

EXECUÇÃO FISCAL - PENHORA - AUSÊNCIA - EMBARGOS DO DEVEDOR - SUSPENSÃO DO PROCESSO - PRINCÍPIOS DA ECONOMIA PROCESSUAL E DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS - ARTS. 250 E 737, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - ART. 16, § 1º, DA LEI 6.830/80 - VOTO VENCIDO

- Opostos embargos à execução fiscal antes de concretizada a penhora, ao invés de extingui-los, deve ser suspensa a respectiva ação incidental, até que se ultime o ato constitutivo, após o que, seguro o juízo, sejam processados os embargos, tudo em nome dos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, evitando, assim, a invalidação de atos processuais perfeitamente aproveitáveis.

- V.v.: - Nos termos do § 1º do art. 16 da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80), antes de garantida a execução, são inadmissíveis os embargos do executado. Sequer em favor dos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas a segurança do juízo pode ser relevada mediante a suspensão do processamento dos embargos até a ultimização da penhora, porquanto não se pode ter por certa a futura constrição de bens do executado a viabilizar o aproveitamento dos atos processuais já praticados. (Des. Edgard Penna Amorim)

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0000.00.351425-4/000 - Comarca de Belo Horizonte - Relator: Des. SILAS VIEIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, EM DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, VENCIDO, EM PARTE, O REVISOR.

Belo Horizonte, 1º de julho de 2004. -
Silas Vieira - Relator.

Notas taquigráficas

Proferiu sustentação oral, pela apelante, o Dr. Aristóteles Atheniense, e, pela apelada, o Dr. Francisco Assis V. Barros.

O Sr. Des. *Silas Vieira* - Sr. Des. Presidente, em. Pares. Acuso o recebimento de memorial por parte da apelante Primo Schincariol Ind. Cervejas Refrigerantes S.A.

Devo dizer que ouvi atentamente as sustentações produzidas pelos advogados, Dr. Aristóteles Atheniense e Dr. Francisco de Assis Barros. As colocações feitas da tribuna encontram resposta, certamente, no voto que tenho em mãos.

Conheço do recurso, eis que presentes os pressupostos de sua admissibilidade.

Através do ato sentencial de fls. 185/187, o Juiz de Direito da 4ª Vara de Feitos Tributários do Estado da Comarca de Belo Horizonte extinguiu, sem julgamento do mérito, a ação incidental de embargos do devedor ajuizada por Primo Schincariol Indústria de Cervejas e Refrigerantes S.A. em face da execução fiscal que lhe move a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais.

Na petição recursal de fls. 191/204, a apelante sustenta que a própria apelada postulou, à fl. 163, a “substituição da penhora levada a efeito nos autos da execução”, circunstância que justifica, quando muito, a suspensão dos embargos, jamais a sua extinção sem apreciação do mérito, porquanto tal não fora postulado pela Fazenda-exeqüente naquela oportunidade.

Acresce que o próprio Procurador do Estado, à fl. 40 do apenso, requereu a redução a termo dos bens indicados à penhora, o que foi acolhido pelo Juízo deprecado. Assim, eventual recusa posterior à lavratura do termo da penhora, por parte do Juízo deprecado, importa ofensa ao art. 747 do CPC e à Súmula 46 do STJ.

Diz, mais, que o entendimento perfilhado na sentença caracteriza vulneração ao artigo 243

do CPC, na medida em que declara nulidade favorecendo a parte que para isso contribuiu, ou seja, a Fazenda Pública estadual; que a falta de ultimação do ato construtivo se deu por negligência da apelada e dos serventuários da Justiça (Oficial e Escrevente), sendo que estes estavam encarregados de realizar o ato processual requerido pelo próprio Procurador do Estado e determinado pelo Juízo deprecante.

Alega, ainda, a recorrente, ser absurda a condenação de honorários no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor atribuído à causa.

Ao final do arrazoado, pugna a apelante pela cassação da sentença, determinando ao Juízo *a quo* que encerre a instrução, concluindo pela necessidade ou não da prova técnica reclamada, para então, proferir nova sentença, desta feita, dirimindo a lide.

Contra-razões às fls. 209/215.

Deixei de remeter os autos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, em consonância com o ditame da Súmula nº 189 do STJ.

É o relato.

Falaciosas se afiguram as argumentações da empresa-executada, ora recorrente, no sentido de que o Fisco-exeqüente tenha anuído com os bens ofertados à penhora ou mesmo que tenha a Fazenda contribuído para eventual nulidade processual.

Mostram os autos que a executada-apelante indicou bens à penhora e, antes que fosse dado vista à Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais a respeito, a apelante manejou a ação incidental de embargos (vide fl. 41).

Mister esclarecer que a cota lançada à fl. 40 pugnando pela redução a termo dos bens indicados à penhora foi firmada por Procurador do Estado de São Paulo, não detendo, pois, qualquer valor processual, diante da sua manifesta ilegitimidade para agir em nome do Fisco mineiro.

Na verdade, a Fazenda Pública do Estado de Minas Gerais somente tomou ciência dos bens

oferecidos à penhora, quando fora ela intimada para impugnar os embargos à execução ofertados pela apelante. Foi nesta oportunidade que a Fazenda manifestou sua discordância quanto aos bens oferecidos, como lhe faculto o ordenamento jurídico (vide fls. 84/85 e fl. 47 do apenso).

De toda sorte, o que efetivamente impende considerar é a ausência de concretização do ato construtivo, o qual, para se ultimar, reclama prévio depósito dos bens, bem assim a lavratura de auto ou termo da penhora, o que não ocorreu na espécie.

Vale dizer que, diante da mera nomeação de bens, não resta seguro o juízo, fato que inviabiliza o processamento dos embargos do devedor, *ex vi* do artigo 16, § 1º, da Lei nº 6.830/80 e do artigo 737, I, do CPC, *verbis*:

Art. 16. (...)

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

Art. 737. Não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo:

I - pela penhora, na execução por quantia certa.

Outrossim, a meu ver, a dicção dos mencionados dispositivos legais deve ser harmonizada com os princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, no afã de se evitar a invalidação de atos processuais já praticados no âmbito dos embargos do devedor e que podem ser perfeitamente aproveitados, tudo em consonância com as regras insculpidas no artigo 250 do CPC, que assim preceitua:

Art. 250. O erro de forma do processo acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais.

Parágrafo único. Dar-se-á o aproveitamento dos atos praticados, desde que não resulte prejuízo à defesa.

Por isso, em vez de extinguir a ação de embargos do devedor, hei por bem suspendê-los, para que se proceda à constrição judicial e, após seguro o juízo, sejam processados os presentes embargos do devedor.

Nesse norte, as seguintes manifestações do excelso Superior Tribunal de Justiça:

Processual civil - Embargos à execução fiscal - Ajuizamento - Prazo - Termo *a quo* - Penhora - Regularização - Precedentes do STJ. - Apresentados os embargos do devedor antes da penhora, ficará o seu processamento condicionado à efetivação ou regularização daquela, adiando-se a admissibilidade dos embargos para o momento em que for seguro o juízo, atendendo-se ao princípio do aproveitamento dos atos processuais (REsp nº 238.132-MG, Ministro Francisco Peçanha Martins, *DJ* de 18.02.2002).

Embargos à execução. - Viável a apresentação dos embargos à execução, antes de seguro o juízo, ficando o seu recebimento, entretanto, condicionado à efetivação da penhora ou apreensão do bem (REsp nº 255.080-SP, Ministro Eduardo Ribeiro, *DJ* de 14.08.2000).

E, ainda:

O atual CPC prestigia o sistema que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, regularizando sempre que possível as nulidades sanáveis (STJ-RT, 659/183).

Aliás, observo que a própria Fazenda Pública, aqui apelada, em suas contra-razões, cuidou de colacionar aresto que corrobora o desfecho ora dado, como se colhe à fl. 214, *verbis*:

Processual civil - Embargos à execução - Insuficiência de penhora - Inadmissibilidade - Sustação da execução para efetivação da garantia. - Está em harmonia com os princípios da finalidade e da economia processual, a decisão que susta os embargos do devedor e determina o prosseguimento da execução para efetiva garantia do juízo, com a penhora de bens suficientes. Recurso improvido. Decisão mantida (TFR 5ª, acórdão unânime, Ag. de Instrumento nº 0500359/89, *DOE* de 03.03.90).

Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso, a fim de determinar a suspensão do processo dos embargos, cuja discussão meritória será reaberta, tão logo se efetue a segurança do juízo.

Custas e honorários de sucumbência, ao final.

É como voto.

O Sr. Des. Edgard Penna Amorim - Sr. Presidente, ems. Pares, ilustre procuradores que ocuparam a tribuna, Dr. Aristóteles Atheniense e Dr. Francisco Assis de Vasconcelos Barros, a cujas sustentações dei a merecida atenção.

Também registro o recebimento de memorial por parte da apelante, a que dediquei também atenção.

Peço vênia ao em. Relator para manifestar divergência, mantendo, assim, coerência com entendimento que adotei desde meu ingresso na magistratura.

Do exame dos autos, não há dúvidas de que os embargos à execução fiscal foram opostos antes de garantido o juízo da execução.

Em que pese o fundamentado entendimento do em. Relator, no sentido de suspender o feito em favor dos princípios da economia processual e da instrumentalidade das formas, tenho que a segurança do juízo não pode ser relevada por se tratar de condição da ação incidental de embargos (§ 1º do art. 16 da LEF). Neste sentido, um claro precedente da 7ª Câmara Cível deste eg. Tribunal:

Embargos de devedor - Garantia do juízo - Imprescindibilidade - Art. 16, § 1º, da Lei 6.830/80. - Nos termos do § 1º do artigo 16 da Lei de Execução Fiscal, não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução (AC nº 289.212-3, Rel. Des. Wander Marotta, *in DJ* de 04.02.2003).

Com efeito, não entendo que a literalidade da lei deva ser afastada, *in casu*, porquanto o condicionamento do processamento dos embargos até a ultimação da penhora não está, ao meu ver, atendendo, necessariamente, aos mencionados princípios, eis que não se pode ter por certa a futura constrição de bens do executado a gerar o aproveitamento dos atos processuais já praticados. Impõe-se, portanto, a manutenção da

sentença que extinguiu os embargos à execução fiscal sem julgamento de mérito.

No que tange ao pedido sucessivo da apelante a fim de que sejam reduzidos os honorários de sucumbência, entendo que o pleito há de ser acolhido para que seja a verba honorária minorada para o importe de R\$10.000,00 (dez mil reais), corrigidos desde a data do encerramento deste julgamento pelos índices da eg. Corregedoria-Geral de Justiça, atendendo-se à apreciação equitativa determinada pelo § 4º do art. 20 do CPC.

Ao exposto, renovadas as vênias ao em. Relator, dou parcial provimento ao recurso, apenas para reduzir os honorários de sucumbência na forma acima, mantidos os demais termos da sentença de 1ª instância.

O Sr. Des. Duarte de Paula - Sr. Presidente. Ouvi atentamente as sustentações orais aqui produzidas e cumprimento os seus defensores, pelo brilhantismo com que se portaram.

Tenho voto escrito.

Estando de acordo com o posicionamento adotado pelo eminente Desembargador Relator, passo a tecer algumas considerações acerca do tema.

Os embargos do devedor são ação de conhecimento, geradora de processo incidental e autônomo, mediante a qual, com a suspensão da execução, o executado impugna a pretensão creditícia do exequente e a validade da relação processual executiva.

Em regra, a possibilidade de sua propositura somente surgirá depois de garantido o juízo, ou seja, tão logo afetado o bem sobre o qual recairá a atividade executiva, nos termos da regra contida nos artigos 737, I, do Código Processual Civil e 16, § 1º, da Lei nº 6.830/80, não sendo, pois, admissíveis embargos antes de efetivada a penhora. Todavia, se isso ocorrer, em respeito ao princípio da economia processual e da efetividade, entendo não se dever julgar extinto o feito, como fez o Juízo singular, mas apenas suspendê-lo.

É o que entendem LUIZ RODRIGUES WAMBIER, FLÁVIO RENATO CORREIA DE ALMEIDA e EDUARDO TALAMINI:

Se propostos os embargos antes de seguro o juízo, não deve o juiz indeferi-los, mas apenas deixar de recebê-los, naquele instante, determinando o seguimento da execução. Posteriormente, quando o juízo estiver garantido (com a penhora, na execução por quantia certa; ou, na execução para entrega de coisa, com o depósito ou apreensão), o juiz receberá os embargos anteriormente interpostos, desde que presentes seus demais requisitos (*Curso Avançado de Processo Civil*, v. 2, 5ª ed., Revista dos Tribunais, p. 322).

E admite JOSÉ BARCELOS DE SOUZA:

Antes de seguro o juízo pela penhora, ou por outro meio (LEF, art. 9º, I e II), não se admitem embargos à execução.

Pouco importa que tarde a penhora. Enquanto não efetivada, ou de outro modo seguro o juízo, descabe a oposição de embargos. Se oferecidos sem o cumprimento daquela condição legal, serão extemporâneos. Pode o juiz, no caso, indeferir a petição. Se porventura passar despercebido o vício e formar-se o processo, deverá este vir a ser julgado extinto, sem julgamento de mérito, salvo se tiver sido satisfeita a condição. Nenhuma dessas decisões impede que, oportunamente, seguro o juízo, volte a parte com os embargos.

Nada impede, entretanto, que o juiz despache mandando aguardar a penhora, para, então, lhe serem conclusos os autos para decisão (*Teoria e Prática da Ação de Execução Fiscal e dos Embargos do Executado*, 1986, Editora Saraiva, p. 24).

Como se sabe, o ato processual é de direito público e, sobretudo, instrumental, em que o interesse predominante é o da realização dos fins de justiça no processo. Assim, cada vez mais se entende que o processo é mero instrumento, através do qual se busca a finalidade específica de uma prestação jurisdicional correta e justa. Daí por que GIUSEPPE CHIOVENDA já trazia:

O dever fundamental, que forma como que a ossatura de toda relação processual, é, como se viu, o dever do juiz ou outro órgão jurisdicional de pronunciar-se sobre os pedidos das partes. A isto corresponde o dever de empreender tudo

quanto necessário no caso concreto para pronunciar-se (ouvir as partes, presidir às provas), ou seja, para receber ou rejeitar, quanto ao mérito, os pedidos, tendo por fim a atuação da lei (*Instituições de Direito Processual Civil*. Ed. Bookseller, 1998, v. I, p. 80).

No mesmo sentido, valioso ensinamento de EDUARDO J. COUTURE:

Todos estamos habituados a manejar as formas do processo, seus prazos, suas condições, como se fossem fins em si mesmos. Esse ramo do direito, pois, nos surge, em sua aparência, como a forma solene, como o cerimonial da Justiça. A experiência, contudo, nos ensina que isso é unicamente o invólucro do fenômeno. Por debaixo das formas existe um conteúdo profundo e angustioso, que necessita aflorar à superfície. O processualista não deve, jamais, esquecer o conselho que Rodin deixou aos seus alunos no seu testamento: - 'Que vosso espírito, sempre, conceba uma superfície apenas como a extremidade de um volume que impulsiona do interior. Toda vida surge de um núcleo em que germina e parte de dentro para fora. Não existem linhas, só existem volumes. Quando se modela, não se deve pensar em superfície, e sim em relevo. O relevo vem do íntimo e é ele que determina o contorno' (*Introdução ao Estudo do Processo Civil*. José Konfino Editor, p. 15/16, in *RP*, 10/223).

Portanto, com a nova dinâmica da instrumentalidade do processo, e ante o princípio da utilidade desse e os ideais da justiça, certos formalismos devem ser relevados em nome da efetividade do processo e da realização da prestação jurisdicional, tendo-se em vista que ao julgador não é dado distanciar-se da lei, mas transcendê-la, mormente quando existente a possibilidade de lesão do direito.

Nesse contexto, apesar de os embargos terem sido opostos antes de efetivada a constrição, entendo que não merecem ser extintos, mas tão-somente suspensos, a fim de que se proceda à constrição judicial e, após seguro o juízo, sejam devidamente apreciados.

Vale salientar que a própria Fazenda Pública do Estado, expressamente, acata tal solução.

Pelo exposto, dou parcial provimento ao recurso, nos exatos termos do voto acima proferido, cassando integralmente a r. sentença objurgada.

Custas recursais, como de lei.

Súmula - DERAM PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, VENCIDO, EM PARTE, O REVISOR.

-:-:-