



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL A QUEM COUBER POR LIVRE DISTRIBUI-
ÇÃO**

**CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS
DO BRASIL – CFOAB**, serviço público dotado de personalidade jurídica
própria e forma Federativa, regulamentado pela Lei nº 8.906/94, com sede em
Brasília/DF, no SAUS, Qd. 05, Lote 01, Bloco M, inscrito no CNPJ sob nº
33.205.451/0001-14, por seu Presidente **MARCUS VINÍCIUS FURTADO
COELHO**, por seu Procurador Especial Tributário, **LUIZ GUSTAVO BI-
CHARA**, e por seu advogado que esta subscreve (**doc. 01**), vem, à presença
de Vossa Excelência, com fulcro nos arts. 102, I, *a*, e 103, VII, da Constitui-
ção, no art. 54, XIV, da Lei nº 8.906/94 e no art. 2º, VII, da Lei nº 9.868/99,
propor

**ACÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM
PEDIDO DE CAUTELAR**

objetivando a declaração de inconstitucionalidade parcial sem redução do tex-
to do art. 739-A. do Código de Processo Civil. e seus respectivos parágrafos.
com redação dada pela Lei nº 11.382/06, pelas razões que passa a expor.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

1 - OS DISPOSITIVOS LEGAIS QUESTIONADOS:

Como se sabe, a cobrança judicial do crédito tributário (Dívida Ativa da Fazenda Pública) tem seu regramento próprio, sendo regida pela Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, e, de acordo com o seu art. 1º, subsidiariamente pelo Código de Processo Civil:

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

A despeito da sua especialidade, a própria lei, como se vê, determinou a aplicação subsidiária das normas constantes do Código de Processo Civil.

O aludido diploma legal, erigido à época de um Estado Autoritário e norteador por uma alegada supremacia do interesse público, foi editado a pretexto de tornar mais célere e efetiva a cobrança dos créditos da Fazenda Pública.

Afinal, a impressão que se tinha era a de que a execução manejada sob o rito do Código de Processo Civil de 1973, aplicável às execuções fiscais desde a sua edição, privilegiava sobremaneira os devedores, sendo, por tal razão, incompatível com a necessidade de arrecadação do Estado, eis que o crédito tributário estaria revestido de maior relevância que os demais.

Sobre o tema, Humberto Theodoro Júnior observou que a Lei 6.830/80 foi editada com “o claro e expresso propósito de agilizar a execução fiscal, criando um procedimento especial diverso do da execução forçada comum de quantia certa, regulado pelo Código de Processo Civil”.¹

Embora houvesse a intenção de se instituir um microsistema exclusivo para cobrança judicial da dívida fiscal, o legislador ordinário manteve a aplicação do Código de Processo Civil para as hipóteses sobre as quais a legislação especial foi omissa em disciplinar.

¹ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Lei de execução fiscal: comentários e jurisprudência / Humberto Theodoro Júnior . – 10. Ed., rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2007. Pág. 3



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

Na prática, a aplicação subsidiária do CPC às Execuções Fiscais deu (e dá) azo a diversas controvérsias, notadamente no que se refere à existência ou não de lacuna que permita a aplicação da lei subsidiária.

O caso de maior repercussão, e alvo de acirrados debates no campo doutrinário e jurisprudencial, diz respeito à **atribuição de efeito suspensivo automático aos embargos do devedor em execução fiscal**.

Isso porque, no âmbito da execução civil, dentre as alterações levadas a efeito pela Lei nº 11.382/06, destacou-se aquela, consubstanciada no *caput* e §1ª do art. 739-A, do CPC, que tornou regra geral a ausência de efeito suspensivo aos embargos do devedor.

Desde então, a atribuição de efeito suspensivo passou a ser restrita aos casos em que, além de garantida a dívida, o executado lograsse êxito em demonstrar a relevância dos seus fundamentos, bem como o risco de grave dano ou de difícil e incerta reparação.

Veja-se, a título ilustrativo, o referido dispositivo legal:

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

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

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

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

§ 4º A concessão de efeito suspensivo aos embargos oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

não embargaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

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

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

Neste ponto, a controvérsia reside em saber se tais dispositivos devem ser aplicáveis às execuções fiscais ou se apenas e tão somente às execuções de natureza cível.

Passando ao largo dos argumentos de ordem legal desenvolvidos de parte a parte, tem-se que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça - STJ, quando do julgamento do **Recurso Especial nº 1.272.827/PE²**, declarou aplicável às execuções fiscais o artigo 739-A do Código de Processo Civil, em decisão que pode ser resumida:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART 543-C, DO CPC. APLICABILIDADE DO ART. 739-A, §1º, DO CPC ÀS EXECUÇÕES FISCAIS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA EXECUÇÃO E ANÁLISE DO JUIZ A RESPEITO DA RELEVÂNCIA DA ARGUMENTAÇÃO (FUMUS BONI JURIS) E DA OCORRÊNCIA DE GRAVE DANO DE DIFÍCIL OU INCERTA REPARAÇÃO (PERICULUM IN MORA) PARA A CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR OPOSTOS EM EXECUÇÃO FISCAL.

1. A previsão no ordenamento jurídico pátrio da regra geral de atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor somente ocorreu com o advento da Lei n. 8.953, de 13, de dezembro de

² BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Seção, REsp nº 1.272.827/PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Julgado em 22/05/2013.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

1994, que promoveu a reforma do Processo de Execução do Código de Processo Civil de 1973 (Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - CPC/73), nele incluindo o §1º do art. 739, e o inciso I do art. 791.

2. Antes dessa reforma, e inclusive na vigência do Decreto-lei n. 960, de 17 de dezembro de 1938, que disciplinava a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública em todo o território nacional, e do Código de Processo Civil de 1939 (Decreto-lei n. 1.608/39), nenhuma lei previa expressamente a atribuição, em regra, de efeitos suspensivos aos embargos do devedor, somente admitindo-os excepcionalmente. Em razão disso, o efeito suspensivo derivava de construção doutrinária que, posteriormente, quando suficientemente amadurecida, culminou no projeto que foi convertido na citada Lei n. 8.953/94, conforme o evidencia sua Exposição de Motivos - Mensagem n. 237, de 7 de maio de 1993, DOU de 12.04.1994, Seção II, p. 1696.

3. Sendo assim, resta evidente o equívoco da premissa de que a LEF e a Lei n. 8.212/91 adotaram a postura suspensiva dos embargos do devedor antes mesmo de essa postura ter sido adotada expressamente pelo próprio CPC/73, com o advento da Lei n. 8.953/94, fazendo tábula rasa da história legislativa.

4. Desta feita, à luz de uma interpretação histórica e dos princípios que nortearam as várias reformas nos feitos executivos da Fazenda Pública e no próprio Código de Processo Civil de 1973, mormente a eficácia material do feito executivo a primazia do crédito público sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais, é ilógico concluir que a Lei n. 6.830 de 22 de setembro de 1980 - Lei de Execuções Fiscais - LEF e o art. 53, §4º da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, foram em algum momento ou são incompatíveis com a ausência de efeito suspensivo aos embargos do devedor. Isto porque quanto ao regime dos embargos do devedor invocavam - com derrogações específicas sempre no sentido de dar maiores garantias ao crédito público - a aplicação subsidiária do disposto no CPC/73 que tinha redação dúbia a respeito, admitindo diversas interpretações doutrinárias.

5. Desse modo, tanto a Lei n. 6.830/80 - LEF quanto o art. 53, §4º da Lei n. 8.212/91 não fizeram a opção por um ou outro regime, isto é, são compatíveis com a atribuição de efeito suspensivo ou não aos embargos do devedor. Por essa razão, não se



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

incompatibilizam com o art. 739-A do CPC/73 (introduzido pela Lei 11.382/2006) que condiciona a atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor 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).

(...)

9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

Assim, independentemente da natureza do título executivo – se de índole privada ou não –, decidiu-se que os embargos à execução do devedor, em regra, não terão efeito suspensivo.

Ocorre, contudo, que, como será doravante demonstrado, diferentemente do que ocorre com os títulos executivos extrajudiciais de índole privada, em cuja formação tem-se o consentimento do devedor, **a certidão de dívida ativa tributária é constituída de forma unilateral pelo credor.**

Esta diferença, que nada tem de sutil, por si só, justifica a supressão do efeito suspensivo na esfera cível, pois só mesmo razões excepcionais podem sustar a cobrança de dívida livremente assumida, e repele-a na seara fiscal, posto que não houve concordância do devedor quanto à dívida em cobrança.

Portanto, **o que se pretende demonstrar é que, em relação aos títulos executivos em que consubstanciados créditos tributários, a referida interpretação viola os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, além do contraditório, ampla defesa, devido processo legal substantivo, direito de propriedade e isonomia, pois conduz à expropriação de bens do contribuinte antes da confirmação da procedência do débito pelo Estado-juiz.**

A aplicação desta previsão às execuções fiscais, violando abertamente “a Constituição, a ordem jurídica do Estado democrático de direito, os direitos humanos [e] a justiça social”, cuja defesa incumbe à Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8.906/94, art. 44, I), suscita a iniciativa deste Conselho Federal da OAB, legitimado universal à propositura da presente Ação Direta.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.



2 - DELIMITAÇÃO DO OBJETO DA AÇÃO DIRETA:

A censura oponível aos dispositivos legais que culminaram na ausência de atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor nas execuções fiscais decorre:

- da ofensa aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade;
- da ofensa ao devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF);
- da ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF);
- da ofensa ao direito de propriedade (art.5º, XXII, da CF);
- da ofensa ao princípio da isonomia (art. 5º, II, da CF)

Volta-se a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade com pedido de nulidade parcial sem redução do texto contra a aplicação em concreto da norma extraída do art. 739-A, do CPC, e seus respectivos parágrafos, às execuções fiscais, tendo em vista que a sua aplicação nesses casos ofende de forma direta e irremediável garantias individuais basilares do Estado Democrático de Direito.

Noutras palavras, o que se pretende aqui não é salvar o referido dispositivo através da mudança do seu significado, mas sim a exclusão de sua aplicação para determinado caso.

Como a ADI é o instrumento adequado para obter desse E. Supremo Tribunal Federal - STF a declaração de que determinada norma é inconstitucional, através dela pode ser requerido que se considere inconstitucional esta hipótese de aplicação da norma atacada, sem que haja alteração alguma no texto normativo.

3 - DA MATÉRIA CONSTITUCIONAL A SER ANALISADA:

Não se desconhece que esse E. STF, ainda antes do julgamento do Superior Tribunal de Justiça, ao analisar o **Recurso Extraordinário nº 626.468**, negara repercussão geral à controvérsia, qualificando-a de infraconstitucional, em decisão que pode ser assim resumida:



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

EXECUÇÃO FISCAL. CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS DO DEVEDOR. APLICAÇÃO DO ART. 739-A DO CPC. APLICAÇÃO DOS EFEITOS DA AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL, TENDO EM VISTA TRATAR-SE DE DIVERGÊNCIA SOLUCIONÁVEL PELA APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO FEDERAL. INEXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

Importante destacar que a discussão acerca da existência ou não de uma antinomia entre o Código de Processo Civil e a Lei de Execução Fiscal, ou seja, se haveria ou não na lei especial alguma previsão desautorizando a aplicação subsidiária do CPC em relação ao efeito suspensivo dos embargos, deve ser solucionada à luz dos comandos infraconstitucionais, não produzindo ofensa, senão reflexa, à Constituição da República.

No entanto, uma vez pacificada a controvérsia pela Corte responsável pela uniformização da interpretação e aplicação da legislação federal, resta saber se esta forma de aplicação é compatível com os ditames constitucionais, sobretudo aqueles que encerram garantias individuais do cidadão.

Como será aduzido a seguir, a resposta é negativa.

4 - INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DOS COMANDOS LEGAIS EM APRECO:

4.1 – Da formação do título executivo:

Não se pode, num Estado Democrático de Direito, tratar da execução de título extrajudicial sem examinar o seu processo de formação.

Ao se analisar a formação dos títulos executivos extrajudiciais de índole privada conclui-se que, se o devedor constitui livremente a dívida e aceita, submeter-se à coerção estatal em caso de inadimplemento. É absolutamente razoável a exigência prevista no dispositivo impugnado de que seja comprovada a presença do *fumus boni iuris* e *periculum in mora* para suspensão do processo executivo.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

No entanto, por outro lado, a certidão de dívida ativa tributária (CDA) representa uma exceção, sendo constituída de forma **unilateral** pelo credor, não contando com o consentimento do contribuinte na sua formação.

Nesse ponto, o STJ já se manifestou expressamente acerca da distinção entre a formação dos títulos executivos extrajudiciais negociais e tributários, negando a estes últimos a submissão ao mesmo regime que os primeiros. Confira-se:

[...] não se pode olvidar, data vênia, que a Fazenda Pública não cobra título emitido e não honrado pelo devedor: cheque, nota promissória, letra de câmbio e outros. Ao contrário, cobra título emitido por ela própria produzido, unilateralmente, sem qualquer manifestação de vontade do devedor, dentro da potestade que reveste a gênese da tributação.³

Sobre o tema, nem se alegue que o fato de ter havido eventual discussão em processo administrativo fiscal poderia mitigar a ideia de que a constituição do crédito tributário ocorreu de forma unilateral, considerando que:

(i) Não havendo diploma legal de alcance nacional a definir diretrizes sobre o contencioso administrativo fiscal⁴, que venha a impor a observância de um núcleo essencial de direitos e garantias aos contribuintes, prevalece a autonomia dos entes federados, permitindo que cada um deles, no âmbito de sua competência, estabeleça o procedimento a ser observado no julgamento das autuações fiscais contestadas pelo contribuinte.

Assim, não raro verifica-se a existência de estruturas administrativas em que todas as funções de julgamento são exercidas por órgãos julgadores formados exclusivamente por representantes da Fazenda Pública - leia-se, servidores públicos remunerados pelo respectivo ente -, afastando de plano qualquer alegação que conclua pela independência, imparcialidade e justiça nos julgamentos.

³ BRASIL. Poder Judiciário. Superior Tribunal de Justiça, Primeira Turma, REsp nº 287.824/MG. Rel. Min. Francisco Falcão. DJ de 20.02.2006.

⁴ Importante mencionar que existem projetos de lei sobre o tema no Congresso Nacional, inclusive com participação ativa do Conselho Federal da OAB.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

A título de exemplo, vale destacar que o Conselho Municipal de Tributos (CMT) de São Paulo – cidade mais populosa do Brasil e do continente⁵ - apenas foi criado com a publicação da Lei nº 14.107/05, há menos de 10 (dez) anos, tendo a sua primeira sessão de julgamento sido realizada em 31 de agosto de 2006⁶.

Antes disso, não havia representantes dos contribuintes nos julgamentos na fase administrativa, assim como permanece atualmente em diversos outros municípios da federação⁷.

(ii) Mesmo nos casos em que tais órgãos são compostos de forma paritária, não se pode olvidar que cabe à Fazenda Pública a palavra final acerca do julgamento.

Isto ocorre em alguns casos por conta da indicação dos presidentes dos órgãos fracionários e do órgão máximo, os quais têm o poder do voto de qualidade, como ocorre no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF em âmbito federal⁸, cabendo à Fazenda Pública a decisão final em caso de empate.

Vislumbra-se também que, em outros casos na esfera administrativa, cabe recurso à autoridade fazendária singular, como ocorre no Estado do

⁵ Estimativa populacional 2013. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) (1 de julho de 2013).

⁶ <http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/financas/institucional/index.php?p=3182>. Acesso em 18/08.2014.

⁷ Por exemplo, Município de Rio Grande da Serra, conforme a Lei nº 320/82, arts. 146 e 148.

⁸ **Regimento Interno do CARF:**

Art. 9º Os presidentes de Câmara das Seções serão escolhidos dentre os conselheiros representantes da Fazenda Nacional.

Art. 11. A presidência do CARF será exercida por conselheiro representante da Fazenda Nacional.

Art. 12. A presidência das Seções e das Câmaras será exercida por conselheiro representante da Fazenda Nacional.

Art. 14. Os presidentes e os vice-presidentes das demais Câmaras da Seção serão designados, respectivamente, dentre os conselheiros representantes da Fazenda Nacional e os representantes dos contribuintes.

Art. 15. A presidência da CSRF, das respectivas turmas e do Pleno será exercida pelo Presidente do CARF.

Art. 54. As turmas ordinárias e especiais só deliberarão quando presente a maioria de seus membros, e suas deliberações serão tomadas por maioria simples, cabendo ao presidente, além do voto ordinário, o de qualidade.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.



Rio de Janeiro⁹, que pode acabar reformando decisões proferidas por órgãos colegiados e paritários, em manifestação clara de defesa dos interesses do Fisco, motivada pelo interesse econômico.

Nesse caso específico do Estado do Rio de Janeiro há previsão autorizando que a Fazenda Estadual recorra ao Secretário de Estado das decisões desfavoráveis “que forem contrárias à legislação”.

Como se vê, em hipóteses deveras subjetivas, o Secretário de Estado de Fazenda pode desconsiderar todo o processo administrativo fiscal para, com uma decisão, ver aplicado o entendimento de interesse do Fisco Estadual.

Além disso, o próprio Decreto que regulamenta o Processo Administrativo Tributário prevê que compete ao Secretário de Estado “avocar processo administrativo-tributário, para efeito de decisão ou novo encaminhamento, visando a resguardar interesse de ordem pública, e à estrita observância da justiça fiscal e da legalidade dos atos”.

Não se objetiva, aqui, questionar as referidas previsões, mas apenas demonstrar que **a formação do título não pode, de forma alguma, ser interpretada como se consensual fosse, pela simples existência do processo administrativo**, eis que, no fim e ao cabo, cabe à Fazenda Pública a palavra final acerca da legitimidade do crédito tributário.

9 Previsão no Regimento do Conselho de Contribuintes do Estado do Rio de Janeiro: “Art. 28. Ao Representante Geral da Fazenda compete:

VII - recorrer ao Secretário de Estado de Fazenda e Controle Geral, de decisões do Conselho Pleno, desfavoráveis à Fazenda Estadual, que forem contrárias à legislação.”

Decreto 2.473/79

Art. 124. Compete ao Secretário de Estado de Economia e Finanças, em instância especial: I - julgar os recursos de decisões do Conselho de Contribuinte, interpostos pelo Representante Geral da Fazenda; II - decidir sobre as propostas de aplicação de equidade apresentadas pelo Conselho de Contribuintes; III - avocar processo administrativo-tributário, para efeito de decisão ou novo encaminhamento, visando a resguardar interesse de ordem pública, e à estrita observância da Justiça fiscal e da legalidade dos atos. § 1º Na hipótese do inciso II, deste artigo, a aplicação da equidade ficará restrita à dispensa, total ou parcial, de penalidade, atendendo às características pessoais ou materiais do caso. § 2º A decisão decorrente de advocatária, a que se refere o inciso III, deste artigo, conterá relatório resumido do processo administrativo-tributário, fundamentos legais aplicáveis e ordem de intimação.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

(iii) Outro aspecto relevante diz respeito à impossibilidade de um órgão julgador na esfera administrativa deixar de aplicar ato normativo sob o argumento de que este seria inconstitucional ou até ilegal, sobretudo numa realidade em que a edição de normas inválidas ocorre com frequência deveras acima da desejável.

Considerando que a Suprema Corte tem atuado de forma ativa na integração do sistema jurídico, criando regras, ainda que subsidiariamente, a falta de observância das decisões judiciais culmina na cobrança de créditos manifestamente indevidos, se observada fosse a jurisprudência dessa Corte Constitucional¹⁰.

(iv) Mesmo no Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, onde há um processo administrativo fiscal respeitável, em razão da sua estrutura e das regras previstas nos Decretos nº 70.235/72 e nº 7.574/11, recentemente foram veiculadas diversas notícias de “aparelhamento”, não tendo sido reconduzidos os conselheiros integrantes do órgão que votaram de forma favorável aos contribuintes nas discussões sobre o aproveitamento do ágio para fins de abatimento de Imposto de Renda de Pessoa Jurídica e de Contribuição Social sobre Lucro Líquido¹¹.

A título de exemplo, cumpre trazer à baila notícia veiculada no jornal “Valor Econômico”:

“28/08/2013 às 00h00

Substituição de fiscais no Carf preocupa contribuintes

Por Laura Ignacio | De São Paulo

A mudança na composição das câmaras do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (Carf) preocupa os contribuintes, especialmente aqueles que já obtiveram decisões provisórias para afastar multas milionárias por aproveitamento de ágio. O órgão deve voltar a julgar o assunto neste semestre e teme-se que, com a saída de fiscais que proferiram votos para suspender autuações, a jurisprudência passe a ser favorável à Receita Federal.

10 Não se desconhece que o CARF, diferentemente de outros órgãos de julgamento na esfera administrativa, possui em seu Regimento Interno previsão para que sejam observadas as decisões proferidas pelos Tribunais Superiores na sistemática dos artigos 543-B e 543-C do CPC.

¹¹ <http://www.conjur.com.br/2013-abr-04/ministerio-fazenda-nomeia-novos-conselheiros-carf>. Acesso em 18/08/2014.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Obtido em reestruturações societárias, o ágio interno, por exemplo, gerado em operação entre empresas de um mesmo grupo, é usado para abater o Imposto de Renda (IR) e a CSLL. No Carf, a Gerdau conseguiu cancelar uma cobrança de aproximadamente R\$ 700 milhões por transações dessa natureza, que envolveram oito companhias do grupo.

O conselho também cancelou multa de R\$ 3,95 bilhões aplicada contra o Santander, por operação envolvendo outro tipo de ágio. O Fisco alegou que o banco teria usado indevidamente um ágio de R\$ 7,4 bilhões - resultante da privatização do Banespa - para pagar menos IR e CSLL entre 2002 e 2004.

Com a saída dos conselheiros Antônio Praga, Carlos Guerreiro e Albertina Silva Santos, representantes do Fisco que votaram contra autuações pelo uso de ágio, poderia ocorrer, segundo advogados, uma mudança de entendimento. "A saída de conselheiros pode obviamente alterar o entendimento do Carf", afirma Roberto Quiroga, do escritório Mattos Filho Advogados, que representa o Santander no processo citado.

Guerreiro foi encaminhado para a equipe de fiscalização do aeroporto de Porto Alegre. Albertina se aposentou e Praga atua em Brasília como integrante da delegacia da Receita de Ribeirão Preto (SP). "Me propus a permanecer e ter o mandato renovado no Carf, mas não me sinto perseguido, nem objeto de retaliação", afirma Praga, que votou a favor de um planejamento tributário da Marcopolo, livrando-a de uma autuação milionária. "As confederações que representam os setores econômicos fazem o mesmo. Não indicam para a recondução os conselheiros que não julgam de acordo com o que pensam."

De acordo com o presidente do Carf, Otacilio Dantas Cartaxo, um comitê analisa a recondução de conselheiros ao cargo e o Ministro da Fazenda somente avaliza. Esse comitê é formado por representantes do Carf, da Receita Federal, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), da sociedade civil e de confederações nacionais da indústria (CNI), do comércio (CNC), da agricultura (CNA) e dos serviços (CNS).

Com as alterações no Carf, segundo a advogada Mary Elbe Queiroz, do Queiroz Advogados Associados, "já é possível perceber uma mudança de interpretação sobre aproveitamento de ágio". Uma das vagas foi assumida pela auditora fiscal Monica Sionara Schpallir Calijuri, ex-titular da Delegacia Especial de



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Maiores Contribuintes (Demac). O órgão fiscaliza as empresas do país com faturamento anual superior a R\$ 90 milhões - como as atuadas por "uso indevido" de ágio.

No recente julgamento do processo da construtora Planova sobre ágio interno de aproximadamente R\$ 100 milhões, a defesa da companhia requereu o impedimento da auditora fiscal. Mas o pedido foi negado. Agora, vai pedir para a Câmara Superior analisar a questão ou recorrerá ao Judiciário com a alegação de que a auditora, quando estava na Demac, assinou todos os procedimentos para fiscalizar o uso de ágio por grandes empresas, entre elas a Planova. A auditora foi procurada pelo Valor, mas não se manifestou.

O regimento do Carf determina que a declaração de impedimento deve partir do próprio conselheiro ou suscitado por qualquer interessado, que deve pronunciar-se por escrito sobre a alegação, antes do término do julgamento. O conselho é um órgão paritário - formado por representantes da Receita Federal e dos contribuintes.

Por meio de nota, o Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais da Receita Federal do Brasil (Sindifisco) informa que não tem conhecimento do afastamento ou permanência de conselheiros do Carf por causa do teor de suas decisões. "Qualquer interferência na autonomia que os conselheiros têm para decidir de acordo com sua livre convicção deve ser denunciada com base em fatos concretos e será imediatamente apurada e combatida pelo Sindifisco", diz a nota.¹²

(v) Não se pode ignorar, ainda, as dificuldades enfrentadas pelos sujeitos passivos no exercício de sua defesa. Cita-se como exemplo o caso do contencioso administrativo federal, aplicável, portanto, a todos os indivíduos do país, em que o julgamento em sede de primeira instância é realizado a portas fechadas, sem prévia comunicação, impedindo-se a concretização do exercício de defesa em sua forma plena.

¹²<http://www.valor.com.br/legislacao/3249300/substituicao-de-fiscais-no-carf-preocupa-contribuintes#ixzz2e9BT2bpi>. Acesso em 18/08/2014.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.



Em suma, é deste processo administrativo, eivado de vicissitudes e anacronismos, gerado pela impugnação ao lançamento do crédito fiscal, que, muitas vezes, se origina o título executivo da Fazenda Pública (CDA).

4.2 – Da hipótese em que supostamente existiria consentimento do devedor (contribuinte):

Mas há ainda situação mais grave, isto é, os casos em que sequer direito à discussão na esfera administrativa os contribuintes têm. Isso se verifica quando há declaração de tributos apurados e não pagos.

De acordo com o art. 113 do CTN¹³ a relação jurídica tributária pode ter caráter patrimonial ou não e possui como causas remotas: (i) o dever de pagar o tributo ou a penalidade de caráter pecuniário; (ii) a obrigação de fazer ou não fazer, isto é, de realizar prestações positivas ou negativas de caráter não patrimonial; ou (iii) o descumprimento do dever de pagar o tributo ou de realizar as prestações positivas e negativas anteriormente citadas.

A primeira forma em que se manifesta a relação jurídica tributária, que tem por objeto o dever de pagar o tributo ou a penalidade pecuniária, é designada pelo §1º do artigo 113 do Código Tributário Nacional (CTN) como obrigação principal.

A característica fundamental dessa primeira modalidade é a sua natureza patrimonial e pecuniária, atributos tanto do pagamento do tributo, como do pagamento da penalidade expressa em unidades monetárias, seja ela decorrente de inadimplemento do dever de pagar o tributo como aquela incidente em função do descumprimento das obrigações acessórias¹⁴.

¹³ Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato de sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente à penalidade pecuniária.

¹⁴ Para fins do presente tópico, não se adentrará na discussão sobre o conceito de obrigação principal não se confundir com aquele utilizado pelo próprio CTN para definir o tributo, o qual não compreende a prestação pecuniária compulsória que constitui sanção de ato ilícito.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

A segunda modalidade em quê se constitui e desdobra a relação jurídica tributária tem natureza instrumental, viabilizadora do correto pagamento do tributo e da higidez do sistema tributário, denominada de obrigação acessória.

Incluem-se aí tanto as prestações positivas, assim qualificadas por consistir num fazer (ex: emitir a nota ou o cupom fiscal, preencher e encaminhar a declaração de rendimentos anualmente ou das operações e prestações realizadas, etc), como as obrigações de não fazer algo, designadas como prestações negativas (ex: não rasurar os documentos fiscais, a vedação de realizar importações proibidas, etc).

O não cumprimento da obrigação principal, bem como o inadimplemento de obrigação acessória, impõe ao Fisco o dever de propor as penalidades cabíveis, por meio da lavratura do denominado auto de infração ou de notificação de lançamento de ofício, inclusive no que se refere àquela de natureza pecuniária prevista como sanção ao descumprimento da obrigação acessória.

Nesses casos, não há espaço para a realização de juízo de conveniência e de oportunidade, pois a atividade da Administração Tributária é plenamente vinculada à lei, nos termos do parágrafo único do artigo 142 do CTN, razão pela qual a causa motivadora da terceira modalidade em que a relação jurídica tributária se constitui, de natureza sancionatória, pressupõe o descumprimento de alguma das prestações tributárias exigíveis, de natureza patrimonial e pecuniária (o pagamento do tributo) ou de caráter instrumental (obrigação acessória).

Através da subsunção da teoria ao caso concreto conclui-se que a declaração pelo contribuinte de tributo apurado e não pago, definitivamente, não se trata de ato voluntário que pudesse ser comparado a uma declaração livre de que seria devedor, eis que, caso assim não faça, estará sujeito à aplicação de sanções pecuniárias, como visto, e até penais¹⁵.

15 Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

É de se ressaltar, ainda, que, de acordo com a jurisprudência consolidada do STJ¹⁶, a declaração do contribuinte constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do Fisco, sendo possível o ajuizamento de executivo fiscal para cobrança da dívida.

Contudo, tendo em vista a complexidade do sistema tributário brasileiro, somada ao elevado número de obrigações acessórias a serem cumpridas pelos contribuintes, em muitos desses casos há erros no preenchimento das declarações.

Nessas hipóteses, a falta de atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal torna-se ainda mais grave, tendo em vista que, embora o processo administrativo, na prática, não funcione de forma imparcial, justa e independente, como visto no tópico acima, a sua falta faz com que o contribuinte sequer tenha a oportunidade de se manifestar sobre eventual erro, tendo contra si ajuizada a respectiva execução fiscal.

Dessa forma, ainda que se admita a constituição definitiva de tributos declarado e não pago, possibilitando o ajuizamento direto da execução fiscal, fato é que **o título executivo (CDA) daí decorrente mantém a característica de unilateralidade**, mormente porque oriunda de uma obrigação legal, não de acerto consensual entre as partes.

4.3 - Violação aos princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade:

O princípio da **razoabilidade** não possui um conceito normativo expressamente delimitado pela Constituição da República ou pela legislação infraconstitucional.

LUIS ROBERTO BARROSO, após esboçar aspectos da cláusula do devido processo legal no direito constitucional norte-americano, em especial sob o enfoque substancial, enuncia que o princípio da **razoabilidade** pode ser compreendido como um “*parâmetro de valoração dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça*”.¹⁷

¹⁶ BRASIL. Poder Judiciário. Súmula STJ nº 436 - A entrega de declaração pelo contribuinte reconhecendo débito fiscal constitui o crédito tributário, dispensada qualquer outra providência por parte do fisco.

¹⁷ BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 224.; Do mesmo autor: Os princípios da razoabilidade e proporcionalidade no Direito



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Tal princípio, ainda segundo o atual Ministro da Corte Suprema e eminente doutrinador, “se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva”¹⁸, pois, “é razoável o que seja conforme à razão, supondo equilíbrio, moderação e harmonia; o que não seja arbitrário ou caprichoso; o que corresponda ao senso comum, aos valores vigentes em dado momento ou lugar”¹⁹.

A **razoabilidade**, portanto, há de ser aferida dentro da lei, o que se denominou de **interna**, a qual se relaciona “com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fim”²⁰.

É necessário, no entanto, além da razoabilidade interna, analisar também a **externa**. Equivale dizer: “sua adequação aos meios e fins admitidos e preconizados pelo Texto Constitucional”²¹. Isso porque, “se a lei contravir valores expressos ou implícitos no Texto Constitucional, não será legítima nem razoável à luz da Constituição, ainda que o seja internamente”²².

Ademais, em acréscimo à razoabilidade interna e externa, LUIS ROBERTO BARROSO vale-se de um terceiro requisito, qual seja: **proporcionalidade em sentido estrito**, ou seja, “verificação da relação de custo-benefício da medida”²³, ponderando-se os danos causados e os resultados a serem atingidos.

HUMBERTO ÁVILA, por sua vez, sustenta que a **razoabilidade**, sendo um postulado, pode ser compreendida por 3 (três) acepções:

(i) **equidade**: impõe certa harmonização entre a norma geral com o caso individual, pois “exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal”²⁴, já que, em certas circunstâncias

Constitucional. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: RT, n. 23, p. 69, abr./jun. 1998.

¹⁸ BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da constituição. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 224.

¹⁹ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 224.

²⁰ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 226.

²¹ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 226.

²² BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 226.

²³ BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 228.

²⁴ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 105.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

concretas, por força das particularidades do caso, “a norma geral não pode ser aplicável, por se tratar de um caso anormal”. De tal sorte, este postulado, como equidade, “atua na interpretação das regras gerais como decorrência do princípio de justiça”²⁵;

(ii) **congruência**: nesta acepção a razoabilidade exige que a medida (lei) recorra a um “suporte empírico existente”²⁶, de maneira que não pode eleger uma causa inexistente ou insuficiente a justificar sua atuação. Mais do que isso, convém existir uma “relação congruente entre o critério de diferenciação escolhido e a medida adotada”²⁷.

(iii) **equivalência**: exige uma “relação de equivalência entre a medida adotada e o critério que a dimensiona”²⁸, o que não se confunde com o postulado de proporcionalidade.

Portanto, é possível notar que o princípio da razoabilidade consiste em uma norma jurídica que permite maior valoração dos atos expedidos pelo Poder Público, analisando-se a compatibilidade com o sistema de valores da Constituição e do sistema jurídico, sempre se pautando pela noção de Direito justo, ou justiça, em um determinado tempo e espaço.²⁹

Numa análise do caso concreto sob esse prisma, inarredável concluir-se que a expropriação de bens do contribuinte sem que tenha havido o seu consentimento e sem a profunda apreciação do mérito do caso pelo Poder Judiciário revela-se totalmente irrazoável, chegando às raias da arbitrariedade.

O que se verifica é a desnecessidade, o exagero, face à natureza própria do crédito tributário, que a parte executada se veja privada de seus bens antes mesmo de uma decisão final favorável ao credor. Ainda mais sabendo que o retorno ao *status quo ante* é, senão impossível, muito difícil.

²⁵ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 106.

²⁶ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 106.

²⁷ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 108.

²⁸ ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 109.

²⁹ Cf. CALCINI, Fábio Pallaretti Calcini. O princípio da razoabilidade: um limite à discricionariedade administrativa. Campinas: Millennium, 2003. Neste sentido: STJ, RMS 20851/MS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, j. 26/06/2007, DJ 20/08/2007.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

A constituição unilateral do título executivo propicia à Administração Pública o privilégio de somente obstar o prosseguimento da execução para discutir as razões do devedor após a garantia do débito. Porém, não se mostra razoável permitir que os bens do devedor sejam expropriados sem o seu consentimento e sem a análise de mérito sobre a procedência ou não do débito emanada pelo Poder Judiciário.

Nem se alegue, com objetivo de mitigar o referido raciocínio, que a possibilidade de o Juiz suspender o executivo fiscal por vislumbrar o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, nos termos do §1º do art. 739-A, bastaria para que, em certos casos, fosse atribuído efeito suspensivo aos embargos à execução.

Afinal, a apuração dos tributos, de uma forma geral, é demasiadamente complexa, mostrando-se comum a demanda de perícia contábil em processos judiciais para que seja refeita a apuração do montante devido, a partir de análise detida de todos os documentos fiscais/contábeis do contribuinte, impedido uma verificação *prima facie* do Poder Judiciário sobre os argumentos trazidos na peça de defesa.

É dizer, **em muitos casos a verificação do *fumus boni iuris* restaria prejudicada**, sendo praticamente inviável.

Nessa toada, o **princípio da razoabilidade** permite que se avalie a questão jurídica em concreto levando em consideração seus detalhes e peculiaridades para que se aplique a legislação a fim de se ter justiça no caso concreto.

Dentre as noções de razoabilidade que este princípio pode ser compreendido, como visto acima, está a **equidade**, a qual **impõe certa harmonização entre a norma geral com o caso individual**, pois “exige a consideração do aspecto individual do caso nas hipóteses em que ele é sobremodo desconsiderado pela generalização legal”³⁰, já que, em certas circunstâncias concretas, por força das particularidades do caso, “a norma geral não pode ser aplicável, por se tratar de um caso anormal”.

Portanto, há de se aplicar a razoabilidade para, em situações peculiares, não exercer a “jurisdição com injustiça”.

³⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 105.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Daí conclui-se que a regra geral trazida pelo art. 739-A deve ser aplicada apenas aos embargos opostos em face de execuções de títulos de índole privada, eis que, em razão da peculiaridade na formação do título executivo, a sua aplicação às execuções fiscais viola sobremaneira o que seria justo, razoável.

Como sustenta HUMBERTO ÁVILA, há de se notar também a **congruência da medida**, ou seja, exige que a medida recorra a um “suporte empírico existente”³¹, de maneira que não pode eleger uma causa inexistente ou insuficiente a justificar sua atuação. Por sua vez, LUIS ROBERTO BARROSO, ao descrever a chamada **razoabilidade interna**, afirma que esta se relaciona “com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fim”.³²

Ora, *in casu*, inexistente motivo jurídico plausível que justifique a ausência de efeito suspensivo aos embargos à execução opostos em face de execuções que almejem a cobrança de débitos tributários. O fisco, titular de poderes infinitamente maiores de um credor privado, não pode ser detentor de um direito a que, mesmo garantido o crédito em execução fiscal, essa garantia seja imediatamente executada. O prejuízo que isso causa à parte executada é desproporcional.

A expropriação dos bens do contribuinte *initio litis* pode causar danos incalculáveis – e via de regra irreparáveis –, na prática, asfixiando-o. Imagine-se o caso de contribuinte que, executado, ofereça à penhora seus meios de produção – máquinas – ou mesmo sua sede? É razoável que sofra ele a expropriação destes bens sem que haja decisão judicial definitiva confirmando a dívida? A resposta é, parafraseando o e. Min. Marco Aurélio, ‘desenganadamente, negativa’.

Tome-se ainda como exemplo a seguinte – e bastante familiar situação: nos idos de 1998 foi publicada a Lei nº 9.718, que dispôs sobre o alargamento de base de cálculo do PIS e da COFINS. Ao tratar da base de cálculo das referidas exações – faturamento ou receita bruta -, o legislador disciplinou, em seu art. 3º, §1º, que “*entende-se por receita bruta a totalidade das receitas auferidas pela pessoa jurídica, sendo irrelevantes o tipo de atividade por ela exercida e a classificação contábil adotadas para as receitas*”.

³¹ - ÁVILA, Humberto. Op. cit., p. 106.

³² - BARROSO, Luis Roberto. Op. cit., p. 226.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Ao se deparar com a referida redação, determinado contribuinte, entendendo que esta base de cálculo não respeitava os parâmetros constitucionais, deixou de recolher as contribuições com base no referido diploma. Passo adiante, 07 (sete) anos depois da publicação da lei, em 2005, esse E. STF, quando analisou o **RE nº 346.084/PR**, houve por bem consignar que, de fato, é inconstitucional o § 1º do artigo 3º da Lei nº 9.718/98, no que ampliou o conceito de receita bruta para envolver a totalidade das receitas auferidas por pessoas jurídicas, independentemente da atividade por elas desenvolvida e da classificação contábil adotada.

Não obstante a referida decisão, é de se ter como premissa que, neste interregno entre a publicação da lei e a decisão da Corte Suprema, houve propositura da respectiva ação de cobrança pela Fazenda Nacional almejando a satisfação do crédito tributário.

A reflexão que se impõe nesta hipótese é a seguinte: **seria razoável que o contribuinte tivesse seus bens expropriados**, em razão da ausência de efeito suspensivo aos seus embargos à execução, mesmo com a posterior confirmação da inconstitucionalidade da lei pelo Supremo Tribunal Federal? **A resposta também é, ‘desenganadamente, negativa’.**

Destarte, como se vê de todo o até aqui exposto, **não há relação de congruência racional entre o motivo, o meio e o fim elegido no presente caso concreto**. O contexto jurídico e fático era e continua sendo insuficiente para justificar uma medida legislativa de tamanha onerosidade aos contribuintes, sem que exista, em contrapartida, causa e motivo razoável para atingir finalidade constitucionalmente protegida.

A **proporcionalidade** é considerada por WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO o “princípio dos princípios”, ou seja, “verdadeiro ‘principium’ ordenador do Direito”³³, que tem por essência a preservação dos direitos fundamentais³⁴.

Noutras palavras, a **proporcionalidade** consiste em um princípio jurídico que tem por finalidade impedir condutas arbitrárias do Estado, ou

³³ - GUERRA FILHO, Willis Santiago. Princípio da proporcionalidade e teoria do direito. Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides. GRAU, Eros Roberto; GUERRA FILHO, Willis Santiago (coord.). São Paulo: Malheiros, 2003. p. 278.

³⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. Teoria processual da Constituição. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002. p. 62.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

impor condutas positivas em virtude de medidas aquém do necessário para a concretização dos direitos constitucionalmente previstos, bem como harmonizar, pela ponderação de bens juridicamente tutelados, com base em uma situação concreta, normas jurídicas aparentemente em situação de conflito normativo.

O referido princípio é estruturado em 3 (três) **subprincípios**: (i) adequação (ou idoneidade); (ii) exigibilidade (ou necessidade); (iii) proporcionalidade em sentido estrito.

Pelo **subprincípio da adequação ou idoneidade**, a medida estatal adotada deve ter uma finalidade constitucionalmente prevista, além de ser apta a atingir tal desiderato. Impõe-se, portanto, que a medida seja “apropriada à prossecução do fim ou fins a ele subjacentes”³⁵.

Como segundo subprincípio da proporcionalidade tem-se a **exigibilidade ou necessidade** que, para SUZANA DE TOLEDO BARROS, é o pressuposto de que “a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”³⁶.

Dá-se, assim, por meio deste princípio, nas palavras de CANOTILHO, a tônica “*de que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível*”³⁷, de sorte se exigiria “sempre a prova de que, para a obtenção de determinados fins, não era possível adoptar outro meio menos oneroso para o cidadão”³⁸.

Constata-se, portanto, que a exigibilidade impõe que a medida estatal adotada seja aquela que atinja a finalidade constitucional visada mediante o emprego do meio menos lesivo aos direitos dos cidadãos.

Na **fase da proporcionalidade em sentido estrito** faz-se a análise do grau de satisfação do direito ou bem constitucional que prevalece em compensação com aquele lesado.

Em sentido estrito, portanto, ela é um juízo de ponderação medi-

³⁵ - CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998. p. 262.

³⁶ - BARROS, Suzana de Toledo. *Op. cit.*, p. 79.

³⁷ - CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 262.

³⁸ - CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 262.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

ante o qual se avalia se “o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim”³⁹. Trata-se, assim, de “pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim”⁴⁰.

Portanto, quanto ao caso concreto, **ao se analisar a aplicação do art. 739-A, do CPC, às execuções fiscais, é fácil verificar que este não passa pelo teste da proporcionalidade.**

Com relação à **adequação ou idoneidade**, o que se exige é que a medida adotada seja apta a atingir a finalidade que se busca.

O dispositivo legal ora analisado, introduzido no sistema jurídico pela Lei nº 11.382, de 06 de dezembro de 2006, a qual trouxe uma série de alterações no sentido de melhorar o processo de execução, dando-lhe maior celeridade e efetividade, teve como objetivo propiciar a rápida e pronta satisfação do credor.

A intenção da norma, portanto, é fazer com que o processo executivo seja manejado no interesse do credor e não mais do devedor, como se cogitava antes do advento desta lei.

Neste ponto, não se ignora que a norma em questão, por tornar regra a ausência de efeito suspensivo automático aos embargos à execução, atinge o objetivo de fazer com que o processo executivo seja manejado no interesse do credor.

No entanto, **especialmente no que se refere à sua aplicação às execuções fiscais, a norma não é necessária ou exigível**, de forma que não passa pelo crivo da proporcionalidade sob este aspecto.

Afinal, é absolutamente desnecessário que o contribuinte executado tenha seus bens expropriados antes mesmo de uma decisão final favorável à Fazenda Pública.

Outro ponto de grande relevância é o fato de que, por estar o débito integralmente garantido, e sendo essa garantia sempre do bem mais líquido

³⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 263.

⁴⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Op. cit., p. 263.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

do⁴¹, não se vislumbra prejuízo ao Fisco caso se aguarde o trânsito em julgado dos embargos à execução antes do início da expropriação dos bens do contribuinte.

Por fim, na análise do caso sob o viés do subprincípio da **proporcionalidade em sentido estrito**, por meio do qual se faz a análise do grau de satisfação do direito ou bem constitucional que prevalece em compensação com aquele lesado, a aplicação da ausência do efeito suspensivo como regra às execuções fiscais também não passa pelo teste da proporcionalidade.

Isto ocorre porque não se pode cogitar que o fato de se ter uma execução fiscal de forma célere, absolutamente em prol do credor, possa ofender direitos fundamentais do cidadão, como, nos termos já expostos, devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV, da CF), além do direito de propriedade (XXII, da CF).

Por todo o exposto, **inegável** se torna o fato de que a aplicação desta regra às execuções fiscais não respeita **os princípios da razoabilidade e proporcionalidade**, nos moldes da legislação vigente e da Constituição Federal.

4.4 – A inconstitucionalidade por violação ao devido processo legal, contraditório, ampla defesa e direito de propriedade:

A demonstração da unilateralidade na constituição do título executivo mostra-se absolutamente incompatível com a aplicação de um dispositivo processual que permita a expropriação dos bens do contribuinte antes que lhe seja oportunizada uma decisão definitiva proferida pelo Poder Judiciário, sob pena de violação ao direito ao devido processo legal substantivo, contraditório, ampla defesa e direito de propriedade.

A Constituição da República de 1988 elencou em seu artigo 5º, nos incisos LIV e LV, garantias fundamentais do processo, consubstanciadas na necessidade de serem observados o devido processo legal, contraditório e a ampla defesa, aplicáveis nas esferas administrativa e judicial.

⁴¹ A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (Recurso Especial nº 1.112.943-MA) consolidou o entendimento de que não é necessário o esgotamento da busca de patrimônio do devedor para se ultimar os bloqueios *online*.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Sobre o devido processo, vale colacionar lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA⁴²:

Garante-se o processo, e quando se fala em processo, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica

Um dos componentes centrais do devido processo legal é a garantia de um julgamento imparcial, justo, regular e independente, como já afirmado por essa Corte Constitucional⁴³.

Entretanto, tais garantias **não** restam preenchidas no contencioso administrativo fiscal, conforme exposto no tópico acima e delineado com maestria por IGOR MAULER SANTIAGO⁴⁴, ao dispor que:

“(...) Conforme adverte o STF, um dos componentes centrais do due process of law é a “garantia plena de um julgamento imparcial, justo, regular e independente (fair trial)”.

Ora, no processo tributário administrativo, o Poder Executivo é a um tempo parte e julgador, tendo a sua pretensão mantida em caso de empate. Isso para não falar nas restrições ali existentes à cognição dos fatos (alergia à perícia) e do direito (vedação à declaração de inconstitucionalidade ou mesmo de ilegalidade), deficiências que só no Judiciário são superadas.

Por isso, esperamos que algum dos legitimados à ação direta de inconstitucionalidade impugne o artigo 739-A do CPC, predicando a invalidade de sua aplicação ao executivo fiscal, mantida a sua vigência para as execuções civis (declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto).”

42 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros Editores, 2005. p. 431/432.

43 BRASIL. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Extradicação 811/PU, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 28.02.2003.

44 Retirado sítio eletrônico: <http://www.conjur.com.br/2014-abr-16/consultor-tributario-contribuinte-executado-paga-mesmo-quando-ganha>



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Como corolário do devido processo legal tem-se o contraditório e a plenitude de defesa, assegurando ao contribuinte, sujeito passivo da relação jurídico-tributária, a oportunidade de influenciar no convencimento do julgador, participando ativamente do processo e utilizando-se dos meios ao seu alcance para o exercício de sua defesa.

O ambiente dialético em que se desenvolve o processo impõe que se permita a manifestação das partes em momento precedente ao ato decisório, especialmente quando se está diante de um processo de expropriação de bens do contribuinte.

Todavia, uma vez mais, não apenas a imparcialidade encontra-se mitigada nos julgamentos na esfera administrativa, como o próprio direito de defesa, tendo em vista, como já exposto, a existência em alguns casos de recursos privativos da Fazenda Pública, o que já foi, inclusive, referendado por essa Corte Constitucional:

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO. RECURSO HIERÁRQUICO EXCLUSIVO DA AUTORIDADE FISCAL. ALEGADA VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA, DO CONTRADITÓRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ARTS. 5º, CAPUT, XXXVII, LIV E LV DA CONSTITUIÇÃO. VIOLAÇÃO REFLEXA. 1. Conforme já decidiu esta Segunda Turma, o cabimento de recurso hierárquico de decisão administrativa em matéria tributária, exclusivo da autoridade fiscal, eventualmente poderia redundar em ofensa indireta à Constituição (RE 551.660-EDcl, rel. min. Cezar Peluso). 2. A circunstância de inexistir previsão específica para a interposição de recurso hierárquico em favor do sujeito passivo não afasta o poder-dever da Administração de examinar a validade do ato administrativo que implica a constituição do crédito tributário, ainda que não provocada, respeitadas a forma e as balizas impostas pelo sistema jurídico (Súmula 473/STF). Agravo regimental a que se nega provimento.⁴⁵ (grifou-se)

Dessa forma, considerando que o próprio credor declara a certeza de seu título, **a aplicação da regra de ausência de atribuição de efeito**

⁴⁵ BRASIL. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal, Segunda Turma, RE nº 461.326 AgR/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Julgado em 31/08/2010



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

suspensivo de forma automática deve ser feita cum grano salis, não se admitindo que, uma vez caracterizado o inadimplemento da obrigação por parte do contribuinte, a Fazenda Pública faça justiça com as próprias mãos⁴⁶.

Sendo certo que a execução fiscal consiste em uma série de atos tendentes à satisfação do crédito tributário por meio da expropriação dos bens do devedor, é inegável que a garantia de jurisdição ganha eminente destaque.

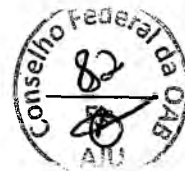
Afinal, o único momento em que o contribuinte pode, de fato, ter a cobrança do crédito tributário analisada de forma imparcial é quando a questão é submetida à apreciação do Poder Judiciário, seja por meio dos embargos à execução, seja por meio de exceção de pré-executividade – cuja aceitação vem cada vez mais sendo rechaçada pela jurisprudência –, ou qualquer outro tipo de ação em que o Estado-juiz exerça a jurisdição cognitiva.

Daí porque no processo executivo fiscal, além do devido processo legal e como seus corolários o contraditório e a ampla defesa, deve ser observada a máxima garantia de jurisdição, sob pena de cometerem-se verdadeiras injustiças.

Por fim, mas não menos relevante, cumpre mencionar que o devido processo legal, em sua destinação jurídica, também está vocacionado à proteção do direito de propriedade, como já consignado por essa Corte Suprema no julgamento do MS nº 23.021-6/AL. Confira-se:

“E M E N T A: REFORMA AGRÁRIA - DESAPROPRIAÇÃO-SANÇÃO (CF, ART. 184) - POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL - SUPOSTA AUSÊNCIA DE NOTIFICAÇÃO PRÉVIA DO PROPRIETÁRIO RURAL QUANTO À REALIZAÇÃO DA VISTORIA (LEI Nº 8.629/93, ART. 2º, § 2º) - INOCORRÊNCIA - DECLARAÇÃO DA IMPETRANTE CONTESTADA, DOCUMENTALMENTE, PELO INCRA - ALEGADA PRODUTIVIDADE DO IMÓVEL RURAL - SITUAÇÃO DE CONTROVÉRSIA OBJETIVA - ILIQUIDEZ DOS FATOS SUBJACENTES À ALEGAÇÃO DA IMPETRANTE - INVABILIDADE DA DISCUSSÃO, EM SEDE MANDAMENTAL, DA PRODUTIVIDADE FUNDIÁRIA - MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO. REFORMA AGRÁRIA E DEVIDO PROCESSO LEGAL. - O pos-

⁴⁶ MACHADO, Hugo de Brito. “Embargos à Execução Fiscal: Prazo para Interposição e Efeito Suspensivo”. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, nº 151, abril, 2008. p. 56.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

*tulado constitucional do "due process of law", em sua destinação jurídica, também está vocacionado à proteção da propriedade. Ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). A União Federal - mesmo tratando-se de execução e implementação do programa de reforma agrária - não está dispensada da obrigação de respeitar, no desempenho de sua atividade de expropriação, por interesse social, os princípios constitucionais que, em tema de propriedade, protegem as pessoas contra a eventual expansão arbitrária do poder estatal. A cláusula de garantia dominial que emerge do sistema consagrado pela Constituição da República tem por objetivo impedir o injusto sacrifício do direito de propriedade. Doutrina. Precedentes.*⁴⁷

Embora seja um caso em que se discutia a observância do devido processo legal numa desapropriação para fins de reforma agrária, o raciocínio se aplica ao presente caso, *mutatis mutandis*, especialmente na parte em que menciona que a expropriação de bens deve respeitar os princípios constitucionais que protegem as pessoas contra eventual expansão arbitrária do poder estatal, para que não seja sacrificado injustamente o direito de propriedade.

Em suma, a constituição unilateral do título executivo propicia à Administração Pública o privilégio de somente obstar o prosseguimento da execução para discutir as razões do devedor após a garantia do débito. Porém, não se pode permitir que os bens devedor sejam expropriados sem o seu consentimento e sem autorização emanada pelo Poder Judiciário.

4.5 - Violação ao princípio da Isonomia:

A igualdade, como leciona Humberto Ávila⁴⁸, traduz “*três normas jurídicas diferentes, cada qual com sua operacionalidade própria, a revelar, entre outras coisas, a própria riqueza normativa do ideal de igualdade*”, trazendo em sua essência multiplicidade de sentidos. Veja-se:

⁴⁷ BRASIL. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal, Órgão Pleno, MS 23032/AL, Rel. Min. Celso de Mello, Julgado em 29/08/2001.

⁴⁸ ÁVILA, Humberto. Teoria da Igualdade Tributária. São Paulo: Editora Malheiros, 2008, pp.133-136.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

alguns autores se referem à igualdade como pertencendo à categoria de 'princípio', outros como se ela fosse uma 'regra', e outros, ainda, como se fosse um 'direito'. (...) "é preciso compreender, antes de tudo, que a palavra 'igualdade' é um signo e, como tal, suscetível de ser dotado de diferentes sentidos, conferidos de variadas formas e com vários propósitos.

A Constituição da República de 1988 traz em seu bojo diversas manifestações da expressão "igualdade", sendo certo que a isonomia é *conditio sine qua non* à realização da atividade legislativa infraconstitucional, bem como à interpretação e à aplicação do direito pelo Estado-juiz e pela Administração Pública.

Antes de adentrar na análise do presente sob o prisma da isonomia, é de se ter como premissa que a execução do particular contra o Estado faz-se só depois da coisa julgada (idem na compensação – art. 170-A do CTN⁴⁹), e mesmo assim protraída pelo sistema dos precatórios.

Na mão inversa, com a aplicação do art. 739-A aos executivos fiscais, tem-se a execução da garantia do crédito tributário após análise superficial das razões do particular, como dito linhas atrás, configurando-se evidente privilégio à Fazenda Pública.

Nesse sentido, cabe destacar que essa Corte Constitucional rechaçou a possibilidade de se prestigiar o credor fazendário (ou, sob outra perspectiva, proteger apenas o devedor público) em detrimento do particular, quando invalidou a compensação de ofício instituída pela EC nº 62/2009 (art. 100, § 9º, do corpo permanente; art. 97, § 9º, II, do ADCT)⁵⁰.

Em seu voto, o Exmº. Sr. Ministro Luiz Fux, redator do acórdão, assim se manifestou:

Sem embargo de tudo quanto exposto, ressalto que a sistemática da compensação inaugurada pela EC nº 62/09 encontra óbice intransponível na garantia constitucional da isonomia. Na linha apontada pelo e. Min.Relator, "ao cobrar o crédito de que é

⁴⁹ Código Tributário Nacional. "Art. 170-A. É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial. (Artigo incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)"

⁵⁰ Brasil. Poder Judiciário. Supremo Tribunal Federal, Órgão Pleno, ADI 4.425, Redator do acórdão Min. Luiz Fux, Julgado em 14/03/2013.



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

*titular, a Fazenda Pública não é obrigada a compensá-lo com eventual débito dela (Fazenda Pública) em face do credor-contribuinte". E mais: a própria Lei nº 6.830/80, ao disciplinar o procedimento da execução fiscal, veda a compensação (art. 16, para. 3º). Ora, as mesmas razões que justificam a compensação dos débitos titularizados pela Fazenda também justificam a compensação dos seus créditos. Não há razoabilidade mínima na diferenciação das hipóteses. Os valores maiores de justiça e eficiência estão presentes, com a mesma intensidade, em ambas as situações. Se a compensação de débitos da Fazenda evita o ajuizamento de execuções desnecessárias, o mesmo ocorre com o particular que é credor do Fisco e vê-se executado por débitos tributários ou de qualquer outra natureza. **Prestigiar apenas o credor fazendário (ou, sob outra perspectiva, proteger apenas o devedor público) é usar a retórica da justiça eficiente para oprimir o particular. Com essa situação o Judiciário brasileiro, e o Supremo Tribunal Federal em especial, não podem compactuar.***

(...)

O juízo de constitucionalidade acerca da instituição de prerrogativas processuais à Administração Pública já foi realizado, sob a perspectiva da isonomia, pelo plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1.753/DF, em que se discutia a validade da ampliação do prazo para a propositura de ações rescisórias pelo Poder Público, de dois para cinco anos, como fixado pela Medida Provisória nº 1577-6/1997. Na ementa do aresto, ficou assentada conclusão inteiramente pertinente à hipótese discutida nestes autos:

A igualdade das partes é imanente ao procedural due process of law; quando uma das partes é o Estado, a jurisprudência tem transigido com alguns favores legais que, além da vetustez, tem sido reputados não arbitrários por visarem a compensar dificuldades da defesa em juízo das entidades públicas; se, ao contrário, desafiam a medida da razoabilidade ou da proporcionalidade, caracterizam privilégios inconstitucionais: parece ser esse o caso das inovações discutidas, de favorecimento unilateral aparentemente não explicável por diferenças reais entre as partes e que, somadas a outras vantagens processuais da



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

Fazenda Pública, agravam a consequência perversa de retardar sem limites a satisfação do direito do particular já reconhecido em juízo. (ADI 1753 MC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, julgado em 16/04/1998, DJ 12-06-1998)

(...)

*De fato, se o custo do ajuizamento de execuções fiscais pela Fazenda Pública é elevado e pode ser evitado pela sistemática da compensação, também é verdade que o custo de demandar contra o Estado é elevado tanto para o indivíduo litigante quanto para a sociedade em geral, que arca com todos os custos (financeiros ou não) da multiplicidade de processos judiciais. Por que apenas a Administração Pública, quando devedora, poderá ter seus débitos compensados com seus créditos? Não há justificativa plausível para tamanha discriminação. **A medida deve valer para credores e devedores públicos e privados, ou acaba por configurar autêntico privilégio odioso.***

Por esta razão, acompanho o e. Min. relator quanto ao ponto, ainda que a partir de fundamentação mais estreita, para fins de declarar a inconstitucionalidade dos §§ 9º e 10 do art. 100, na redação conferida pela EC nº 62/09, por manifesta ofensa ao princípio constitucional da isonomia (art. 5º, caput, CF/88), corolário elementar do Estado Democrático de Direito (art. 1º, caput, CF/88).

Por todo o exposto, sendo certo que há uma evidente discriminação entre a forma de execução do particular contra o Estado e a forma de execução do Estado em face dos contribuintes, **também por violação ao princípio da isonomia deve ser julgada procedente a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade.**

5 - DO PEDIDO CAUTELAR:

Como se sabe, os artigos 10 e 11, da Lei n. 9.868, de 1999, permitem a **concessão de liminar** em Ação Direta de inconstitucionalidade, tendo a doutrina afiançado tratar-se de medida que visa a antecipar os efeitos de eventual decretação de inconstitucionalidade ao final do processo⁵¹, cujos re-

⁵¹ Teori Zavascki, Eficácia das Sentenças na Jurisdição Constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pp. 61/64.



Ordem dos Advogados do Brasil
Conselho Federal
Brasília - D. F.

quisitos para concessão da medida são os tradicionais: i) *fumus boni iuris* e ii) *periculum in mora*.

Ambos encontram-se fartamente presentes no caso concreto.

É que o dispositivo ora impugnado, ao apresentar contrariedade ao texto constitucional, ainda que parcial, conforme demonstrado acima, deve ser imediatamente afastado do ordenamento jurídico pátrio.

Como leciona o hoje Ministro desse E. Tribunal, Luís Roberto Barroso⁵²:

“(…)
Nenhum ato legislativo contrário à Constituição pode ser válido. E a falta de validade traz como consequência a nulidade ou a anulabilidade. No caso da lei inconstitucional, aplica-se a sanção mais grave, que é a de nulidade. Ato inconstitucional é ato nulo de pleno direito.
“(…)”

Nesse sentido, sobejamente demonstrados os requisitos autorizadores para deferimento de cautelar.

Evidente o *fumus boni iuris*, pois o dispositivo guerreado desnatura a proteção constitucional dada aos contribuintes. É dizer, **viola** os princípios constitucionais da razoabilidade e proporcionalidade, devido processo legal, ampla defesa, contraditório, propriedade e isonomia, eis que permite a expropriação de bens do contribuinte com em um base título executivo formado unilateralmente pela Fazenda Pública, e sem que tenha havido um julgamento imparcial, justo, regular e independente.

Vale lembrar, no particular, excerto de obra da Ministra Cármen Lúcia, para quem:

“... *as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas, por se cuidarem de avanços de toda a humanidade, e não dádivas estatais que pudes-*

⁵² BARROSO, Luís Roberto. O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, 2ª ed. São Paulo: Saraiva. 2006. p. 15



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

sem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares.”

No que concerne ao *periculum in mora* é preciso perceber que a cada dia em que se perpetua o estado de inconstitucionalidade ocasionado pela lei ora impugnada maiores são os prejuízos aos contribuintes.

É que a norma, em si, pode guardar certa antiguidade, mas nem por isso perderá sua atualidade no que tange aos resultados que pode produzir em face da Carta Maior. O risco ou possibilidade de perigo caracteriza-se pela virtualidade do dano que a aplicação da norma pode causar se não for suspensa a vigência/eficácia de seu conteúdo.

Ademais, a corroborar a necessidade de suspensão da aplicação do referido dispositivo legal aos executivos fiscais, não é demais lembrar que, até a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça no **RESP nº 1.272.827/PE**, havia precedentes daquela Corte no sentido da inaplicabilidade do art. 739-A, do CPC, às execuções fiscais. Confira-se:

“PROCESSUAL CIVIL. EFEITO SUSPENSIVO A EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INAPLICABILIDADE DO ART. 739-A DO CPC.

1. O art. 739-A do CPC, que nega aos embargos de devedor como regra, o efeito suspensivo, não é aplicável às execuções fiscais. Em primeiro lugar, porque há disposições expressas reconhecendo, ainda que indiretamente, o efeito suspensivo aos embargos nessas execuções (arts. 19 e 24 da Lei 6.380/80 e art. 53, § 4º da Lei 8.212/91). E, em segundo lugar, porque, a mesma Lei 11.362/06 - que acrescentou o art. 739-A ao CPC (retirando dos embargos, em regra, o efeito suspensivo automático) -, também alterou o art. 736 do Código, para retirar desses embargos a exigência da prévia garantia de juízo. O legislador, evidentemente, associou uma situação à outra, associação que se deu também no § 1º do art. 739-A: a outorga de efeito suspensivo supõe, entre outros requisitos, "que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes". Ora, ao contrário do que ocorre no CPC, no regime da execução fiscal, persiste a norma segundo a qual "não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução por depósito, fiança ou penhora (art. 16, § 1º da Lei 6.830/80).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D.F.

2. Recurso especial improvido (REsp. n. 1.178.883 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20.10.2011).”

Na mesma linha estão o AgRg no RESP nº 1.283.416/AL, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 02.02.2012; e o RESP nº 1.291.923/PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01.12.2011, razão pela qual, na própria ementa do caso representativo de controvérsia destacou-se que estava “*superada a linha jurisprudencial em sentido contrário*”.

Diante do exposto, **requer o Conselho Federal da OAB a imediata suspensão da aplicação do art. 739-A e seus respectivos parágrafos às execuções fiscais**, tendo em vista que a sua aplicação nesses casos ofende de forma direta e irremediável garantias individuais basilares do Estado Democrático de Direito, antes da audiência da Presidência da República e do Congresso Nacional, bem como da manifestação da AGU e da PGR (Lei nº 9.868/99, art. 10, § 3º), por decisão monocrática, *ad referendum* do Plenário⁵³, ou mediante a pronta inclusão do feito em pauta.

6 - DO PEDIDO FINAL:

Pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil **requer:**

a) a concessão de medida cautelar, com base no art. 10, § 3º, da Lei nº 9.868/99 e antes da audiência da Presidência da República e do Congresso Nacional, bem como da manifestação da AGU e da PGR, por decisão monocrática, *ad referendum* do Plenário, ou mediante a pronta inclusão do feito em pauta, para que seja suspensa a aplicação do art. 739-A e seus respectivos parágrafos (incluídos ao CPC pelo art. 2º da Lei nº 11.382/2006) às execuções fiscais, tendo em vista que a sua aplicação nesses casos ofende de forma direta e irremediável garantias individuais basilares do Estado Democrático de Direito, conforme exposto no deslinde desta peça;

b) a notificação da **PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA**, da **CÂMARA DOS DEPUTADOS**, e do **SENADO FEDERAL**, por intermédio de seus Presidentes, para que, como responsáveis pela elaboração das normas impugnadas, manifestem-se, querendo, sobre o mérito da presente ação, no

⁵³ Exemplo recente deste procedimento é a ADI nº 4.917/DF (DJe 21.03.2013).



Ordem dos Advogados do Brasil

Conselho Federal

Brasília - D. F.

prazo de 30 (trinta) dias, nos termos do art. 6º, parágrafo único da Lei nº 9.868/99;

c) a notificação do Exmo. Sr. Advogado-Geral da União para se manifestar sobre o mérito da presente ação, nos termos do Art. 8º da Lei nº 9.868/99 e da exigência constitucional do Art. 103, § 3º;

d) a notificação do Exmo. Sr. Procurador Geral da República para que emita o seu parecer, nos termos do art. 103, § 1º da Carta Política;

e) pede-se, por último, a procedência desta Ação Direta para que seja declarada a nulidade parcial sem redução do texto contra a **aplicação em concreto** da norma extraída do art. 739-A, do CPC, e seus respectivos parágrafos (incluídos no CPC pelo art. 2º da Lei Federal nº 11.382/2006) às execuções fiscais, tendo em vista que a sua aplicação nesses casos ofende de forma direta e irremediável garantias individuais basilares do Estado Democrático de Direito.

Deixa-se de atribuir valor à causa, em face da impossibilidade de aferi-lo.

Nesses termos, pede deferimento.

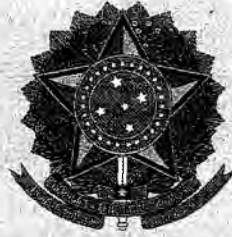
Brasília/DF, 19 de setembro de 2014.

Marcus Vinicius Furtado Coêlho
Presidente do Conselho Federal da OAB
OAB/PI 2525 – OAB/DF 18.958

Luiz Gustavo A. S. Bichara

Procurador Especial Tributário do Conselho Federal da OAB
OAB/RJ 112.310

Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior
OAB/DF 16.275



Poder Judiciário
Supremo Tribunal Federal

Recibo de Petição Eletrônica

Identificação petição	43380/2014
Classe	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
Petição	2014/43380
Hipótese	Lei ou ato normativo federal
Identificação do processo	AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5165
Numeração Única	99985056520141000000
Data	19/9/2014 8:37:56.679 GMT-3
Assunto	1-Control de Constitucionalidade(DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO Controle de Constitucionalidade)
Preferências	Medida Liminar
Partes	CONSELHO FEDERAL DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL - CFOAB(REQUERENTE(S)-Ativo) Advogados: MARCUS VINÍCIUS FURTADO COELHO(ADVOGADO(A/S)) OSWALDO PINHEIRO RIBEIRO JUNIOR(ADVOGADO(A/S))



Peças	<ul style="list-style-type: none">1 - Peticao inicial 1(Peticao inicial)2 - Procuração e substabelecimentos 1(Procuração e substabelecimentos)3 - Documentos de Identificação 1(Documentos de Identificação)4 - Documentos comprobatórios 1(Documentos comprobatórios)5 - Cópia do ato normativo ou lei impugnada 1(Cópia do ato normativo ou lei impugnada)6 - Cópia do ato normativo ou lei impugnada 2(Cópia do ato normativo ou lei impugnada)
--------------	---

65887478734 ADI5165