos de borla, uma vez que todos eles se nos apresentam como bens públicos em sentido estrito.”(NABAI, José Casalta. **Reflexões sobre quem paga a conta do estado social.** Revista Tributária e de Finanças Públicas: RTrib, v. 17, n. 88, p. 169-308, set./out. 2009. p. 271.
- 22 NABAI, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos.** Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, out. 2007, p. 11.
- 23 Sendo o Estado fiscal aquele cujas necessidades são essencialmente cobertas por impostos (tributação em geral).

31. O pressuposto do Estado fiscal é o de que há uma separação entre Estado e sociedade. Vale dizer que não se trata de uma separação estanque ou absoluta, mas de uma separação que impõe ao Estado uma preocupação fundamental com a política e à sociedade civil uma preocupação com a economia.²⁴

32. Nessa ordem de ideias, há, portanto, uma fundamental separação entre o Estado e a economia e a conseqüente sustentação financeira do Estado por meio de sua participação nas receitas da economia produtiva pela via do imposto. É pertinente esclarecer que o Estado fiscal não está impedido de assumir como estado econômico positivo, todavia, a atuação no domínio econômico será mais reduzida a depender da eficiência em relação ao pagamento dos impostos.

33. Acerca do assunto, convém transcrever a lição de Casalta Nabais:

Ligado à ideia de simplificação, da qual não deixa de constituir, a seu modo, um importante factor, é a exigência de uma nova postura e de um novo papel da administração tributária face aos contribuintes e demais sujeitos passivos da relação tributária. Com efeito, olhando para o papel que a administração tributária portuguesa desempenhou até à mencionada reforma fiscal dos anos 80 do século passado e aquele que passou a desempenhar desde então, verificamos que, em virtude do fenómeno que vimos designando por “privatização da administração ou gestão dos impostos”, à administração tributária cabe, cada vez mais, uma função passiva. Pois, enquanto no sistema fiscal anterior, a administração tinha uma típica função activa, cabendo-lhe lançar, liquidar e cobrar a generalidade dos impostos, no sistema fiscal actual, em que o lançamento, liquidação e cobrança dos impostos está a cargo dos particulares, mais especificamente das empresas, com base nas conhecidas técnicas da retenção na fonte e dos pagamentos por conta (feitos pelos próprios contribuintes ou por terceiros), a administração tributária desempenha, hoje em dia, basicamente uma função de controle ou de fiscalização.²⁵

24 NABAIS, José Casalta. **A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos**. Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, v. 5, n. 20, out. 2007, p. 14-18.

25 NABAIS, José Casalta. **Reflexões sobre quem paga a conta do estado social**. Revista Tributária e de Finanças Públicas: RTrib, v. 17, n. 88, p. 169-308, set./out. 2009, p. 296

34. Importa mencionar que o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 601.314/SP, com repercussão geral reconhecida (Tema 225) e de quatro Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs 2390; 2386; 2397 e 2859) quanto à constitucionalidade da transferência de dados bancários para a Administração Tributária, nos moldes previstos na LC nº 105/2001, especialmente como se depreende do voto do Ministro Dias Toffoli, aplicou os ensinamentos de José Casalta Nabais, considerando que o tributo não constitui mero exercício do poder estatal ou sacrifício do cidadão, mas é essencial para a vida em comunidade organizada em um Estado fiscal.

35. Afirmou-se, conforme posicionamento adotado no presente Parecer, que a tributação se alicerça na ideia de solidariedade social, de modo que o tributo ostenta a condição de dever fundamental e, como tal, impõe ao Estado que promove direitos fundamentais a necessidade de adotar mecanismos efetivos de combate à sonegação. A ideia de eficiência na cobrança de créditos fazendários contribui com o Estado fiscal, na medida em que proporciona essa maior separação entre o Estado e a economia, diminuindo a necessidade de intervenção na economia (sobretudo mediante benefícios setoriais).

36. Com base no ora exposto, verifica-se que é possível e adequado sustentar a existência de um microsistema da cobrança do crédito fazendário, sobretudo o de natureza tributária, que justifica a aplicação da Teoria do Diálogo da Fontes, como mecanismo apto a superar as perplexidades hermenêuticas existentes, para que se tenha uma cobrança efetiva de fato.

37. Sobre o diálogo das fontes normativas, aponta-se a existência de três modalidades de diálogo possíveis: a) diálogo de coerência, em que uma lei serve de base conceitual para a outra, especialmente se uma é geral e outra é especial ou uma é lei central no sistema e a outra forma um microsistema específico; b) diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade, no qual uma lei complementa a aplicação de outra a depender de seu campo de incidência no caso concreto²⁶; e c) diálogo e coordenação e adaptação sistemática, que é diálogo de influência recíprocas e sistemáticas, como na hipótese de redefinição do campo de aplicação de uma lei, em que há influência do sistema especial no geral e do geral no especial.²⁷ O desafio – que se preten-

26 Destaque para o papel do legislador e do juiz, no caso concreto, para a escolha da norma que vai complementar a finalidade da outra.

27 MARQUES, Claudia Lima. **Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002**. Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, nº 07, Aracaju, p.15-54, 2004, p.45-46.

de, inclusive, de forma inicial no presente Parecer – será o de definir qual o campo de aplicação do nCPC e sua convivência ou coexistência com normas especiais, na formação do microsistema da cobrança do crédito fazendário.

38. É importante mencionar que, em matéria de execução fiscal, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) tem acolhido a Teoria do Diálogo das Fontes, conforme ficou consagrado no Recurso Especial nº 1.272.827/PE, da relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques e no Recurso Especial nº 1.184.765/PA, da relatoria do Ministro Luiz Fux. No primeiro, levaram-se em consideração os princípios que nortearam as várias reformas nos feitos executivos da Fazenda Pública e no próprio Código de Processo Civil de 1973, sobretudo a eficácia material do feito executivo a primazia do crédito público sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais bem como a interpretação histórica, de forma a entender que tanto a Lei nº 6.830/80 quanto o art. 53, §4º da Lei nº 8.212/91 são compatíveis com a atribuição de efeito suspensivo ou não aos embargos do devedor, de forma a não serem incompatíveis com o art. 739-A do CPC/73 (introduzido pela Lei 11.382/2006), o qual condiciona a atribuição desse efeito ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia; verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (*fumus boni juris*) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*).²⁸

39. No Recurso Especial nº 1.184.765/PA, por seu turno, partindo-se da ideia de que as normas gerais mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (que concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo²⁹, entendeu-se a *ratio essendi* do artigo 185-A, do CTN, é a de erigir hipótese de privilégio do crédito tributário, não se revelando coerente “colocar o credor privado em situação melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (artigos 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988)”. Considerou-se, pois, que a interpretação sistemática dos artigos 185-A, do CTN, com o art. 11, da Lei nº 6.830/80 e arts. 655 e 655-A, do CPC/1973, autorizaria a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras, independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exequente.

28 Desde já, cumpre mencionar que essa ideia é mantida no nCPC, aplicando-se o entendimento consagrado no STJ. De todo modo, o tema será mais bem explanado mais adiante.

29 Em outras palavras, adotando-se a teoria do diálogo das fontes na tentativa de manter a coerência sistêmica.

40. A Teoria do Diálogo das Fontes desenvolvida por Erik Jayme e introduzida no Brasil pela já bastante citada doutrinadora consumerista Claudia Lima Marques, que também trabalhou nela, deve ser vista como método passível de coordenar as diferentes fontes normativas que compõem o ordenamento jurídico, de modo a visualizá-lo como um sistema coerente, além de reduzir a complexidade e realizar valores constitucionais, promovendo assim, uma releitura dos tradicionais critérios para solucionar as controvérsias.³⁰ Considera-se, portanto, que esse método não somente pode, como deve ser aplicado na interpretação das novas regras trazidas pelo nCPC em relação à Lei nº 6.830/80.

41. Fixadas as balizas a serem adotadas no presente Parecer, passa-se ao exame de alguns dispositivos do nCPC cujo impacto se vislumbra em relação às execuções fiscais. Impende, mais uma vez, alertar que o estudo não tem a pretensão de ser exaustivo, ressaltando-se, portanto, a possibilidade de posteriores manifestações complementares ou até mesmo com outros direcionamentos, tendo em vista a evolução doutrinária e a aplicação dos institutos ora tratados pelos Tribunais pátrios.

DOS DISPOSITIVOS DO NCPC E O IMPACTO VISLUMBRADO NAS EXECUÇÕES FISCAIS

42. Consoante já mencionado, a ideia, no presente tópico do Parecer, é tecer considerações sobre alguns dispositivos cuja aplicação se entende possível ou que merecem destaque, tendo em vista as modificações promovidas em comparação com o regime anterior.

DA CONEXÃO POR PREJUDICIALIDADE

43. O art. 55 do nCPC equivale aos art. 103 e 105 do CPC/1973, identificando o que se compreende como conexão e também sua consequência. Nota-se que o §3º do art. 55 pretende resolver uma questão relevante, embora não se configure como conexão propriamente. Prevê-se, no §3º do art. 55, a aplicação das consequências da conexão para os casos em que há risco de decisões conflitantes ou contraditórias, ainda que não exista identidade de pedidos ou de causa de pedir. Diante disso, o art. 286, III, do nCPC, passou a prever que, nas hipóteses do §3º do art. 55, a distribuição dar-se-á por dependência.

30 FARIA, Marcio Gustavo Senra. *Op. cit.*, p.8

Art. 55. Reputam-se conexas 2 (duas) ou mais ações quando lhes for comum o pedido ou a causa de pedir.

(...)

§ 3º Serão reunidos para julgamento conjunto os processos que possam gerar risco de prolação de decisões conflitantes ou contraditórias caso decididos separadamente, mesmo sem conexão entre eles.³¹

44. Verifica-se que o nCPC, no dispositivo, positivou a ideia consagrada na jurisprudência do STJ de “conexão por prejudicialidade”. Adotou-se, assim, a teoria materialista de identificação da conexão, ao se permitir a reunião entre duas ações com base em outras circunstâncias que conectam uma demanda à outra (e que tenham potencial de gerar decisões contraditórias) e não com esteio no pedido ou na causa de pedir (situação em que haveria conexão no sentido tradicional).

45. **Nota-se que, assim como ocorre com a aplicação do entendimento jurisprudencial que já consagrava a possibilidade de reunião dos processos, o dispositivo não traz solução para o problema quando se está diante de competência absoluta, sendo a regra aplicável para casos em que se esteja diante de competência relativa. Somente haveria possibilidade de reunir os processos, quando não houver possibilidade de modificação de competência, o que não ocorre em casos de competência absoluta.**

46. Vale mencionar que, conforme decidiu o STJ, “o efeito jurídico maior da conexão é a modificação de competência, com reunião das causas em um mesmo juízo. A modificação apenas não acontecerá nos casos de competência absoluta, quando se providenciará a suspensão do andamento processual de uma das ações, até que a conexa seja, enfim, resolvida”.³²

31 Art. 286. Serão distribuídas por dependência as causas de qualquer natureza:

(...)

III - quando houver ajuizamento de ações nos termos do Art. 55, § 3º, ao juízo prevento.

32 REsp 1.221.941/RJ, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 14/04/2015

47. Embora o precedente mencionado do STJ seja da 4ª Turma, a qual só julga matéria de direito privado, acaso reconhecida a suspensão processual ora tratada, é importante que se tenha em mente a limitação de um ano para sua duração, consoante preconiza o art. 313, §4ª do nCPC.³³

COOPERAÇÃO JURISDICIONAL NACIONAL

48. Uma das inovações do nCPC em relação ao CPC/1973 é a previsão do capítulo de cooperação jurisdicional nacional, instituto voltado para os órgãos do Poder Judiciário. Disciplinou-se, nos arts. 67 a 69, em que consistiria essa cooperação:

Art. 67. Aos órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação, por meio de seus magistrados e servidores.

Art. 68. Os juízos poderão formular entre si pedido de cooperação para prática de qualquer ato processual.

Art. 69. O pedido de cooperação jurisdicional deve ser prontamente atendido, prescinde de forma específica e pode ser executado como:

33 Art. 313. Suspende-se o processo:

(...)

V - quando a sentença de mérito:

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

(...)

§ 4º O prazo de suspensão do processo nunca poderá exceder 1 (um) ano nas hipóteses do inciso V e 6 (seis) meses naquela prevista no inciso II.

I - auxílio direto;

II - reunião ou apensamento de processos;

III - prestação de informações;

IV - atos concertados entre os juízes cooperantes.

§ 1º As cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto neste Código.

§ 2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para:

I - a prática de citação, intimação ou notificação de ato;

II - a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos;

III - a efetivação de tutela provisória;

IV - a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas;

V - a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial;

VI - a centralização de processos repetitivos;

VII - a execução de decisão jurisdicional.

§ 3º O pedido de cooperação judiciária pode ser realizado entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário.

49. Observa-se que as regras relativas à cooperação nacional buscam traduzir o dever de cooperação recíproca entre os órgãos jurisdicionais de quaisquer graus. Colima-se, por meio dos dispositivos transcritos, implementar o modelo de processo cooperativo a que alude o art. 6º do nCPC³⁴ dentro da perspectiva dos órgãos do Poder Judiciário, aplicando-se tanto para magistrados, como para servidores.

50. Um possível reflexo das normas relativas à cooperação jurisdicional nacional para as execuções fiscais é a potencial utilização da cooperação nacional na falência e recuperação judicial³⁵, de forma a possibilitar que o juízo da execução fiscal e o da recuperação judicial e/ou falência cooperem entre si, especialmente quanto a solicitações de atos de construção relacionadas à recuperação judicial³⁶.

51. Vale também mencionar que se vislumbra a possibilidade de utilização a cooperação nacional para substituir, em algumas situações, o uso de cartas precatórias. Nesse sentido, confira-se:

34 Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

35 Sobre a aplicação do capítulo da cooperação nacional às execuções fiscais relacionada à recuperação judicial e à falência:

“O novo Código de Processo Civil, consagrando o processo como instrumento de realização do direito material tutelado, flexibilizou procedimentos de forma a alcançar maior efetividade.

Nessa esteira, no capítulo referente à cooperação nacional, estabeleceu o dever de recíproca cooperação entre os órgãos do Poder Judiciário, estadual ou federal, inclusive aos tribunais de superposição (Art. 67, CPC/2015).

Especificamente no que se refere a seu impacto nas execuções fiscais, cumpre observar o artigo 69, §2º, IV e V, que previu expressa possibilidade de efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas, além da facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial.

Com efeito, referida previsão legal aplicada às execuções fiscais, em harmonia com o texto constitucional, buscou, antes de proteger o devedor, tutelar os interesses dos eventuais credores e da sociedade como um todo.” (DAL COL Caio Sá; ABREU, Livia Dalla Bernardina. Reflexos do Novo CPC (Lei nº 13.105/2015) nas Execuções Fiscais. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Advocacia Pública**. Coleção Repercussões do Novo CPC, volume 3, coordenador geral Fredie Didier Jr. Salvador: Editora Juspodvm, 2015, p.57 a 82, p. 60-61).

36 Especialmente se, a despeito dos argumentos da Fazenda Nacional pela possibilidade de atos de construção e expropriação de bens pelo juízo da execução fiscal, vier a prevalecer, no STJ, o entendimento de que, embora a execução fiscal não se suspenda com o deferimento da recuperação judicial, a prática de atos de construção e alienação deve ser submetida ao juízo da recuperação judicial (nessa linha, cita-se o AgRg no CC 129.290/PE, Rel. Ministro ANTONIO CARLOS FERREIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 09/12/2015, DJe 15/12/2015, que adotou o posicionamento criticado, uma vez que dificulta a cobrança dos créditos fazendários).

“As cartas precatórias e de ordem, que se prestam ao pedido – ou ordem – de colaboração dirigido ao órgão jurisdicional podem ser, a depender do caso, substituídas pelo pedido de cooperação jurisdicional, regulamentado nos arts. 67 a 69 do NCPC. O art. 69, §1º, prevê que expressamente as cartas de ordem, precatória e arbitral seguirão o regime previsto no Código, não sendo afetadas, portanto, pelo regramento ora analisado.

Segundo o art. 67 do Novo CPC, aos órgãos do Poder Judiciário estadual ou federal, especializado ou comum, em todas as instâncias e graus de jurisdição, inclusive aos tribunais superiores, incumbe o dever de recíproca cooperação por meio de seus magistrados e servidores. É possível, inclusive, o pedido de cooperação nacional entre órgãos jurisdicionais de diferentes ramos do Poder Judiciário, nos termos do art. 69 §3, do Novo CPC.”³⁷

52. Entende-se que tal potencial substituição pode ser útil para a Fazenda Nacional, sobretudo diante da necessidade de prática de atos na localidade em que reside o executado e que não seja abrangida por vara federal, que, em princípio, ensejaria a expedição de carta precatória ao juízo estadual da respectiva comarca, conforme previsto no parágrafo único do art. 237, do nCPC³⁸.

53. Com efeito, em especial com base no §1º do art. 236 do nCPC³⁹, ressalvadas as hipóteses legais, os atos praticados fora dos limites territoriais do tribunal, da comarca, da seção ou da subseção judiciárias, ensejarão a expedição de carta. Todavia, não se vislumbra óbice para que os órgãos do Poder Judiciário, adotando a sistemática da cooperação jurisdicional, possam concretizar a prática do ato de forma diversa da precatória.

37 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**, São Paulo: Método, 2015, p. 192.

38 Art. 237. Será expedida carta:

(...)Parágrafo único. Se o ato relativo a processo em curso na justiça federal ou em tribunal superior houver de ser praticado em local onde não haja vara federal, a carta poderá ser dirigida ao juízo estadual da respectiva comarca.

39 Art. 236. Os atos processuais serão cumpridos por ordem judicial.

§ 1º Será expedida carta para a prática de atos fora dos limites territoriais do tribunal, da comarca, da seção ou da subseção judiciárias, ressalvadas as hipóteses previstas em lei.

§ 2º O tribunal poderá expedir carta para juízo a ele vinculado, se o ato houver de se realizar fora dos limites territoriais do local de sua sede.

§ 3º Admite-se a prática de atos processuais por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real.

54. Sobre a prática de atos processuais fora dos limites territoriais da vara, é pertinente mencionar que o art. 255⁴⁰ prevê que em comarcas contíguas de fácil comunicação e naquelas situadas na mesma região metropolitana, é possível que o oficial de justiça efetue, em qualquer delas, citações, intimações, notificações, penhoras e quaisquer outros atos executivos. No mesmo sentido também prevê o §1º do art. 782, do nCPC⁴¹.

55. Desse modo,⁴² considera-se defensável a tese de que atos e diligências que, em regra, são praticados nos limites territoriais da competência da Vara Federal respectiva, devem também sê-lo em comarcas contíguas, de fácil comunicação e situadas na mesma Região Metropolitana, de forma que a expedição de carta precatória somente deve ocorrer “se mais econômica e expedita a via”.

56. A necessidade de que a expedição da carta precatória seja a forma mais econômica como requisito para que a medida seja determinada é um argumento que se soma à previsão da cooperação jurisdicional, para que entenda que os atos podem ser praticados em outras localidades por meio

40 Art. 255. Nas comarcas contíguas de fácil comunicação e nas que se situem na mesma região metropolitana, o oficial de justiça poderá efetuar, em qualquer delas, citações, intimações, notificações, penhoras e quaisquer outros atos executivos.

41 Art. 782. Não dispendo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá.

§ 1º O oficial de justiça poderá cumprir os atos executivos determinados pelo juiz também nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana.

(...)

42 Com base também no Art. 15 c/c Art. 42 da Lei nº 5.010/1966:

Art. 15. Nas Comarcas do interior onde não funcionar Vara da Justiça Federal (artigo 12), os Juizes Estaduais são competentes para processar e julgar:

(...)

Parágrafo único. Sem prejuízo do disposto no Art. 42 desta Lei e no Art. 1.213 do Código de Processo Civil, poderão os Juizes e auxiliares da Justiça Federal praticar atos e diligências processuais no território de qualquer dos Municípios abrangidos pela seção, subseção ou circunscrição da respectiva Vara Federal. (Incluído pela Lei nº 10.772, de 21.11.2003)

Art. 42. Os atos e diligências da Justiça Federal poderão ser praticados em qualquer Comarca do Estado ou Território pelos Juizes locais ou seus auxiliares, mediante a exibição de ofício ou mandado em forma regular.

§ 1º Somente se expedirá precatória, quando, por essa forma, for mais econômica e expedita a realização do ato ou diligência.

§ 2º As diligências em outras Seções sempre que possível, serão solicitadas por via telegráfica ou postal com aviso de recepção.

§ 3º As malas dos serviços da Justiça Federal terão franquia postal e gozarão de preferência em quaisquer serviços públicos de transporte.

diverso da expedição da carta precatória. Frise-se, inclusive, a possibilidade de comunicação por meio eletrônico, na esteira do art. 232 do nCPC.⁴³

57. Nesse ponto, é pertinente mencionar que até o presente momento, não se verificou a existência de regulamentação pelo Conselho Nacional de Justiça de como implementar a cooperação jurisdicional, de modo que, a depender do que vier a ser regulado, essa possibilidade ora vislumbrada pode não se concretizar. De todo modo, é importante que se chame a atenção para tal possibilidade, para que se provoquem os juízes e os órgãos do Poder Judiciário com atribuição para regulamentar a atuação dos magistrados e servidores, de forma a viabilizar a cooperação jurisdicional nos moldes ora cogitados.

INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

58. O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica foi previsto nos arts. 133 a 137 do nCPC. Trata-se de instituto novo e, portanto, sem correspondência no CPC/1973. Sua aplicação em relação às execuções fiscais ainda é tormentosa na doutrina que vem cuidando do tema especialmente antes do início da vigência do nCPC. É pertinente, portanto, registrar desde já que, sendo o tema controverso, a posição adotada por ora pode ser posteriormente alterada, especialmente em face de eventuais novos contornos a serem dados pela jurisprudência.

59. **Demais disso, do fato de se estar adotando um entendimento na presente manifestação não se extrai que, necessariamente, o Procurador da Fazenda Nacional deverá recorrer das decisões que apliquem posicionamento diverso. É preciso que, diante do caso concreto, se aquilate a real necessidade de recorrer, considerando os outros prejuízos advindos de tal postura. Tal conclusão guarda sintonia com o paradigma de redução da litigiosidade já construído ao longo dos anos e reforçado pela vigência do nCPC. Vale dizer que, em relação à PGFN, o paradigma trazido pelo nCPC é uma evolução da postura pioneira do órgão quanto à representação judicial.**

43 Art. 232. Nos atos de comunicação por carta precatória, rogatória ou de ordem, a realização da citação ou da intimação será imediatamente informada, por meio eletrônico, pelo juiz deprecado ao juiz deprecante.

60. Desde já importa transcrever os arts. 134 a 137 do nCPC:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica.

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de desconsideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

61. O objetivo da previsão do incidente foi proporcionar um meio adequado de disciplina processual para desconsideração da personalidade jurídica, diante da inexistência de tal regramento no regime do CPC/1973, permitindo a observância do princípio do contraditório⁴⁴. Não se pretendeu, no nCPC, tratar das hipóteses em que tal desconsideração ocorra, mas do procedimento para que seja efetivada. Além disso, colimou-se harmonizar o instituto com o regramento da fraude à execução.⁴⁵

62. É pertinente esclarecer que se reconhece que outras orientações da PGFN versam especificamente sobre a responsabilização de terceiros,

44 Um dos princípios que o nCPC pretendeu fortalecer em consonância com a tendência de constitucionalização do processo.

45 Sobre o objetivo da alteração normativa, confira-se excerto do Relatório Geral sobre o Projeto do Novo CPC: “Pelo fato de muitas das normas e a própria sistematização do CPC de 1973 não se afina mais à realidade jurídica tão diferente dos dias atuais, afigura-se necessária a construção de um Código de Processo Civil adequado a esse novo panorama. No particular, ilustremos os alguns pontos:

d) de haver previsão legal de um modelo adequado para disciplina processual da desconsideração da personalidade jurídica, instituto consagrado no CDC e no Código Civil e amplamente utilizado na prática forense, que também não foi objeto de previsão, ainda, no CPC atual; (...)

7) Desconsideração da personalidade jurídica O incidente de desconsideração da personalidade jurídica é uma das boas novidades do projeto de novo CPC. De fato, embora a legislação material preveja situações que autorizam a desconsideração, até então não havia o regramento processual deste instituto, o que tem gerado muitos problemas práticos. Contudo, é preciso fazer alguns ajustes na proposta. O mais importante deles é a eliminação da previsão das hipóteses de desconsideração. Não é tarefa do CPC cuidar dos casos em que se permite a desconsideração da personalidade jurídica; ao CPC cabe disciplinar como ela deva ser feita. Como gera a ampliação subjetiva do processo, o incidente é, rigorosamente, um caso de intervenção de terceiro. Por isso, seu regramento merece ser deslocado para este capítulo do Código. Também é importante harmonizar o incidente de desconsideração com o regramento da fraude à execução.”

(<http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/especiais/54a-legislatura/8046-10-codigo-de-processo-civil/proposicao/pareceres-e-relatorios/parecer-do-relator-geral-paulo-teixeira-08-05-2013> Acesso: 23/02/2016)

tratando, por exemplo, da configuração de grupos econômicos ou da responsabilização de codevedor⁴⁶. Nesse contexto, é importante ressaltar que o intuito da presente abordagem sobre o incidente da desconsideração da personalidade jurídica não é alterar ou revogar o que foi orientado oportunamente, mas apresentar uma linha de defesa inicial e alertar sobre os riscos decorrentes da adoção de determinadas teses em relação à aplicação do incidente de desconsideração da pessoa jurídica.⁴⁷

63. Nesse ponto, **uma primeira tese a ser sustentada, inclusive com fulcro na ideia do microsistema de cobrança do crédito fazendário, é a de que o incidente de desconsideração da pessoa jurídica é incompatível com o rito das execuções fiscais**. Segundo essa linha, ainda que **atual LEF não trate do procedimento para desconsiderar a pessoa jurídica (ou sequer traga balizas para as hipóteses de responsabilização de terceiros em geral), o conjunto de regras e princípios norteadores da cobrança dos créditos fazendários faria com que a instauração do incidente seja incompatível com o rito da execução fiscal**.⁴⁸

64. Corrobora essa inadequação do procedimento ao rito da LEF a previsão de suspensão do processo prevista no §3º do art. 134 do nCPC, que dificultaria a persecução de bens do devedor e facilitaria a dilapidação patrimonial. Em tais casos, exigir-se-ia que a Fazenda Pública tenha que fazer uso de medidas cautelares fiscais e tutelas provisórias (sobretudo de urgência) para evitar os potenciais prejuízos, o que pode se revelar inviável do ponto de vista prático, caso o incidente seja aplicado de forma generalizada às execuções fiscais como parecem sugerir alguns doutrinadores.

65. Sem embargo do exposto quanto à incompatibilidade do procedimento do incidente em relação ao rito das execuções fiscais, em virtude de não existir, na LEF, previsão quanto ao procedimento para que se desconsidere a personalidade jurídica de modo a atingir o patrimônio dos sócios, não se desconhece a existência de posição doutrinária entendendo pela haveria necessidade de observância do rito previsto nos arts. 133 a 137 do nCPC em

46 A esse respeito, verifique-se o disposto, por exemplo, na Portaria PGFN nº 180/2010, no Parecer PGFN/CRJ nº 1956/2011 e no Parecer PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009.

47 Até porque, para tanto, entende-se que, em algumas situações, será necessário, para manifestação, um estudo específico envolvendo a orientação conjunta de mais de uma coordenação, além da CRJ.

48 Cumpre destacar, reforçando essa tese, que, quando o nCPC pretendeu que o incidente de desconsideração da personalidade jurídica fosse aplicado a um microsistema, ele foi expresso nesse sentido, a exemplo do disposto no Art. 1.062 em relação aos juizados especiais (“Art. 1.062. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica aplica-se ao processo de competência dos juizados especiais”).

relação às execuções em que se pretende desconsiderar a pessoa jurídica, por aplicação do critério hermenêutico de subsidiariedade da legislação processual civil geral diante da omissão da lei especial quanto ao tema.

66. Todavia tal posicionamento, ainda que prevaleça em relação ao defendido quanto ao microsistema da cobrança do crédito fazendário e sua consequente incompatibilidade com o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, deve ser visto com alguns temperamentos.

67. Nota-se que uma premissa importante a ser adotada para o entendimento que se pretende firmar, no presente Parecer, é a de que as hipóteses de desconsideração da pessoa jurídica são tratadas pelo Direito Material, de forma que o nCPC apenas trata do procedimento. Assim, uma primeira ilação é que o incidente será apenas cabível quando se estiver diante de desconsideração da personalidade jurídica. Faz-se necessário, pois, delimitar a ocorrência de tal situação apta a desencadear o procedimento do incidente.

68. Acerca do instituto da desconsideração da pessoa jurídica, observa-se que sua construção decorre da constatação de que a independência patrimonial pode conduzir a práticas ilícitas ou abusivas.⁴⁹ Assim, foi desenvolvida, especialmente no direito anglo-saxão, a *disregard theory* (ou *disregard of legal entity*)⁵⁰, a qual excepciona a regra de vinculação da responsabilidade patrimonial aos bens da pessoa jurídica, de forma a proteger terceiros de boa-fé.⁵¹

69. A teoria da desconsideração da pessoa jurídica visa levantar o véu protetivo da empresa (*lifting the corporate veil*) para atingir o patrimônio dos

49 A esse respeito, confira-se:

“Todavia, com os crescentes abusos praticados por sócios sem escrúpulos, que utilizavam a estrutura autônoma e independente da pessoa jurídica para a prática de negócios fraudulentos e desvinculados da finalidade desta, afastando-se da responsabilidade, a jurisprudência e a doutrina começaram a perceber a necessidade de buscar mecanismos ágeis de atingir o patrimônio do sócio, em favor dos prejudicados de boa-fé, inibindo a utilização da pessoa jurídica como escudo para a prática de atos ilícitos ou abusos. (...)”

Este o seu fundamento: impedir a prática ilícita ou abusiva dos que se valem da pessoa jurídica para acobertar sua própria responsabilidade.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. **Curso de Direito Civil** – Parte Geral e LINDB. Volume 1, 10ª edição. Salvador: Editora JusPODIVM, 2012, p. 448-449)

50 A teoria foi desenvolvida no direito anglo-saxão, mas depois espalhou-se para o direito germânico e, posteriormente, para o direito italiano e espanhol.

51 Rubens Requião esclarece que a teoria da personalidade jurídica não deixa de causar problemas, partindo-se da premissa de que os patrimônios dos sócios e da sociedade são inconfundíveis. Se tal ideia fosse tomada de forma extra, não seria possível compreender que fatos da sociedade poderiam envolver a pessoa física do sócio e vice-versa. Mesmo os defensores da personificação das sociedades como Cesare Vivante, não ficaram insensíveis às críticas ao sistema. (REQUIÃO, Rubens. **Curso de Direito Comercial**. 1º volume, 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 376).

sócios e possibilitar a satisfação do crédito.⁵² Trata-se de instituto que tem o objetivo de concretizar o conteúdo de moralidade ética nas relações privadas e de orientar que o ente coletivo atue dentro dos limites da sua função social.

70. Desse modo, quando se constata o abuso de direito de associação; a fraude a terceiros por meio da proteção conferida pela existência da pessoa jurídica; o desvio da finalidade perseguida pela empresa; e a confusão patrimonial do sócio e da empresa, tem-se configurado o uso indevido do direito de associar-se, o que permitiria a desconsideração do princípio da separação patrimonial que decorre do reconhecimento da personalidade jurídica, permitindo-se que o patrimônio dos sócios satisfaça a obrigação que não poderia ser atendida pelo patrimônio da empresa. Essa ideia também se aplica nos casos em que aquele que não configura sócio nos atos constitutivos da pessoa jurídica dela se vale para prática de ilícitos⁵³.

71. Embora se verifique, na doutrina privatista, posicionamento que aponta para uma amplitude e evolução das hipóteses⁵⁴ para se desconsiderar a personalidade do ente coletivo⁵⁵, pode-se dizer que a desconsideração

52 Aqui se tem a enunciação clássica da teoria da desconsideração da pessoa jurídica. Registre-se também a hipótese de desconsideração inversa da pessoa jurídica, a qual ocorre quando se desconsidera a autonomia patrimonial da pessoa jurídica para responsabilizá-la em virtude de obrigações assumidas por seus sócios. Nesse sentido, confira-se o enunciado nº 283 da Jornada de Direito Civil: “Art. 50. É cabível a desconsideração da personalidade jurídica denominada ‘inversa’ para alcançar bens de sócio que se valeu da pessoa jurídica para ocultar ou desviar bens pessoais, com prejuízo a terceiros.”

53 Com efeito, conforme ensinam Cristiano Chaves de Farias e Nelson Rosenvald, a doutrina pátria tem mencionado a chamada “desconsideração expansiva da personalidade jurídica”, que seria a nomenclatura adotada para designar a possibilidade de desconsiderar uma pessoa jurídica para que se atinja a personalidade do sócio eventualmente oculto que, em muitas hipóteses, está escondido na empresa controladora (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 469). Convém também fazer a referência à desconsideração indireta da personalidade jurídica, por meio da qual se permite a responsabilização da empresa-controladora por atos praticados de modo abusivo ou fraudulento, para obtenção de vantagens indevidas, mediante a utilização da personalidade jurídica da empresa controlada (ou coligada, subsidiária integral, etc), cujo véu protetivo é levantado episodicamente. (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Ibidem*, p. 478)

54 Registra, neste ponto, a formulação da teoria maior objetiva da desconsideração da pessoa jurídica (adotada pelo Código Civil no Art. 50); da teoria maior subjetiva da desconsideração da pessoa jurídica; e a teoria menor da desconsideração da pessoa jurídica.

55 Acerca do tema, veja-se:

“O Enunciado 51 da Jornada de Direito Civil esclarece que ‘a teoria da desconsideração da personalidade jurídica - *disregard doctrine*’ - fica positivada no Código Civil, mantidos os parâmetros existentes nos microssistemas legais e na construção jurídica sobre o tema’, deixando antever que o regramento expresso no Código Civil não afeta a evolução jurídica da matéria, nem tampouco as normas específicas do Código de Defesa do Consumidor, da Lei Antitruste e da Lei Ambiental. Ao revés, é preciso compatibilizá-las, evidenciando uma atuação subsidiária da Lei Civil em tais hipóteses, a partir de verdadei-

da pessoa jurídica com reflexos tributários é mecanismo que somente poderá ser usado quando presentes os requisitos do art. 50 do Código Civil, os quais devem ser demonstrados mediante provas de abuso da personalidade jurídica, sob pena de fazer dos tipos societários conceitos relativos e desprovidos de segurança quanto aos critérios que os guiam, tais como separação patrimonial e responsabilidade.⁵⁶

72. Ainda que se considerem os microssistemas legais que impliquem adoção de outros entendimentos para desconconsideração da pessoa jurídica⁵⁷, em se tratando de execução fiscal, pode-se sustentar que a desconconsideração da pessoa jurídica a ensejar a aplicação do incidente, se considerado compatível com o procedimento para cobrança do crédito fazendário, tem que ser a prevista na forma do art. 50, do CC/2002.⁵⁸

ro diálogo de subsidiariedade das fontes.” (FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Op. cit.*, p. 461).

- 56 FERRAGUT, Maria Rita. Novo CPC: O Incidente da Desconconsideração da Personalidade Jurídica tornando Efeito o Direito dos Grupos Econômicos exercerem o Contraditório. In: **Revista Dialética de Direito Tributário** nº 237, junho de 2015, p. 82-89 p, 83.
- 57 Convém esclarecer que essa interpretação mais restritiva também tem relação com a ideia de microssistema de cobrança do crédito fazendário tratado no tópico inicial do presente parecer, já que, em uma primeira leitura, a adoção do incidente de forma ampla nas execuções iria paralisar a cobrança de vários créditos, de forma que, se superada a tese de total incompatibilidade do incidente à LEF, deve-se entender que a aplicação do procedimento deve dar-se de modo mais limitado, com o cabimento vinculado às hipóteses legais de desconconsideração.
- 58 Quanto ao tema, mais especificamente em relação ao cabimento do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, registra-se que há posicionamentos doutrinários contrários à sua aplicação, por exemplo, em processos trabalhistas, como é o caso de Reis Friede, que escreveu ainda quando tramitava o Projeto de Lei: “(...) em prosperando a redação conferida pela Câmara dos Deputados aos arts. 133 a 137 do acenado Projeto de Lei, cujo conteúdo impede, a nosso ver, que o magistrado desconside (*ex officio*) a personalidade jurídica, cremos que a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil de 2015 ao processo do trabalho encontrará sérios obstáculos exegeticos, uma vez que a instauração de um incidentes dessa magnitude na maioria das vezes, não e coadunará com a sua incidência na seara trabalhista, problemática que nos preocupa, sobretudo diante das peculiaridades que rondam a sistemática processual trabalhista, que pugna por uma desconconsideração da personalidade jurídica caracterizada por ser célere e urgente.” (FRIEDE, Reis. O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil e uma possível implicação de ordem prática no processo do trabalho. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho** 80/377, out-dez, 2014 *apud* BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias; e AMADEO, Rodolfo da Consta Manso Real. **Fraudes Patrimoniais e a Desconconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil de 2015**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p.154). Tal posicionamento relativo aos processos que tramitam na Justiça do Trabalho vai ao encontro da tese de incompatibilidade do incidente em relação às execuções fiscais. A lógica de incompatibilidade em virtude de peculiaridades da sistemática processual trabalhista é semelhante à da tese relativa às execuções fiscais, já que o fundamento é a existência de um microssistema em que as regras do incidente da desconconsideração da

73. Vale dizer que a adoção da concepção objetiva da desconsideração da pessoa jurídica na positivação geral do instituto esteia-se na ideia de que a desconsideração é medida extrema e excepcional, admitida de forma episódica, uma vez constatada a presença dos requisitos legais.⁵⁹

74. Destarte, se não adotada a incompatibilidade inicialmente defendida, entende-se que se enquadra, portanto, como situação apta a desencadear a instauração do incidente a hipótese de desconsideração da personalidade jurídica prevista no art. 50, do CC/2002.⁶⁰ Assim, tratando-se de execuções fiscais de créditos tributários e créditos não tributários, nas hipóteses do art. 50 do CC/2002,⁶¹ em princípio, é cabível o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

75. Entende-se que é incabível o incidente em caso de responsabilização com base no art. 135 do CTN⁶², uma vez que, em tal situação, não se estaria tratando, verdadeiramente, de desconsideração da personalidade jurídica,⁶³ mas sim de responsabilização pessoal de terceiros⁶⁴ por atos praticados

personalidade jurídica afiguram-se inadequados. De todo modo, os processualistas têm se posicionado contrariamente a esse posicionamento de que o incidente seria inaplicável na Justiça do Trabalho. Tanto assim o é que dispõe o enunciado nº 124 do FPPC: “*A desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho deve ser processada na forma dos arts. 133 a 137, podendo o incidente ser resolvido em decisão interlocutória ou na sentença.*”

59 Nesse sentido, convém mencionar o Enunciado nº 146 da Jornada de Direito Civil: “*Art. 50: Nas relações civis, interpretam-se restritivamente os parâmetros de desconsideração da personalidade jurídica previstos no Art. 50 (desvio de finalidade social ou confusão patrimonial). (Este Enunciado não prejudica o Enunciado n. 7)*”

60 Enunciado 7 da Jornada de Direito Civil dispõe: “*Art. 50: só se aplica a desconsideração da personalidade jurídica quando houver a prática de ato irregular e, limitadamente, aos administradores ou sócios que nela hajam incorrido.*”

61 Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

62 Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

I - as pessoas referidas no artigo anterior;

II - os mandatários, prepostos e empregados;

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

63 Vale salientar que tal distinção decorre, por óbvio, da adoção da conceituação maior da desconsideração da pessoa jurídica.

64 O Art. 779 do nCPC corrobora tal conclusão na medida em que prevê que a execução pode ser promovida contra o responsável tributário, no mesmo sentido do art 4º, V, da LEF.

Art. 779. A execução pode ser promovida contra:

com excesso de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatutos.⁶⁵ Em face do mencionado dispositivo, requer-se, nas execuções fiscais ajuizadas contra sociedades empresárias, o redirecionamento contra os sócios.⁶⁶

76. Nessas situações, considera-se que, em termos técnicos, não há um requerimento de desconsideração da personalidade jurídica.⁶⁷ Vale mencionar que as situações passíveis de ensejar o redirecionamento da execução ao sócio da empresa não implicam, necessariamente, a desconsideração da personalidade jurídica, ainda que, dentre os efeitos provocados, tenha-se o alcance do

-
- I - o devedor, reconhecido como tal no título executivo;
 - II - o espólio, os herdeiros ou os sucessores do devedor;
 - III - o novo devedor que assumiu, com o consentimento do credor, a obrigação resultante do título executivo;
 - IV - o fiador do débito constante em título extrajudicial;
 - V - o responsável titular do bem vinculado por garantia real ao pagamento do débito;
 - VI - o responsável tributário, assim definido em lei.

65 Nessa hipótese de responsabilização direta tem-se a aplicação da teoria dos atos *ultra vires*, que cuida dos atos praticados além dos limites do contrato social. Com efeito, a prática de um ato *ultra vires* não implica, necessariamente, desconsideração da pessoa jurídica, mas podem implicar responsabilização de terceiros. Ademais, é possível que se desconsidere os efeitos da personificação de um ente coletivo sem que se tenha incorrido na prática de atos que extrapolam o objeto societário, se atendidos os requisitos específicos (abuso de direito, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial).

66 A esse respeito, veja-se o Enunciado nº 281 da Jornada de Direito Civil: “Art. 50. A aplicação da teoria da desconsideração, descrita no Art. 50 do Código Civil, prescinde da demonstração de insolvência da pessoa jurídica”.

67 Corroborando o posicionamento ora adotado, posicionou-se André Luiz Santa Cruz Ramos:

“Na praxe forense, as questões em que mais se discute a responsabilização pessoal de sócios por dívidas da sociedade são as de índole tributária, em razão do disposto no Art. 135 do Código Tributário Nacional (...).

Em razão de tal previsão legal, a Fazenda Pública, no curso de execuções fiscais contra sociedades empresárias – a maioria dos casos são sociedades limitadas – costuma requerer o redirecionamento da execução contra os sócios, nas situações em que a execução do patrimônio da sociedade mostra-se infrutífera.

Frise-se que nesses casos a Fazenda Pública não requer, tecnicamente, a desconsideração da personalidade jurídica, mas tão-somente o redirecionamento da execução contra os sócios administradores ou diretores da sociedade em decorrência da prática de ‘atos ilícitos’, assim entendidos, genericamente, os atos praticados com excesso de poderes ou com infração da lei ou do ato constitutivo (contrato social ou estatuto social)” (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de Direito Empresarial** – O novo regime jurídico-empresarial brasileiro. 3ª edição, revista, ampliada e atualizada, Salvador: Editora JusPodivm, 2009, p.344). Não obstante o autor citado tenha defendido que o redirecionamento iria ocorrer ante a impossibilidade de satisfação da obrigação tributária pelo patrimônio da empresa, não se está defendendo, no presente Parecer, que o redirecionamento depende do exaurimento do patrimônio da sociedade empresária a cujos quadros pertence o sócio.

patrimônio de sócio, como ocorre no caso de dissolução irregular.⁶⁸

77. Como já assentado no presente parecer, entende-se que o cabimento do incidente está restrito apenas aos casos em que se estiver diante de verdadeira desconsideração da personalidade jurídica, interpretando-se tal conceito de forma restrita⁶⁹, ou seja, na hipótese prevista no art. 50 do Código Civil. Por outro lado, o art. 135 do CTN trata de imputação de responsabilidade direta a terceiro. Em tais situações, o terceiro responderá diretamente pela dívida tributária, como se devedor originário fosse.

78. Com efeito, é imprescindível esclarecer que o art. 121, parágrafo único, do CTN estabelece que a sujeição passiva do tributo pode ser direta (contribuinte) ou indireta (responsável), cabendo ao art. 128 e seguintes definir quem são os responsáveis tributários. Aqueles que se amoldarem às situações previstas no CTN tornar-se-ão codevedores, devendo figurar no polo passivo da execução, diferentemente do que ocorre na desconsideração da personalidade jurídica em que apenas os bens do responsável serão passíveis de penhora.⁷⁰

79. Nota-se que, consoante já afirmado, embora o efeito da desconsideração da personalidade jurídica e o da responsabilização de terceiro seja a permissão para que se alcance o patrimônio do sócio, seja ele pessoa física ou jurídica, na desconsideração da personalidade jurídica aquele cujo patrimônio é atingido não faz parte da relação (não é devedor), diferentemente do que ocorre nos casos de responsabilidade direta⁷¹. Nesse ponto, impende

68 Tal conclusão pode ser endossada pelo Enunciado n° 282 da Jornada de Direito Civil: “Art. 50. O encerramento irregular das atividades da pessoa jurídica, por si só, não basta para caracterizar abuso de personalidade jurídica.”

69 Fredie Didier também parece seguir a linha proposta, esclarecendo que “(...) se a autonomia patrimonial da sociedade não impedir a imputação de responsabilidade ao sócio ou administrador, não existe desconsideração. Uma regra geral que atribua responsabilidade ao sócio, em certos ou em todos os casos, não é regra de desconsideração da personalidade jurídica.” (DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil** – Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Volume 1, 17ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 518)

70 BRUSCHI, Gilberto Gomes; NOLASCO, Rita Dias; e AMADEO, Rodolfo da Consta Manso Real. *Op. cit.*, p. 166.

71 Cumpre destacar que o Art. 128 do CTN somente faculta ao legislador atribuir responsabilidade tributária a terceiro vinculado ao fato gerador da respectiva obrigação, sendo, pois, imprescindível que tenha “capacidade de colaboração”. A priori, o responsável tributário não integra a relação contributiva, mas é sujeito passivo da obrigação própria de colaboração com fisco. Todavia, em caso de descumprimento dessa obrigação de colaboração, o responsável tributário assume a posição de garante, situação em que responsável pela satisfação do crédito tributário. (PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**. 6ª ed. rev. atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 185). São três as situações de responsabilidade por transferência previstas no CTN: por

salientar que, no nCPC, o incidente de descon sideração está inserido no Título III, que trata da intervenção de terceiros e o sócio, nas execuções fiscais, não pode ser considerado, verdadeiramente, um terceiro, já que faz parte da relação, não integrando a lide apenas em razão de normas de responsabilidade patrimonial.

80. Por essa razão, na maioria das execuções fiscais de créditos tributários, como se pretenderá a inclusão de codevedor, com base na dissolução irregular, em princípio, considera-se incabível o incidente previsto nos arts 133 a 137 do nCPC.

81. Nessa senda, deve-se distinguir a hipótese de responsabilização da pessoa, física ou jurídica, em relação à própria obrigação, ou de mera extensão dos efeitos da obrigação, tributárias ou não, aos bens particulares dessas pessoas, a fim de que se defina sobre a aplicação ou não do incidente previsto nos arts. 133 a 137 do nCPC.

82. Vale esclarecer que integrar grupo econômico não é fato que autoriza, por si só, a descon sideração da personalidade jurídica. Como consequência, mesmo após a entrada em vigor do nCPC, pode-se sustentar ainda ser cabível o requerimento de responsabilização pessoal por simples petição nos autos da execução fiscal, tal como é feito atualmente.

83. Para créditos não tributários, mesmo não sendo possível aplicar o art. 135 do CTN, conforme reiterada jurisprudência do STJ, a despeito da redação do art. 4º, § 2º, da LEF⁷², é possível a responsabilização/redirecionamento com base na legislação específica, sobretudo o art. 10, do Decreto nº 3.078/19 e o art. 158, da Lei nº 6.404/76 – LSA, não havendo, nesses casos, a exigência de dolo.⁷³

84. Ressalta-se, conforme menciona o Parecer PGFN/CRJ/CAT nº 55/2009, que os atos ilícitos praticados por infração à lei ou contrato responsabilizam diretamente os sócios, o que guarda sintonia com a responsabilidade tributária citada acima e exposta na referida manifestação. Nesse sentido, releva mencionar o Enunciado nº 37 do Conselho da Justiça Federal, o qual

solidariedade passiva (arts. 124 a 125 do CTN); dos sucessores (arts 130 a 133 do CTN); e de terceiros (arts. 134 a 135).

72 § 2º - À Dívida Ativa da Fazenda Pública, de qualquer natureza, aplicam-se as normas relativas à responsabilidade prevista na legislação tributária, civil e comercial.

73 Vale mencionar que no caso da dissolução irregular de empresa, o redirecionamento para créditos não tributários tem esteio no Art. 10, do Decreto nº 3.078/2019 e Art. 158, da LSA, os quais forneceriam suporte equivalente ao dado pelo Art. 135, III, no âmbito tributário, consoante decidido pelo STJ no RESP nº 1.371.128/RS, representativo de controvérsia (tema 630).

dispõe: “a responsabilidade ilimitada dos sócios pelas deliberações infringentes da lei ou do contrato torna desnecessária a desconsideração da personalidade jurídica, por não constituir a autonomia patrimonial da pessoa jurídica escudo para a responsabilização pessoal e direta”

85. Apesar do afirmado no presente Parecer, registra-se que não se desconhece posicionamento diverso do ora defendido, no sentido de que a responsabilidade tributária do art. 135 do CTN estaria abarcada pela desconsideração da pessoa jurídica.⁷⁴

86. Importante mencionar que o Fórum de Execuções Fiscais da 2ª Região (FOREXEC), edição 2015, ao tratar dos impactos do nCPC na execução fiscal, aprovou o Enunciado nº 6, alinhado aos fundamentos ora expostos⁷⁵. No mesmo sentido, dispõe o Enunciado nº 53 decorrente do Seminário – O Poder Judiciário e o Novo Código de Processo Civil, promovido pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM): “o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente prescinde do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no art. 133 do Novo CPC”.

87. Sobre o procedimento do incidente, conforme decorre da normatização do nCPC, quando instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, cabível em qualquer fase do processo, este ficará suspenso (§ 3º do art. 134 do nCPC) e o sócio ou a pessoa jurídica será citado para se manifestar e requerer provas, seguido da respectiva instrução e decidido por decisão interlocutória. Ao final do incidente será proferida decisão interlocutória, passível, portanto de impugnação mediante agravo de instrumento (art. 1015, IV, do nCPC).⁷⁶ Caso a decisão relativa ao incidente seja proferida pelo relator, cabe agravo interno, nos termos do parágrafo único do art. 136 do nCPC.

74 “Nesse contexto, percebe-se, pois, que a responsabilidade tributária dos sócios referida no Art. 135 do CTN insere-se no âmbito da desconsideração da personalidade jurídica. Assim, como o Art. 50 do CC/2002 deve ser aplicado nos casos que envolvam direitos civis por meio do novel incidente de desconsideração da personalidade jurídica, o Art. 135 do CTN deve ser aplicado nas execuções fiscais também pelo incidente de desconsideração da personalidade jurídica.

Ademais, por não existir na LEF (Lei nº 6.830/80) qualquer previsão no que diz respeito ao procedimento a ser tomado nas hipóteses de redirecionamento da execução e, sendo (sic) o Código de Processo Civil ser aplicado subsidiariamente à Lei nº 6.830/80, deve ser aplicado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica.” (DAL COL Caio Sá; ABREU, Livia Dalla Bernardina. *Op. cit.*, p. 72-73).

75 Enunciado nº 6 do FOREXEC: “A responsabilidade tributária regulada no Art. 135 do CTN não constitui hipótese de desconsideração da personalidade jurídica, não se submetendo ao incidente previsto no Art. 133 do CPC/2015.”

76 Art. 1.015. Cabe agravo de instrumento contra as decisões interlocutórias que versarem sobre:

(...)

IV - incidente de desconsideração da personalidade jurídica;

88. Vale ressaltar, caso não prevaleça o defendido no presente Parecer que uma possível utilidade do incidente da desconsideração da pessoa jurídica, sobretudo em quanto aos créditos não tributários, em relação aos quais se constata uma recalcitrância dos tribunais pátrios de aplicação do art. 185 do CTN (não obstante a alegação de que tal possibilidade decorreria do disposto no §2º do art. 4º da LEF), é a previsão expressa de reconhecimento da fraude à execução a partir da citação da pessoa jurídica cuja personalidade se pretende desconsiderar, nos termos do §3º do art. 792, conforme será posteriormente abordado no bojo do presente Parecer.

DAS MEDIDAS PARA ASSEGURAR O CUMPRIMENTO DA ORDEM JUDICIAL

89. Uma inovação interessante do nCPC foi a previsão de medidas assecuratórias para o cumprimento da ordem judicial como incumbência do juiz, no capítulo que versa sobre os poderes, deveres e a responsabilidade do magistrado. Com efeito, a previsão consubstancia-se verdadeiro poder geral de efetivação, na medida em que possibilita, com o intuito de garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, a determinação de medidas atípicas.⁷⁷

77 Nesse sentido também os arts 536 e 537 do nCPC:

Art. 536. No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento, para a efetivação da tutela específica ou a obtenção de tutela pelo resultado prático equivalente, determinar as medidas necessárias à satisfação do exequente.

§ 1º Para atender ao disposto no caput, o juiz poderá determinar, entre outras medidas, a imposição de multa, a busca e apreensão, a remoção de pessoas e coisas, o desfazimento de obras e o impedimento de atividade nociva, podendo, caso necessário, requisitar o auxílio de força policial.

§ 2º O mandado de busca e apreensão de pessoas e coisas será cumprido por 2 (dois) oficiais de justiça, observando-se o disposto no Art. 846, §§ 1º a 4º, se houver necessidade de arrombamento.

§ 3º O executado incidirá nas penas de litigância de má-fé quando injustificadamente descumprir a ordem judicial, sem prejuízo de sua responsabilização por crime de desobediência.

§ 4º No cumprimento de sentença que reconheça a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplica-se o Art. 525, no que couber.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

90. Eis o teor do referido dispositivo:

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

IV - determinar todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária;

91. Vislumbra-se que tal dispositivo pode ser bastante útil para as execuções fiscais, na busca de efetividade da demanda. Imagina-se que os Procuradores da Fazenda Nacional podem requerer ao juízo da execução fiscal, por exemplo, que fixe astreintes, na hipótese de eventual possibilidade de descumprimento por parte do executado de provimento judicial.

92. Para Daniel Amorim Assumpção Neves, o art. 139, IV, do NCPC é dispositivo que, claramente, permite ampla e irrestrita aplicação do princípio da atipicidade dos meios executivos a qualquer espécie de execução, independentemente da natureza da obrigação.⁷⁸ A previsão afasta o posicionamento contrário à utilização do mencionado princípio à execução de pagar coisa certa, que se lastreia na suposta limitação do art. 536 §1º (à semelhança do art. 461 §5º do CPC/1973) à execução de fazer, não fazer e de entregar coisa. O art. 139 também supera o posicionamento de que as astreintes não seriam cabíveis nas execuções de pagar quantia certa.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, caso verifique que:

I - se tornou insuficiente ou excessiva;

II - o obrigado demonstrou cumprimento parcial superveniente da obrigação ou justa causa para o descumprimento.

§ 2º O valor da multa será devido ao exequente.

§ 3º A decisão que fixa a multa é passível de cumprimento provisório, devendo ser depositada em juízo, permitido o levantamento do valor após o trânsito em julgado da sentença favorável à parte. (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) (Vigência)

§ 4º A multa será devida desde o dia em que se configurar o descumprimento da decisão e incidirá enquanto não for cumprida a decisão que a tiver cominado.

§ 5º O disposto neste artigo aplica-se, no que couber, ao cumprimento de sentença que reconheça deveres de fazer e de não fazer de natureza não obrigacional.

78 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 8ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 986

93. Sobre o cabimento das medidas assecuratórias do cumprimento de ordem judicial, na linha do que se afirma, tratou o enunciado nº 48 da ENFAM:

“O art. 139, IV, do Novo CPC traduz um poder geral de efetivação, permitindo a aplicação de medidas atípicas para garantir o cumprimento de qualquer ordem judicial, inclusive no âmbito do cumprimento de sentença e no processo de execução baseado em títulos extrajudiciais.”

94. Do referido enunciado, pode-se depreender que é, plenamente, cabível a determinação de que trata o inciso IV do art. 139, do nCPC às execuções fiscais, já que, quando mencionada a execução de títulos extrajudiciais, não foi feita qualquer ressalva às execuções fiscais.

95. Demais disso, convém mencionar que a existência de medidas típicas assecuratórias do cumprimento das decisões judiciais não impede que o juiz faça uso das medidas atípicas. A aplicação das medidas atípicas é subsidiária, podendo o magistrado lançar mão delas especialmente quando ineficaz medida cautelar específica.

96. Nesse sentido, confira-se o Enunciado nº 12, do FPPC:

“A aplicação das medidas atípicas sub-rogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II.”

97. Cumpre também colacionar julgado do STJ no qual se entendeu que a existência de medida cautelar específica não impediria o exercício do poder geral de cautela:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSO CIVIL. OMISSÃO. TEMA SUSCITADO SOMENTE EM ACLARATÓRIOS. NÃO CARACTERIZAÇÃO. PEDIDO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS EM FALÊNCIA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PODER GERAL DE CAUTELA DO JUIZ. EXERCÍCIO. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE, EM VIRTUDE DE EVENTUAL PREVISÃO DE MEDIDA CAUTELAR ESPECÍFICA. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. PRESCINDIBILIDADE DE INSTAURAÇÃO

DE PROCESSO PRÓPRIO. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ALCANCE SOBRE BENS PRESENTES E FUTUROS.

(...)

3. A existência de medida cautelar específica não impede o exercício do poder cautelar do juiz, embasado no artigo 798 do CPC.

4. Garantido o direito ao contraditório, ainda que diferido, não há falar em nulidade de decisão que desconsidera a personalidade jurídica, em autos de processo de falência, para, cautelarmente, alcançar bens de administradores que teriam agido com o intento de fraudar credores.

5. A indisponibilidade de bens, quando determinada com o objetivo de garantir o integral ressarcimento da parte lesada, alcança todos os bens, presentes e futuros, daquele acusado da prática de ato ímprobo.

6. Recurso especial desprovido e pedido cautelar indeferido.

(REsp 1182620/SP, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 10/12/2013, DJe 04/02/2014)

DA DILATAÇÃO DOS PRAZOS PROCESSUAIS E ALTERAÇÃO DA ORDEM DE PRODUÇÃO DOS MEIOS DE PROVA

98. O nCPC buscou concretizar, na medida do possível, a adoção de uma tutela diferenciada, para permitir que sejam utilizados procedimentos especiais a depender das situações de direito material que se pretenda tutelar. Um dos mecanismos que contribuem com essa tutela diferenciada é a maior liberdade conferida pela lei, para que o juiz possa adaptar algumas regras ao caso concreto, de modo a buscar efetivar o direito material. Tal mecanismo, contudo, não pode ser amplo e irrestrito, a ponto de gerar insegurança jurídica, mas, fato é que, em determinadas hipóteses, o legislador permite ao magistrado que adapte o procedimento ao caso concreto. Uma dessas situações de ampliação dos poderes dos juízes está prevista no art. 139, VI, do nCPC.

Art. 139. O juiz dirigirá o processo conforme as disposições deste Código, incumbindo-lhe:

VI - dilatar os prazos processuais e alterar a ordem de produção dos meios de prova, adequando-os às necessidades do conflito de modo a conferir maior efetividade à tutela do direito;

99. Verifica-se que houve, no texto final do nCPC, uma diminuição dos poderes do juiz em relação ao projeto de lei original. Essa foi a opção legislativa. Nesse ponto, concorda-se com o entendimento de Daniel Amorim Assumpção Neves⁷⁹ quanto à inadequação do Enunciado nº 35 da ENFAM, o qual preconiza que “*além das situações em que a flexibilização do procedimento é autorizada pelo art. 139, VI, do NCPC, pode o juiz, de ofício, preservada a previsibilidade do rito, adaptá-lo às especificidades da causa, observadas as garantias fundamentais do processo*”.⁸⁰

100. **Em um primeiro exame, ainda que se julgue adequado o poder dos magistrados previsto no art. 139, VI, e que tal poder seja exercido na forma proposta pelo Enunciado nº 129 do FPPC, considera-se que não haveria espaço para tal dilatação e alteração de prazos, já que se entende que tal possibilidade é incompatível com o rito previsto na LEF e a celeridade que marca o microssistema de cobrança do crédito fazendário.**

DA SOLUÇÃO CONSENSUAL DE CONFLITOS (NEGÓCIOS JURÍDICOS PROCESSUAIS)

101. Uma das grandes inovações do nCPC diz respeito à busca pelo aperfeiçoamento da solução consensual de conflitos, conforme a tendência da evolução do processo civil. Não é demais mencionar que a solução consensual dos conflitos é um novo princípio do processo que foi consagrado no nCPC no §2º do art. 3º, devendo ser promovido pelo Estado e estimulado por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no decorrer do processo judicial (§3º do art. 3º).⁸¹

79 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 8ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 54

80 O juiz somente poderia dilatar prazos ainda não vencidos, porque, do contrário, estará configurada a preclusão temporal. Eis o que dispõe o enunciado nº 129 do FPPC: “(Art. 139, VI, e parágrafo único) A autorização legal para ampliação de prazos pelo juiz não se presta a afastar preclusão temporal já consumada. (Grupo: Negócios Processuais)”

81 Art. 3º Não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito.

102. Nesse contexto, além de se permitir a arbitragem, na forma da lei (art. 3º, §1º), previu-se a possibilidade de mediação e conciliação para os órgãos do Poder Público⁸². A maior novidade, contudo, foi a previsão dos negócios jurídicos processuais, *ex vi* art. 190 e 191, *in verbis*:

Art. 190. Versando o processo sobre direitos que admitam auto-composição, é lícito às partes plenamente capazes estipular mudanças no procedimento para ajustá-lo às especificidades da causa e convencionar sobre os seus ônus, poderes, faculdades e deveres processuais, antes ou durante o processo.

Parágrafo único. De ofício ou a requerimento, o juiz controlará a validade das convenções previstas neste artigo, recusando-lhes aplicação somente nos casos de nulidade ou de inserção abusiva em contrato de adesão ou em que alguma parte se encontre em manifesta situação de vulnerabilidade.

Art. 191. De comum acordo, o juiz e as partes podem fixar calendário para a prática dos atos processuais, quando for o caso.

§ 1º O calendário vincula as partes e o juiz, e os prazos nele previstos somente serão modificados em casos excepcionais, devidamente justificados.

§ 2º Dispensa-se a intimação das partes para a prática de ato processual ou a realização de audiência cujas datas tiverem sido designadas no calendário.

103. Fredie Didier Jr defende a existência de um conjunto de normas que disciplinam a negociação sobre o processo, considerando que tal arcabouço normativo compõe um microssistema. Como requisito de validade do negócio jurídico processual, o doutrinador elenca, além do requisito de validade exigido

§ 1º É permitida a arbitragem, na forma da lei.

§ 2º O Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos.

§ 3º A conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial.

82 Nesse sentido, confirmam-se os arts 174 e 175 do nCPC:

para a prática de negócios processuais atípicos, a capacidade processual negocial, a qual pressupõe a capacidade processual, mas não se limita ela, esclarecendo que a vulnerabilidade é caso de incapacidade processual negocial.⁸³

104. Fredie Didier Jr também entende, reportando-se ao Enunciado nº 256 do FPPC⁸⁴, inexistir qualquer impedimento para que o Poder Público realize negócio jurídico processual. Considera que eventual invalidade, no caso, recairia sobre o objeto, mas não sobre a capacidade. Fredie Didier Jr menciona que o nCPC prevê, expressamente, a possibilidade de acordo ou tratado internacional dispensar a caução às custas (art. 83 §1º, I⁸⁵), como sendo claro negócio jurídico processual celebrado pela União. Outro exemplo citado pelo doutrinador de negócio processual a ser realizado pelo Poder Público⁸⁶ seria o art. 75 §4º.⁸⁷

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Art. 175. As disposições desta Seção não excluem outras formas de conciliação e mediação extrajudiciais vinculadas a órgãos institucionais ou realizadas por intermédio de profissionais independentes, que poderão ser regulamentadas por lei específica.

Parágrafo único. Os dispositivos desta Seção aplicam-se, no que couber, às câmaras privadas de conciliação e mediação.

Convém também mencionar o inciso IV do Art. 784:

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

(...)

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

83 DIDIER JR, Fredie. *Op. cit.*, p. 382-385.

84 “A Fazenda Pública pode celebrar negócio jurídico processual.”

85 Art. 83. (...)

§ 1º Não se exigirá a caução de que trata o caput:

I - quando houver dispensa prevista em acordo ou tratado internacional de que o Brasil faz parte;

(...)

86 Art. 75.

§ 4º Os Estados e o Distrito Federal poderão ajustar compromisso recíproco para prática de ato processual por seus procuradores em favor de outro ente federado, mediante convênio firmado pelas respectivas procuradorias.

87 DIDIER JR, Fredie. *Loc. cit.*

105. Todavia, o próprio autor admite que o objeto do negócio é o ponto mais sensível e indefinido na dogmática da negociação processual atípica, reconhecendo a necessidade de que se definam padrões seguros para o exame da licitude do objeto dos negócios jurídicos processuais. Uma das balizas que propõe o doutrinador é a de que a negociação atípica somente possa realizar-se em causas que admitam solução por autocomposição. Trata-se de requisito objetivo expresso previsto no *caput* do art. 190.

106. Sobre o ponto ora tratado:

“Embora o negócio processual ora estudado não se refira ao objeto litigioso do processo, é certo que a negociação sobre as situações jurídicas processuais ou sobre a estrutura do procedimento pode acabar afetando a solução do mérito da causa. Um negócio sobre prova, por exemplo, pode dificultar as chances de Êxito de uma das partes. Esse reflexo que o negócio processual possa vir a causar na resolução do direito litigioso justifica a proibição de sua celebração em processos cujo objeto não admita autocomposição.

Mas é preciso que se deixe claro um ponto: o direito em litígio pode ser indisponível, mas admitir solução por autocomposição. É o que acontece com os direitos coletivos e o direto aos alimentos. Assim, ‘a indisponibilidade do direito material não impede, por si só, a celebração de negócio jurídico processual’ (enunciado n. 135 do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis). Por isso o texto legal fala em ‘direito que admita autocomposição’ e não ‘direito indisponível’.”⁸⁸

107. Consoante defende a maioria dos processualistas que escreveram sobre o assunto no momento, não haveria nenhuma regra que, em princípio, exclua as pessoas jurídicas de direito público de firmar negócios jurídicos processuais,⁸⁹ mas ainda que se admita tal possibilidade (a qual pode ser bené-

88 DIDIER JR, Fredie. Curso de Direito Processual Civil – Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento. Volume 1, 17ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 387.

89 Convém fazer o esclarecimento de que o entendimento, para justificar a possibilidade de a arbitragem ser utilizada pela Administração, geralmente fora o de não existir exclusão para que a Administração fizesse uso de tal mecanismo. Assim, pretende-se transpor tal argumento para o negócio jurídico processual. Com o advento da Lei nº 13.129/2015, contudo, verifica-se que existe expressa de autorização, desde que a arbitragem seja realizada dentro dos limites da Lei nº 9.307/96 e observadas as peculiaridades do regime jurídico público. Desse modo, há inclusão expressa para que a Administração realize a arbitragem

fica em algumas situações), vislumbram-se dificuldades de implementar, na prática, a realização de negócio jurídico processual, até mesmo porque, em algumas hipóteses, a convenção realizada poderá repercutir sobre o direito material (indispensável, diga-se) ou dificultar a defesa da União, o que pode não ser compatível com o regime jurídico público.

108. **Desse modo, mesmo que se considere possível a realização do negócio jurídico processual pelos Procuradores da Fazenda Nacional – o que ainda se entende prematuro concluir – é indispensável que esteja prevista, em ato regulamentador próprio, a definição de parâmetros e requisitos para tal finalidade, de modo a evitar prejuízos à União, especialmente decorrentes de eventual vulnerabilidade advinda da regra processual convencionada, para além da mera incompatibilidade com a LEF, mas relativamente à atuação da representação judicial como um todo.**

DA CONTAGEM DOS PRAZOS PROCESSUAIS

109. **É conveniente esclarecer, apenas para evitar dúvidas, que a contagem de prazos processuais das execuções fiscais dar-se-á em dias úteis**, uma vez que é aplicável a regra prevista no art. 219 do NCPC, *in verbis*:

Art. 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se somente aos prazos processuais.

110. Não há, no ponto, incompatibilidade com a LEF, tampouco regra específica sobre o tema que permitisse conclusão em sentido contrário.

(o que é reforçado pelo Novo CPC), diferentemente do que ocorre em relação ao negócio jurídico processual, sendo a possibilidade que a Administração o realize ainda algo mais defendido no campo doutrinário, sem muito exame de situações concretas vivenciadas.

DA CITAÇÃO

111. Em relação à citação, cumpre mencionar que o nCPC, no art. 240⁹⁰, não inova muito em relação ao que dispunham os arts. 219 e 220 do CPC/1973. Manteve-se a sistemática da interrupção da prescrição, só que pelo despacho que ordena a citação e não pela citação válida⁹¹. Assim como na sistemática do CPC/1973, no nCPC, interrompe-se a prescrição ainda que proferido por juízo incompetente, retroagindo-se tal interrupção à data da propositura da ação.⁹² Cumpre mencionar que semelhante disposição está contida no art. 802, do nCPC.⁹³

112. **É importante destacar que o §3^a do art. 240, ao prever que a parte não será prejudicada pela demora exclusivamente imputável ao serviço judiciário, consagrou entendimento que estava cristalizado na Súmula n^a 106/STJ e que tem grande relevância para as execuções fiscais. Em verdade, pode-se dizer que o dispositivo foi além do texto da referida súmula, abraçando a sua *ratio* e, desse modo, sendo, em tese, aplicável, a situações outras além da demora na citação (o que tem importância, inclusive, na questão da prescrição intercorrente).**

90 Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil).

§ 1º A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação.

§ 2º Incumbe ao autor adotar, no prazo de 10 (dez) dias, as providências necessárias para viabilizar a citação, sob pena de não se aplicar o disposto no § 1º.

§ 3º A parte não será prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

§ 4º O efeito retroativo a que se refere o § 1º aplica-se à decadência e aos demais prazos extintivos previstos em lei.

91 Não obstante, atualmente, já se considerar o despacho como marco interruptivo, em virtude da disciplina específica da LEF, do CTN (após a LC 118), bem como pela superveniência do CC/2002.

92 Vale lembrar que o REsp n^o 1.120.295/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 21/05/2010, julgado na sistemática dos recursos repetitivos e contou com forte atuação da Fazenda Nacional, definiu que o CPC/1973, “no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional”.

93 Art. 802. Na execução, o despacho que ordena a citação, desde que realizada em observância ao disposto no § 2º do Art. 240, interrompe a prescrição, ainda que proferido por juízo incompetente.

Parágrafo único. A interrupção da prescrição retroagirá à data de propositura da ação.

113. Acerca das modalidades de citação⁹⁴ da legislação geral, não há muita novidade, conforme se verifica da leitura do art. 246⁹⁵ e art.247⁹⁶, do nCPC. Cumpre, porém, tecer alguns breves comentários sobre os mencionados dispositivos.

114. Em relação ao art. 246, um aspecto importante relacionado à citação é o que consta no seu §1º o qual dispõe que “*com exceção das microempresas*

94 Registra-se que o Art. 8º da LEF traz modalidades de citação aplicáveis à execução fiscal conforme sistemática já existente sob a égide do CPC/1973:

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:

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

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;

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;

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 conterà, apenas, a indicação da exequente, 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.

95 Art. 246. A citação será feita:

I - pelo correio;

II - por oficial de justiça;

III - pelo escrivão ou chefe de secretaria, se o citando comparecer em cartório;

IV - por edital;

V - por meio eletrônico, conforme regulado em lei.

§ 1ª Com exceção das microempresas e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio.

§ 2º O disposto no § 1º aplica-se à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às entidades da administração indireta.

§ 3º Na ação de usucapião de imóvel, os confinantes serão citados pessoalmente, exceto quando tiver por objeto unidade autônoma de prédio em condomínio, caso em que tal citação é dispensada.

96 Art. 247. A citação será feita pelo correio para qualquer comarca do país, exceto:

I - nas ações de estado, observado o disposto no Art. 695, § 3º;

II - quando o citando for incapaz;

III - quando o citando for pessoa de direito público;

e das empresas de pequeno porte, as empresas públicas e privadas são obrigadas a manter cadastro nos sistemas de processo em autos eletrônicos, para efeito de recebimento de citações e intimações, as quais serão efetuadas preferencialmente por esse meio". Já quanto ao art. 247, chama-se atenção para uma sutil alteração em relação ao art. 222, do CPC/1973. Com efeito, o dispositivo trata da regra que preconiza que a citação será feita pelo correio para qualquer comarca do país. Dentre as exceções elencadas, o inciso V prevê a possibilidade de o autor, justificadamente, requerer de forma diversa.

115. Nesse ponto, verifica-se que a necessidade de justificar a adoção de outra modalidade de citação que não a do correio não se aplica às execuções fiscais, tendo em vista que o art. 8º, inciso I, da LEF ao dispor que "*a citação será feita pelo correio, com aviso de recepção, se a Fazenda Pública não a requerer por outra forma*" não exige que o requerimento da Fazenda Pública seja justificado, devendo, portanto, prevalecer a previsão normativa específica.

116. Em princípio, essa sutil alteração pareceria não ter grande impacto nas execuções fiscais, tendo em vista que, na maior parte dos casos, tenta-se, inicialmente, a citação do executado pelo correio, com aviso de recebimento (AR). Todavia, é importante que se registre a prerrogativa da Fazenda Pública, caso seja necessário diante do caso concreto.

DA PROVA EMPRESTADA

117. O uso da prova emprestada corresponde ao aproveitamento da atividade probatória que foi desenvolvida anteriormente, trasladando-se os elementos que a documentaram. A prova emprestada de um processo ingressa em outro processo sob a forma documental e é instituto que se relaciona ao princípio eficiência, na medida que promove a economia processual, porque se evita a reprodução da prova.

118. Diferentemente do CPC/1973, o nCPC prevê de forma expressa a prova emprestada. De toda sorte, a prova emprestada já era amplamente aceita pela doutrina e pelos tribunais. De toda forma, com a previsão legal, afasta-se qualquer margem de dúvida quanto à possibilidade de admissão da prova emprestada no processo civil.

IV - quando o citando residir em local não atendido pela entrega domiciliar de correspondência;

V - quando o autor, justificadamente, a requerer de outra forma.

119. Sobre o assunto, o art. 372 do nCPC estabelece a diretriz para utilização da prova emprestada:

Art. 372. O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório.

120. De acordo com DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, “qualquer meio de prova pode ser tomado de empréstimo: depoimento, exame pericial, confissão e inspeção judicial. Não há sentido na importação da prova documental, pois bastará a juntada da cópia do documento.”⁹⁷

121. Ainda segundo os doutrinadores, é possível utilizar como prova emprestada aquela produzida em qualquer processo, seja ele penal⁹⁸, cível, trabalhista, arbitral e administrativo (o que incluiria o inquérito civil público). Defendem, inclusive, que o processo de origem da prova emprestada pode

97 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. **Curso de Direito Processual Civil** – Teoria da Prova, Direito Probatório, Decisão, Precedente, Coisa julgada e Tutela Provisória. Volume 2, 10ª Edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2015, p. 131.

98 “(...)1. A utilização de provas colhidas no processo criminal como fundamentação para condenação à reparação do dano causado não constitui violação ao Art. 935 do CC/2002 (1.525 do CC/16).

2. Não há óbices para que o Juízo cível fundamente a decisão em provas colhidas na seara penal, desde que observado o devido processo legal. In casu, os réus da Ação de Ressarcimento também figuraram no pólo passivo da Ação Penal, portanto, restaram observados os princípios do contraditório e ampla defesa, pois os acusados tiveram oportunidade de se manifestar sobre as provas colhidas.(...)(AgRg no AREsp 24.940/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/02/2014, DJe 24/02/2014)

“ (...) 2. É lícita a utilização de provas emprestadas dos autos de inquérito policial e processo criminal na instrução do processo administrativo disciplinar, desde que seja assegurada o contraditório, como se procedeu na hipótese dos autos. Precedentes. (...) (MS 16.122/DF, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 11/05/2011, DJe 24/05/2011)

“(...) 3. Há sintonia entre as partes do processo penal e os fatos que deram origem aos dois processos, assim como existem outras provas nos autos do PAD a corroborar as provas emprestadas. As referidas provas foram trasladadas por meio da devida autorização do juízo criminal e submetidas ao contraditório, tendo havido direito de defesa. A Primeira Seção do STJ tem aceitado o empréstimo de provas, desde que haja atenção ao devido processo legal e ao contraditório.

Precedentes: MS 17.472/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Primeira Seção, DJe 22.6.2012; MS 15.787/DF, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, DJe 6.8.2012; e MS 16.122/DF, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJe 24.5.2011. (...) (RMS 33.628/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/04/2013, DJe 12/04/2013)“

ser estrangeiro.⁹⁹ A doutrina entende que a prova emprestada pode ser determinada *ex officio* pelo juiz, tendo em vista o seu poder instrutório.¹⁰⁰

122. Consoante se depreende do dispositivo, o juiz atribui o valor que considerar adequado, observando-se o contraditório. Embora o dispositivo não mencione de forma expressa, a doutrina menciona que a admissão da prova emprestada pressupõe amplo contraditório diante da valorização do princípio no Novo Código e em especial em face do disposto nos arts. 9º e 10 do nCPC.¹⁰¹

123. Além disso, a jurisprudência também apresenta a tendência de valorização do contraditório, como *conditio sine qua non* para a admissão da prova emprestada. Nesse sentido, confira-se julgado do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 282/STF. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA N. 284/STF. PROVA EMPRESTADA. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS, E-MAIL E ESCUTAS AMBIENTAIS. OBTENÇÃO EM INQUÉRITO POLICIAL. ENVIO DIRETO PARA OS AUTOS DE EXECUÇÃO FISCAL NÃO EMBARGADA. IMPOSSIBILIDADE. NECESIDADE DE CONTRADITÓRIO ADMINISTRATIVO OU JUDICIAL NO PROCESSO DE DESTINO. ENVIO PELO JUIZ À SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DO BRASIL - RFB E À PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL - PGFN (ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA) A FIM DE QUE HAJA CONTRADITÓRIO NO PROCESSO ADMINISTRATIVO. ART. 40 DO CPP.

99 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Loc. cit.*

100 TALAMINI, Eduardo. A prova emprestada no processo civil ou penal? Revista de Processo. São Paulo: RT, 1998., n° 91, p. 107 apud DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Loc. cit.*

101 Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no Art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no Art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício.

POSSIBILIDADE.

“(…)4. Tanto o STF quanto o STJ possuem posicionamento permitindo o uso da prova produzida em investigação criminal, na forma do art. 1º, da Lei 9.296/96 (interceptação de comunicações), em processo administrativo disciplinar e em ações de improbidade, desde que observado, no processo de destino seja administrativo, seja judicial, o devido processo legal e o contraditório. Pelas mesmas razões (“ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio”), esse entendimento se estende para se admitir o uso também em processo administrativo fiscal e em execuções fiscais, principalmente quando constatados indícios de cometimento de crimes contra a ordem tributária (Lei n. 8.137/90).

5. Contudo, o caso em apreço guarda peculiaridades. Por se tratar o processo de destino (das informações sigilosas) de uma execução fiscal em andamento não embargada, por estar em discussão informes que ensejaram o redirecionamento da execução fiscal em razão do art. 135, do CTN, e por haver jurisprudência consolidada no âmbito STJ em sede de recurso representativo da controvérsia no sentido de que matéria que enseja dilação probatória não comporta exame direto em sede de execução fiscal (REsp. n. 1.104.900 - ES, Primeira Seção, Rel. Min. Denise Arruda, julgado em 25.03.2009), o contraditório ali fica impossibilitado.

6. Neste caso, não há que se falar em postergação do contraditório para os embargos do devedor em execução fiscal, já que trazem como condição de procedibilidade a garantia integral do juízo (REsp. n.º 1.272.827 - PE, Primeira Seção, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 22.05.2013) que na situação em apreço se apresenta como medida extremamente limitadora (quando não proibitiva) do exercício do direito de defesa referente à prova emprestada, posto que a dívida remonta a 6,5 milhões de reais (ano de 2008). Certamente, a jurisprudência do STJ que permite o empréstimo da prova não foi construída para albergar tal situação.

7. Desse modo, diante da ausência de contraditório administrativo ou judicial prévio e diante da impossibilidade de contraditório judicial a posteriori em sede de execução fiscal ou embargos do devedor

já ajuizados, deve ser desentranhada da execução fiscal a prova sigilosa emprestada. Contudo, é possível o envio dessas mesmas informações sigilosas à Administração Tributária a fim de que inaugure Processo Administrativo Fiscal onde se dará o contraditório sobre a prova, consoante item “10”.

8. Se as medidas investigatórias dizem respeito a apuração de crimes que, por fim, implicavam lesão ao Fisco, não há como defender, a priori, que não guardem relação com feito executivo fiscal tão somente porque, v.g., se referem a período outro que não o do vencimento e o do fato gerador das exações em cobrança. A pertinência dos dados deve ser avaliada no curso do processo pelo juiz e também através do contraditório a ser promovido pelas partes em sede de embargos do devedor, ou pela autoridade que preside o Processo Administrativo Fiscal, caso seja esse o destino da informação, com a ocorrência ali do contraditório.

(...)

12. A jurisprudência desta Corte já está assentada no sentido de que o Juiz, em certos casos, pode determinar a prova a ser produzida, admitindo-se uma posição mais proativa do Poder Judiciário, consoante a moderna processualística. Precedentes: REsp 1.264.313 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 06.10.2011; AgRg no Ag 1.114.441/SP, Rel. Min. Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 16.12.2010, DJe 4.2.2011). Outros precedentes: AgRg na AR.746/SP, Rel. Min. Hamilton Carvalho, Primeira Seção, julgado em 9.6.2010, DJe 18.6.2010; AgRg no REsp 294.609/RJ, Rel. Vasco Della Giustina (Desembargador convocado do TJ/RS), Terceira Turma, julgado em 8.6.2010, DJe 24.6.2010.

(...) (REsp 1257058/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/08/2015, DJe 28/08/2015).

124. Uma utilidade da prova emprestada que se vislumbra em relação às execuções fiscais é quanto à utilização de decisão que reconhece a existência de grupo econômico, a qual também pode ser usada como mecanismo de prova em outras execuções.

DA INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA

125. O ônus da prova é o encargo atribuído a um sujeito para demonstrar aquilo que se alega (demonstrar as alegações de fato). Quando a atribuição é feita pelo legislador, é prévia e estática (e invariável de acordo com as peculiaridades da causa). Já a distribuição feita pelo juiz ou pelas partes é denominada dinâmica, uma vez que é feita sob a ótica de uma situação concreta¹⁰². O legislador estabelece, em abstrato, as regras sobre o ônus da prova, ou seja, sobre quem sofre os efeitos da falta de prova. Todavia, essas regras podem ser alteradas, em determinadas circunstâncias, pelo juiz ou, quando atendidos certos requisitos, por convenção das partes.

126. De acordo com DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA,¹⁰³ as regras de ônus da prova devem ser examinadas sob duas perspectivas (dimensões ou funções). Sob a ótica da função subjetiva, elas são dirigidas aos sujeitos parciais, orientando a sua atividade probatória. Já segundo a dimensão objetiva, as regras sobre o ônus da prova consubstanciam regras de julgamento, na medida que se destinam ao juiz, o qual irá indicar qual das partes suportará as consequências negativas decorrentes da eventual ausência de elemento probatório.¹⁰⁴

127. Assim, as regras processuais sobre a distribuição do ônus da prova dirigem-se tanto para as partes como para o magistrado. No nCPC, o art. 373 do dispõe acerca da matéria:

102 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Op. cit.*, p.107.

103 DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Loc. cit.*

104 Essas funções dizem respeito ao ônus subjetivo e objetivo (ou ônus formal e material, na classificação de Barbosa Moreira). Impende esclarecer que, sem embargo do que afirmam DIDIER, BRAGA e OLIVEIRA, nesse ponto, que se trata de regra de instrução, segundo jurisprudência do STJ, devendo, portanto, ser feita quando do saneamento do processo.

Art. 373. O ônus da prova incumbe:

I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;

II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.

§ 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído.

§ 2º A decisão prevista no § 1º deste artigo não pode gerar situação em que a desincumbência do encargo pela parte seja impossível ou excessivamente difícil.

§ 3º A distribuição diversa do ônus da prova também pode ocorrer por convenção das partes, salvo quando:

I - recair sobre direito indisponível da parte;

II - tornar excessivamente difícil a uma parte o exercício do direito.

§ 4º A convenção de que trata o § 3º pode ser celebrada antes ou durante o processo.

128. Como regra geral, o *caput* do art. 373 e os incisos distribuem de forma estática e abstrata o encargo, prevendo que a parte deve buscar demonstrar a veracidade do que alega, no intuito de convencer o juiz do fato deduzido em juízo. Entretanto, uma novidade do nCPC é que o §1º do art. 373 prevê uma hipótese de redimensionamento das regras do ônus da prova promovido pelo juiz. Trata-se de situação em que a lei permite distribuição diversa do ônus da prova diferente do regramento comum previsto no art. 373.¹⁰⁵

105 Cabe aqui mencionar que não se trata de inversão *ope legis* do ônus da prova, em que a distribuição diversa é apriorística, como ocorre no caso do Art. 38 do CDC.

129. Na hipótese, faculta-se ao juiz que, uma vez preenchidos os requisitos, diante das peculiaridades do caso concreto, redistribua o ônus da prova. É caso de distribuição dinâmica do ônus da prova judicial¹⁰⁶, que pode ser determinada de ofício ou a requerimento das partes.

130. Considera-se que o excepcional redimensionamento das regras do ônus da prova, por meio da distribuição dinâmica do ônus da prova, em homenagem ao princípio da adequação e da igualdade, tem o intuito de promover o equilíbrio entre as partes, permitindo que o ônus recaia sobre aquele que, na situação concreta, tem condições de se desincumbir de tal ônus.

131. **Não obstante o louvável propósito da norma, entende-se que é inaplicável em relação às execuções fiscais em face da presunção de liquidez e certeza conferida à Certidão de Dívida Ativa, consoante se depreende do art. 3º, da LEF¹⁰⁷, e art. 204, caput, do CTN¹⁰⁸. Nota-se que, em matéria de execução fiscal, há uma normatização específica que prevê regra estática de distribuição do ônus da prova, incumbindo ao executado (ou terceiro a quem aproveite a prova) ilidir, por meio de prova inequívoca, a presunção do título.**

132. Com efeito, o §1º do art. 373 excepciona o regramento comum previsto no próprio dispositivo, mas não excepciona a regulamentação específica da LEF e do CTN, a qual deve prevalecer. Deve-se destacar que essa conclusão é especialmente importante, uma vez que é possível que alguns magistrados procurem aplicar a regra do §1º do art. 373, especialmente sob a alegação de que a Fazenda Pública teria maiores condições de se desincumbir do ônus da prova ou que a prova seria inacessível ou de difícil acesso ao executado.¹⁰⁹

106 Que pode ser feita de ofício e é impugnável mediante agravo de instrumento, nos termos do Art. 1.015, XI, do nCPC. Vale mencionar que a decisão que não redistribui o ônus da prova não pode ser impugnada por agravo de instrumento, mas podendo ser impugnada em sede de apelação ou contrarrazões de apelação, consoante preconiza o Art. 1.009, §1º, do nCPC.

107 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.

108 Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída. Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.

109 De acordo com DIDIER, BRAGO E OLIVEIRA ((DIDIER JR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria. *Op. cit.*, p.113-114), não obstante a constatação episódica de entendimentos contrários, seria possível afirmar que o ordenamento jurídico pátrio conferiu ao Estado-juiz amplos poderes instrutórios, qualquer que seja a natureza da relação jurídica debatida (*ex vi* Art. 370 do Novo CPC), seguindo a

133. Sobre o assunto, cumpre registrar que o Enunciado 1, do I FONEF consagrou a tese ora adotada, ao dispor que “*a presunção de liquidez e certeza conferida à certidão de dívida ativa pelo art. 3º da LEF e pelo art. 204, caput, do CTN ilide a aplicação do art. 373, §1º, do nCPC aos devedores que constam do título executivo.*”

134. Cumpre ainda mencionar que o §3º do art. 373, trazendo hipótese de negócio jurídico processual típico, possibilita que as partes distribuam o ônus da prova por meio de convenção que pode ser formada antes ou durante o processo (art. 373, §4º). **Da mesma forma que o §1º do art. 373, considera-se que o §3º do mesmo artigo é inaplicável às execuções fiscais, uma vez que é incompatível com a norma específica que trata sobre a regra do ônus da prova aplicável aos executivos fiscais.**

DO FORNECIMENTO DE INFORMAÇÕES POR TERCEIROS

135. Uma norma que merece destaque é a possibilidade de determinação de entrega de documentos e dados por parte do executado, com base no inciso III do art. 772 c/c art. 773, do nCPC:

Art. 772. O juiz pode, em qualquer momento do processo:

I - ordenar o comparecimento das partes;

II - advertir o executado de que seu procedimento constitui ato atentatório à dignidade da justiça;

III - determinar que sujeitos indicados pelo exequente forneçam informações em geral relacionadas ao objeto da execução, tais

tendência dos países latino-americanos, de adoção do sistema inquisitorial (*inquisitorial system*). Todavia, apontam os doutrinadores, como decorrência da ampliação dos poderes dos juízes, o surgimento da teoria do garantismo processual, fundado na doutrina do italiano Luigi Ferrajoli. Além disso, constata-se também o entendimento doutrinário de que, ao lado dos modelos de estruturação do processo já consagrados (*inquisitorial e adversarial*), existiria um terceiro – o modelo cooperativo – em que o órgão jurisdicional não mais figuraria como expectador, mas como participante do diálogo processual. Tanto o garantismo processual, como a valorização da autonomia privada do processo, bem como o modelo cooperativo de estruturação do processo trariam como imposição uma nova análise sobre os poderes instrutórios dos juízes. Nesse contexto do redimensionamento dos poderes do juiz (discussão atrelada ao seu próprio papel e limites), não se vislumbra, contudo, independentemente da posição adotada, que se busque, em conjunto com §1º do Art. 373, alterar a produção de provas nas execuções fiscais, já que, nesse particular, prevalece a sistemática da LEF.

como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável.

Art. 773. O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias ao cumprimento da ordem de entrega de documentos e dados.

Parágrafo único. Quando, em decorrência do disposto neste artigo, o juiz receber dados sigilosos para os fins da execução, o juiz adotará as medidas necessárias para assegurar a confidencialidade.

136. Os dois primeiros incisos do art. 772 repetem os incisos do art. 599 do CPC/1973, mas o **inciso III é uma novidade, ao dispor sobre o poder do juiz de determinar que pessoas naturais ou jurídicas forneçam informações gerais relacionadas ao objeto da execução, tais como documentos e dados que tenham em seu poder, assinando-lhes prazo razoável.** É dispositivo voltado para efetividade da tutela jurisdicional.

137. Como se observa, a previsão do inciso III do art. 772 é reforçada pelo art. 773, *caput*, que prevê a possibilidade de determinação de medidas necessárias ao cumprimento da ordem.¹¹⁰

138. **Trata-se, pois, de importante instrumento que, por ser compatível com o microsistema de cobrança dos créditos fazendários, pode ser utilizado objetivando atribuir maior efetividade às execuções fiscais.**

DA CONDUTA ATENTATÓRIA À DIGNIDADE DA JUSTIÇA

139. O ato atentatório à dignidade da justiça, que era tratado pelo art. 600 do CPC/1973, foi chamado, no nCPC, de conduta atentatória à dignidade da justiça, com o intuito de tipificar tanto a conduta comissiva como a omissiva do executado.¹¹¹ Comparando-se com o art. 600 do CPC/1973, verifica-se que as novidades estão nos incisos III e V do art. 774, *in verbis*:

Art. 774. Considera-se atentatória à dignidade da justiça a conduta comissiva ou omissiva do executado que:

110 Previsão que pode ser somada ao Art. 139, IV.

111 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**, São Paulo: Método, 2015, p. 388.

(...)

III - dificulta ou embaraça a realização da penhora;

(...)

V - intimado, não indica ao juiz quais são e onde estão os bens sujeitos à penhora e os respectivos valores, nem exhibe prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus.

Parágrafo único. Nos casos previstos neste artigo, o juiz fixará multa em montante não superior a vinte por cento do valor atualizado do débito em execução, a qual será revertida em proveito do exequente, exigível nos próprios autos do processo, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material.

140. Entende-se que a o inciso III trata, como conduta atentatória à dignidade da justiça, de uma forma de fraude à execução específica, qualificada, além da previsão genérica dos incisos I e II. Quanto ao inciso V, observa-se que o legislador não limitou essa indicação patrimonial do executado ao valor da execução, o que pode ser útil para a Fazenda Nacional, quando o devedor possui outras execuções em seu nome.

141. Destaca-se a amplitude dos conceitos contidos no art. 774, sendo abrangente a possibilidade de aplicação nele previstas. Quanto à possibilidade de aplicação de sanção, verifica-se que o nCPC suprimiu a obrigação anteriormente conferida ao juiz de relevar a pena, se o devedor se comprometesse a não praticar mais qualquer dos atos definidos no correspondente artigo e desse fiador idôneo, que respondesse ao credor pela dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios. **Outra alteração é a possibilidade de cobrança das multas ou indenizações decorrentes de má-fé ou de práticas atentatórias à dignidade da justiça promovida nos próprios autos do processo (parágrafo único do art. 774 c/c art. 777¹¹²), tendo em vista que o art. 739-B do CPC/1973 previa que a cobrança era feita em autos apartados.**

112 Art. 777. A cobrança de multas ou de indenizações decorrentes de litigância de má-fé ou de prática de ato atentatório à dignidade da justiça será promovida nos próprios autos do processo.

142. Importa mencionar que, na execução, assim como no processo de conhecimento e cautelar, exige-se o cumprimento do dever de lealdade e boa-fé processual, sendo aplicáveis as sanções previstas nos arts. 77, 80 e 81, do nCPC,¹¹³ além da normatização específica do art. 774.

143. Nesse particular, não se pode olvidar da importância da inovação, na medida que permite, em havendo de recusa injustificada na aceitação do encargo de depositário pelo executado, ser reconhecida a prática de ato atentatório à dignidade da Justiça, utilizando-se as sanções retro mencionadas como meio coercitivo para evitar a frustração de penhora, sem prejuízo da disciplina específica do artigo 840 do nCPC (item 231 e seguintes do presente).

DOS ATOS EXECUTIVOS

144. O §1º do art. 782 (em consonância com o previsto no art. 255 do Novo Código) prevê a possibilidade de o oficial de justiça praticar atos executivos além do foro em que atua. O art. 230 do CPC/1973 (na redação conferida pela Lei nº 8.710/1993) já trazia a possibilidade de o oficial praticar atos de citação e intimação para as comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana. Não se previa a realização de atos executivos, o que agora está muito claro sob o regime do nCPC.

§ 1º O oficial de justiça poderá cumprir os atos executivos determinados pelo juiz também nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana.

145. Nota-se, pois, que o dispositivo é plenamente aplicável às execuções fiscais e pode ser utilizado como mecanismo para mitigar o problema causado pelo fim da competência delegada.

113 Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade;

II - não formular pretensão ou de apresentar defesa quando cientes de que são destituídas de fundamento;

III - não produzir provas e não praticar atos inúteis ou desnecessários à declaração ou à defesa do direito;

IV - cumprir com exatidão as decisões jurisdicionais, de natureza provisória ou final, e não criar embaraços à sua efetivação;

V - declinar, no primeiro momento que lhes couber falar nos autos, o endereço residencial ou profissional onde receberão intimações, atualizando essa informação sempre que ocorrer qualquer modificação temporária ou definitiva;

VI - não praticar inovação ilegal no estado de fato de bem ou direito litigioso.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos IV e VI, o juiz advertirá qualquer das pessoas mencionadas no caput de que sua conduta poderá ser punida como ato atentatório à dignidade da justiça.

§ 2º A violação ao disposto nos incisos IV e VI constitui ato atentatório à dignidade da justiça, devendo o juiz, sem prejuízo das sanções criminais, civis e processuais cabíveis, aplicar ao responsável multa de até vinte por cento do valor da causa, de acordo com a gravidade da conduta.

§ 3º Não sendo paga no prazo a ser fixado pelo juiz, a multa prevista no § 2º será inscrita como dívida ativa da União ou do Estado após o trânsito em julgado da decisão que a fixou, e sua execução observará o procedimento da execução fiscal, revertendo-se aos fundos previstos no Art. 97.

§ 4º A multa estabelecida no § 2º poderá ser fixada independentemente da incidência das previstas nos arts. 523, § 1º, e 536, § 1º.

§ 5º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa prevista no § 2º poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

§ 7º Reconhecida violação ao disposto no inciso VI, o juiz determinará o restabelecimento do estado anterior, podendo, ainda, proibir a parte de falar nos autos até a purgação do atentado, sem prejuízo da aplicação do § 2º.

§ 8º O representante judicial da parte não pode ser compelido a cumprir decisão em seu lugar.

Art. 80. Considera-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidente manifestamente infundado;

VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 81. De ofício ou a requerimento, o juiz condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a um por cento e inferior a dez por cento do valor corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou.

§ 1º Quando forem 2 (dois) ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção de seu respectivo interesse na causa ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2º Quando o valor da causa for irrisório ou inestimável, a multa poderá ser fixada em até 10 (dez) vezes o valor do salário-mínimo.

DA INCLUSÃO DO EXECUTADO EM CADASTRO DE INADIMPLENTES

146. O §3º do art. 782 do nCPC prevê a possibilidade de que o juiz, a requerimento da parte, determine a inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplentes. Efetuado o pagamento, garantida a execução ou se execução for extinta por qualquer outro motivo, tem-se o cancelamento da inscrição do executado no cadastro, consoante se verifica do §4º do mesmo artigo. Confram-se os dispositivos mencionados:

Art. 782 (...)

§ 3º A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.

§ 4º A inscrição será cancelada imediatamente se for efetuado o pagamento, se for garantida a execução ou se a execução for extinta por qualquer outro motivo.

§ 5º O disposto nos §§ 3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial.

147. Nota-se que os §§ 3º a 5º parecem estar em local inadequado, mas, mesmo assim, **a existência de dispositivo legal que permite inclusão do nome do executado em cadastro de inadimplente tem relevância para a Fazenda Nacional, na medida em que reforça a possibilidade de utilização de cadastros de inadimplente como mecanismo para compelir o executado ao pagamento da dívida, o que pode ser muito útil na cobrança do crédito fazendário ajuizado ou não.**

148. É relevante mencionar que a norma não exclui a possibilidade de inclusão em cadastro de inadimplente promovida diretamente pelo credor de forma extrajudicial. Nesse sentido, registra-se o enunciado nº 190 do FPCC que preconiza que “*o art. 782, § 3º, não veda a inclusão extrajudicial do nome do executado em cadastros de inadimplentes, pelo credor ou diretamente pelo órgão de proteção ao crédito.*”

149. Vale dizer também que embora a inclusão extrajudicial do nome do devedor promovida pelo credor fazendário, em uma primeira análise, seja

§ 3º O valor da indenização será fixado pelo juiz ou, caso não seja possível mensurá-lo, liquidado por arbitramento ou pelo procedimento comum, nos próprios autos.

mais clara em relação a créditos não ajuizados, não se pode, com base na leitura do dispositivo, afirmar que estaria vedada para os créditos ajuizados.

150. Nesse ponto, é preciso retomar a premissa inicial do parecer sobre a aplicação da teoria do diálogo das fontes e o microssistema da cobrança do crédito fazendário, para que se afirme que, como corolário da inscrição do crédito em Dívida Ativa, tem-se o poder (prerrogativa) para que se busque sua cobrança da forma mais efetiva possível. Nesse diapasão, o ajuizamento do executivo fiscal não pode impedir a inclusão extrajudicial do nome devedor em cadastros de inadimplentes pelo credor fazendário.

151. Com efeito, tem-se que a norma prevista no §3º do art. 782 atesta tal possibilidade de forma irrefutável, mas a totalidade de seu regramento é válida para os credores privados. Quanto aos credores fazendários, a regra deve dialogar com o previsto na LEF e, sobretudo no CTN, de forma a se concluir que o regime jurídico do título extrajudicial é diferente do título extrajudicial dos credores privados e, como tal, pode ter tratamento diferenciado.

152. **Assim, o credor fazendário não se sujeitaria à necessidade de determinação judicial para inclusão de devedor inscrito na Certidão de Dívida Ativa, ainda que ajuizada a respectiva execução fiscal, em cadastro de inadimplentes, se for a estratégia entendida como adequada para a cobrança do crédito.**

DA POSSIBILIDADE DE INGRESSO COM PROCESSO DE CONHECIMENTO EM FACE DA EXISTÊNCIA DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL

153. O art. 785 do nCPC¹¹⁴ – sem correspondência no CPC/1973 – autoriza o credor que detém o título extrajudicial de optar pelo processo de conhecimento com o objetivo de obter título judicial. Cassio Scarpinella Bueno critica o dispositivo, entendendo que não há razão de ser para a regra:

“A regra não tem razão de ser. Se há título executivo, não há justificativa para pleitear, do Estado-juiz, tutela jurisdicional outra que não a executiva. Não há por que reconhecer ‘duas vezes’ o direito aplicável ao caso, criando a partir de um título executivo (extrajudicial) um outro título (judicial). Eventual dúvida do credor sobre

114 Art. 785. A existência de título executivo extrajudicial não impede a parte de optar pelo processo de conhecimento, a fim de obter título executivo judicial.

ter, ou não, título executivo extrajudicial é questão diversa que não poderia ser resolvida da forma como propõe o dispositivo. Menos ainda quando o novo CPC preservou, também por iniciativa do Projeto Câmara, a ‘ação monitória’ (arts. 700 a 702).

De qualquer sorte, não se trata de norma arredia ao ‘modelo constitucional do direito processual civil’ e, nesse sentido, não há muita razão para deixar de ser usada na medida em que a prática do foro entenda-a útil.¹¹⁵

154. Além da crítica sobre a razão de ser da norma, de fato, não se vislumbra, em princípio, a utilização do dispositivo pela Fazenda Nacional, não fosse a presunção de liquidez e certeza que emana do título, pela incompatibilidade com a LEF. Com efeito, à PGFN, ao cobrar judicialmente o crédito inscrito em Dívida Ativa da União, deve fazê-lo por meio da execução fiscal.¹¹⁶

DA RESPONSABILIDADE PATRIMONIAL

155. Os arts. 789¹¹⁷ e 790¹¹⁸ do nCPC, consoante aponta a doutrina, são exemplos da perda da oportunidade do legislador em melhorar o disposto nos arts. 591 e 592 do CPC/1973. Com efeito, o art. 789 manteve a

115 BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil Anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 484.

116 Todavia, é possível que, diante de alguma situação específica, especialmente em face de algum entendimento jurisprudencial que possa prejudicar os próprios créditos, se oriente diversamente do ora entendido.

117 Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

118 Art. 790. São sujeitos à execução os bens:

I - do sucessor a título singular, tratando-se de execução fundada em direito real ou obrigação reipersecutória;

II - do sócio, nos termos da lei;

III - do devedor, ainda que em poder de terceiros;

IV - do cônjuge ou companheiro, nos casos em que seus bens próprios ou de sua meação respondem pela dívida;

V - alienados ou gravados com ônus real em fraude à execução;

VI - cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores;

VII - do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

imprecisão terminológica do art. 591 do CPC/1973 de que o devedor seria quem responde, com seus bens ou patrimônio, pelo cumprimento de obrigações, quando, na verdade, quem responde é quem detém a responsabilidade material, podendo ele ser o próprio devedor ou não.¹¹⁹

156. O art. 790 trata da responsabilidade patrimonial de quem não é devedor (responsabilidade secundária)¹²⁰. Os cinco primeiros incisos são, praticamente, repetições dos incisos do art. 592 do CPC/1973 (a diferença é a menção ao companheiro na hipótese do inciso IV). As novidades trazidas pelo nCPC estão nos incisos VI e VII:

Art. 790. São sujeitos à execução os bens:

(...)

VI - cuja alienação ou gravação com ônus real tenha sido anulada em razão do reconhecimento, em ação autônoma, de fraude contra credores;

VII - do responsável, nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

157. **Destaca-se a previsão de responsabilidade secundária do responsável nos casos de desconsideração da pessoa jurídica, o que, em conjunto com o previsto no §3^a do art. 792 pode ser interessante em especial para os casos de execução fiscal de créditos não tributários, se não for reconhecida a incompatibilidade do incidente ao rito da execução fiscal.**

158. Ainda no tocante à responsabilidade patrimonial, o art. 795 do nCPC¹²¹ pretendeu repetir a regra constante do art. 596 do CPC/1973 acerca

119 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil - Lei 13.105/2015**, São Paulo: Método, 2015, p. 400.

120 Exceto no caso do inciso III que não corresponde à hipótese de responsabilidade patrimonial secundária, embora se trate de previsão correta.

121 Art. 795. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei.

§ 1º O sócio réu, quando responsável pelo pagamento da dívida da sociedade, tem o direito de exigir que primeiro sejam executados os bens da sociedade.

§ 2º Incumbe ao sócio que alegar o benefício do § 1º nomear quantos bens da sociedade situados na mesma comarca, livres e desembargados, bastem para pagar o débito.

da separação patrimonial dos bens da pessoa jurídica e dos sócios. Previu-se a impossibilidade de os bens particulares dos sócios responderem pelas dívidas da sociedade empresária, salvo nos casos previstos em lei.

159. Cumpre mencionar que o §4º do art. 795, ao exigir o incidente previsto nos arts. 133 e seguintes do nCPC para desconsideração da personalidade jurídica, confirma o posicionamento de que o incidente é cabível na fase de cumprimento de sentença. Todavia, tal remissão ao incidente não implica que a desconsideração da personalidade jurídica se confunda com as demais hipóteses legais de sujeição dos bens dos sócios ao adimplemento da dívida da sociedade,¹²² de modo que não se infirmam as conclusões iniciais contidas no presente Parecer acerca da incompatibilidade do procedimento relativamente ao microsistema da cobrança do crédito fazendário, tampouco quanto à inaplicabilidade do incidente relativamente às regras de responsabilização de terceiros, sobretudo as de natureza tributária.

160. Outra inovação diz respeito ao §3º do art. 795 que prevê a possibilidade de o sócio que pagar a dívida executar a sociedade nos autos do mesmo processo. A princípio, vislumbra-se que a regra será inaplicável às execuções fiscais, uma vez que parece incompatível com o rito e a própria sistemática da execução fiscal, bem como o fundamento de direito material a corroborar o redirecionamento.

161. Cumpre mencionar que a LEF também dispõe sobre responsabilidade patrimonial, no seu art. 30, o qual não discrepa do nCPC, *in verbis*:

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.

162. A regra de responsabilidade prevista no nCPC é, portanto, aplicável às execuções fiscais e está em harmonia com o disposto na LEF.

§ 3º O sócio que pagar a dívida poderá executar a sociedade nos autos do mesmo processo.

§ 4º Para a desconsideração da personalidade jurídica é obrigatória a observância do incidente previsto neste Código.

122 BUENO, Cassio Scarpinella. *Op. cit.*, p. 490.

DA FRAUDE À EXECUÇÃO

163. As hipóteses de fraude à execução que eram previstas no art. 593 do CPC/1973 encontram-se agora discriminadas no art. 792, dentro do capítulo da responsabilidade patrimonial.

Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828;

III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V - nos demais casos expressos em lei.

§ 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente.

§ 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.

§ 3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

§ 4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias.

164. A leitura conjunta do artigo acima transcrito com o inciso V do art. 792 permite a conclusão de que as hipóteses de fraude à execução previstas no art. 593 do CPC/1973 foram ampliadas e aprimoradas. A regra, para ocorrência da fraude à execução, de uma forma geral, é o prévio registro do próprio processo ou da constrição que recai sobre o bem alienado indevidamente, na linha do enunciado de Súmula nº 375 do STJ¹²³.

165. Impende destacar que o §2º do art. 792 traz uma novidade relacionada ao tema, que desenvolve a segunda parte da súmula. Com efeito, o dispositivo trata de situações em que a fraude está relacionada a bem que independe de registro. Nesses casos, de acordo com mencionado parágrafo, verifica-se o ônus do terceiro, o adquirente, de demonstrar que agiu de forma cautelosa, por meio da exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local em que se encontra o bem.

166. A norma em comento, de certa forma, flexibiliza o entendimento consagrado não apenas na Súmula nº 375/STJ como também em sede de Recurso Repetitivo¹²⁴ de que a má-fé deve ser provada, uma vez que traz situação em que o adquirente deve provar que agiu com cautela.

123 “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente?”

124 PROCESSO CIVIL. RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. FRAUDE DE EXECUÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. SÚMULA N. 375/STJ. CITAÇÃO VÁLIDA. NECESSIDADE. CIÊNCIA DE DEMANDA CAPAZ DE LEVAR O ALIENANTE À INSOLVÊNCIA. PROVA. ÔNUS DO CREDOR. REGISTRO DA PENHORA. ART. 659, § 4º, DO CPC. PRESUNÇÃO DE FRAUDE. ART. 615-A, § 3º, DO CPC.

1. Para fins do Art. 543-C do CPC, firma-se a seguinte orientação: 1.1. É indispensável citação válida para configuração da fraude de execução, ressalvada a hipótese prevista no § 3º do Art. 615-A do CPC.

1.2. O reconhecimento da fraude de execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente (Súmula n. 375/STJ).

1.3. A presunção de boa-fé é princípio geral de direito universalmente aceito, sendo milenar a parêmia: a boa-fé se presume; a má-fé se prova.

1.4. Inexistindo registro da penhora na matrícula do imóvel, é do credor o ônus da prova de que o terceiro adquirente tinha conhecimento de demanda capaz de levar o alienante à insolvência, sob pena de tornar-se letra morta o disposto no Art. 659, § 4º, do CPC.

1.5. Conforme previsto no § 3º do Art. 615-A do CPC, presume-se em fraude de execução a alienação ou oneração de bens realizada após a averbação referida no dispositivo.

2. Para a solução do caso concreto: 2.1. Aplicação da tese firmada.

2.2. Recurso especial provido para se anular o acórdão recorrido e a sentença e, conseqüentemente, determinar o prosseguimento do processo para a realização da instrução processual na forma requerida pelos recorrentes.

(REsp 956.943/PR, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, CORTE ESPECIAL, julgado em 20/08/2014, DJe 01/12/2014)

167. Uma importantíssima novidade já mencionada ao longo deste Parecer é a previsão contida no §3^a do art. 792, no qual se fixa a citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar, para marcar o instante em que se pode considerar configurada a fraude à execução. Trata-se de relevante observação para os casos de execução de créditos não tributários, sobretudo caso não prevaleça a tese defendida de incompatibilidade do incidente em relação às execuções fiscais, tendo em vista a recalcitrância de o Poder Judiciário reconhecer, quanto aos créditos não tributários, a aplicação da fraude à execução na forma do art. 185 do CTN¹²⁵, bem como a dificuldade de demonstrar a má-fé do adquirente (a qual deve ser mitigada com a nova previsão contida no §2^a do art. 792).

168. Ademais, uma vez instaurado o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, vislumbra-se maior facilidade de reconhecimento de fraude à execução quanto às alienações feitas por sócio e não pela pessoa jurídica, quando estas ocorrerem após a citação da sociedade empresária. Nessa hipótese, em virtude do disposto no nCPC, caberia o reconhecimento da fraude à execução independentemente de observância da Súmula n^a 375/STJ, sendo, portanto, desnecessária a prova de má-fé do terceiro adquirente, do registro da penhora ou da averbação premonitória.

169. Vale dizer que o enunciado n^o 52 da ENFAM¹²⁶ consagrou o entendimento de que a citação a que se refere o dispositivo é a do executado originário, posição com a qual se concorda.

170. O §4^o do art. 792 impõe o dever de intimar o adquirente para, de modo a viabilizar o contraditório, apresentação de embargos de terceiro antes de eventual reconhecimento de fraude à execução. Trata-se de regra específica para casos relativos à fraude à execução, tendo em vista a previsão do parágrafo único do art. 675 do nCPC.¹²⁷ Nesse sentido, o enunciado n^o 191 do FPPC

125 Art. 185. Presume-se fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa.

126 A citação a que se refere o Art. 792, § 3^o, do nCPC (fraude à execução) é a do executado originário, e não aquela prevista para o incidente de desconsideração da personalidade jurídica (Art. 135 do nCPC).

127 Art. 675. Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta. Parágrafo único. Caso identifique a existência de terceiro titular de interesse em embar-

considerou que “o prazo de quinze dias para opor embargos de terceiro, disposto no § 4º do art. 792, é aplicável exclusivamente aos casos de declaração de fraude à execução; os demais casos de embargos de terceiro são regidos pelo prazo do caput do art. 675.”

171. Acerca do assunto, vale mencionar que enunciado nº 54¹²⁸ da ENFAM entendeu a ausência dos embargos de terceiro no prazo de quinze dias consoante previsto no §4º do art. 792 implica preclusão para fins do art. 675, *caput*, do nCPC, reforçando o posicionamento de que a norma contida no dispositivo ora em comento é específica em relação ao art. 675.

INDICAÇÃO DOS BENS A SEREM PENHORADO JÁ NA INICIAL

172. O art. 798 do nCPC disciplina os requisitos a serem observados pelo exequente para formular a inicial de propositura da execução e aperfeiçoou o que fora previsto nos arts. 614 e 615 do CPC/1973. Embora o art. 6º da LEF cuide dos requisitos para a inicial da execução fiscal, é de se ressaltar que a possibilidade de indicação de bens para a penhora é também possível para as exordiais dos executivos fiscais.

173. O art. 798, inciso II, alínea “c”¹²⁹ prevê que, sempre que possível, incumbe ao exequente indicar os bens suscetíveis de penhora.¹³⁰ Percebe-se que a inexistência de previsão, na LEF, de regra semelhante em nada impede tal indicação, diante da aplicação subsidiária da norma processual civil.¹³¹

gar o ato, o juiz mandará intimá-lo pessoalmente.

128 “A ausência de oposição de embargos de terceiro no prazo de 15 (quinze) dias prevista no Art. 792, § 4º, do nCPC implica preclusão para fins do Art. 675, *caput*, do mesmo código.”

129 Art. 798. Ao propor a execução, incumbe ao exequente:

(...)

II - indicar:

(...)

c) os bens suscetíveis de penhora, sempre que possível.

130 Releva acrescentar que o §2º do Art. 829 também faz referência à possibilidade de indicação de bens pelo exequente, embora o regime indicação de bens pelo executado a que se refere o mencionado dispositivo ceda ante a previsão específica do Art. 15 da LEF. Veja-se o dispositivo do Novo CPC mencionado:

Art. 829. (...)

§ 2º A penhora recairá sobre os bens indicados pelo exequente, salvo se outros forem indicados pelo executado e aceitos pelo juiz, mediante demonstração de que a constrição proposta lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente.

131 Importante mencionar que Art. 652, §2º do CPC/1973 já possibilitava a indicação, na inicial da execução, dos bens a serem penhorados. Além disso, o microsistema já con-

174. **É importante, contudo, esclarecer-se que não é um requisito da petição inicial da execução fiscal a indicação de bens a serem penhorados, mas uma faculdade do credor fazendário, de modo que a ausência da indicação não implica indeferimento da petição inicial da execução fiscal nos termos do parágrafo único do art. 321¹³² c/c art. 330, IV,¹³³ do nCPC.**

DA NULIDADE PRONUNCIADA DE OFÍCIO

175. O parágrafo único do art. 803¹³⁴ do nCPC traz como inovação a consagração – ainda que sem uma referência explícita – do uso da exceção/objeção de pré-executividade como mecanismo adequado para o reconhecimento das nulidades previstas naquele dispositivo (o qual, essencialmente, não é muito diverso do art. 618 do CPC/1973), sem prejuízo de tais nulidades serem pronunciadas de ofício pelo juiz.

tinha previsão de indicação de bens à penhora pelo exequente, uma vez que o Art. 53, da Lei nº 8.212/1991 já franqueava tal possibilidade, nos seguintes termos:

Art. 53. Na execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, será facultado ao exequente indicar bens à penhora, a qual será efetivada concomitantemente com a citação inicial do devedor.

§ 1º Os bens penhorados nos termos deste artigo ficam desde logo indisponíveis.

§ 2º Efetuado o pagamento integral da dívida executada, com seus acréscimos legais, no prazo de 2 (dois) dias úteis contados da citação, independentemente da juntada aos autos do respectivo mandado, poderá ser liberada a penhora, desde que não haja outra execução pendente.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às execuções já processadas.

§ 4º Não sendo opostos embargos, no caso legal, ou sendo eles julgados improcedentes, os autos serão conclusos ao juiz do feito, para determinar o prosseguimento da execução.

132 Art. 321. O juiz, ao verificar que a petição inicial não preenche os requisitos dos arts. 319 e 320 ou que apresenta defeitos e irregularidades capazes de dificultar o julgamento de mérito, determinará que o autor, no prazo de 15 (quinze) dias, a emende ou a complete, indicando com precisão o que deve ser corrigido ou completado.

Parágrafo único. Se o autor não cumprir a diligência, o juiz indeferirá a petição inicial.

133 Art. 330. A petição inicial será indeferida quando:

(...)

IV - não atendidas as prescrições dos arts. 106 e 321.

134 Art. 803. É nula a execução se:

I - o título executivo extrajudicial não corresponder a obrigação certa, líquida e exigível;

II - o executado não for regularmente citado;

III - for instaurada antes de se verificar a condição ou de ocorrer o termo.

Parágrafo único. A nulidade de que cuida este artigo será pronunciada pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, independentemente de embargos à execução.

176. Não obstante a novidade, não se cogitam grandes impactos da alteração em sede de execução fiscal, tendo em vista que, na prática, nos termos da Súmula 393 do STJ, “a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”, sendo incluídas como matérias arguíveis em sede de exceção, dentre outras, os pressupostos processuais, condições da ação, pagamento, decadência, prescrição, etc.¹³⁵

INEFICÁCIA DA ALIENAÇÃO POR FALTA DE INTIMAÇÃO DE CREDOR COM PREFERÊNCIA

177. O art. 804¹³⁶, de forma semelhante ao art. 619 do CPC/1973, busca assegurar a prévia ciência do credor de direito real acerca da penhora do bem dado em garantia em execução, sob pena de, em relação a ele, a penhora ser considerada ineficaz. A novidade que o dispositivo contém está nos novos parágrafos (inexistentes no art. 619 do CPC/1973), os quais especificam as variadas situações em que a mesma lógica deve ser aplicada, em diálogo com

135 Vale mencionar que a jurisprudência do STJ já admitiu o cabimento da exceção para alegar: a) vício formal do título; b) excesso de execução (se for possível a sua demonstração de plano); c) imunidade tributária comprovada de plano; e d) inconstitucionalidade de norma tributária.

136 Art. 804. A alienação de bem gravado por penhor, hipoteca ou anticrese será ineficaz em relação ao credor pignoratício, hipotecário ou anticrético não intimado.

§ 1º A alienação de bem objeto de promessa de compra e venda ou de cessão registrada será ineficaz em relação ao promitente comprador ou ao cessionário não intimado.

§ 2º A alienação de bem sobre o qual tenha sido instituído direito de superfície, seja do solo, da plantação ou da construção, será ineficaz em relação ao concedente ou ao concessionário não intimado.

§ 3º A alienação de direito aquisitivo de bem objeto de promessa de venda, de promessa de cessão ou de alienação fiduciária será ineficaz em relação ao promitente vendedor, ao promitente cedente ou ao proprietário fiduciário não intimado.

§ 4º A alienação de imóvel sobre o qual tenha sido instituída enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso será ineficaz em relação ao enfiteuta ou ao concessionário não intimado.

§ 5º A alienação de direitos do enfiteuta, do concessionário de direito real de uso ou do concessionário de uso especial para fins de moradia será ineficaz em relação ao proprietário do respectivo imóvel não intimado.

§ 6º A alienação de bem sobre o qual tenha sido instituído usufruto, uso ou habitação será ineficaz em relação ao titular desses direitos reais não intimado.

o art. 799¹³⁷ do nCPC.

178. Não obstante a previsão contida no dispositivo, entende-se que ela não se aplica em relação às execuções fiscais, tendo em vista que a alienação de bem com garantia real penhorado não pode ser ineficaz por falta de intimação do credor de direito real (assim como nas hipóteses dos parágrafos do art. 804), tendo em vista a preferência do crédito tributário em relação aos créditos com garantia real (exceto na falência), consoante disposto no art. 186 do CTN¹³⁸, o qual é aplicável, inclusive nas execuções fiscais de créditos não tributários, por força do §4^a do ar. 4^a da LEF.¹³⁹

137 Art. 799. Incumbe ainda ao exequente:

I - requerer a intimação do credor pignoratício, hipotecário, anticrético ou fiduciário, quando a penhora recair sobre bens gravados por penhor, hipoteca, anticrese ou alienação fiduciária;

II - requerer a intimação do titular de usufruto, uso ou habitação, quando a penhora recair sobre bem gravado por usufruto, uso ou habitação;

III - requerer a intimação do promitente comprador, quando a penhora recair sobre bem em relação ao qual haja promessa de compra e venda registrada;

IV - requerer a intimação do promitente vendedor, quando a penhora recair sobre direito aquisitivo derivado de promessa de compra e venda registrada;

V - requerer a intimação do superficiário, enfiteuta ou concessionário, em caso de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre imóvel submetido ao regime do direito de superfície, enfiteuse ou concessão;

VI - requerer a intimação do proprietário de terreno com regime de direito de superfície, enfiteuse, concessão de uso especial para fins de moradia ou concessão de direito real de uso, quando a penhora recair sobre direitos do superficiário, do enfiteuta ou do concessionário;

VII - requerer a intimação da sociedade, no caso de penhora de quota social ou de ação de sociedade anônima fechada, para o fim previsto no Art. 876, § 7º;

VIII - pleitear, se for o caso, medidas urgentes;

IX - proceder à averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros.

138 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.

Parágrafo único. Na falência:

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;

II – a lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho; e

III – a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados.

139 § 4º - Aplica-se à Dívida Ativa da Fazenda Pública de natureza não tributária o disposto nos artigos 186 e 188 a 192 do Código Tributário Nacional.

179. Diante do exposto, portanto, é forçoso concluir que, em sede de execução fiscal, a arrematação não poderá ser considerada ineficaz por inobservância do disposto no art. 804, conforme previsto no inciso II, do §1º do art. 903, do nCPC.¹⁴⁰

DA EXECUÇÃO POR MEIO MENOS GRAVOSO

180. A execução não é instrumento de vingança, mas instrumento de que se vale o credor para efetivar seu crédito consubstanciado no título extrajudicial. O princípio da menor onerosidade preconiza que gravames desnecessários à consecução da finalidade da execução, que é a satisfação do crédito, devem ser evitados, sempre que possível a adoção de outros meios menos gravosos para a satisfação do crédito.

181. O respeito ao mencionado princípio não pode implicar sacrifício da efetividade da tutela executiva, de modo a transformar o processo executivo em algo inútil. Deve-se buscar um ponto de equilíbrio entre a satisfação do credor e o sofrimento a ser imposto ao executado.

182. Todavia, além de muitas vezes o princípio da menor onerosidade ser invocado pelo devedor de forma vazia, o seu acolhimento termina impedindo a satisfação do credor, o que se contrapõe a própria finalidade do processo executivo, que termina fadado à inutilidade. O objetivo de evitar o exagero desnecessário de gravames na cobrança não pode impedir a satisfação do crédito.

183. Nesse ponto, é louvável a inovação contida no parágrafo único do art. 805¹⁴¹, a qual impõe ao executado o dever de indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos quando alegar que a medida executiva é demasiado gravosa, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados:

140 Art. 903. Qualquer que seja a modalidade de leilão, assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo leiloeiro, a arrematação será considerada perfeita, acabada e irretroatável, ainda que venham a ser julgados procedentes os embargos do executado ou a ação autônoma de que trata o § 4º deste artigo, assegurada a possibilidade de reparação pelos prejuízos sofridos.

§ 1º outras situações previstas neste Código, a arrematação poderá, no entanto, ser:

(...)

II - considerada ineficaz, se não observado o disposto no Art. 804;

141 Sem correspondência no Art. 620 do CPC/1973 que versava sobre o princípio da menor onerosidade.

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

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

184. Sobre o dispositivo:

“Ressalta-se que o CPC/1973 carecia de disposição expressa neste sentido. Assim, com a inclusão do parágrafo único, restaram explicitadas as obrigações do executado para obter a substituição pretendida. Em outros termos, ao trazer o problema, deve a parte também indicar uma solução satisfatória, o que ajuda a tornar mais célere o processo”¹⁴²

185. **A alteração legislativa foi, portanto, positiva, na medida em que disciplinou a forma da alegação do princípio da menor onerosidade pelo executado, o qual, além de indicar outro meio de satisfazer o crédito, terá que demonstrar que este é mais eficaz. Uma ressalva importante a ser feita é que a substituição da penhora, na execução fiscal, deve obedecer ao previsto no art. 15 da LEF¹⁴³, ainda que o requerimento pelo executado seja fundamentado no princípio da menor onerosidade e que tal pedido seja formulado na tentativa de atendimento ao disposto no parágrafo único do art. 805 do nCPC.**

142 DAL´COL Caio Sá; ABREU, Livia Dalla Bernardina. *Op. cit.*, p. 77

143 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
I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia; e (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)
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.

DA APROPRIAÇÃO DE FRUTOS E RENDIMENTOS DA EMPRESA

186. O art. 825 do nCPC¹⁴⁴, assim como o art. 647 do CPC/1973, elenca quais são os meios de expropriação dos bens admitidos: adjudicação; alienação e apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou estabelecimentos e de outros bens. A disciplina da adjudicação está prevista nos arts. 876 a 878.

187. O nCPC, neste ponto (inciso III do art. 825) regulamentou a penhora das quotas ou das ações de sociedade personificadas, além de alterar a penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel e de percentual de faturamento de empresas. A alteração teve como objetivo buscar equilibrar a satisfação do credor com a preservação da atividade empresarial.

188. Considera-se que a alteração é útil para reforçar a possibilidade de penhora sobre o faturamento da empresa, em adição à própria regulamentação de tal ato construtivo no art. 866 do nCPC.

DA AVERBAÇÃO PREMONITÓRIA

189. Consoante se depreende inciso II do art. 792 já mencionado, a alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828 do nCPC¹⁴⁵. Este último trata da denominada, pela doutrina, averbação premonitória que havia sido positiva no regime do CPC/1973

144 Art. 825. A expropriação consiste em:

I - adjudicação;

II - alienação;

III - apropriação de frutos e rendimentos de empresa ou de estabelecimentos e de outros bens.

145 Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.

§ 1º No prazo de 10 (dez) dias de sua concretização, o exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas.

§ 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará, no prazo de 10 (dez) dias, o cancelamento das averbações relativas àqueles não penhorados.

§ 3º O juiz determinará o cancelamento das averbações, de ofício ou a requerimento, caso o exequente não o faça no prazo.

§ 4º Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação.

pela introdução do art. 615-A pela Lei nº 11.382/2006. Na esteira do que havia sido esclarecido por ocasião do Parecer PGFN/CRJ nº 1.732/2007, quando da introdução do art. 615-A ao CPC/1973, a norma tem o intuito de evitar os atos praticados em fraude à execução, por meio de uma presunção de conhecimento de terceiros que venham adquirir o bem após a averbação.

190. O nCPC manteve, no art. 828, o instituto com uma pequena modificação em relação ao CPC/1973: a certidão somente poderá ser obtida a partir da admissão da execução pelo juiz e não mais no ato de distribuição. Assim, com base no artigo citado, o exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.

191. A mudança prejudicou bastante a efetividade da medida, uma vez que, para fins de averbação é necessária a admissão da execução pelo juiz, enquanto que, no regime do CPC/1973, a propositura da execução já era suficiente para que se possibilitasse ao exequente a obtenção de certidão para fins de averbação. Daniel Assumpção entende que *“eventuais abusos na averbação não deveriam ter sido suficientes para a mudança operada, já que tanto o antigo como o novo sistema de averbação consagram expressamente a responsabilidade do exequente nesses casos.”*¹⁴⁶

192. Faz-se necessário esclarecer que a obtenção da certidão a que se refere o art. 828 do nCPC independe de decisão judicial neste sentido. Esse é o entendimento que se encontra consagrado no Enunciado nº 130 do FPPC.¹⁴⁷

193. Trata-se de medida plenamente aplicável aos executivos fiscais, podendo revelar-se de grande utilidade sobretudo para os créditos não tributários. Considera-se que averbação premonitória pode mostrar-se eficiente para os créditos não tributários, tendo em vista a já mencionada resistência encontrada na jurisprudência quanto à aplicação do instituto do art. 185 do CTN para créditos de natureza não tributária.

194. Consoante já mencionado no bojo do presente Parecer, em âmbito de execução fiscal de créditos tributários, considera-se que o art. 185 do CTN possui alcance maior de proteção que o art. 828 do nCPC, na medida em que a presunção de que é fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública,

§ 5º O exequente que promover averbação manifestamente indevida ou não cancelar as averbações nos termos do § 2º indenizará a parte contrária, processando-se o incidente em autos apartados.

146 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**, São Paulo: Método, 2015, p. 411.

147 “A obtenção da certidão prevista no Art. 828 independe de decisão judicial”.

ocorre com a regular inscrição do crédito tributário em dívida ativa.

195. Cumpre, nesse diapasão, mencionar o entendimento do STJ, proferido em sede de Recurso Repetitivo, no RESP nº 1.141.990/PR,¹⁴⁸ de que a presunção de fraude à execução a que alude o art. 185 é absoluta. Nesse caso, crê-se dispensável a averbação premonitória para fins de configuração desse tipo de fraude, embora a medida não esteja vedada.

196. Em adição ao entendimento quanto à aplicação da averbação premonitória às execuções fiscais, registre-se que o Enunciado nº 2 do IFONEF dispôs que “o art. 828 do nCPC aplica-se às execuções fiscais, sem prejuízo de outras garantias do crédito fazendário”.

197. De todo modo, recomenda-se prudência no manejo da averbação premonitória, para que se evite a banalização do instituto.

198. Ainda sobre o instituto, é importante mencionar que a previsão do nCPC se sobrepõe ao que prevê o art. 54, inciso II, da Lei nº 13.097/2014¹⁴⁹, resultante da conversão da Medida Provisória nº 656, de 07 de outubro de 2014. A referida norma que ainda está em vigor, indevidamente, tornou obrigatório o uso da averbação ao vinculá-la ao reconhecimento da fraude à execução. Impende, nesse sentido, esclarecer que, à luz do art. 792 do nCPC, a fraude à execução pode estar caracterizada por outras formas que não apenas a decorrente da averbação premonitória.

199. Cumpre salientar que tanto sob a égide do art. 615-A do CPC/1973 como do art. 828 do nCPC, a averbação premonitória é um mecanismo posto à disposição do credor, mas cujo uso é facultativo.

200. Por fim, vale mencionar que a medida prevista no art. 828 do nCPC não se confunde tampouco impede a autorização contida no art. 799, inciso IX¹⁵⁰, do mesmo código, para que o exequente proceda à averbação em

148 REsp nº1141990/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2010, DJe 19/11/2010, julgado na forma do Art. 543-C do CPC/1973 e que contou com atuação intensa da Fazenda Nacional.

149 Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações

(...)

II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do Art. 615-A da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil;

150 Art. 799. Incumbe ainda ao exequente:

registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros.

201. Ainda dentro desse contexto, o art. 844 do nCPC dispõe que “*para presunção absoluta de conhecimento por terceiros, cabe ao exequente providenciar a averbação do arresto ou da penhora no registro competente, mediante apresentação de cópia do auto ou do termo, independentemente de mandado judicial.*” Trata-se de norma que corresponde ao §4º do art. 659 do CPC/1973 e que deve ser interpretada em conjunto com art. 792, III.

202. A penhora deverá ser levada a registro a depender do bem a ser penhorado. Normalmente, o próprio juiz oficia o órgão responsável para a efetivação da modalidade de penhor envolvida, de ofício ou a requerimento do Procurador da Fazenda Nacional, medida que, por relevante à subsistência da penhora, deve ser objeto de especial atenção ou diligência.

203. **Convém mencionar que, em relação aos créditos tributários inscritos em dívida a presunção absoluta não depende do registro da penhora, mas da própria inscrição do crédito em dívida.¹⁵¹ Vale ressaltar, por pertinente, que nada obstante a presunção absoluta de conhecimento erga omnes independente da averbação no registro competente¹⁵², cumpre diligenciar para que seja averbado o registro da penhora nesses casos, evitando-se alegações, ainda que infundadas, de prejuízo a terceiros.**

(...)

IX - proceder à averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros.

151 Entende-se que o reconhecimento da fraude à execução decorrente da inscrição também é aplicável para créditos não tributários, mas a jurisprudência, embora não esteja ainda pacífica, tende a ser recalcitrante quanto a esse ponto.

152 Em relação aos créditos não tributários, entretanto, a medida pode revelar-se mais útil, sobretudo considerando a já mencionada recalcitrância dos Tribunais pátrios em aplicar o Art. 185 do CTN para créditos dessa natureza. O registro ou averbação da penhora nos órgãos competentes é importante para fins de presunção absoluta de seu conhecimento por terceiros, na forma da Súmula nº 375/STJ.

ARRESTO E CITAÇÃO COM HORA CERTA

204. O art. 830 do nCPC¹⁵³ trata do arresto de bens do executado, na hipótese de ele não ser encontrado quando o oficial não conseguir encontrá-lo. Observa-se que o §1º reduz para duas tentativas (em relação às três tentativas previstas no art. 653 do CPC/1973) para que o oficial de justiça procure o executado após a efetivação do arresto.

205. **Demais disso, o §2º do art. 830 traz uma inovação ao prever, de forma expressa, a possibilidade de citação por hora certa, de modo que, uma vez frustradas as tentativas de citação pessoal e por hora certa, incumbiria ao executado o requerimento de citação por edital.**

206. Versando sobre a citação por hora certa, o Enunciado 3, do I FONEF, considerou, com base no dispositivo, ser possível tal modalidade de citação no rito da execução fiscal¹⁵⁴. Fundamentou-se, na ocasião, o entendimento diante da aplicação subsidiária da legislação processual civil geral ante a omissão da LEF em tratar de tal modalidade de citação.

207. **Ocorre que, refletindo-se melhor sobre o tema, é importante tecer alguns comentários quanto à conclusão que se chegou no FONEF, na medida em que, consoante já esclarecido em tópico anterior do presente Parecer a LEF traz, em seu art. 8º, quais as modalidades de citação são aplicáveis à execução fiscal. Nesse passo, cumpre esclarecer que possibilitar a realização da citação por hora certa nas execuções fiscais¹⁵⁵ não implicará a criação de novo requisito para a citação por edital nas execuções fiscais, como se poderia, inadvertidamente, interpretar a partir uma leitura apressada do dispositivo. Com efeito, tal interpretação seria incompatível com o disposto na LEF, bem como com a ideia de microsistema de cobrança do crédito fazendário, uma vez que o rito ficaria mais burocratizado.**

153 Art. 830. Se o oficial de justiça não encontrar o executado, arrestar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução.

§ 1º Nos 10 (dez) dias seguintes à efetivação do arresto, o oficial de justiça procurará o executado 2 (duas) vezes em dias distintos e, havendo suspeita de ocultação, realizará a citação com hora certa, certificando pormenorizadamente o ocorrido.

§ 2º Incumbe ao exequente requerer a citação por edital, uma vez frustradas a pessoal e a com hora certa.

§ 3º Aperfeiçoada a citação e transcorrido o prazo de pagamento, o arresto converter-se-á em penhora, independentemente de termo.

154 “É possível a citação por hora certa nos processos de execução fiscal, com base no Art. 830, §2º, do novo CPC.”

155 Assim como a utilização de citação eletrônica com base no §1º do Art. 246.

208. **Importa deixar claro que se permitir a realização da citação pelos mecanismos previstos no nCPC não significa criar um empecilho à citação por edital.**

IMPENHORABILIDADE

209. As regras de impenhorabilidade refletem a preocupação do legislador de impor alguns limites à satisfação do crédito pelo exequente. Nesse sentido o art. 833 do nCPC prevê o rol dos bens impenhoráveis, que seriam aqueles bens que, em princípio, não responderão pela satisfação da dívida. O art. 833 não traz o termo “absolutamente” como fazia o art. 649 do CPC/1973.

210. Outra novidade, em relação ao art. 649 do CPC/1973, é a limitação da impenhorabilidade de salários e demais vencimentos. Isso porque, conquanto se entenda no inciso IV que o salário e demais vencimentos elencados no dispositivo seriam absolutamente impenhoráveis, com base na natureza alimentar das verbas, o §2º do art. 833¹⁵⁶ traz duas exceções à regra, prevendo a penhora na execução de alimentos, em percentual que possibilite a subsistência do executado, bem como prevendo a possibilidade de penhora sobre o valor excedente a 50 (cinquenta) salários mínimos mensais. A previsão segue a linha de algumas decisões do STJ, flexibilizando a rigidez do revogado art. 649, IV do CPC/1973, na medida em que tal penhora seria compatível com a preservação do patrimônio mínimo, preservando-se a dignidade humana do credor, mas possibilitando a satisfação do credor.

156 Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º;

(...)

§ 2º O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no Art. 528, § 8º, e no Art. 529, § 3º.

211. A flexibilização é positiva, embora ainda tímida, uma vez que poucos devedores pessoa física são remunerados em valor superior a 50 (cinquenta) salários mínimos por mês. Crê-se, contudo, no aperfeiçoamento de tal flexibilização para o futuro.¹⁵⁷

212. Além disso, observa-se que, quanto aos bens necessários ou úteis ao exercício profissional¹⁵⁸ – uma preocupação do legislador em manter a subsistência do executado – a generalidade da previsão pode criar situações inapropriadas, com excessiva proteção do executado, em prejuízo ao exequente, caso se adote uma interpretação muito extensiva do dispositivo (especialmente quanto aos bens úteis).¹⁵⁹ Convém destacar que a abrangência do dispositivo está limitada às pessoas físicas.¹⁶⁰

213. Ainda em relação à impenhorabilidade do inciso V do art. 833, o §3º entendeu que os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural estariam sob essa proteção, salvo quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária. Infelizmente, não mencionou a dívida tributária nas exceções previstas.

157 Daniel Amorim Assumpção Neves sugere uma possibilidade futura de penhora escalonada como a prevista na legislação espanhola, que é uma técnica semelhante à já adotada pelo NCPC para a fixação do valor de condenação da Fazenda Pública ao pagamento de honorários advocatícios. (NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 8ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 1056-1057.)

158 Art. 833. São impenhoráveis:

(...)

V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;

(...)

§ 3º Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

159 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 8ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 1057

160 Todavia, registram-se decisões do STJ estendendo essa abrangência a microempresas e empresas de pequeno porte, quando as atividades de tais empresas se confundirem com as do próprio sócio (EX: RESP: 760.283/RS).

ORDEM DA PENHORA

214. O art. 835 do nCPC¹⁶¹ trata da ordem preferencial da penhora, nos seguintes termos:

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

III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

IV - veículos de via terrestre;

V - bens imóveis;

VI - bens móveis em geral;

VII - semoventes;

VIII - navios e aeronaves;

IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias;

X - percentual do faturamento de empresa devedora;

XI - pedras e metais preciosos;

XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;

XIII - outros direitos.

§ 1^a É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista ncaputde acordo com as circunstâncias do caso concreto.

161 Assim como versava o Art. 655 do CPC/1973.

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

§ 3º Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora.

215. Nota-se, que o art. 835 alterou a ordem em relação ao CPC/1973, preservando-se, contudo, a penhora prioritária de dinheiro. Uma importante observação a ser feita, desde já, é que a ordem de penhora prevista no art. 11 da LEF¹⁶² prevalece em relação ao art. 835 do nCPC, tendo em vista a aplicação do critério de especialidade.

216. O Enunciado nº 4, do I FONEF, também perfilhou o entendimento pela prevalência do regime da LEF, ao dispor que “*a ordem de preferência de bens penhoráveis, prevista no artigo 11 da LEF, prevalece sobre a do art. 835, caput, do nCPC*”.

217. É importante destacar que, com base no art. 11 c/c art. 15¹⁶³, da LEF, quanto às execuções fiscais, a ordem de penhora não deve ser alterada, pelo juiz, no caso concreto, ainda que com base na alegação do princípio da menor onerosidade, como ocorreria para as demais execuções, sendo, portanto, inaplicável às execuções fiscais o disposto no §1º do art. 835, no que permite ao juiz alterar a ordem prevista no *caput* do artigo, ainda que excepcionada a faculdade em relação ao dinheiro.

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

- I - dinheiro;
- II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;
- III - pedras e metais preciosos;
- IV - imóveis;
- V - navios e aeronaves;
- VI - veículos;
- VII - móveis ou semoventes; e
- VIII - direitos e ações.

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

- I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia; e (Redação dada pela Lei nº 13.043, de 2014)
- 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.

218. Convém ressaltar, contudo, ainda em relação ao §1º do art. 835 que a intenção do legislador foi para que a preferência pela penhora em dinheiro seja considerada absoluta, prevalecendo em toda execução, sem importarem as particularidades do caso concreto, de forma que se entende superada a Súmula nº 417 do STJ¹⁶⁴ pelo dispositivo legal. Embora a LEF já preveja a prioridade da penhora em dinheiro, é de se destacar que o nCPC fortaleceu ainda mais a busca pela efetividade da penhora, já que o dinheiro é o bem que mais facilmente possibilita a satisfação do credor.

219. De todo modo, quanto aos demais bens penhorados, não deve o juiz, a pretexto de aplicar o §1º do art. 835 do nCPC, alegando existentes circunstâncias do caso concreto que autorizariam a tal, alterar a penhora de bens, salvo nas hipóteses tratadas no art. 15 da LEF.

220. **No que pertine ao §2º do art. 835, percebe-se que, conquanto o dinheiro seja prioritário na ordem da penhora, se admite a substituição da penhora em dinheiro pela fiança bancária ou seguro garantia, em valor que, no mínimo, deve ser 30% a mais do que o valor do débito constante da inicial. Entende-se, todavia, que o dispositivo é inaplicável às execuções por colidir com a normatização da substituição da penhora prevista no art. 15 da LEF.**

221. Com efeito, ao executado, defere-se a substituição da penhora de determinado bem por dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia. Entretanto, em outras hipóteses, quando não requerido pela Fazenda Nacional, a substituição da penhora depende da concordância do órgão.¹⁶⁵ Entende-se, portanto, que, nas execuções fiscais, não há base para a aplicação da equiparação prevista no §2º do art. 835, ressalvando-se, contudo, conforme já mencionado, a eventual possibilidade de a Fazenda Nacional concordar com a substituição, diante do caso concreto, quando atendidos os requisitos previstos nos normativos específicos.

164 “Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto.”

165 Convém mencionar que os requisitos para a aceitação do seguro garantia pela PGFN estão atualmente definidos na Portaria PGFN nº 164, de 27 de fevereiro de 2014, a qual regulamenta o oferecimento e a aceitação de seguro garantia para débitos inscritos em Dívida Ativa da União e do FGTS. No que tange aos requisitos relacionados à fiança bancária, a regulamentação encontra-se na Portaria PGFN nº 644, de 2009 e alterações promovidas pelas Portarias PGFN nº 1378, de 2009, e 367, de 2014.

NÃO LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS

222. A disciplina do art. 836¹⁶⁶ do nCPC viabiliza que sejam depositados provisoriamente nas mãos do executado ou seu representante até ulterior manifestação judicial os bens encontrados pelo oficial de justiça na residência ou estabelecimento do executado, quando não encontrados bens penhorados. Trata-se de normatização que vai além do que previa o art. 659 do CPC/1973, o qual previa que o oficial apenas descrevesse em certidão os bens que guarnecessem a residência ou o estabelecimento do devedor.

AUSÊNCIA DE DEPOSITÁRIO JUDICIAL

223. O art. 840 do nCPC¹⁶⁷ trata do depósito dos bens penhorados com pequenas modificações em relação ao constante do art. 666 do CPC/1973, trazendo mais hipóteses em que pode ocorrer tal depósito na prática.

224. O §1º dispõe que os bens ficarão em poder do exequente, quando não houver depositário judicial. Já o §2º do mesmo artigo possibilita que os bens fiquem em poder do executado, nos casos de difícil remoção ou quando houver anuência do exequente. Trata-se exceção que se harmoniza com a regra geral. Todavia, quanto à hipótese de os bens ficarem em depósito particular o nCPC nada dispõe.

225. Sobre os depósitos judiciais em dinheiro, a LEF traz previsão específica em seu art. 32, *in verbis*:

166 Art. 836. (...)

§ 1º Quando não encontrar bens penhoráveis, independentemente de determinação judicial expressa, o oficial de justiça descreverá na certidão os bens que guarnecem a residência ou o estabelecimento do executado, quando este for pessoa jurídica.

§ 2º Elaborada a lista, o executado ou seu representante legal será nomeado depositário provisório de tais bens até ulterior determinação do juiz.

167 Art. 840. Serão preferencialmente depositados:

I - as quantias em dinheiro, os papéis de crédito e as pedras e os metais preciosos, no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal ou em banco do qual o Estado ou o Distrito Federal possua mais da metade do capital social integralizado, ou, na falta desses estabelecimentos, em qualquer instituição de crédito designada pelo juiz;

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.

226. Nota-se que o dispositivo não trata das demais hipóteses de depósito judicial, de modo que, na ausência de depositário judicial, cogita-se que existirão dificuldades práticas para a aplicação do disposto no §1º do art. 840.

II - os móveis, os semoventes, os imóveis urbanos e os direitos aquisitivos sobre imóveis urbanos, em poder do depositário judicial;

III - os imóveis rurais, os direitos aquisitivos sobre imóveis rurais, as máquinas, os utensílios e os instrumentos necessários ou úteis à atividade agrícola, mediante caução idônea, em poder do executado.

§ 1º No caso do inciso II do caput, se não houver depositário judicial, os bens ficarão em poder do exequente.

§ 2º Os bens poderão ser depositados em poder do executado nos casos de difícil remoção ou quando anuir o exequente.

§ 3º As joias, as pedras e os objetos preciosos deverão ser depositados com registro do valor estimado de resgate.

INTIMAÇÃO DA PENHORA

227. O art. 841 do nCPC¹⁶⁸ regulamenta a intimação da penhora ao executado, prevendo-se, como regra, que essa se dará por intermédio do advogado ou da sociedade de advogados, salvo quando a penhora for realizada na presença do executado. Entretanto, se não houver advogado constituído nos autos, o executado será intimado pessoalmente, de preferência pela via postal. Presume-se válida a intimação dirigida ao endereço constante dos autos, quando o executado muda de endereço, sem comunicar ao juízo, conforme se depreende do §4º do art. 841 c/c art. 274¹⁶⁹ do nCPC.

228. Nas execuções fiscais, contudo, a intimação da penhora está disciplinada pelo art. 12, *in verbis*:

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.

§ 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.

168 Art. 841. Formalizada a penhora por qualquer dos meios legais, dela será imediatamente intimado o executado.

§ 1º A intimação da penhora será feita ao advogado do executado ou à sociedade de advogados a que aquele pertença.

§ 2º Se não houver constituído advogado nos autos, o executado será intimado pessoalmente, de preferência por via postal.

§ 3º O disposto no § 1º não se aplica aos casos de penhora realizada na presença do executado, que se reputa intimado.

§ 4º Considera-se realizada a intimação a que se refere o § 2º quando o executado houver mudado de endereço sem prévia comunicação ao juízo, observado o disposto no parágrafo único do Art. 274.

169 Art. 274. Não dispondo a lei de outro modo, as intimações serão feitas às partes, aos seus representantes legais, aos advogados e aos demais sujeitos do processo pelo correio ou, se presentes em cartório, diretamente pelo escrivão ou chefe de secretaria.

Parágrafo único. Presumem-se válidas as intimações dirigidas ao endereço constante dos autos, ainda que não recebidas pessoalmente pelo interessado, se a modificação temporária ou definitiva não tiver sido devidamente comunicada ao juízo, fluindo os prazos a partir da juntada aos autos do comprovante de entrega da correspondência no primitivo endereço.

§ 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.

229. Nada obstante, pode-se aplicar a regra da intimação do advogado ou da sociedade de advogados, supletivamente ao regime da LEF, quando já se verificar que o executado possui advogado constituído nos autos.

230. Demais disso, entende-se possível sustentar que, uma vez localizado o executado e efetuada a sua citação as intimações posteriores presumir-se-ão válidas quando dirigida ao endereço constante dos autos, no qual foi efetuada a citação, mesmo que o executado tenha mudado de endereço, na hipótese de tê-lo feito sem comunicar ao juízo, por aplicação do disposto no §4º do art. 841 c/c art. 274, do nCPC.

231. **Pode-se defender, outrossim, até mesmo porque se sustenta a citação por carta, que seja feita a intimação da penhora novamente pelo mesmo mecanismo, ainda que na hipótese do art. 12, §3ª, minimizando, com isso, as dificuldades enfrentadas com o fim da competência delegada. Assim, uma vez averbada a penhora de imóvel, poder-se-ia intimar por carta novamente.**

PENHORA DE BEM INDIVISÍVEL E DIREITOS DO COPROPRIETÁRIO E CÔNJUGE QUE NÃO É PARTE DA EXECUÇÃO

232. O art. 843¹⁷⁰ trata da matéria do art. 655-B do CPC/1973, porém com uma disciplina mais desenvolvida e ampliada para os casos de penhora de bem indivisível e dos direitos sobre ele existentes de coproprietário ou cônjuge que não faça parte da execução. Observa-se que o *caput* preserva a regra do art. 655-B do CPC/1973, inovando-se nos parágrafos do art. 843.

170 Art. 843. Tratando-se de penhora de bem indivisível, o equivalente à quota-parte do coproprietário ou do cônjuge alheio à execução recairá sobre o produto da alienação do bem.

233. Na nova disciplina, reserva-se ao coproprietário ou ao cônjuge não executado a preferência na arrematação do bem em igualdade de condições. Além disso, a norma do §2º busca garantir que o coproprietário ou cônjuge o montante correspondente à sua quota-parte, calculado sobre o valor da avaliação.¹⁷¹

MODIFICAÇÃO DA PENHORA

234. Os arts. 847¹⁷² e 848¹⁷³ do nCPC tratam da possibilidade de modificação da penhora. Todavia, consoante já mencionado anteriormente no bojo

§ 1º É reservada ao coproprietário ou ao cônjuge não executado a preferência na arrematação do bem em igualdade de condições.

§ 2º Não será levada a efeito expropriação por preço inferior ao da avaliação na qual o valor auferido seja incapaz de garantir, ao coproprietário ou ao cônjuge alheio à execução, o correspondente à sua quota-parte calculado sobre o valor da avaliação.

171 Sobre a previsão do dispositivo, confira-se o enunciado nº 329 do FPPC: “*Na execução trabalhista deve ser preservada a quota parte de bem indivisível do coproprietário ou do cônjuge alheio à execução, sendo-lhe assegurado o direito de preferência na arrematação do bem em igualdade de condições.*”

172 Art. 847. O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias contado da intimação da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove que lhe será menos onerosa e não trará prejuízo ao exequente.

§ 1º O juiz só autorizará a substituição se o executado:

I - comprovar as respectivas matrículas e os registros por certidão do correspondente ofício, quanto aos bens imóveis;

II - descrever os bens móveis, com todas as suas propriedades e características, bem como o estado deles e o lugar onde se encontram;

III - descrever os semoventes, com indicação de espécie, de número, de marca ou sinal e do local onde se encontram;

IV - identificar os créditos, indicando quem seja o devedor, qual a origem da dívida, o título que a representa e a data do vencimento; e

V - atribuir, em qualquer caso, valor aos bens indicados à penhora, além de especificar os ônus e os encargos a que estejam sujeitos.

§ 2º Requerida a substituição do bem penhorado, o executado deve indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exibir a prova de sua propriedade e a certidão negativa ou positiva de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora.

§ 3º O executado somente poderá oferecer bem imóvel em substituição caso o requeira com a expressa anuência do cônjuge, salvo se o regime for o de separação absoluta de bens.

§ 4º O juiz intimará o exequente para manifestar-se sobre o requerimento de substituição do bem penhorado.

173 Art. 848. As partes poderão requerer a substituição da penhora se:

I - ela não obedecer à ordem legal;

do presente Parecer, as hipóteses de substituição da penhora encontram-se regulamentadas pela LEF no art. 15, devendo prevalecer o regime da LEF.

235. Ressalte-se, entretanto, que o parágrafo único do art. 848 permite que a penhora seja substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento. É pertinente chamar atenção que tal situação é mais benéfica que a prevista no art. 15 da LEF, quando se faculta, ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, sem que se exija o acréscimo de trinta por cento do valor do débito constante da inicial.

236. Nada obstante, é importante que sejam atendidas as condições previstas nos normativos da PGFN para a aceitação de fiança bancária e seguro garantia. Com efeito, a tentativa de se obter o regime mais benéfico não pode inviabilizar a substituição da penhora, se a hipótese estiver dentro do preconizado no art. 15 da LEF. O que não é possível – ressalte-se mais uma vez – é a substituição da penhora em dinheiro por outro bem de menor liquidez na forma do §2º do art. 835, sem a anuência da Fazenda Nacional. Ou seja, a substituição da penhora em dinheiro depende da concordância da PGFN, diante das circunstâncias concretas e nos termos das orientações existentes.

ALIENAÇÃO ANTECIPADA DOS BENS PENHORADOS

237. O nCPC, no art. 852¹⁷⁴, cuida da alienação antecipada dos bens penhorados, assim como o art. 670 dispunha sobre a matéria. Trata-se de

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

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

IV - havendo bens livres, ela tiver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame;

V - ela incidir sobre bens de baixa liquidez;

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

VII - o executado não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações previstas em lei.

Parágrafo único. A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou por seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.

174 Art. 852. O juiz determinará a alienação antecipada dos bens penhorados quando:

I - se tratar de veículos automotores, de pedras e metais preciosos e de outros bens móveis sujeitos à depreciação ou à deterioração;

II - houver manifesta vantagem.

alienação judicial do bem que ocorre fora do leilão judicial que se configura modalidade específica e excepcional de alienação antecipada de bens.

238. Observa-se que o art. 852, I, do nCPC torna obrigatória a alienação antecipada quando se tratar dos bens elencados naquele dispositivo, diferentemente do art. 670 do CPC 1973 que falava em bens sujeitos a depreciação ou deterioração. Entende-se que se praticamente retira a margem de discricionariedade judicial quanto às hipóteses previstas, pressupondo que, nas referidas situações, os bens sujeitam-se à depreciação ou deterioração. De acordo com Daniel Amorim Assumpção Neves, na situação em comento haveria presunção absoluta para alienação antecipada, considerando em abstrato o perigo do decurso do tempo sobre tais bens, independentemente das circunstâncias do caso concreto.¹⁷⁵

PENHORA DE DINHEIRO EM DEPÓSITO OU EM APLICAÇÃO FINANCEIRA

239. A penhora eletrônica de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira (pelo sistema Bacen Jud) foi mantida no nCPC, tendo sido disciplinada pelo art. 854, *in verbis*:

Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

§ 1º No prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da resposta, de ofício, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição financeira em igual prazo.

175 DANIEL, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 8ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 1218.

§ 2º Tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente.

§ 3º Incumbe ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, comprovar que:

I - as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis;

II - ainda remanesce indisponibilidade excessiva de ativos financeiros.

§ 4º Acolhida qualquer das arguições dos incisos I e II do § 3º, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade irregular ou excessiva, a ser cumprido pela instituição financeira em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 5º Rejeitada ou não apresentada a manifestação do executado, converter-se-á a indisponibilidade em penhora, sem necessidade de lavratura de termo, devendo o juiz da execução determinar à instituição financeira depositária que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, transfira o montante indisponível para conta vinculada ao juízo da execução.

§ 6º Realizado o pagamento da dívida por outro meio, o juiz determinará, imediatamente, por sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, a notificação da instituição financeira para que, em até 24 (vinte e quatro) horas, cancele a indisponibilidade.

§ 7º As transmissões das ordens de indisponibilidade, de seu cancelamento e de determinação de penhora previstas neste artigo far-se-ão por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional.

§ 8º A instituição financeira será responsável pelos prejuízos causados ao executado em decorrência da indisponibilidade de ativos financeiros em valor superior ao indicado na execução ou pelo juiz, bem como na hipótese de não cancelamento da indisponibilidade no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, quando assim determinar o juiz.

§ 9º Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exequente, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido por autoridade supervisora do sistema bancário, que tornem indisponíveis ativos financeiros somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa à violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, na forma da lei.

240. Uma das grandes novidades trazidas pelo dispositivo e que pode ter muita utilidade para a Fazenda Nacional é a previsão de que o juiz determinará a penhora *online* sem dar ciência ao executado. Trata-se de medida normatizada com o intuito de evitar que o executado, ciente da possibilidade da constrição, esvazie suas contas mantidas nas instituições financeiras para evitar a penhora, frustrando o interesse do credor.

241. Considera-se – ainda que se registrem, na doutrina, vozes dissonantes do entendimento ora adotado – possível sustentar que, com base na previsão do *caput* do art. 854 é permitida a determinação da constrição de ativos financeiros após o ajuizamento da execução fiscal, antes mesmo da citação do executado, se houver requerimento do credor neste sentido na petição inicial.

242. Nessa senda, a partir da edição do nCPC, com base no art. 854, considera-se que está permitida a penhora online de dinheiro mantido nas contas em nome do executado. Deve adotar-se, contudo, o procedimento previsto no dispositivo.

243. Com efeito, de acordo com o rito previsto no dispositivo, antes de efetivar-se a penhora, os ativos financeiros são tornados indisponíveis, para que, uma vez rejeitada ou não apresentada manifestação do executado, a indisponibilidade seja convertida em penhora (§5º). Não há dúvidas, portanto, de que a possibilidade de eventual penhora sobre bens impenhoráveis não impede que o juiz determine a utilização do sistema Bacen-jud para constrição de ativos financeiros do executado.¹⁷⁶

244. Caso, todavia, não se entenda que o art. 854 permite a realização de penhora antes de citado o executado, pode-se afirmar que, pelo menos, o dispositivo soma-se ao disposto no art. 830, bem como ao art.

176 Caso prevaleça o entendimento ora defendido, já se vislumbra a superação do que vier a ser decidido no Recurso Especial nº 1.357.362/SP (Tema 691), dentro da sistemática dos recursos repetitivos, caso mantida sua afetação, na medida em que tem como controvérsia a “necessidade de citação válida de todos os executados, em execução fiscal, a fim de possibilitar a utilização da penhora via BACEN-JUD.”

7ª, III, da LEF¹⁷⁷, a conclusão de que, caso o exequente tenha requerido a indisponibilidade de bens do executado com fulcro no mencionado dispositivo, o despacho do juiz que deferir a inicial importa em ordem para arresto online, mediante o próprio sistema Bacen-jud.

245. Convém salientar que o Parecer PGFN/CRJ/Nº 1169/2009 já havia concluído que o arresto poderia ser determinado antes da citação do executado e incidiria sobre quaisquer bens passíveis de penhora, incluindo o dinheiro por meio eletrônico. Além disso, no IFONEF, aprovou-se o Enunciado nº 11 admitindo-se a constrição patrimonial antes da citação do executado.¹⁷⁸

246. Outro destaque que merece ser feito, acerca do dispositivo, diz respeito ao seu §3º, o qual trata da possibilidade de liberação do excesso de numerário indisponibilizado pelo Bacen-jud e de bens impenhoráveis. O §1º do dispositivo prevê a liberação de ofício na hipótese de indisponibilidade excessiva. Há uma preocupação de que a Fazenda Pública seja ouvida antes dessa liberação, porque muitos juízes liberam o numerário constricto de ofício, mesmo existindo outras execuções em face do mesmo devedor.

247. Vale dizer, nesse ponto, que eventual indisponibilidade excessiva não significa excesso de execução, de modo que, havendo outras execuções – caso não se esteja diante de impenhorabilidade – pode haver a conversão da indisponibilidade em penhora em vez de liberação de parte do montante tornado indisponível.

248. Por fim, é pertinente esclarecer que, para aplicação da regra de que *“tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente”*, todos os meios de intimação são admissíveis.

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

(...)

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

178 “É possível a constrição patrimonial, mediante uso dos sistemas à disposição da Justiça Federal, antes da efetiva citação do executado”

PENHORA SOBRE O FATURAMENTO

249. A penhora sobre faturamento encontra-se prevista no art. 835, X, do nCPC, de modo que não há qualquer possibilidade de que o magistrado, no caso concreto, entenda pela ausência de previsão legal expressa e que, sendo muito onerosa, deveria ser afastada.¹⁷⁹

250. O art. 866¹⁸⁰ do nCPC traz a disciplina acerca da penhora sobre o faturamento, cuja aplicação é residual, tendo em vista, inclusive, a sua posição no rol de bens penhoráveis.

251. Prevê-se, no §2º, a nomeação de administrador-depositário, dispondo-se ainda que as quantias recebidas serão entregues em juízo, diferentemente do que preconizava o art. 655-A do CPC/1973, o qual, ao regulamentar o instituto, estabelecia que o produto fosse entregue ao exequente. O §3º do art. 866 prevê a aplicação subsidiária das regras da penhora sobre frutos e rendimentos de coisa móvel ou imóvel.

252. É relevante mencionar, contudo, que, diferentemente do que ocorre na penhora sobre o faturamento, essa entrega de quantias ao exequente permanece na penhora de rendimentos de coisa móvel ou imóvel consoante o §3º do art. 869 do nCPC.¹⁸¹

179 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Volume Único. 8ª edição. Salvador: Editora Juspodivm, 2016, p. 1174.

180 Art. 866. Se o executado não tiver outros bens penhoráveis ou se, tendo-os, esses forem de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito executado, o juiz poderá ordenar a penhora de percentual de faturamento de empresa.

§ 1º O juiz fixará percentual que propicie a satisfação do crédito exequendo em tempo razoável, mas que não torne inviável o exercício da atividade empresarial.

§ 2º O juiz nomeará administrador-depositário, o qual submeterá à aprovação judicial a forma de sua atuação e prestará contas mensalmente, entregando em juízo as quantias recebidas, com os respectivos balancetes mensais, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

§ 3º Na penhora de percentual de faturamento de empresa, observar-se-á, no que couber, o disposto quanto ao regime de penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel.

181 Art. 869 (...)

§ 5º As quantias recebidas pelo administrador serão entregues ao exequente, a fim de serem imputadas ao pagamento da dívida.

ADJUDICAÇÃO DOS BENS PENHORADOS

253. Ao tratar da expropriação dos bens, na Seção IV do nCPC, nota-se que a nova codificação manteve a adjudicação como meio expropriatório preferencial (art. 876, *caput*, c/c art. 880). Impende transcrever o art. 876, uma vez que possui redação diferente em relação ao art. 685-A do CPC/1973:

Art. 876. É lícito ao exequente, oferecendo preço não inferior ao da avaliação, requerer que lhe sejam adjudicados os bens penhorados.

§ 1º Requerida a adjudicação, o executado será intimado do pedido:

I - pelo Diário da Justiça, na pessoa de seu advogado constituído nos autos;

II - por carta com aviso de recebimento, quando representado pela Defensoria Pública ou quando não tiver procurador constituído nos autos;

III - por meio eletrônico, quando, sendo o caso do § 1º do art. 246, não tiver procurador constituído nos autos.

§ 2º Considera-se realizada a intimação quando o executado houver mudado de endereço sem prévia comunicação ao juízo, observado o disposto no art. 274, parágrafo único.

§ 3º Se o executado, citado por edital, não tiver procurador constituído nos autos, é dispensável a intimação prevista no § 1º.

§ 4º Se o valor do crédito for:

I - inferior ao dos bens, o requerente da adjudicação depositará de imediato a diferença, que ficará à disposição do executado;

II - superior ao dos bens, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente.

§ 5º Idêntico direito pode ser exercido por aqueles indicados no art. 889, incisos II a VIII, pelos credores concorrentes que hajam

penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelo companheiro, pelos descendentes ou pelos ascendentes do executado.

§ 6º Se houver mais de um pretendente, proceder-se-á a licitação entre eles, tendo preferência, em caso de igualdade de oferta, o cônjuge, o companheiro, o descendente ou o ascendente, nessa ordem.

§ 7º No caso de penhora de quota social ou de ação de sociedade anônima fechada realizada em favor de exequente alheio à sociedade, esta será intimada, ficando responsável por informar aos sócios a ocorrência da penhora, assegurando-se a estes a preferência.

254. Nota-se que houve aperfeiçoamentos quanto ao instituto. Da leitura do dispositivo acima transcrito, percebe-se que uma das inovações foi a exigência de intimação do executado, para que se manifeste acerca do pedido de adjudicação e a regulamentação de como se dará essa intimação.¹⁸² O Enunciado nº 10 do FOREXEC entendeu pela aplicação de tal intimação às execuções fiscais.¹⁸³

255. Outra novidade é a previsão contida no §7º que, ao dispor sobre a penhora de cota social, previu que a sociedade é intimada da penhora, cabendo a ela informar os sócios da constrição. Ainda no campo das novidades, previu-se a inclusão do companheiro ou companheira entre os sujeitos que possuem preferência (§6º).

256. Daniel Amorim Assumpção Neves entende que o direito de preferência somente pode ser exercido se houver, nesse sentido, prova pré-constituída, já que uma eventual discussão incidental acerca da existência ou não de união estável envolvendo o devedor não parece compatível com a simplicidade e celeridade que se pretende tanto com a execução como com a adjudicação em si.¹⁸⁴

257. **Importa mencionar que a LEF contém previsão específica sobre a adjudicação no art. 24.¹⁸⁵ Diante disso, a preferência da Fazenda**

182 É relevante chamar a atenção para a previsão, mais uma vez, da intimação eletrônica e para a presunção de que foi realizada a intimação quando há mudança de endereço pelo executado, sem comunicação do juízo.

183 “No caso de requerimento de adjudicação, o executado deverá ser previamente intimado nos termos do Art. 876, § 1º, do nCPC.”

184 DANIEL, NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015**, São Paulo: Método, 2015, p. 434.

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

da prevalece sobre aquela prevista no §6^a do art. 876. Essa é inclusive a conclusão do Enunciado n^o 11 do FOREXEC.¹⁸⁶

258. Ainda como corolário da previsão específica da LEF, tem-se que, em caso de adjudicação de bem de valor superior ao crédito, a Fazenda possui prazo de 30 dias para depósito do valor da diferença, não sendo obrigada ao depósito imediato como preconiza o nCPC. A esse respeito, o Enunciado n^o 9 do FOREXEC dispôs que “o prazo de que dispõe a Fazenda, como exequente, para depositar o valor da diferença em caso de adjudicação de bem de valor superior ao crédito é de 30 dias conforme art. 24, parágrafo único, da LEF, e não de imediato conforme a previsão do art. 876, § 4^a do Novo Código de Processo Civil.”

259. No que pertine à adjudicação, importa também destacar que o art. 878 do nCPC dispõe que, na hipótese de ser frustrada a tentativa de alienação do bem, em todas as modalidades possíveis, reabre-se nova oportunidade para requerimento da adjudicação, podendo haver, em tal situação, nova avaliação.

260. Registre-se, ademais, que o artigo 98, da Lei n^o 8.212/91¹⁸⁷, prevê regramento específico para adjudicação de bens pela Fazenda Pública, aplicável à Dívida Ativa da União por força do disposto no § 11^o, incluído pela Lei n^o 10.522/2002, não se podendo olvidar de sua relevância quando do socorro ao instituto em apreço.

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

II - findo o leilão:

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

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

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

186 “A preferência da Fazenda para a adjudicação prevista no Art. 24, II, b, da LEF prevalece sobre a do cônjuge/companheiro, descendente ou ascendente prevista no Art. 876, § 6^o, do NCPC.”

187 Art. 98. Nas execuções fiscais da dívida ativa do INSS, o leilão judicial dos bens penhorados realizar-se-á por leiloeiro oficial, indicado pelo credor, que procederá à hasta pública: (Artigo restabelecido, com nova redação e inclusão de incisos, parágrafos e alíneas, pela Lei n^o 9.528, de 10.12.1997).

I - no primeiro leilão, pelo valor do maior lance, que não poderá ser inferior ao da avaliação;

II - no segundo leilão, por qualquer valor, excetuado o vil.

§ 1^o Poderá o juiz, a requerimento do credor, autorizar seja parcelado o pagamento do valor da arrematação, na forma prevista para os parcelamentos administrativos de débitos previdenciários.

ALIENAÇÃO POR INICIATIVA DO PARTICULAR E LEILÃO JUDICIAL

261. A alienação, à luz do art. 879 do nCPC, pode ser por iniciativa do particular ou em leilão judicial eletrônico ou presencial. Acerca da alienação por iniciativa do particular, cuja utilização já é admitida e regulamentada pela PGFN¹⁸⁸, o art. 880¹⁸⁹ aperfeiçoa o regime do art. 685-C do CPC/1973 no que pertine às condições a serem observadas.

§ 2º Todas as condições do parcelamento deverão constar do edital de leilão.

§ 3º O débito do executado será quitado na proporção do valor de arrematação.

§ 4º O arrematante deverá depositar, no ato, o valor da primeira parcela.

§ 5º Realizado o depósito, será expedida carta de arrematação, contendo as seguintes disposições:

- a) valor da arrematação, valor e número de parcelas mensais em que será pago;
- b) constituição de hipoteca do bem adquirido, ou de penhor, em favor do credor, servindo a carta de título hábil para registro da garantia;
- c) indicação do arrematante como fiel depositário do bem móvel, quando constituído penhor;
- d) especificação dos critérios de reajustamento do saldo e das parcelas, que será sempre o mesmo vigente para os parcelamentos de débitos previdenciários.

§ 6º Se o arrematante não pagar, no vencimento, qualquer das parcelas mensais, o saldo devedor remanescente vencerá antecipadamente, que será acrescido em cinquenta por cento de seu valor a título de multa, e, imediatamente inscrito em dívida ativa e executado.

§ 7º Se no primeiro ou no segundo leilões a que se refere o caput não houver licitante, o INSS poderá adjudicar o bem por cinquenta por cento do valor da avaliação.

§ 8º Se o bem adjudicado não puder ser utilizado pelo INSS, e for de difícil venda, poderá ser negociado ou doado a outro órgão ou entidade pública que demonstre interesse na sua utilização.

§ 9º Não havendo interesse na adjudicação, poderá o juiz do feito, de ofício ou a requerimento do credor, determinar sucessivas repetições da hasta pública.

§ 10. O leiloeiro oficial, a pedido do credor, poderá ficar como fiel depositário dos bens penhorados e realizar a respectiva remoção.

§ 11. O disposto neste artigo aplica-se às execuções fiscais da Dívida Ativa da União. (Incluído pela Lei nº 10.522, de 2002).

188 Importa mencionar que os PGFN/CRJ nº 1732/2007 e 2092/2011 trataram da viabilidade do instituto nas execuções fiscais. Registrem-se também, sobre a aplicação da alienação por iniciativa do particular, o Parecer CDA/CGD 1877/2013 e a Portaria PGFN nº 814/2013, elaborada com base na manifestação exarada na Nota PGFN/CDA/CGD/Nº 1106/2013.

189 Art. 880. Não efetivada a adjudicação, o exequente poderá requerer a alienação por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor ou leiloeiro público credenciado perante o órgão judiciário.

§ 1º O juiz fixará o prazo em que a alienação deve ser efetivada, a forma de publicidade, o preço mínimo, as condições de pagamento, as garantias e, se for o caso, a comissão de corretagem.

262. Quanto à medida, de acordo com o Enunciado n° 12, do FOREXEC, “*não obstante o disposto no art. 23 da LEF, no sentido de que a alienação de quaisquer bens penhorados será feita em leilão público, é possível a alienação por iniciativa do particular do exequente prevista no art. 880 do NCPC.*” Observa-se que a orientação quanto ao cabimento da alienação por iniciativa do particular não destoa do que entende a PGFN, na medida em que se admite o uso do instituto, dentro das balizas levadas a efeito.

263. **Permite-se a alienação pelo próprio exequente ou por meio de leiloeiro credenciado perante o órgão judiciário, quando frustrada ou não requerida a adjudicação. Registra-se a novidade do §4^a do art. 880, o qual permite a livre indicação de corretor ou leiloeiro pelo exequente, quando não houver um credenciado na localidade.**

264. Cumpre mencionar que, de acordo com o Enunciado n° 192 do FPPC¹⁹⁰, a alienação por iniciativa particular não é invalidada quando não realizada por meio de corretor ou leiloeiro não credenciado, exceto se o executado demonstrar a ocorrência de prejuízo. Imperioso salientar que não é bastante a alegação de prejuízo, mas sua efetiva demonstração.

265. Ademais, consoante previsto no art. 882¹⁹¹, a alienação será realizada, preferencialmente, por meio eletrônico, devendo ser presencial apenas se impossível a realização eletrônica.

§ 2º A alienação será formalizada por termo nos autos, com a assinatura do juiz, do exequente, do adquirente e, se estiver presente, do executado, expedindo-se:

I - a carta de alienação e o mandado de imissão na posse, quando se tratar de bem imóvel;

II - a ordem de entrega ao adquirente, quando se tratar de bem móvel.

§ 3º Os tribunais poderão editar disposições complementares sobre o procedimento da alienação prevista neste artigo, admitindo, quando for o caso, o concurso de meios eletrônicos, e dispor sobre o credenciamento dos corretores e leiloeiros públicos, os quais deverão estar em exercício profissional por não menos que 3 (três) anos.

§ 4º Nas localidades em que não houver corretor ou leiloeiro público credenciado nos termos do § 3º, a indicação será de livre escolha do exequente.

190 “Alienação por iniciativa particular realizada por corretor ou leiloeiro não credenciado perante o órgão judiciário não invalida o negócio jurídico, salvo se o executado comprovar prejuízo.”

191 Art. 882. Não sendo possível a sua realização por meio eletrônico, o leilão será presencial.

§ 1º A alienação judicial por meio eletrônico será realizada, observando-se as garantias processuais das partes, de acordo com regulamentação específica do Conselho Nacional de Justiça.

§ 2º A alienação judicial por meio eletrônico deverá atender aos requisitos de ampla publicidade, autenticidade e segurança, com observância das regras estabelecidas na legislação sobre certificação digital.

266. Acerca do leilão judicial, alguns apontamentos devem ser feitos. Com efeito, o art. 885 do nCPC¹⁹² não possui correspondente em relação ao CPC/1973 e dispõe que o juiz fixará o preço mínimo, as condições de pagamento e as garantias a serem prestadas pelo arrematante, devendo tais informações constar do edital do leilão na linha do inciso II do art. 886.

267. No que atine ao preço mínimo, releva transcrever o Enunciado nº 14 do FOREXEC, o qual dispôs que: “o parâmetro previsto no art. 891, parágrafo único,¹⁹³ não impede que o juiz, na aplicação do art. 885, ambos do NCPC, fixe o valor mínimo do bem em montante inferior ou superior a cinquenta por cento.”

268. Sobre a falta de fixação de preço mínimo para a arrematação, o Enunciado nº 193 do FPPC entendeu que não é justificativa para adiamento do leilão, tampouco é causa de nulidade da arrematação.¹⁹⁴

269. Conforme previsão do art. 892 do nCPC, em regra, o pagamento deve ser feito imediatamente por depósito judicial ou por meio eletrônico, mas admite-se decisão judicial em sentido diverso.¹⁹⁵

192 Art. 885. O juiz da execução estabelecerá o preço mínimo, as condições de pagamento e as garantias que poderão ser prestadas pelo arrematante.

193 Art. 891. Não será aceito lance que ofereça preço vil.
Parágrafo único. Considera-se vil o preço inferior ao mínimo estipulado pelo juiz e constante do edital, e, não tendo sido fixado preço mínimo, considera-se vil o preço inferior a cinquenta por cento do valor da avaliação.

194 “Não justifica o adiamento do leilão, nem é causa de nulidade da arrematação, a falta de fixação, pelo juiz, do preço mínimo para a arrematação.”

195 Art. 892. Salvo pronunciamento judicial em sentido diverso, o pagamento deverá ser realizado de imediato pelo arrematante, por depósito judicial ou por meio eletrônico.

§ 1º Se o exequente arrematar os bens e for o único credor, não estará obrigado a exhibir o preço, mas, se o valor dos bens exceder ao seu crédito, depositará, dentro de 3 (três) dias, a diferença, sob pena de tornar-se sem efeito a arrematação, e, nesse caso, realizar-se-á novo leilão, à custa do exequente.

§ 2º Se houver mais de um pretendente, proceder-se-á entre eles à licitação, e, no caso de igualdade de oferta, terá preferência o cônjuge, o companheiro, o descendente ou o ascendente do executado, nessa ordem.

§ 3º No caso de leilão de bem tombado, a União, os Estados e os Municípios terão, nessa ordem, o direito de preferência na arrematação, em igualdade de oferta.

270. Outro destaque que merece ser feito diz respeito ao prazo de antecedência da publicação do edital prevista no art. 887 do nCPC.¹⁹⁶Nota-se que a disposição do novo código é diversa da contida no art. 22 da LEF, *in verbis*:

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.

196 Art. 887. O leiloeiro público designado adotará providências para a ampla divulgação da alienação.

§ 1º A publicação do edital deverá ocorrer pelo menos 5 (cinco) dias antes da data marcada para o leilão.

§ 2º O edital será publicado na rede mundial de computadores, em sítio designado pelo juízo da execução, e conterá descrição detalhada e, sempre que possível, ilustrada dos bens, informando expressamente se o leilão se realizará de forma eletrônica ou presencial.

§ 3º Não sendo possível a publicação na rede mundial de computadores ou considerando o juiz, em atenção às condições da sede do juízo, que esse modo de divulgação é insuficiente ou inadequado, o edital será afixado em local de costume e publicado, em resumo, pelo menos uma vez em jornal de ampla circulação local.

§ 4º Atendendo ao valor dos bens e às condições da sede do juízo, o juiz poderá alterar a forma e a frequência da publicidade na imprensa, mandar publicar o edital em local de ampla circulação de pessoas e divulgar avisos em emissora de rádio ou televisão local, bem como em sítios distintos do indicado no § 2º.

§ 5º Os editais de leilão de imóveis e de veículos automotores serão publicados pela imprensa ou por outros meios de divulgação, preferencialmente na seção ou no local reservados à publicidade dos respectivos negócios.

§ 6º O juiz poderá determinar a reunião de publicações em listas referentes a mais de uma execução.

271. Se, por um lado, a possibilidade de publicação em diferentes meios prevista no art. 887 parece compatível com a previsão da LEF, por outro lado, crê-se que o prazo de antecedência da LEF deve prevalecer em relação ao previsto no nCPC. Essa foi, inclusive, a conclusão do FOREXEC no seu Enunciado nº 15.¹⁹⁷

PARCELAMENTO DA ARREMATACÃO

272. O art. 895 do nCPC cuida do parcelamento da arrematação, nos seguintes termos:

Art. 895. O interessado em adquirir o bem penhorado em prestações poderá apresentar, por escrito:

I - até o início do primeiro leilão, proposta de aquisição do bem por valor não inferior ao da avaliação;

II - até o início do segundo leilão, proposta de aquisição do bem por valor que não seja considerado vil.

§ 1º A proposta conterà, em qualquer hipótese, oferta de pagamento de pelo menos vinte e cinco por cento do valor do lance à vista e o restante parcelado em até 30 (trinta) meses, garantido por caução idônea, quando se tratar de móveis, e por hipoteca do próprio bem, quando se tratar de imóveis.

§ 2º As propostas para aquisição em prestações indicarão o prazo, a modalidade, o indexador de correção monetária e as condições de pagamento do saldo.

§ 3º (VETADO).

197 O prazo de antecedência da publicação do edital de leilão nas execuções fiscais permanece sendo aquele previsto no Art. 22, § 1º, da LEF, e não o previsto no Art. 887, § 1º, do CPC/2015.

§ 4º No caso de atraso no pagamento de qualquer das prestações, incidirá multa de dez por cento sobre a soma da parcela inadimplida com as parcelas vincendas.

§ 5º O inadimplemento autoriza o exequente a pedir a resolução da arrematação ou promover, em face do arrematante, a execução do valor devido, devendo ambos os pedidos ser formulados nos autos da execução em que se deu a arrematação.

§ 6º A apresentação da proposta prevista neste artigo não suspende o leilão.

§ 7º A proposta de pagamento do lance à vista sempre prevalecerá sobre as propostas de pagamento parcelado.

§ 8º Havendo mais de uma proposta de pagamento parcelado:

I - em diferentes condições, o juiz decidirá pela mais vantajosa, assim compreendida, sempre, a de maior valor;

II - em iguais condições, o juiz decidirá pela formulada em primeiro lugar.

§ 9º No caso de arrematação a prazo, os pagamentos feitos pelo arrematante pertencerão ao exequente até o limite de seu crédito, e os subsequentes, ao executado.

273. Observa-se que o §5º do dispositivo em comento preconiza que o inadimplemento autoriza o exequente a pedir a resolução da arrematação ou promover, em face do arrematante, a execução do valor devido, devendo ambos os pedidos serem formulados nos autos da execução em que se deu a arrematação. Considera-se que tal dispositivo não se aplica às execuções fiscais em face da previsão específica do art. 98 da Lei 8.212/91.¹⁹⁸Entretan-

198 Art. 98. Nas execuções fiscais da dívida ativa do INSS, o leilão judicial dos bens penhorados realizar-se-á por leiloeiro oficial, indicado pelo credor, que procederá à hasta pública: (Artigo restabelecido, com nova redação e inclusão de incisos, parágrafos e alíneas, pela Lei nº 9.528, de 10.12.1997).

I - no primeiro leilão, pelo valor do maior lance, que não poderá ser inferior ao da avaliação;

II - no segundo leilão, por qualquer valor, excetuado o vil.

to, o §5º do art. 895 parece ser mais célere, porque não há a sucessão processual, sistemática que poderia ser útil para a Fazenda Nacional.

DA NECESSIDADE DE GARANTIA DO JUÍZO E DO EFEITO SUSPENSIVO DOS EMBARGOS

274. Quanto ao efeito suspensivo dos embargos, observa-se que o nCPC trouxe regime semelhante ao decorrente das alterações promovidas pela Lei nº 11.382/2006, no CPC/1973, de modo que a presente orientação é no mesmo sentido da expendida por ocasião do Parecer PGFN/CRJ nº 1.732/2007. Com efeito, é importante reiterar a orientação, uma vez que, atualmente, o entendimento tem respaldo do STJ, conforme se denota do Recurso Especial nº 1272827/PE, já mencionado no bojo do deste Parecer, reforçando a ideia do microsistema processual da LEF.

§ 1º Poderá o juiz, a requerimento do credor, autorizar seja parcelado o pagamento do valor da arrematação, na forma prevista para os parcelamentos administrativos de débitos previdenciários.

§ 2º Todas as condições do parcelamento deverão constar do edital de leilão.

§ 3º O débito do executado será quitado na proporção do valor de arrematação.

§ 4º O arrematante deverá depositar, no ato, o valor da primeira parcela.

§ 5º Realizado o depósito, será expedida carta de arrematação, contendo as seguintes disposições:

- a) valor da arrematação, valor e número de parcelas mensais em que será pago;
- b) constituição de hipoteca do bem adquirido, ou de penhor, em favor do credor, servindo a carta de título hábil para registro da garantia;
- c) indicação do arrematante como fiel depositário do bem móvel, quando constituído penhor;
- d) especificação dos critérios de reajustamento do saldo e das parcelas, que será sempre o mesmo vigente para os parcelamentos de débitos previdenciários.

§ 6º Se o arrematante não pagar, no vencimento, qualquer das parcelas mensais, o saldo devedor remanescente vencerá antecipadamente, que será acrescido em cinquenta por cento de seu valor a título de multa, e, imediatamente inscrito em dívida ativa e executado.

§ 7º Se no primeiro ou no segundo leilões a que se refere o caput não houver licitante, o INSS poderá adjudicar o bem por cinquenta por cento do valor da avaliação.

§ 8º Se o bem adjudicado não puder ser utilizado pelo INSS, e for de difícil venda, poderá ser negociado ou doado a outro órgão ou entidade pública que demonstre interesse na sua utilização.

§ 9º Não havendo interesse na adjudicação, poderá o juiz do feito, de ofício ou a requerimento do credor, determinar sucessivas repetições da hasta pública.

§ 10. O leiloeiro oficial, a pedido do credor, poderá ficar como fiel depositário dos bens penhorados e realizar a respectiva remoção.

275. Considera-se necessária a garantia do juízo, exigida pelo art. 16, *caput* e incisos, da LEF, por se tratar de lei especial, afastando-se, portanto, a disciplina do art. 914¹⁹⁹, o qual manteve a regra geral contida no CPC/1973 após a Lei nº 11.382/2006 pela desnecessidade de garantia do juízo para a oposição de embargos. Nesse caso, considera-se que a necessidade de garantia do juízo prevista na LEF não é afastada pela nCPC.

276. Desse modo, caso a penhora seja insuficiente para garantir a execução fiscal, deve-se buscar requerer seu reforço, nos termos dos arts. 15, II, da LEF, art. 874, II, do nCPC. Entretanto, o STJ, no REsp 1127815/SP, julgado na forma de recurso repetitivo, entendeu 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 pétrea do acesso à justiça*”

277. Assim, constatada a oposição de embargos à execução, a insuficiência da penhora não é motivo bastante para o seu não recebimento e, mas nem por isso se deve deixar de requerer o reforço da penhora. Ademais, ainda que se permita que não haja reforço diante da insuficiência patrimonial do executado, deve haver a efetiva comprovação de tal fato.

278. Já no que pertine ao efeito suspensivo dos embargos, novamente retoma-se o que foi orientado no Parecer PGFN/CRJ/Nº 1732/2007, no sentido de que “*em face da disciplina expressa da LEF, ainda persiste na execução fiscal a necessidade de garantia do juízo para apresentação dos embargos à execução, contudo, uma vez ajuizados, não possuem o condão de suspender os atos executivos imediatamente, dependendo para tal de decisão expressa do juiz a respeito, nos termos do CPC*”.

279. Trata-se de conclusão que decorre da especialidade da LEF em relação à regra prevista no art. 919²⁰⁰ do nCPC, que mantém o que fora discipli-

§ 11. O disposto neste artigo aplica-se às execuções fiscais da Dívida Ativa da União. (Incluído pela Lei nº 10.522, de 2002).

199 Art. 914. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá se opor à execução por meio de embargos.

§ 1º Os embargos à execução serão distribuídos por dependência, autuados em apartado e instruídos com cópias das peças processuais relevantes, que poderão ser declaradas autênticas pelo próprio advogado, sob sua responsabilidade pessoal.

§ 2º Na execução por carta, os embargos serão oferecidos no juízo deprecante ou no juízo deprecado, mas a competência para julgá-los é do juízo deprecante, salvo se versarem unicamente sobre vícios ou defeitos da penhora, da avaliação ou da alienação dos bens efetuadas no juízo deprecado.

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

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

nado no art. 739-A do CPC/1973. Esse é, inclusive, o entendimento adotado pelo STJ no Recurso Repetitivo adrede referido.

280. **Desse modo, pode-se dizer que, no regime do nCPC, ainda se exige a garantia da execução para o oferecimento dos embargos em execução fiscal (art. 16, § 1º, da LEF), mas a concessão de efeito suspensivo dependerá do requerimento do embargante e da verificação dos requisitos para a concessão da tutela provisória.**

DOS EMBARGOS MANIFESTAMENTE PROTELATÓRIOS

281. Outra medida nova trazida no nCPC diz respeito à oposição de embargos manifestamente protelatórios como conduta atentatória à dignidade da justiça, nos termos do parágrafo único do art. 918.²⁰¹ Acerca do dispositivo, cumpre transcrever a seguinte lição da doutrina:

“Com o fito de privilegiar a boa-fé processual, bem como ferramenta apta a desencorajar a multiplicação de defesas infundadas, o parágrafo único do art. 918 classifica como ‘conduta atentatória à dignidade da justiça o oferecimento de embargos manifestamente protelatórios’, mantendo a previsão de sanção contra tais atos.

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

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

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

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

201 Art. 918. O juiz rejeitará liminarmente os embargos:

I - quando intempestivos;

II - nos casos de indeferimento da petição inicial e de improcedência liminar do pedido;

III - manifestamente protelatórios.

Parágrafo único. Considera-se conduta atentatória à dignidade da justiça o oferecimento de embargos manifestamente protelatórios.

Referida previsão legal contribui para a celeridade e efetividade da prestação jurisdicional”²⁰²

282. Entende-se que a previsão contida no dispositivo em comento é aplicável às execuções fiscais.

DA SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO

283. O art. 921²⁰³ do nCPC trata das hipóteses de suspensão da execução, tratando, no inciso III e §§2º, 3º e 4º, de modalidade de prescrição intercorrente por ausência de localização do executado ou de seus bens, de forma bastante semelhante ao art. 40 da LEF²⁰⁴. Vale ressaltar que, na esteira do que fora afirmado no Parecer PGFN/CDA/CRJ nº 1.816/2013, a ocorrência de prescrição intercorrente nos processos executivos não está restrita à hipótese

202 DAL’COL Caio Sá; ABREU, Livia Dalla Bernardina. Reflexos do Novo CPC (Lei nº 13.105/2015) nas Execuções Fiscais. In: ARAÚJO, José Henrique Mouta; CUNHA, Leonardo Carneiro da. **Advocacia Pública**. Coleção Repercussões do Novo CPC, volume 3, coordenador geral Fredie Didier Jr. Salvador: Editora Juspodvm, 2015, p.57 a 82, p. 66

203 Art. 921. Suspende-se a execução:

I - nas hipóteses dos arts. 313 e 315, no que couber;

II - no todo ou em parte, quando recebidos com efeito suspensivo os embargos à execução;

III - quando o executado não possuir bens penhoráveis;

IV - se a alienação dos bens penhorados não se realizar por falta de licitantes e o exequente, em 15 (quinze) dias, não requerer a adjudicação nem indicar outros bens penhoráveis;

V - quando concedido o parcelamento de que trata o Art. 916.

§ 1º Na hipótese do inciso III, o juiz suspenderá a execução pelo prazo de 1 (um) ano, durante o qual se suspenderá a prescrição.

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

§ 3º Os autos serão desarquivados para prosseguimento da execução se a qualquer tempo forem encontrados bens penhoráveis.

§ 4º Decorrido o prazo de que trata o § 1º sem manifestação do exequente, começa a correr o prazo de prescrição intercorrente.

§ 5º O juiz, depois de ouvidas as partes, no prazo de 15 (quinze) dias, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição de que trata o § 4º e extinguir o processo.

204 Interessante mencionar os enunciados nº 195 e 196 do FPPC sobre a disciplina do Art. 921 “*prazo de prescrição intercorrente previsto no Art. 921, § 4º, tem início automaticamente um ano após a intimação da decisão de suspensão de que trata o seu § 1º*”; “*O prazo da prescrição intercorrente é o mesmo da ação.*”

de ser constatada ausência de localização de bens ou do devedor, ainda que o seu reconhecimento esteja expressamente previsto em tal situação.

284. Tem-se, portanto, que a disciplina do art. 921, bem como do art. 40 da LEF não esgotam a possibilidade de reconhecimento de prescrição intercorrente em outras hipóteses.²⁰⁵

CONCLUSÃO

285. Essas são as considerações iniciais desta Coordenação-Geral acerca do impacto da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, com as alterações da Lei nº 13.256, de 4 de fevereiro de 2016, que entraram em vigor no dia 18 de março deste ano, nas execuções fiscais. Importa, novamente, destacar, que se trata de uma primeira leitura das normas do nCPC à luz do regime da LEF, na perspectiva de um microsistema de cobrança do crédito fazendário, em que se busca maior efetividade em relação às demandas judicializadas, tendo em vista os crescentes esforços que a PGFN tem feito, inclusive, no âmbito administrativo, para que se obtenha maior êxito na recuperação dos créditos ajuizados.

286. Reitera-se ainda que o presente Parecer foi elaborado visando auxiliar os Procuradores da Fazenda Nacional, sobretudo nesse especial período de transição entre o sistema revogado e o novo, buscando-se dar ênfase, inclusive e na medida do possível no momento, a alguns aspectos cujas dúvidas já vêm sendo suscitadas nos fóruns de discussão institucional.

287. Vale dizer, contudo, que existem várias questões ou aspectos que, potencialmente, seja pela relevância ou por serem inovações, demandariam um maior aprofundamento, o que não foi possível de se realizar nesta oportunidade, uma vez que se pretendeu proporcionar, da forma mais tempestiva possível, uma abordagem inicial à carreira.

288. Além disso, com o tempo, a aplicação prática e novos estudos sobre os institutos do nCPC, assim como a jurisprudência dos tribunais, permitirá que novos temas possam ser objeto de futuras orientações, assim como, eventualmente, alguns dos assuntos ora tratados possam ser revisitados em novas e mais precisas manifestações.

205 Remete-se ao Parecer PGFN/CDA/CRJ nº 1.816/2013 para maiores esclarecimentos sobre o fenômeno da prescrição intercorrente nas execuções fiscais.

289. Cumpre, por fim, ressaltar que as teses ora firmadas não devem importar em um aumento desnecessário da litigiosidade, devendo a atuação dos Procuradores da Fazenda Nacional, dentro das balizas institucionais, estar pautada pelo utilitarismo e efetividade do uso dos instrumentos processuais.

290. É o parecer. Caso aprovado, sugere-se ampla divulgação no âmbito desta Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 22 de abril de 2016.

FLÁVIA PALMEIRA DE MOURA COELHO
Procuradora da Fazenda Nacional

DESPACHO PGFN/CRJ/S/N/2016

Documento: Registro s/nº

Interessado: PGFN/CRJ

Assunto: SIGILO - Informação protegida pelo sigilo profissional. Lei 8.112/90, art. 116, VIII; Lei 8.906/94, art. 34, VII. Impacto do nCPC às execuções fiscais. Parecer elaborado com o intuito de lançar uma orientação inicial quanto ao efeito prático das alterações legislativas em relação às execuções fiscais, a partir de primeiras impressões da doutrina e conjecturas sobre possível utilidade de alguns institutos para a Fazenda Nacional. A ideia basilar do Parecer, fundada na aplicação da Teoria do Diálogo das Fontes, é o fortalecimento do microsistema da cobrança do crédito fazendário.

Trata-se de PARECER PGFN/CRJ/Nº 618/2016, da lavra da Procuradora FLÁVIA PALMEIRA DE MOURA COELHO, com a qual manifesto minha concordância.

À consideração superior.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 25 de abril de 2016.

ROGÉRIO CAMPOS

Coordenador-Geral da Representação
Judicial da Fazenda Nacional

Aprovo.

PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, em 25 de abril de 2016.

CLAUDIO XAVIER SEEFELDER FILHO

Procurador-Geral Adjunto de Consultoria e Contencioso Tributário