



**FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS GRADUAÇÃO EM DIREITO**

KEVENY JORDAN DOS SANTOS SILVA

**GARANTIA DO JUÍZO PARA ADMISSÃO DOS EMBARGOS À
EXECUÇÃO FISCAL: UM ESTUDO SOBRE A
CONSTITUCIONALIDADE E VALIDADE DO ART. 16 § 1º DA LEF.**

Salvador

2017

KEVENY JORDAN DOS SANTOS SILVA

**GARANTIA DO JUÍZO PARA ADMISSÃO DOS EMBARGOS À
EXECUÇÃO FISCAL: UM ESTUDO SOBRE A
CONSTITUCIONALIDADE E VALIDADE DO ART. 16 § 1º DA LEF.**

Monografia apresentada ao curso de pós-graduação em Direito, da Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de especialista em processo civil.

Salvador

2017

AGRADECIMENTOS

Agradeço a DEUS, porque dele, por ele e para ele são todas as coisas.

A Deja pelo auxílio e incentivo de sempre.

A Eliene pelo carinho e compreensão.

A Álvaro pelo apoio e amizade cultivada ao longo dos últimos anos.

RESUMO

Diante da divergência doutrinária quanto a exigência de prévia garantia para embargar a execução fiscal de acordo com o que prevê o art. 16 § 1º da lei 6.830 de 1980, o presente trabalho tem por objetivo fazer uma análise deste dispositivo com o intuito de verificar se ele é constitucional e se permanece vigendo diante das alterações legislativas posteriores a sua edição. Para tanto, fez-se uma pesquisa doutrinária e jurisprudencial, buscando a princípio compreender como se deu a evolução histórica dessa exigência e de que maneira se estrutura o ordenamento jurídico brasileiro, para a partir disso buscar uma solução que se harmonize com ele. No que diz respeito a pesquisa jurisprudencial, foram analisados os principais julgados, de forma a compreender o que lastreia o posicionamento adotado.

PALAVRAS CHAVE: Embargos à execução fiscal; Garantia; Juízo; Inconstitucionalidade; Devido Processo Legal.

¹ Graduado em Direito pela Universidade Católica do Salvador – UCSAL. Pós-Graduando em Processo Civil pela Faculdade Baiana de Direito.

ABSTRACT

Faced with the doctrinal divergence regarding the requirement of prior guarantee to seize the tax execution in accordance with the provisions of art. 16 § 1 of Law 6,830 of 1980, the purpose of this paper is to analyze this device with the purpose of verifying whether it is constitutional and remains in the face of legislative changes after its publication. In order to do so, a doctrinal and jurisprudential research was done, trying in the beginning to understand how the historical evolution of this requirement and how the Brazilian juridical order was structured, from there to seek a solution that harmonizes with it. Regarding the jurisprudential research, the main judges were analyzed, in order to understand what supports the positioning adopted.

KEYWORDS: Embargoes to tax execution; Warranty; Judgment; Unconstitutionality; Due Process Legal.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CRFB	Constituição da República Federativa do Brasil
des.	desembargador
LEF	Lei de Execuções Fiscais
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1. EXECUÇÃO FISCAL.....	10
1.1 DEFESAS DO EXECUTADO	11
1.1.1 Embargos à Execução Fiscal	12
1.1.2 Exceção de Pré-Executividade.....	12
1.1.3 Diferença entre os requisitos de admissibilidade dos Embargos à Execução Fiscal e da Exceção de Pré-Executividade	13
2. EVOLUÇÃO DA EXIGÊNCIA DE GARANTIA PARA EMBARGAR.....	16
2.1 DECRETO-LEI Nº 960/38.....	16
2.2 O CPC 1973	16
2.3 A LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS (LEI 6.830/1980).....	18
2.4 REFORMA DO CPC/73 – LEI Nº 11.382, DE 6 DE DEZEMBRO DE 2006....	19
2.5 CPC/2015	20
3 DIREITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS AO SE EXIGIR GARANTIA PARA AJUIZAR EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL	22
3.1 DIREITO DE PETIÇÃO.....	23
3.2 DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA.....	24
3.3 DIREITO A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL.....	26
3.4 DIREITO ÀS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA...27	
4 INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 § 1º DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS.....	29
5 ANÁLISE DE SÚMULAS E JULGADOS	32
5.1 SÚMULAS VINCULANTES	32
5.1.1 Da Súmula Vinculante nº 21.....	32
5.1.2 Da Súmula Vinculante nº 28.....	33
5.2 ANÁLISE DE JULGADOS	35
5.2.1 Embargos Opostos Por Curador Especial	35
5.2.2 A Hipossuficiência como uma Exceção à Exigência de Garantia para Embargar a Execução Fiscal	38
5.2.3 A Empresa em Recuperação Judicial Como Exceção a Exigência de Garantia para Embargar a Execução Fiscal	40
5.2.4 Prescindibilidade da Garantia (Ilegitimidade em Execução Fiscal ajuizada contra antigo Proprietário de Veículo).....	41

5.2.5	Jurisprudência do STJ quanto a Exigência de Garantia Prévia para Embargar a Execução Fiscal – Resp 1272827/Pe.	44
6	O ORDENAMENTO JURÍDICO E AS ANTINOMIAS.....	55
6.1	ORDENAMENTO JURÍDICO.....	56
6.2	ANTINOMIAS	60
7	ANTINOMIA ENTRE O ART. 16 § 1º DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS E O ART. 914, CPC/15.....	64
8	REVOGAÇÃO OU INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 § 1º DA LEF?	67
9	CONCLUSÃO.....	68
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

Um dos meios de defesa do executado na Execução Fiscal é a ação de Embargos à Execução, meio de impugnação em que é possível dilação probatória.

O artigo 16 § 1º da Lei de Execuções Fiscais traz a exigência de garantia prévia para embargar a execução fiscal. Segundo esse dispositivo para ajuizar os embargos é necessário realizar depósito em dinheiro, apresentar fiança bancária, seguro garantia ou penhorar algum bem.

Diante do aumento considerável do número de execuções fiscais, sendo muitas delas equivocadas, indevidas, surge uma indagação quanto a aplicação desse dispositivo diante do atual ordenamento jurídico. Seria o mencionado artigo inconstitucional? Teria sido já revogado por lei posterior?

Este trabalho tem por objetivo investigar como se estrutura o ordenamento jurídico brasileiro para a partir disso encontrar respostas para esses questionamentos, indicando o posicionamento que mais se harmoniza com o sistema.

É imprescindível permitir que o executado se defenda sem lhe impor nenhum empecilho, garantindo o exercício de direitos fundamentais assegurados constitucionalmente. Neste contexto, busca-se apresentar conceitos, esclarecer como é estruturado o ordenamento e apresentar as soluções jurídicas mais adequadas.

Com esse intuito foi desenvolvido um estudo com base em revisão bibliográfica e em pesquisa jurisprudencial.

No primeiro capítulo será apresentada a Execução Fiscal, dando destaque aos principais meios de defesa do executado, quais sejam, os Embargos à Execução Fiscal e a Exceção de Pré-Executividade. O segundo capítulo traz um panorama histórico da evolução da exigência de garantia para embargar, fazendo uma exposição cronológica dos acontecimentos.

Os direitos fundamentais violados ao se exigir garantia para embargar a execução fiscal é o tema do terceiro capítulo. Faz-se uma análise do direito de petição, de acesso à justiça, à garantia do devido processo legal e às garantias do

contraditório e da ampla defesa. Logo após o estudo dos direitos fundamentais violados, cuida-se da conseqüente inconstitucionalidade do dispositivo no capítulo quatro.

Passa-se ao exame de súmulas e julgados que são relacionados ao tema no quinto capítulo, o que dá uma noção de como os tribunais tem se comportado em relação a essa problemática e no capítulo seis é feita uma abordagem de como se estrutura o ordenamento jurídico e sobre as antinomias, ficando por fim a cargo do capítulo sete a análise da antinomia existente entre o art. 16 § 1º da LEF e o art. 914 do CPC/15.

1 EXECUÇÃO FISCAL

A arrecadação de tributos é uma das atividades essenciais do Estado, por meio dela se viabiliza a sua subsistência, o custeio de suas atividades. Desde antes da independência do Brasil, na era colonial, já era possível observar a cobrança dos Direitos Régios (sobre a importação), o Dízimo Real (sobre os produtos agrícolas e trabalho do agricultor) e o Quinto (relativo ao ouro, o que se seguiu pelo período Imperial e a República).²

Durante a República se tem notícia de alguns diplomas cuidando da execução fiscal: o Decreto-lei nº 960/38, o Código de Processo Civil de 1973, a Lei nº 6.830/1980 e o Código de Processo Civil de 2015. O Decreto-Lei 960/38 e o CPC/73 já revogados, ainda em vigência a lei nº 6.830/1980 (LEF) que disciplina ser o Código de Processo Civil aplicado subsidiariamente, de acordo com seu art. 1º.³

A Constituição de 1988 estabelece competências e permite que sejam cobrados determinados tributos, como também impõe limitações a essas cobranças. Ocorre que os contribuintes por inúmeras razões – desde a impossibilidade de efetuar o adimplemento, até o inadimplemento com o intuito de lesar o erário – descumprem suas obrigações, nasce então a necessidade de um instrumento por meio do qual se buscará a satisfação do crédito tributário, consagrou-se como tal a execução fiscal.

Almejando a satisfação de seu crédito por meio da execução fiscal o sujeito ativo deve estar munido da Certidão de Dívida Ativa, que deve possuir os atributos da certeza, liquidez e exigibilidade. Esta é constituída após procedimento administrativo e em posse dela é possível que seja ajuizada a execução.

A fazenda pode também oferecer demanda de natureza cautelar em face do contribuinte, ajuizando a chamada Ação Cautelar Fiscal, esta ação tem natureza

² ANDRADE, Gustavo Bezerra Muniz de. **Evolução histórica da execução fiscal no ordenamento jurídico brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 07 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54865&seo=1>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

³ Ibidem.

preventiva e visa evitar que o devedor possa dilapidar seu patrimônio se tornando insolvente (ou agravando um estado de insolvência), busca-se tutela jurisdicional que ordene a indisponibilização de bens do contribuinte antes mesmo de ser ajuizada a Ação de Execução Fiscal.

Trata-se de duas ações distintas, que não podem ser confundidas, visto que uma é de natureza executiva e a outra de natureza cautelar. Através da primeira almeja-se a agressão do patrimônio do demandado, já com a segunda se busca apenas a preservação desse patrimônio.

A lei nº 6.830/80 anteriormente mencionada, denominada de lei de execuções fiscais, reserva ao CPC atuação subsidiária.

1.1. DEFESAS DO EXECUTADO

Diante do ajuizamento de uma Ação de Execução Fiscal, o executado possui o direito de se defender, de demonstrar através de argumentos e provas não assistir razão ao exequente, para ver seu patrimônio livre de constrição e a Ação de Execução Fiscal julgada improcedente, não precisando se sujeitar ao pagamento do valor exigido em sede judicial.

O exercício dessa defesa é fruto da consagração dos direitos fundamentais constitucionalmente tutelados do contraditório, ampla defesa e devido processo legal no âmbito das execuções fiscais. É possível realiza-la por meio de duas vias mais comuns, quais sejam: Ação de Embargos à Execução Fiscal e Exceção de Pré-Executividade. Aquela regulada pela Lei de Execuções Fiscais – lei 6.830/80 e esta fruto de um entendimento jurisprudencial consagrado ao longo dos anos e amparado pela Súmula 393, STJ.

Existe ainda possibilidade que tem sido aceita e encontrado apoio em alguns casos excepcionais e atípicos do ajuizamento de Ação Anulatória acompanhada de Depósito do Montante Integral em dinheiro. Permitindo-se de forma anômala que o executado se defenda produzindo provas após decorridos o prazo previsto em lei para oposição de Embargos à Execução Fiscal. É válida a menção ao fato de que não é ordinário o feitio da defesa por essa via, sendo que ela é excepcional e

permitida desde que não seja possível o ajuizamento de Embargos e nem a oposição de EPE e seja feito o depósito do montante integral em dinheiro, o que garante o crédito da fazenda, se revelando muito vantajoso para a exequente.⁴

1.1.1. Embargos à Execução Fiscal

Também conhecidos como embargos do devedor, encontram previsão no art. 16 da lei de execuções fiscais.

A natureza dos Embargos à Execução é de Ação, não se fala apenas de uma defesa processual que é feita nos próprios autos do processo executivo, mas sim de se ajuizar uma nova ação.

Ao optar por utilizar a via dos Embargos à Execução Fiscal, o executado decide ajuizar uma nova ação, para tanto é necessário apresentar uma petição inicial, peça a ser redigida pelo advogado patrono da causa para formalizar o seu ajuizamento. Se diz que o réu executado vira autor embargante, a ação de Embargos deve ser ajuizada no mesmo juízo em que fora ajuizada a ação executiva, devendo-se requerer a distribuição por dependência, com o intuito de que fiquem juntas as ações, a executiva e aquela por via da qual se propõe a defesa embargante a seu conteúdo, cabendo ao mesmo juiz julgar ambos os feitos.⁵

1.1.2. Exceção de Pré-Executividade

A figura jurídica da Exceção de Pré-Executividade é até hoje desprovida de amparo legal expresso, foi criada na advocacia, tendo decorrido principalmente da brilhante atuação de Francisco Pontes de Miranda no famoso caso “Mannesmam”. Foi idealizada como meio hábil a defender executados que estavam sendo injustamente demandados e que não necessitassem de produção de provas

⁴ BARRETTO, Pedro. **Manual de prática tributária – Ações e defesas do contribuinte**. Rio de Janeiro, 2017. Curso Portal F3. Apostila, p. 17.

⁵ Ibidem, p. 18.

supervenientes para demonstrar clara e irrefutavelmente a invalidade do título executivo.⁶

Com perfil oposto ao dos Embargos, a Exceção de Pré-Executividade é uma defesa nos próprios autos do processo de Execução, não constituindo uma nova ação, mas sim uma defesa que o réu apresenta dentro da própria execução fiscal proposta.

Protocola-se a Exceção de Pré-Executividade para que seja juntada sobre a petição inicial nos mesmos autos, nesse caso o executado não assume a posição de autor em uma ação autônoma, mas se defende como réu na ação proposta. Para tanto junta petição incidente almejando tutela jurisdicional protetiva.⁷

1.1.3. Diferença entre os requisitos de admissibilidade dos Embargos à Execução Fiscal e da Exceção de Pré-Executividade

Para que se ajuíze a ação de Embargos à Execução Fiscal, é necessário que se cumpram dois requisitos de admissibilidade de forma cumulativa, sob pena de não serem admitidos os Embargos e extinto o processo sem julgamento de mérito.

Importante ressaltar que esses os dois requisitos exigidos para os Embargos não o são para a Exceção de Pré-Executividade nos autos da Execução Fiscal. Trata-se dos requisitos da tempestividade do ajuizamento e da garantia prévia do juízo, este último gera polêmica e divergência na doutrina, ele é o tema central do presente trabalho.⁸

Diferente dos Embargos, a adução da Exceção de Pré-Executividade pode ser feita a qualquer momento do processo e independe de prévia garantia do juízo, não é realizada portanto nenhuma agressão ao patrimônio do executado, nem exigido nenhum tipo de depósito, fiança bancária ou qualquer outro tipo de garantia.

Os requisitos para admissibilidade da Exceção de Pré-Executividade são: a desnecessidade de dilação probatória e a existência de matéria de ordem pública.

⁶ BARRETTO, Pedro. **Manual de prática tributária – Ações e defesas do contribuinte**. Rio de Janeiro, 2017. Curso Portal F3. Apostila, p. 20.

⁷ Ibidem, p. 18.

⁸ Ibidem, p. 19-21.

Não pode haver a necessidade de produção de provas no curso do processo, é dizer que o jurisdicionado tem que possuir todas as provas do que irá alegar para que junte à petição ao apresenta-la, ou que se trate de caso em que o fato é público e notório, incontroverso, o que dispensa toda e qualquer produção de provas.⁹

Na hipótese da matéria de ordem pública é permitido ao magistrado conhece-la de ofício, sem nenhum tipo de provocação do interessado, o que por exemplo ocorre com as nulidades. O que se vê na prática é o executado provando que o título executivo é nulo (seja por falta de liquidez, de certeza ou de exigibilidade), o que levará à nulidade da própria ação executiva, cuida-se sem nenhuma dúvida de matéria de ordem pública. Sendo assim e ainda desnecessária a dilação probatória e podendo-se demonstrar e comprovar de logo o vício, é cabível a defesa pela via da Exceção de Pré-Executividade.¹⁰

Uma vantagem de se utilizar a via da Exceção de Pré-Executividade, reside no fato de ser possível defender o executado sem que seu patrimônio seja onerado, ou seja, sem que fique obrigado a oferecer algum tipo de garantia para aí então se defender. Outra vantagem é por fazer a defesa nos próprios autos e não necessitar de dilação probatória, a defesa é feita de forma mais célere e menos burocrática, consequentemente menos custosa ao executado.¹¹

Todavia não é possível utilizar essa via de defesa quando é necessária a produção de provas, hipótese em que a defesa só poderá ser feita por meio dos Embargos.

Na prática o mais comum é que se busque a defesa por meio da Exceção de Pré-Executividade, por conta da não onerosidade e celeridade que lhes são inerentes, especialmente pelo fato de o STJ já ter pacificado na súmula 393 a sua admissibilidade. Só no caso de não ser possível a utilização da EPE, é que se opta pela via dos Embargos.

Algo que tem acontecido e que preocupa parte da doutrina é que, há casos em que é necessária a dilação probatória, a matéria não é de ordem pública, mas o executado não dispõe de bens ou qualquer outro tipo de garantia que possa ser utilizada para garantir previamente o juízo, ou até possui, mas a oneração do seu

⁹ BARRETTO, Pedro. **Manual de prática tributária – Ações e defesas do contribuinte**. Rio de Janeiro, 2017. Curso Portal F3. Apostila, p. 19-21.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Ibidem.

patrimônio lhe seria muito cara. Em situações dessas pode-se perceber que a exigência de prévia garantia para o ajuizamento dos Embargos à Execução Fiscal é obstáculo para a defesa do executado. Sobre isso discorreremos com detalhes mais à frente.

2. EVOLUÇÃO DA EXIGÊNCIA DE GARANTIA PARA EMBARGAR

2.1. DECRETO-LEI N° 960/38

Antes do CPC/73 e da lei 6.830 de 1980 regularem a Execução Fiscal, a legislação que mais se assemelhava com o procedimento executivo era o já revogado, Decreto Lei 960/38, firmado por Getúlio Vargas.¹²

São 77 artigos em que se prevê como se dará o procedimento executivo. É interessante notar que o contribuinte possuía garantias muito reduzidas e que o juiz detinha o poder de instruir o processo ex-officio.¹³

Em seu artigo 16, dispõe que o réu deduzirá sua defesa por meio de embargos, dentro do prazo de 10 dias a contar da data da penhora. A partir daí é possível inferir que para embargar era necessária a garantia do juízo por meio de penhora.

O Decreto-Lei 960/38 entrou em vigor em 1º de janeiro de 1949 e foi revogado pelo Código de Processo Civil de 1973 que veio para unificar disposições processuais que anteriormente estavam esparsas com o antigo Código de Processo Civil de 1939, abrangendo disposições previstas no decreto-lei.

2.2 O CPC 1973

O Código de Processo Civil de 1973 veio para substituir o Código de 1939, sendo enaltecido pela cientificidade em suas disposições. Foi construído de acordo com doutrina e legislação alienígena, notadamente alemã e italiana, embebidas nas

¹² ANDRADE, Gustavo Bezerra Muniz de. **Evolução histórica da execução fiscal no ordenamento jurídico brasileiro**. Conteudo Juridico, Brasilia-DF: 07 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54865&seo=1%3E.%20Acesso%20em:%2028%20jun.%202017.>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

¹³ Ibidem.

concepções do processualismo (corrente científica que destacava a autonomia do direito processual na Europa), vigentes no Velho Continente do final do século XIX e início do século XX.¹⁴

Alegava-se que o Código de 39 não havia alcançado o mesmo grau científico obtido na Europa, sendo demasiadamente teórico, o que tornava a sua aplicação prática complexa. Diz também a doutrina que o Código de 39 trazia termos ambíguos que eram aplicados indistintamente a fenômenos processuais distintos. O próprio Buzaid afirmava que o sistema processual mencionado mantinha uma série exaustiva de ações especiais (do art. 298 ao art. 807) e englobava processos de jurisdição contenciosa e voluntária, dispostos sem ordem, sem unidade, sem sistemática.¹⁵

Publicado em 11 de janeiro de 1973 a lei nº 5.869, já em sua exposição de motivos faz menção a unidade do processo de execução como uma de suas inovações.

Teve seu anteprojeto apresentado em 1964 por Alfredo Buzaid que era à época Ministro da Justiça. Foi um período de grande tensão em decorrência da ditadura militar, os chamados “anos de chumbo” do Brasil.¹⁶

Em março de 1968 com o AI-5, houve o fechamento do Congresso, a autorização do Executivo para legislar, a suspensão de garantias constitucionais e legais como vitaliciedade, inamovabilidade ou estabilidade dos juízes, empregados e militares, e a suspensão das imunidades parlamentares.

Diante desse contexto nasceu o Código de Processo Civil de 1973, um instrumento jurídico técnico, direcionado a garantir a observância da lei. Não deveria a exemplo de outros ramos da ciência jurídica ser uma decorrência da tradição, mas o processo civil deveria adotar exclusivamente meios racionais, almejando a rapidez e a justiça.¹⁷

¹⁴ RUBIN, Fernando. O Código Buzaid (CPC/1973) e o Código reformado (CPC/1994-2010). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2812, 14 mar. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18695>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ RAATZ, Igor; SANTANA, Gustavo da Silva. **Elementos da História do Processo Civil Brasileiro: Do Código de 1939 ao Código de 1973**. Justiça e História, vol 9, nºs 17 e 18, p.15. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v9n17n18/ELEMENTOS.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

¹⁷ Ibidem.

Um código eminentemente técnico que ultrapassaria as fronteiras do país, valendo para diversas nações. Nascia um código lastreado pela técnica e neutralidade científica, sem o caráter público e social que baseava o anterior.¹⁸

O CPC/ 73 unifica as execuções, independentemente de se fundar em título judicial ou em título extrajudicial, a execução se submetia ao mesmo procedimento: citava-se o executado para no prazo de 24 horas pagar ou nomear bens à penhora, dando sequência às medidas executivas visando a expropriação, a esse procedimento também se submetia a execução fiscal.

Vale a transcrição do art. 652¹⁹ caput do texto originário do CPC/73 “Art. 652. O devedor será citado para, no prazo de vinte e quatro (24) horas, pagar ou nomear bens à penhora”.

Em todas as execuções, aí incluída a execução fiscal, a defesa do executado era feita por meio de embargos, que dependiam da garantia do juízo, como é possível observar no art. 737²⁰ do texto originário do CPC/73: “Art. 737. Não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo: I - pela penhora, na execução por quantia certa; II - pelo depósito, na execução para entrega de coisa”.

Nota-se que em relação ao previsto no Decreto-lei 960/38 é acrescentada expressamente a possibilidade do feitiço de depósito para garantir a execução, o que não estava prescrito no art. 16 do referido decreto-lei.

2.3 A LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS (LEI 6.830/1980)

Com o objetivo de tornar mais rápido o trâmite das execuções por quantia certa em que no polo ativo estivesse a Fazenda Pública, foi criada a lei 6.830/80, também conhecida como Lei de Execuções Fiscais, regulando a cobrança judicial

¹⁸ RAATZ, Igor; SANTANA, Gustavo da Silva. **Elementos da História do Processo Civil Brasileiro: Do Código de 1939 ao Código de 1973.** Justiça e História, vol 9, nºs 17 e 18, p.15. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v9n17n18/ELEMENTOS.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2017.

¹⁹ BRASIL. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973.** Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102373>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

²⁰ Ibidem.

dos débitos inscritos na Dívida Ativa dos entes da federação e suas autarquias, como prevê o seu art. 1º.²¹

A Lei de Execuções Fiscais de 22 de setembro de 1980, trouxe regras para a execução fiscal, fazendo com que esta se submetesse ao Código de Processo Civil apenas subsidiariamente, como se depreende da leitura do seu artigo 1º²² 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.

Instituiu-se aí um regime tido como específico, que decorre da peculiar relação entre a Fazenda Pública e o Contribuinte. No que tange aos embargos à execução, a LEF exige em seu art. 16 § 1º²³ a realização de garantia, sob pena de não serem admitidos os embargos do executado: “Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados: § 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução”.

Nesse ponto quando a edição e publicação da referida lei específica em nada inovou, apenas repetindo regra presente no texto originário do então vigente CPC/1973, em seu art. 737. O que comprova que esse dispositivo não foi em nada específico para as execuções fiscais, apenas seguindo a regra geral.

2.4 REFORMA DO CPC/73 – LEI Nº 11.382, DE 6 DE DEZEMBRO DE 2006

Após mais de 30 anos da publicação do CPC/73, com uma nova Constituição em vigência e com as mudanças sofridas pela sociedade, foi natural o anseio por parte daqueles que se utilizam do processo de que houvessem alterações, buscando adequação das normas contidas no código às necessidades destes.

²¹ ANDRADE, Gustavo Bezerra Muniz de. **Evolução histórica da execução fiscal no ordenamento jurídico brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 07 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54865&seo=1%3E.%20Acesso%20em:%2028%20jun.%202017.>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

²² BRASIL. **Lei nº 6.830 de setembro de 1980**. Lei de Execuções Fiscais. Brasília, 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm> Acesso em: 28 jun. 2017.

²³ Ibidem.

Não ocorreu uma ruptura definitiva com o CPC/73, mas sim mudanças pontuais, necessárias e úteis para que o diploma processual suprisse as necessidades dos novos tempos.

Com a Constituição de 1988 foram positivados princípios como o da efetividade que de certo modo se opunha a segurança jurídica tão valorizada no CPC/73. Ao pôr na balança tais posições, sobressaiu a busca por maior efetividade, muito embora o CPC/73 possuísse à época uma boa estrutura, era muito burocrático, não alcançando seus fins em tempo satisfatório. Desencadeia-se então um movimento reformista em meados dos anos 90.

Em 6 de dezembro de 2006, a lei 11.382 altera alguns dispositivos da lei 5.869 de 11 de janeiro de 1973 (CPC/73), relativos ao processo de execução e outros assuntos.

Dentre essas alterações está a revogação do art. 737 que determinava a exigência de garantia do juízo para embargar, e mudança do texto do art. 736, permitindo que o executado se oponha à execução por meio de embargos independentemente de oferecer penhora, depósito ou caução.

Em decorrência das disposições constitucionais e consequentes alterações legislativas através da lei 11.382, o executado passou a não ter mais a necessidade de garantir previamente o juízo para só então se defender. Uma importante alteração, visto que facilita o exercício de direitos fundamentais garantidos pela constituição de 1988, como o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa.

2.5 CPC/2015

O CPC/2015 é o primeiro Código de Processo Civil que tramitou e foi publicado integralmente em regime democrático de direito. A partir disso já é possível ter uma noção do quão revolucionário e de quantas mudanças traz.

O direito processual civil contemporâneo deve ser interpretado como um conjunto entre o Direito Processual e a Teoria Geral do Direito, o Direito Constitucional e o respectivo Direito material. É necessário que se tenha uma

compreensão cada vez mais ampla do direito processual civil, sempre à luz da Constituição.²⁴

Em relação ao Novo Código há os que criticam, os que aplaudem, existem inclusive os que se recusam a aplicar em um primeiro momento por não concordar, como bem pontua o professor Alexandre Freitas Câmara em sua obra. O fato é que as mudanças e adequações são necessárias, o diploma processual é mutável e está sempre sujeito a alterações que de tempos em tempos se percebem necessárias para atender aos reclames da sociedade.

Com o advento do CPC/2015 no que diz respeito a exigência de garantia para embargar a execução fiscal, foi reproduzido o texto do art. 736 caput do CPC/73 no art. 914: “Art. 914. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá se opor à execução por meio de embargos”.²⁵

Mantendo-se assim a permissão para que o executado embargue a execução para se defender, sem a necessidade de garantir previamente o juízo.

²⁴ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 35.

²⁵ BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 jun. 2017.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS VIOLADOS AO SE EXIGIR GARANTIA PARA AJUIZAR EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

Ao menos em tese a Constituição de 1988 inaugurou uma etapa de amplo respeito pelos direitos fundamentais. Logo no seu início já é possível nota-los, o que nos faz acreditar que se preocupou predominantemente com o ser humano, colocando-o como o fim do Estado, sendo este um instrumento de realização da felicidade daquele, como bem discorre Dirley da Cunha Junior.²⁶

Os direitos fundamentais tratam de situações sem as quais, nas palavras de José Afonso da Silva:²⁷ “a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais ao homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados”.

Eles possuem as características da historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade. São históricos como qualquer direito, não podem ser transferidos ou negociados, nunca deixam de ser exigíveis e não podem ser renunciados.²⁸

Os direitos fundamentais devem ser obrigatoriamente observados, visto que se propõem a servir ao homem, sendo como dito anteriormente, esse o fim do Estado. Para além disso, é necessário observar a supremacia da constituição em relação a normas hierarquicamente inferiores.

Ao falar da Supremacia da Constituição, tem-se a ideia de que todo o sistema normativo deve estar em harmonia com a Constituição. Como acertadamente aponta Dirley da Cunha Júnior:²⁹

Em decorrência dessa irrecusável posição de norma jurídica suprema, exige a Constituição que todas as situações jurídicas se conformem com os princípios e regras que ela adota. Essa indeclinável e necessária compatibilidade vertical entre as leis e atos normativos com a Constituição satisfaz, por sua vez, o princípio da constitucionalidade: Todos os atos normativos dos poderes públicos só são válidos e, conseqüentemente, constitucionais, na medida em que compatibilizem, formal e materialmente, com o texto supremo. Essa compatibilização deve ser formal, no sentido de

²⁶ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p.653.

²⁷ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 180.

²⁸ Ibidem, p. 183.

²⁹ CUNHA JR, op. cit., p.112.

que devem estar de acordo com o modo de produção legislativo tracejado na carta maior; e material, de modo que o conteúdo desses atos guarde harmonia com o conteúdo da lei magna. Assim a superioridade jurídica da Constituição implica, na prática brasileira, a revogação de todas as normas anteriores com ela materialmente contrastantes e a nulidade de todas as normas editadas posteriormente à sua vigência.

Façamos uma análise de alguns direitos fundamentais que são violados quando a lei de execuções fiscais exige em seu art. 16 § 1º que o executado garanta previamente o juízo, para só então ter a oportunidade de apresentar sua defesa.

Abordaremos o direito de petição, de acesso à justiça, ao devido processo legal, ao contraditório e a ampla defesa, discorrendo brevemente sobre cada direito e demonstrando como é evidente a violação a cada um deles.

3.1 DIREITO DE PETIÇÃO

O direito de petição consiste em uma garantia constitucional de defesa de direitos. Alexandre de Moraes³⁰ narra de forma simples e esclarecedora em poucas linhas a origem deste direito:

Historicamente, o direito de petição nasceu na Inglaterra, durante a Idade Média, através do right of petition, consolidando-se no Bill of Rights de 1689, que permitiu aos súditos que dirigissem petições ao rei. Igualmente foi previsto nas clássicas Declarações de Direitos, como a da Pensilvânia de 1776 (art.16), e também na Constituição francesa de 1791 (art.3º). Pode ser definido como o direito que pertence a uma pessoa de invocar a atenção dos poderes públicos sobre uma questão ou uma situação.

Previsto na Constituição de 1988 no art. 5º, inciso XXXIV, 'a', o direito de petição se fez presente em Constituições anteriores, desde de 1824 quando estabelecia no art. 179, XXX, que “todo cidadão poderá apresentar, por escrito, ao Poder Legislativo e ao Executivo, reclamações, queixas, ou petições, e até expor qualquer infração da Constituição, requerendo perante a competente autoridade a efetiva responsabilidade aos infratores”.³¹

³⁰ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 143.

³¹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 417.

Em todas as constituições que se seguiram esteve presente o direito de petição: Constituição de 1891 – art. 72, caput; Constituição de 1934 – art. 113, n.10; Constituição de 1937 – art. 122, n. 7; Constituição de 1946 – art. 141, § 37; Constituição de 1967/69 – art. 150, § 30; Constituição de 1988 – art. 5º, XXXIV, ‘a’.³²

Como é possível perceber a muito tempo está presente em nosso sistema jurídico o direito de petição, desde a época do Império se viu a necessidade de garantir ao povo acesso a um instrumento de defesa, por meio do qual se poderia expor suas reclamações, suas petições propriamente ditas.

Vale frisar que o inciso XXXIV do art. 5º da Constituição de 1988 traz a ideia de que o direito ali garantido, é acessível independentemente do pagamento de taxas.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco³³ explicam o que se deve entender como petição:

No conceito de petição há de se compreender a reclamação dirigida à autoridade competente para que reveja ou eventualmente corrija determinada medida, a reclamação dirigida à autoridade superior com o objetivo idêntico, o expediente dirigido a autoridade sobre a conduta de subordinado, como também qualquer pedido ou reclamação relativa ao exercício ou à atuação do Poder Público.

Viola-se o direito de petição ao exigir que o executado garanta o juízo para embargar, visto que claramente a redação do art. 5º, XXXIV é no sentido de oferecer a todos o direito de petição ao judiciário independentemente do pagamento de taxas, quanto mais da exigência de prévia garantia.

Não é possível condicionar a apresentação de defesa do executado a anterior garantia do juízo sem tolher o seu direito de petição, impedindo-lhe de exercer um direito garantido constitucionalmente e tido como fundamental.

3.2 DIREITO DE ACESSO À JUSTIÇA.

De clareza solar é o inciso XXXV do art. 5º da CRFB/88, quando diz que “ a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

³² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 417.

³³ *Ibidem*, p. 418.

É autoexplicativo o dispositivo, sendo como afirma Dirley da Cunha Junior³⁴ uma das maiores conquistas do Estado Democrático de Direito. A partir dessa redação podemos concluir que não é livre a lei para escolher se exclui ou não lesão ou ameaça a direito da apreciação do judiciário, ao contrário é inafastável que se leve a apreciação deste toda e qualquer lesão ou ameaça de lesão a direito.

Um avanço enorme, visto que o país passou por momentos em que direitos eram simplesmente suprimidos, violados de forma escancarada e nada se podia fazer.

Para viabilizar o acesso à justiça uma das medidas adotadas pela Constituição foi a previsão dos Juizados Especiais, interessante mencionar que até mesmo a majoração indiscriminada ou sem limites das custas judiciais não é permitida, conforme entendimento já sumulado:³⁵ “Súmula 667/STF - Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa”.

A lei também não pode condicionar o ingresso em juízo ao esgotamento das vias administrativas como permitia a constituição anterior.

De todo o exposto é fácil de perceber a preocupação da CRFB/88 em permitir que o povo tenha acesso a uma apreciação justa e imparcial de suas demandas sem que lhes sejam impostos ônus não suportáveis ou demasiadamente gravosos a quem tem o seu direito violado, é nesse sentido que discorre Dirley da Cunha Junior³⁶:

Enfim, o direito de acesso à justiça conduz ao entendimento de que nada afastará a intervenção do Poder Judiciário quando houver lesão ou simples ameaça de lesão a direito. O controle judicial, portanto, deve ser visto com maior amplitude para compreender todas aquelas situações nas quais houve lesão ou ameaça a direito de alguém. Até as decisões discricionárias do Estado, que por muito tempo ficaram imunes ao controle do Poder Judiciário, não escapam mais à fiscalização judicial, sempre que se verifique uma ofensa a direito.

Quando da exigência pela lei de prévia garantia para embargar a execução fiscal nada está se fazendo além de dificultar, retardar ou até mesmo impedir que seja concretizado o Direito de Acesso à Justiça.

³⁴ CUNHA JR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 735.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 667**. Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2250>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

³⁶ CUNHA JR, op. cit., p. 737.

O dispositivo constitucional prevê claramente que nenhuma lesão ou ameaça de lesão poderá ser excluída por lei da apreciação do Poder Judiciário, a lei de execuções fiscais faz justamente o que é proibido, exclui da apreciação do Judiciário as lesões ou ameaças de lesões sofridas por aqueles que não dispõem de meios para garantir o juízo.

3.3 DIREITO A GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

A garantia do devido processo legal como garantia expressa das liberdades públicas foi prevista pela primeira vez na CRFB/88, em seu art. 5º, LIV³⁷. Segundo ela “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Nesse inciso entende-se estar contido o devido processo legal formal ou procedimental e o devido processo legal material ou substantivo. O primeiro consistindo na exigência da abertura de regular processo como condição para restrição de direitos e o segundo na imposição de que estejam presentes a justiça e a razoabilidade nas decisões restritivas de direito.

O devido processo legal é uma das mais amplas garantias do direito constitucional no que concerne às relações processuais, como assevera Alexandre de Moraes³⁸

O devido processo legal configura dupla proteção ao indivíduo, atuando tanto no âmbito material de proteção ao direito de liberdade, quanto no âmbito formal, ao assegurar-lhe paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa (direito a defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, de produção ampla de provas, de ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos, à decisão imutável, à revisão criminal).

O professor Fredie Didier³⁹ faz menção a um ponto importante

³⁷ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

³⁸ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 84.

³⁹ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 73.

A locução "devido processo legal" corresponde à tradução para o português da expressão inglesa "*due process of law*". *Law*, porém, significa *Direito*, e não lei ("*statute law*"). A observação é importante: o processo há de estar em conformidade com o *Direito* como um todo, e não apenas em consonância com a lei. "Legal", então, é adjetivo que remete a "Direito": e não a Lei.

O devido processo legal é uma garantia contra o exercício abusivo de qualquer poder, deve ser feita uma análise do processo em relação a todo o sistema e não apenas a verificação se ele está em conformidade com a lei.

É necessário que haja harmonia entre o que ocorre no processo e o que dispõe o sistema como um todo, em especial o que prevê a Constituição como norma suprema.

Resta violado de maneira nítida o devido processo legal na hipótese em que ao exigir prévia garantia do juízo para que o executado embargue à execução fiscal, este se sujeita a constrição de seu patrimônio, sem que haja a abertura de um regular processo e nem uma análise de razoabilidade ou justiça a respeito do que se discute.

3.4 DIREITO ÀS GARANTIAS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA

O Contraditório e a Ampla Defesa são corolários do Devido Processo Legal, essas garantias completam o disposto no direito ao Devido Processo Legal e lhe dá significado. De nada adiantaria garantir a regular instauração formal de um processo e não assegurar o contraditório e a ampla defesa em seu bojo.

Tem-se por contraditório a garantia de participar do processo e poder exercer influência sobre ele, ou seja, não basta apenas permitir que a pessoa participe, mas é necessário que lhe seja oferecidas condições para que possa influir no resultado daquele processo.

A ampla defesa por sua vez é a garantia de que a pessoa possa se defender e provar o contrário do que tem alegado a outra parte.

As duas garantias são tratadas conjuntamente, somadas ao devido processo legal acabamos verificando que os três se complementam e o exercício de uma garantia acaba sendo decorrência lógica da outra.

Encontram previsão no art. 5º, LV da CRFB/88: “LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

Ao fazer a exigência de garantia do juízo para embargar à execução fiscal a LEF colide frontalmente com o direito às garantias do contraditório e da ampla defesa, uma vez que ao proceder dessa maneira dificulta e em alguns casos impossibilita que haja uma participação efetiva do executado de modo que possa influir no desfecho do processo, o que faz do mesmo modo com a possibilidade que este tem de se defender, tendo obstaculizada ou impedida a produção de provas e demonstração do que realmente ocorreu no caso concreto.

4 INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 § 1º DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS

O princípio da supremacia determina que todas as situações jurídicas se adequem aos princípios e preceitos da Constituição. Estar em conformidade com a Constituição não significa apenas não praticar atos contra o que ela dispõe, a omissão em fazer o que ela determina também caracteriza uma inconstitucionalidade.⁴⁰

A Constituição de 1988 reconhece duas formas de inconstitucionalidade: por ação e por omissão (art. 102, I, a, b e c, e art. 103 e seus §§ 1º a 3º). A que nos interessa para o presente estudo é a inconstitucionalidade por ação.

Se caracteriza a inconstitucionalidade por ação quando são produzidos atos legislativos ou administrativos que contrariam as normas ou princípios da Constituição. Do princípio anteriormente mencionado da supremacia resulta o da compatibilidade vertical das normas jurídicas de um país, o que significa dizer que todas as normas devem respeitar as outras que forem imediatamente superiores a elas, estando no ápice da pirâmide a Constituição.⁴¹

Essa incompatibilidade vertical pode se apresentar de duas formas: formal e materialmente. A primeira se dá quando as normas são formadas por autoridades incompetentes ou vão de encontro a alguma formalidade exigida para a sua criação, a outra quando o conteúdo das leis ou atos são contrários a preceito ou princípio da constituição.⁴²

Para defender a supremacia constitucional contra as inconstitucionalidades a própria Constituição prevê a técnica do controle de constitucionalidade das leis, existem três sistemas: o político, o jurisdicional e o misto. No primeiro se verifica a inconstitucionalidade por meio de órgãos políticos, como o próprio Poder Legislativo;

⁴⁰ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 48.

⁴¹ *Ibidem*, p. 49.

⁴² *Ibidem*.

no segundo cabe ao Judiciário essa investigação, no último algumas categorias de leis são submetidas ao poder político e outras ao jurisdicional.⁴³

O Brasil adota o sistema jurisdicional, conferindo ao Poder Judiciário a missão de verificar e declarar a inconstitucionalidade.

Ao observar os direitos fundamentais apresentados no capítulo 3, fica cada vez mais clara a inconstitucionalidade material do art. 16, § 1º da lei de execuções fiscais.

Quando é feita uma análise mais aprofundada a respeito do histórico da lei, do contexto em que ela foi escrita, do Código de Processo Civil vigente à época com redação que era compatível com o que disciplina o art. 16 (afinal foi uma reprodução do que estava previsto no CPC/73) e ainda da Constituição vigente, fica de muito mais fácil compreensão o fato da lei disciplinar tal regra.

Essa regra está a muito ultrapassada, visto que a Constituição de 1988 trouxe novos valores, novos princípios, elevando os direitos fundamentais a um lugar de destaque, foi dado início a um processo de mudanças com o objetivo claro de concretizar os direitos fundamentais idealizados pela Constituição.

A questão é que esse dispositivo destoava do espírito da Constituinte, é contrário a direitos fundamentais e, portanto, sofre da pecha da inconstitucionalidade. As mudanças infraconstitucionais e jurisprudenciais ao longo do tempo só reforçam o entendimento de que esse dispositivo é inconstitucional.

Visto que estamos diante de uma inconstitucionalidade por ação, em um país que adota o sistema jurisdicional, falta analisar os critérios difuso e concentrado de investigação da inconstitucionalidade.

É possível o exercício do controle por via de exceção e por via de ação direta de inconstitucionalidade, ou ainda a denominada ação declaratória de constitucionalidade. Fazer o controle por meio de exceção, significa dizer que qualquer interessado poderá levantar a questão da inconstitucionalidade em qualquer processo. Já na ação direta de constitucionalidade ou inconstitucionalidade o rol de legitimados é restrito e a competência é do Supremo Tribunal Federal.⁴⁴

Em relação ao dispositivo em discussão cabe a via de controle concentrado de constitucionalidade, utilizando uma ação direta, no entanto, trata-se de um

⁴³ Ibidem, p. 51.

⁴⁴ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 54.

dispositivo de lei anterior a Constituição de 1988, surgia então um impasse, pois não foi formado sob as regras da Constituição vigente e portanto não poderia se sujeitar ao controle concentrado de constitucionalidade da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, da Ação Declaratória de Constitucionalidade ou ainda da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade por Omissão.⁴⁵

Em 1993 com a Emenda Constitucional 03, o art. 102, § 1^o⁴⁶ da Constituição passa a prever a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, que vem a ser regulada pela Lei nº 9.882/99. Já no seu art. 1^o, parágrafo único, I,⁴⁷ dispõe que: “ Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I - quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição. ”

Sem dúvidas o fundamento da controvérsia gerada pelo art. 16, § 1^o da lei de execuções fiscais é relevante, sendo cabível a Arguição de Descumprimento de Preceito fundamental, que pode ser proposta pelos mesmos legitimados para a ação direta de inconstitucionalidade, enumerados nos nove incisos do art. 2^o da Lei 9.868/99.⁴⁸

Conclui-se, portanto, que o art. 16 § 1^o da Lei nº 6.830 de 1980 é inconstitucional, não se compatibiliza com diversos Direitos Fundamentais garantidos expressamente na Constituição da República Federativa do Brasil, a inconstitucionalidade é material, atacável por meio da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental já que anterior a Constituição.

⁴⁵ CARRILHO JR, Paulo Almeida. **ADPF- Arguição de descumprimento de preceito fundamental. Conceito de preceito fundamental. Fundamento lógico – transcendental da validade da constituição jurídico - positiva.** Âmbito Jurídico, Rio Grande. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10158&revista_caderno=9>. Acesso em: 05 jul. 2017.

⁴⁶ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jul. 2017.

⁴⁷ BRASIL. **Lei nº 9.882, de 3 de dezembro de 1999.** Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

⁴⁸ BRASIL. **Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999.** Brasília, 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

5 ANÁLISE DE SÚMULAS E JULGADOS

Passemos a tratar de manifestações jurisprudenciais no sentido de não obstar o acesso à justiça e permitir que se tenha um devido processo legal, que se relacionam diretamente com a exigência de garantia prévia para embargar a execução fiscal, corroborando com o entendimento de que é inconstitucional tal exigência e também a análise do entendimento do Superior Tribunal de Justiça em relação ao tema.

5.1 SÚMULAS VINCULANTES

As súmulas vinculantes são editadas após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, pelo Supremo Tribunal Federal. Sendo que após publicadas exercem efeito vinculante, obrigatório em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública, é o que se depreende da leitura do art. 103- A da CRFB/88.⁴⁹

5.1.1 Da Súmula Vinculante nº 21

Publicada em 10 de novembro de 2009, a Súmula vinculante n. 21⁵⁰ trata da inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio de dinheiro ou bens para a admissibilidade de recurso administrativo.

⁴⁹ BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 05 jul. 2017.

⁵⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 21**. É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=21.NUME.%20E%20S.FLS.V.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

Da análise do Precedente Representativo – ADI 1976⁵¹ de relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, é possível observar a discussão acerca da exigência de prévio depósito para exercício do direito de recorrer, o que viola o direito de petição e o princípio do contraditório.

Trata-se de uma medida provisória que dava nova redação a um dispositivo de lei, visando exigir prévia garantia para só em seguida permitir que se recorresse.

Ao observar a proposta de súmula vinculante de nº 21 é possível extrair dos votos dos ministros qual a mentalidade buscada através da edição do enunciado sumular. Para demonstrar tal aspiração faz-se necessária a transcrição de dois parágrafos da transcrição da proposta de súmula vinculante, o primeiro é um trecho do voto do Ministro Dias Toffoli⁵²

Essa súmula mostra o caráter extremamente pedagógico, para o Estado brasileiro e para administração pública, da utilidade da súmula vinculante contra a administração pública; grande relevo, pois alcança a defesa da cidadania e da Constituição, que busca garantir o exercício do recurso, independentemente de necessidade de depósito prévio.

Em seguida é válida a menção a trecho da fala do Ministro Marco Aurélio⁵³

Há viabilização do recurso, mas desde que efetuado um depósito que, às vezes, impossibilitava, no tocante ao quantitativo, o exercício do direito de defesa no campo administrativo. Vem-nos do rol das garantias constitucionais que o direito de petição – e o vocábulo direito de petição tem sentido largo – é gratuito, não oneroso.

5.1.2 Da Súmula Vinculante nº 28

⁵¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 1976-7**. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 28 de março de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456058>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

⁵² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de súmula vinculante 21 Distrito Federal**. É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_21__PSV_21.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2017.

⁵³ Ibidem.

A súmula vinculante n. 28⁵⁴, publicada em 17 de fevereiro de 2010, tem a seguinte redação: “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário”.

Ao fazer pesquisa no site do STF, é possível encontrar como Precedente Representativo da súmula vinculante n. 28 o julgamento da ADI 1074⁵⁵, de relatoria do Ministro Eros Grau. Na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade em questão se buscou, com êxito, a declaração da inconstitucionalidade do art. 19 da Lei nº 8. 870, de 15 de abril de 1994.

Tal artigo disciplinava que para ajuizar ação visando discutir débitos com o INSS, era necessário fazer depósito prévio do valor que se pretendia discutir. Foi declarada a sua inconstitucionalidade e posteriormente utilizada a decisão como precedente representativo para a edição de súmula vinculante.

Ocorre que quando do debate a respeito da redação que seria dada a súmula vinculante que estava por ser publicada, houve clara preocupação dos ministros quanto a efetividade da mesma quando publicada. Ao passo que buscou-se demonstrar nas poucas linhas reservadas ao enunciado de súmula a idéia de que nas palavras do Ministro Ricardo Lewandowski: “o espírito da decisão seria exatamente o de evitar que se colocassem obstáculos ao acesso à justiça”.

Logo em seguida pondera o Ministro Joaquim Barbosa que a súmula teria incidência sobre a Lei de Execuções Fiscais. Ainda afirma o Ministro Marco Aurélio que do julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, prevalece o entendimento de que o acesso ao Judiciário para questionar exigibilidade de tributo não pode ficar sujeito a depósito.

⁵⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 28**. É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=28.NUME.%20E%20S.FLSV.&b ase=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 1074-3**. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 28 de março de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459624>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

É extremamente didática a proposta de súmula vinculante 37⁵⁶, que aprovou a súmula vinculante 28, pois a partir da sua leitura é possível perceber um reconhecimento por parte dos ministros do peso que tem o direito de acesso à justiça garantido constitucionalmente e também que toda e qualquer barreira imposta entre o judiciário e o cidadão deve ser rechaçada.

A partir da leitura dessas súmulas pode-se concluir que o Supremo Tribunal Federal com a sua edição teve a intenção de garantir o exercício do direito de defesa sem que fossem criados obstáculos de qualquer ordem, a destacar a garantia prévia.

5.2 ANÁLISE DE JULGADOS

Passemos a análise de alguns julgados com o intuito de verificar como os magistrados tem se manifestado quanto a exigência de garantia para embargar a execução fiscal.

Por meio do estudo desses julgados fica muito mais claro em torno do que gira a discussão, percebe-se algumas decisões no sentido de pouco a pouco corroborar com o entendimento de que a exigência de prévia garantia para embargar a execução fiscal fere direitos constitucionalmente garantidos e outras em sentido diametralmente oposto, que se limitam a reproduzir argumentos falhos e frágeis diante do tema, vamos a eles.

5.2.1 Embargos Opostos Por Curador Especial

⁵⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de súmula vinculante 37 - Distrito Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_28__PSV_37.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2017.

Logo de início é interessante fazer menção ao julgamento de Recurso Eleitoral conhecido e provido pelo TRE-PR - RE: 29076 PR⁵⁷, que trata da temática da prévia garantia nas execuções fiscais no caso de revelia, quando os Embargos são opostos por Curador Especial:

EMENTA - RECURSO ELEITORAL - EMBARGOS OPOSTOS À EXECUÇÃO FISCAL POR CURADOR ESPECIAL - NÃO RECEBIMENTO PELO JUÍZO EM FACE DA AUSÊNCIA DE GARANTIA - SITUAÇÃO QUE, PELA PECULIARIDADE, DISPENSA PRÉVIA GARANTIA - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. A exigência de garantia do Juízo para oposição de embargos à execução fiscal por Curador Especial caracteriza obstáculo ao exercício de seu dever público, além de afronta aos princípios da ampla defesa e do contraditório assegurados ao devedor revel.
(TRE-PR - RE: 29076 PR, Relator: ROGÉRIO LUÍS NIELSEN KANAYAMA, Data de Julgamento: 07/12/2011, Data de Publicação: DJ - Diário de justiça, Data 13/12/2011)

A partir da leitura do voto do relator, que integra a decisão do recurso, é possível perceber que a discussão gira em torno de se aceitar ou não os embargos quando ajuizados por Curador Especial. Este que é nomeado pelo juiz e a quem incumbe garantir a defesa do réu revel.

O Defensor Público recorreu da decisão da magistrada que inadmitiu os Embargos por ausência de garantia prévia do juízo, em suas razões alegou que na condição de Curador Especial não precisaria garantir o juízo, mencionando jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.110.548/PB)⁵⁸.

O recurso foi conhecido e provido, o relator se convenceu dos argumentos e foi seguido pelos demais. É importante a menção ao referido REsp:

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC.PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. REVELIA. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL.DEFENSORIA PÚBLICA. GARANTIA DO JUÍZO, NOS TERMOS DO REVOGADO ART. 737, INCISO I, DO CPC. INEXIBILIDADE. 1. A teor da antiga redação do art. 737, inciso I, do Código de Processo Civil, "Não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo: pela penhora, na execução por quantia certa;"(Revogado pela Lei n.º 11.382/2006). 2. "Ao executado que, citado

⁵⁷ BRASIL. Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. **Recurso eleitoral nº 290-76.2011.6.16.0001**. Recorrente: Vilmar Pereira da Silva. Recorrido: União - Fazenda Nacional. Relator: Desembargador Rogério Kanayama. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão nº41.765, 7 de dezembro de 2011. Disponível em: <<https://tre-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23156410/recurso-eleitoral-re-29076-pr-tre-pr>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

⁵⁸ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.110.548 - PB**. Recorrente: Marília Cavalcante Santos. Recorrido: Caixa Econômica Federal - CEF. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 25 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<https://tre-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23156410/recurso-eleitoral-re-29076-pr-tre-pr>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos" (Súmula n.º 196 do STJ). 3. É dispensado o curador especial de oferecer garantia ao Juízo para opor embargos à execução. Com efeito, seria um contra-senso admitir a legitimidade do curador especial para a oposição de embargos, mas exigir que, por iniciativa própria, garantisse o juízo em nome do réu revel, mormente em se tratando de defensoria pública, na medida em que consubstanciaria desproporcional embaraço ao exercício do que se constitui um munus público, com nítido propósito de se garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa. 4. Recurso especial provido. Observância do disposto no art. 543-C, § 7.º, do Código de Processo Civil, c.c. os arts. 5.º, inciso II, e 6.º, da Resolução 08/2008.

(STJ - REsp: 1110548 PB 2009/0000406-9, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 25/02/2010, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 26/04/2010).

Desse REsp, que inclusive foi admitido como representativo de controvérsia (já que presentes os pressupostos necessários ao seu conhecimento, bem como a existência de multiplicidade de recursos especiais com fundamento em idêntica questão de direito), podem ser extraídas boas lições.

Além dos argumentos no sentido de ser um absurdo incumbir o Curador Especial da garantia do juízo, é possível notar na leitura dos votos que justificaram a decisão da Corte Especial por unanimidade em conhecer e prover o Recurso Especial, um claro entendimento de que garantias constitucionais seriam violadas caso se procedesse de modo diferente.

Nesse sentido foi o parecer do Subprocurador- Geral da República Dr. Henrique Fagundes Filho:⁵⁹

As garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, insculpidas no art. 5º, LV, da Constituição Federal, devem ser aplicadas a todos os jurisdicionados, inclusive ao réu revel, que não tem a oportunidade de se defender no processo. Assim, o curador especial, nomeado ao executado citado por edital, para opor embargos à execução, não há de cumprir o disposto no vetusto art. 737, I, do Código de Processo Civil, por evidente violação das garantias constitucionais suso. Com efeito, o exercício do contraditório mostra-se impedido quando o curador especial, que nada tem a ver com o objeto da execução, é obrigado a assegurar o juízo pela penhora. (p. 184)

Claramente menciona garantias constitucionais que devem ser aplicadas a TODOS OS JURISDICIONADOS, lembrando que o revogado art. 737, I, CPC/73 violava garantias constitucionais, o que diga-se de passagem também faz o art. 16,

⁵⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.110.548 - PB**. Recorrente: Marília Cavalcante Santos. Recorrido: Caixa Econômica Federal - CEF. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 25 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<https://trepr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23156410/recurso-eleitoral-re-29076-pr-trepr>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

§1º da lei de execuções fiscais, já que praticamente reproduz o já revogado artigo do CPC/73.

Vai além o Ministro Teori Albino Zavascki, demonstrando total independência em seu voto, que pela importância merece transcrição quase que total:⁶⁰

Os embargos de devedor têm natureza de ação cognitiva. É um instrumento pelo qual o devedor se defende em face da exigência do título. Ora, a regra é que as defesas em juízo sejam sem garantia. O executado pode, antes, durante ou mesmo depois da execução promover uma ação autônoma com a mesma finalidade dos embargos. A única diferença, de existir ou não penhora, é que, com a garantia, há suspensão dos atos executivos. Há precedentes da Primeira Turma (v.g. Resp 808.902, DJ 01/10/09) de que fui Relator, em que se admite a viabilidade de embargos à execução sem penhora, caso em que são recebidos como ação autônoma sem suspensão da execução. Então, a função primordial da penhora é suspender os atos executivos. Nada impede, portanto, que o defensor público ajuíze esses embargos sem penhora. Aliás, no atual regime, qualquer devedor pode fazer embargos sem penhora. No meu entender, mesmo no regime anterior poderia fazê-lo, embora a execução não tivesse efeito suspensivo. Ficaria a cargo do credor, se fosse o caso, localizar bens e fazer a penhora.

Muito embora não se trate de execução fiscal, é válida a análise deste último julgado, uma vez que faz uma interpretação baseada no já revogado art. 737, I, CPC, que tem redação praticamente idêntica ao que é previsto na lei de execuções fiscais, as garantias constitucionais permanecem com a mesma força quando confrontadas com tal lei.

5.2.2 A Hipossuficiência como uma Exceção à Exigência de Garantia para Embargar a Execução Fiscal

Existem julgados no sentido de que a hipossuficiência seria um motivo de relativizar a exigência de garantia para embargar a execução fiscal. Trazem luz ao fato de algumas pessoas simplesmente não possuírem dinheiro ou patrimônio que possibilitem garantir o juízo.

Elucidativo é o julgamento da APELAÇÃO CÍVEL Nº 0010817-28.2015.4.04.9999/RS⁶¹, rico e claro em seu conteúdo, ainda dá direcionamento

⁶⁰ Ibidem.

citando outros julgados que somados nos dão uma compreensão mais abrangente das diversas situações em que é inviável a garantia do juízo.

Segue a ementa da referida apelação:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE GARANTIA. EXCEÇÃO. HIPOSSUFICIÊNCIA. 1. As execuções fiscais são reguladas pela Lei 6.830/1980, que traz previsão expressa da necessidade de garantia do juízo para a apresentação de embargos (§ 1º do art. 16). 2. Excepcionalmente a jurisprudência relativiza a exigência da garantia para não se obstaculizar o acesso ao Judiciário, no caso de hipossuficiência do embargante, condição que restou comprovada no presente feito. (TRF-4 - AC: 108172820154049999 RS 0010817-28.2015.404.9999, Relator: JORGE ANTONIO MAURIQUE, Data de Julgamento: 26/08/2015, PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 03/09/2015)

Mais uma vez se percebe menção a obstaculização do acesso ao judiciário, o que é bastante comum quando da análise de julgados que avaliam mais a fundo essa questão.

Ao proferir o Acórdão o relator Des. Federal JORGE ANTONIO MAURIQUE em seu voto explica que a jurisprudência tem admitido em caráter excepcional o oferecimento de embargos à execução mesmo quando o executado não possui bens passíveis de penhora e, portanto, não garante o juízo da execução.

No caso em exame no julgado a embargante recebia aposentadoria no valor de R\$ 674,23, sendo que o valor da dívida, em janeiro de 2013, perfazia R\$ 727,25, ela não possuía bens passíveis de penhora e estava representada pela Defensoria Pública o que reforçava a constatação da hipossuficiência.

Ainda em seu voto o desembargador cita alguns outros precedentes da Corte em que se observar decisões no mesmo sentido, são eles: AC 0001029-59.2008.404.7113/RS, AGL/AI 5027668-52.2013.404.0000, AC 5013282-55.2012.404.7112, AGL/AI 5022835-88.2013.404.0000.

Ao consulta-los temos acesso a outros exemplos, tais como o de uma senhora que era divorciada há 3 anos e uma empresa havia ficado sob a responsabilidade de seu ex-marido, sendo que ela não possuía bens penhoráveis registrados em seu nome, ou ainda de um cidadão pobre que a recebe intimação

⁶¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 0010817-28.2015.4.04.9999/RS**. Apelante: Maria Rejane Bernardes. Apelado: Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Sul – COREN/RS. Relator: Desembargador Federal Jorge Antonio Maurique. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 26 de agosto de 2015. Disponível em: < <https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/228244298/apelacao-civel-ac-108172820154049999-rs-0010817-2820154049999/inteiro-teor-228244307?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

referente a execução fiscal inscrita em seu CPF e em CNPJ que comprovadamente foi aberto em meados dos anos noventa e a muito tempo já foi cancelado, execução que frise-se foi bem confusa, visto que até o nome fantasia da empresa foi trocado.

Como impor nesses casos acima descritos e em inúmeros outros que venham a existir a exigência de prévia garantia para ajuizar Embargos à Execução Fiscal? É irrazoável e desproporcional tal exigência.

Os julgados mencionados são harmônicos ao justificar a excepcionalidade da não exigência baseando-a na inexistência de bens passíveis de penhora, sob pena de cerceamento do contraditório e ampla defesa, ainda se referindo ao acesso ao judiciário.

5.2.3 A Empresa em Recuperação Judicial Como Exceção a Exigência de Garantia para Embargar a Execução Fiscal

Há decisões que apontam mais uma exceção à exigência de prévia garantia para embargar a execução fiscal, a hipótese em que a empresa se encontra em fase de recuperação judicial, o que envolve o juízo universal e a ordem legal de classificação dos credores.

De algumas decisões é possível extrair que a jurisprudência tem se inclinado no sentido de não admitir que se penhore bens de executado que está em recuperação judicial, como exemplo fazemos referência ao Agravo Legal em Agravo de Instrumento⁶² a seguir:

AGRAVO LEGAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. BLOQUEIO DE BENS. IMPOSSIBILIDADE DE DETERMINAÇÃO DE CONSTRIÇÃO AO PATRIMÔNIO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO UNIVERSAL. EMBARGOS A

⁶² BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo legal em agravo de instrumento nº 5022835-88.2013.404.0000/SC**. Agravado: Aero Livros, Jornais e Revistas LTDA. Agravante: União – Fazenda Nacional Relator: Desembargador Federal Jorge Antonio Maurique. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 26 de outubro de 2015. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41382627604675131030000000227&evento=41382627604675131030000000098&key=ee37988a1cb305de1a8fa5d260bedb878aa887dbe65d3b0ba8a55e710abb473c>. Acesso em: 01 jul. 2017.

EXECUÇÃO FISCAL. RECEBIMENTO. AUSENCIA DE GARANTIA DO JUÍZO. FUNDAMENTAÇÃO PER RELATIONEM. RECURSO IMPROVIDO

1. O Superior Tribunal de Justiça tem o entendimento de que embora a execução fiscal não se suspenda em razão do deferimento da recuperação judicial da empresa executada, são vedados os atos judiciais que importem a redução do patrimônio da empresa, ou exclua parte dele do processo de recuperação, sob pena de comprometer, de forma significativa, a sobrevivência desta. 2. Reconhecida, de ofício, a incompetência do juízo a quo para penhorar valores, via sistema bacenjud, da empresa que se encontra em recuperação judicial, determinando o desbloqueio dos valores, por consistir em ato de constrição do patrimônio, haja vista a competência do juízo universal. 3. O parágrafo 1º do artigo 16 da Lei n.º 6.830/80 impõe, como condição de admissibilidade dos embargos do devedor, a segurança do juízo pela penhora. No entanto, A jurisprudência tem admitido, o presente caso é excepcional, o que atrai o recebimento dos embargos sem garantia, apoiada no art. 5º, XXXV, da Constituição. Precedentes. 4. É legítima a adoção da técnica de fundamentação referencial (per relationem), consistente na alusão e incorporação formal, em ato jurisdicional, de decisão anterior. 5. Agravo legal desprovido. (TRF4 5022835-88.2013.404.0000, Primeira Turma, Relator p/ Acórdão Jorge Antonio Maurique, D.E. 24/10/2013)

No que diz respeito a Execução Fiscal o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é de que não se suspende a execução fiscal em razão do deferimento de recuperação judicial, o que, no entanto, não significa dizer que é possível diminuir o patrimônio da empresa após esse deferimento, ao contrário. Diante disso, é pacífico que se deve admitir os Embargos à Execução Fiscal sem garantia, ou seja, mais uma exceção é aberta.

5.2.4 Prescindibilidade da Garantia (Ilegitimidade em Execução Fiscal ajuizada contra antigo Proprietário de Veículo)

No julgamento de uma Apelação Cível⁶³ pela Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul entendeu-se possível o recebimento e processamento de Embargos à Execução Fiscal sem oferecimento de garantia.

⁶³ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70053899522/RS**. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Zilezia de Freitas Vieira Relator: Eduardo Kraemer. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 11 de junho de 2013. Disponível em: <<https://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113050401/apelacao-civel-ac-70053899522-rs/inteiro-teor-113050411?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 jul. 2017.

Nesse julgamento em específico cuidava-se de execução fiscal ajuizada em face do antigo proprietário de um veículo, que ainda estava registrado no Detran em seu nome. Saindo da discussão a respeito da legitimidade passiva ou não do antigo proprietário a questão é que se questionava também a possibilidade de embargar a execução fiscal sem antes garantir o juízo, pois a Apelação era justamente em face de sentença que julgou procedentes os Embargos à Execução Fiscal a despeito da ausência de prévia e suficiente garantia. Segue ementa:

APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. IPVA. GARANTIA. PRESCINDIBILIDADE. RECEBIMENTO. POSSIBILIDADE. É possível o recebimento e o processamento de embargos à execução fiscal independentemente de garantia do juízo. Hipótese em que não se suspende a ação executiva. Precedentes. TRANSFERÊNCIA DO VEÍCULO COMPROVADA. ANTIGO PROPRIETÁRIO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. O fato gerador do IPVA é a propriedade do bem. Portanto, desimporta, para a incidência do tributo, em nome de quem o veículo está registrado no DETRAN, mas sim quem é o seu proprietário à época da ocorrência dos fatos geradores. Precedentes. Caso concreto em que o automóvel, à época da ocorrência dos fatos geradores, já se encontrava na posse de terceiro. Extinção da execução mantida. RECURSO A QUE SE NEGA SEGUIMENTO. (Apelação Cível Nº 70053899522, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eduardo Kraemer, Julgado em 11/06/2013)
(TJ-RS - AC: 70053899522 RS, Relator: Eduardo Kraemer, Data de Julgamento: 11/06/2013, Vigésima Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/07/2013)

O desembargador por meio de decisão monocrática ao julgar o tema da prescindibilidade ou não da prévia garantia, defende que não é possível condicionar o recebimento e processamento dos embargos à prévia e suficiente garantia, para respaldar tal entendimento faz-se menção a alguns julgados que trazem grande contribuição para a discussão:

RESP 758266/MG⁶⁴, REL. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 04/08/2005, DJ 22/08/2005 P. 167
EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. GARANTIA DO JUÍZO. PENHORA INSUFICIENTE.
1. Efetivada a penhora por oficial de justiça e dela sendo intimado o devedor, atendido estará o requisito de garantia para a oposição de embargos à execução. A eventual insuficiência da penhora será suprida por posterior reforço, que pode se dar "em qualquer fase do processo" (Lei 6.830/80, art. 15, II), sem prejuízo do regular processamento dos

⁶⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 758.266 - MG**. Recorrente: Malacco Amarante Comércio Exterior LTDA e outros. Recorrido: Estado de Minas Gerais Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 04 de agosto de 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7220715/recurso-especial-resp-758266-mg-2005-0095634-3/inteiro-teor-12968070?ref=juris-tabs#>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

embargos. Precedentes: AgRg no AG 602004/RS, 1ª Turma, Min. Denise Arruda, DJ de 07/03/2005 e AgRg no AG 635829/PR, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 18/04/2005.

2. Cumpre considerar que os embargos à execução, visando ao reconhecimento da ilegitimidade do débito fiscal em execução, têm natureza de ação cognitiva, semelhante à da ação anulatória autônoma. Assim, a insuficiência ou mesmo a inexistência de garantia não acarreta necessariamente a extinção do processo. Interpretação sistemática e teleológica do CPC, permite o entendimento de que a rejeição dos embargos não afasta a viabilidade de seu recebimento e processamento como ação autônoma, ainda que sem a eficácia de suspender a execução. Esse entendimento é compatível com o princípio da instrumentalidade das formas e da economia processual, já que evita a propositura de outra ação, com idênticas partes, causa de pedir e pedido da anterior.

3. Recurso especial a se dá provimento.

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 70049727985⁶⁵, VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: MARA LARSEN CHECHI, JULGADO EM 08/07/2012

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. RECEBIMENTO. PRESSUPOSTOS. COMPREENSÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERESSE. MATÉRIA APRECIADA EM PRIMEIRO GRAU. A garantia da execução fiscal não constitui pressuposto do recebimento de embargos do devedor, revelando-se indispensável apenas para que o juiz possa conferir-lhes efeito suspensivo. Carece a parte agravante de interesse para controverter questões ainda não apreciadas em primeiro grau. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO, PELO RELATOR.

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 70041357104⁶⁶, PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS CÍVEIS, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DENISE OLIVEIRA CEZAR, JULGADO EM 06/05/2011

EMBARGOS INFRINGENTES. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO EMBARGOS. AUSÊNCIA DE GARANTIA. RECEBIMENTO COMO AÇÃO AUTÔNOMA SEM EFEITO SUSPENSIVO. Ainda que não realizada a penhora, os embargos opostos à execução fiscal não devem ser rejeitados, devendo ser recebidos e processados como ação autônoma, sem que se suspenda a ação executiva. Precedentes. EMBARGOS INFRINGENTES DESACOLHIDOS, POR MAIORIA.

⁶⁵ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70049727985/RS**. Agravante: Edvaldo Anjos da Cruz. Agravado: Município de Charqueadas. Relator: Mara Larsen Chechi. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 08 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=AGRAVO+DE+INSTRUMENTO+N%C2%BA+70049727985&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 02 jul. 2017.

⁶⁶ BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes nº 70041357104/RS**. Embargante: Município de Porto Alegre. Embargado: Harley Rogowski Sommer. Relator: Denise Oliver Cezar. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 06 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=EMBARGOS+INFRINGENTES+N%C2%BA+70041357104&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=AGRAVO+DE+INSTRUMENTO+N%C2%BA+70049727985&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 02 jul. 2017.

Esses são alguns dos julgados trazidos pelo desembargador em sua decisão, todos eles fortalecem a sua percepção a respeito do tema e vão no sentido do que se busca afirmar através desse trabalho.

5.2.5 Jurisprudência do STJ quanto a Exigência de Garantia Prévia para Embargar a Execução Fiscal – Resp 1272827/PE.

Ao fazer uma pesquisa jurisprudencial sobre o tema em evidência é possível notar facilmente que a maior parte dos julgados encontrados caminham na direção de reproduzir e aplicar mecanicamente o entendimento do STJ, o que seria absolutamente normal, visto que trata-se de uma corte superior. Seria normal a não ser pelo fato de que o paradigma, o REsp 1272827/PE⁶⁷, tratou do tema de forma muito superficial, deixando muito a desejar em sua análise.

Já que inúmeros são os julgados em que diante da questão de possibilidade ou não de aceitar os Embargos sem a prévia garantia, os julgadores se restringem a dizer que pacífica é a jurisprudência do STJ, citar o REsp representativo e simplesmente inadmitir, faz-se necessária a análise dessa decisão no que concerne ao tema da prévia garantia exigida pelo art. 16 §1º da LEF.

Passemos ao exame desse julgado, destacando os pontos a serem atacados e buscando demonstrar a fragilidade dos argumentos trazidos.

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 JUÍZ 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 1994, que promoveu a reforma do Processo de Execução do Código de Processo Civil

⁶⁷ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.272.827- PE**. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Dropel – Drogaria Pernambucana LTDA. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 22 de maio de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23329943/recurso-especial-resp-1272827-pe-2011-0196231-6-stj/inteiro-teor-23329944>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

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 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*). 6. ***Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, § 1º da Lei n. 6.830/80, que exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal.*** 7. ***Muito embora por fundamentos variados - ora fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/73, ora trilhando o inovador caminho da teoria do "Diálogo das Fontes", ora utilizando-se de interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz agora) - essa conclusão tem sido alcançada pela jurisprudência predominante, conforme ressoam os seguintes precedentes de ambas as Turmas deste Superior Tribunal de Justiça.*** Pela Primeira Turma: AgRg no Ag 1381229 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, julgado em 15.12.2011; AgRg no REsp 1.225.406 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, julgado em 15.02.2011; AgRg no REsp 1.150.534 / MG, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 16.11.2010; AgRg no Ag 1.337.891 / SC, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 16.11.2010; AgRg no REsp 1.103.465 / RS, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, julgado em 07.05.2009. Pela Segunda Turma: AgRg nos EDcl no Ag n. 1.389.866/PR, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 21.9.2011; REsp, n. 1.195.977/RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em

17/08/2010; AgRg no Ag n. 1.180.395/AL, Segunda Turma, Rei. Min. Castro Meira, DJe 26.2.2010; REsp, n. 1.127.353/SC, Segunda Turma, Rei. Min. Eliana Calmon, DJe 20.11.2009; REsp, 1.024.128/PR, Segunda Turma, Rei. Min. Herman Benjamin, DJe de 19.12.2008. 8. Superada a linha jurisprudencial em sentido contrário inaugurada pelo REsp. n. 1.178.883 - MG, Primeira Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, julgado em 20.10.2011 e seguida pelo AgRg no REsp 1.283.416 / AL, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 02.02.2012; e pelo REsp 1.291.923 / PR, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 01.12.2011. 9. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008. (STJ - REsp: 1272827 PE 2011/0196231-6, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 22/05/2013, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 31/05/2013)

A princípio é necessário notar que a respeito da necessidade de garantia do juízo se fala em apenas algumas linhas, o julgamento é predominantemente feito sobre a questão do efeito suspensivo, a partir disso já fica difícil utilizar como parâmetro, como base, um julgado que sequer trata exclusivamente do tema em questão.

Passado esse primeiro momento vem os argumentos, muito frágeis é bom que se lembre. Para tais argumentos é reservado um espaço muito reduzido ao final do longo debate a respeito do efeito suspensivo.

Destaquemos os argumentos utilizados para uma posterior avaliação:

- a) Especialidade da LEF em relação ao CPC, já que não é silente no ponto, sendo o CPC utilizado apenas subsidiariamente;
- b) Compatibilidade com o princípio da valoração do crédito público, primazia do crédito público sobre o privado;
- c) As reformas feitas no CPC/73 pela lei 11.382/2006 não deveriam ser integralmente aplicadas às execuções fiscais;
- d) Necessidade de se fazer interpretação por meio do “Diálogo das Fontes” ou de uma interpretação histórica dos dispositivos, chegando-se sempre a conclusão de que os embargos à execução fiscal somente são admitidos depois de garantidos.

Após ter sido destacados os argumentos que são utilizados para a avaliação, vamos a análise de argumento por argumento:

- a) Especialidade da LEF em relação ao CPC, já que não é silente no ponto, sendo o CPC utilizado apenas subsidiariamente;

Quanto a falsa especialidade do art. 16 § 1º da LEF em relação ao art. CPC/73 e atual art. CPC/15, será tratado com mais profundidade mais à frente, ao

se fazer uma investigação a respeito da especialidade das normas, de antinomias, dentre outros pontos.

Por hora o necessário é que se tenha em mente que muito embora a Lei de Execuções Fiscais seja lei especial em relação ao Código de Processo Civil, isso não significa dizer que todas as normas contidas nela são especiais, ao contrário, algumas delas se limitam a repetir dispositivos da lei geral, como é o caso ora estudado.

A questão da especialidade é muito mais profunda do que parece, resumi-la a uma frase, dizendo irresponsável e genericamente que lei especial derroga lei geral. Não que esse não seja um princípio da hierarquização das normas, mas é muito mais que isso, não se limita a essa regra sem avaliação de fatores outros.

Esse ponto merece um carinho especial, pois nele se encontra a chave para resolução desse impasse que causa desordem e insegurança ao jurisdicionado.

b) A Compatibilidade com o princípio da valoração do crédito público, primazia do Crédito Público Sobre O Privado;

Para fazer um estudo sobre a primazia do crédito público sobre o privado é necessário que se analise o princípio da supremacia do interesse público do qual é decorrente.

A Constituição proclama em seu preâmbulo a instituição de um Estado Democrático de Direito, que se destina a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos. Tem-se por pluralista uma sociedade em que todos os interesses são protegidos.

Conceituar interesse público é uma tarefa difícil entre os doutrinadores, não se conseguiu ao certo uma definição o que o caracteriza como um conceito indeterminado. Alguns entendem ser um interesse contraposto ao interesse individual, já outros defendem ser a soma de interesses individuais, o que engloba a soma de bens e serviços, bem como, o conjunto de necessidades humanas indispensáveis a vida do particular.

Celso Antônio Bandeira de Melo⁶⁸ discorre que, “ao se pensar em interesse público, pensa-se, habitualmente, em uma categoria contraposta à de interesse privado, individual, isto é, ao interesse pessoal de cada um. Acerta-se em dizer que se constitui no interesse do todo, ou seja, do próprio conjunto social, assim como acerta-se também em sublinhar que não se confunde com a somatória dos interesses individuais, peculiares de cada qual. Dizer isto, entretanto, é dizer muito pouco para compreender-se verdadeiramente o que é interesse público”

Inúmeras são as compreensões a respeito do que seja o interesse público e ao longo dos anos se consolidou um entendimento de que o interesse público se sobreporia ao individual, o que com os novos tempos tem se questionado bastante. Não que se deva esquecer do que se tem por direito da “coletividade”, por interesse público, de forma alguma, mas é necessário que haja ponderações, análises no caso concreto para que se avalie quando e como o interesse dito público deve se sobrepor aos interesses individuais.

O princípio do interesse público é fundamental numa democracia, imprescindível nas funções do Estado, mas é necessário lembrar que existem os direitos fundamentais, que são igualmente princípios e merecem o devido respeito.

As indagações que surgem são: em que medida deve prevalecer o interesse público sobre o privado? Quais limites devem ser impostos? Até que ponto deve prevalecer o dito interesse público em detrimento de direitos fundamentais, sem nenhuma ponderação, apenas sob o argumento de que acobertado pela primazia do interesse público sobre o privado?

Antes de responder a tais questionamentos, passemos a uma classificação do interesse público em primário e secundário, o que ajudará em uma melhor compreensão a respeito.

Entende-se por interesse público primário a razão de existir do Estado, ele deve promover os interesses da sociedade. Já o interesse público secundário é aquele da pessoa jurídica (União, Estado-membro, Municípios, ou suas autarquias), quando envolvido em uma relação jurídica.

⁶⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2005, pag. 59.

A nova doutrina tem divergido em alguns aspectos quanto a compreensão que se tem e aplicação que se faz da supremacia do interesse público, vozes como as de Alexandre Santos de Aragão, Daniel Sarmiento e Humberto Ávila que escreveram a obra “Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público”, fazem uma crítica ao modo tradicional de enxergar o tema.

Isabelle de Baptista⁶⁹ em um artigo bem pontua a respeito da necessidade da busca de satisfação dos interesses públicos que sejam condizentes com a vontade da coletividade por meio de práticas democráticas e de acordo com os fins do Estado constitucionalmente definidos, em especial os que asseguram direitos e garantias fundamentais.

Esse é o centro da questão, avaliar caso a caso a aplicabilidade da supremacia do interesse público sobre o privado, mensurando quando são feridos direitos fundamentais, sendo eles os limites impostos a essa “supremacia”.

Não se pode negar a importância desse princípio, por meio dessa argumentação não se almeja que ele caia em desuso ou que se abandone totalmente, os dois extremos são muito perigosos, tomá-lo como absoluto ou renegá-lo ao desuso causam situações ruins. O que tem que ser feito é utilizá-lo com cuidado, fazendo ponderações e avaliando em quais hipóteses ele deve imperar e em quais não deve.

É imperioso que o rol dos Direitos Fundamentais previstos na Constituição de 1988 sejam observados, não é possível simplesmente passar por cima deles sob o frágil argumento de que o interesse público se sobrepõe ao privado.

Em relação ao argumento trazido no julgado em análise, falou-se da primazia do crédito público em relação ao privado, em última análise tratando da primazia do interesse público sobre o privado. Não é admissível que se ignore os Direitos Fundamentais constitucionalmente garantidos como o da Ampla Defesa, o do Contraditório, de Petição, do Acesso à Justiça e do Devido Processo Legal, já apresentados aqui e que tem ligação direta ao tema em discussão.

⁶⁹ BAPTISTA, Isabelle de. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado**: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. Revista do TCEMG – janeiro/ fevereiro/ março. Minas Gerais, v. 31, n.1, ano 2013. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Revista/RetornaRevista/721>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

Exigir que seja oferecida garantia em dinheiro ou de qualquer outro modo para só depois poder exercer seu direito de defesa sob o pretexto de que é mais importante garantir o crédito público que o privado é uma tremenda injustiça, termina sendo até mesmo incoerente visto que a coletividade que se busca proteger é justamente a que se expõe nesses casos. Ficam à mercê de lançamentos indevidos, o que infelizmente tem sido cada vez mais comum.

Portanto é frágil o argumento da primazia do crédito público sobre o privado para justificar a exigência de prévia garantia para embargar a execução fiscal.

c) As Reformas feitas no CPC/73 Pela Lei nº 11.382/2006 não deveriam ser integralmente aplicadas às Execuções Fiscais:

Em seu voto o Ministro Mauro Campbell Marques, traz como uma das suas justificativas para afastar a aplicação do então vigente art. 736, CPC/73 que exige o executado de garantir o juízo para opor-se por meio de embargos, o argumento de que em seu entendimento as reformas feitas no CPC/73 pela Lei nº 11.382/2006 não seriam um “pacote fechado”, e que nesse ponto não deveria se aplicar.

O curioso é que um pouco antes no voto a defesa pelo próprio ministro da harmonização das leis, dizendo que esse seria o melhor caminho interpretativo. Em seguida transcrevendo um texto subscrito pelo então Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos a partir da Exposição de Motivos n12000 - MJ, de 26 de agosto de 2004 (Diário da Câmara dos Deputados de 1º de dezembro de 2004, p. 51763-51765). Vale a reprodução de um trecho muito importante dessa transcrição:⁷⁰

[...] nas execuções por título extrajudicial a defesa do executado - que não mais dependerá da "segurança do juízo", far-se-á através de embargos, de regra sem efeito suspensivo (a serem opostos nos quinze dias subsequentes à citação), seguindo-se instrução probatória e sentença; com tal sistema, desaparecerá qualquer motivo para a interposição da assim chamada (mui impropriamente) "exceção de pre-executividade", de criação pretoriana e que tantos embaraços e demoras atualmente causa ao andamento das execuções.

É claro que o ministro se utiliza desse trecho para respaldar a sua defesa a respeito da não existência de efeito suspensivo automático nos embargos, e aí defende a harmonização das leis, mas logo em seguida quando trata da exigência

⁷⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.272.827- PE**. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Dropel – Drogaria Pernambucana LTDA. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 22 de maio de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23329943/recurso-especial-resp-1272827-pe-2011-0196231-6-stj/inteiro-teor-23329944>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

de garantia do juízo tal harmonização já não mais serve, simplesmente porque não é um “pacote fechado”.

Tal defesa é no mínimo confusa e sem dúvidas, rasa. Evidente que há de ser feito um filtro sobre o que se deve aplicar às execuções fiscais das reformas, mas no que toca a esse ponto da prévia garantia, é plenamente aplicável como se verificará em momento oportuno.

d) Necessidade de se fazer interpretação por meio do “diálogo das fontes” ou de uma interpretação histórica dos dispositivos, chegando-se sempre a conclusão de que os embargos à execução fiscal somente são admitidos depois de garantidos.

Quanto a esse argumento é necessário que se faça uma subdivisão, a princípio investigar o que seria “Diálogo das Fontes” e qual seria sua adequação a hipótese em estudo e em seguida perquirir qual o resultado de uma interpretação histórica dos dispositivos em questão.

Flávio Tartuce⁷¹ esclarece que “ a tese do diálogo das fontes foi desenvolvida na Alemanha por Erik Jayme, professor da Universidade de Helderberg, trazida ao Brasil por Claudia Lima Marques, da Universidade Federal do Rio Grande do Sul. A essência da teoria é que as normas jurídicas não se excluem – supostamente porque pertencentes a ramos jurídicos distintos -, mas se complementam. Como se pode perceber há nesse marco teórico, do mesmo modo, a premissa de uma visão unitária do ordenamento jurídico. ”

Claudia Lima Marques⁷² pontua que “ em seu curso Geral de Haia de 1995, o mestre de Heidelberg, Erik Jayme, ensinava que, em face do atual “pluralismo pós-moderno” de um Direito com fontes legislativas plúrimas, ressurge a necessidade de coordenação entre as leis no mesmo ordenamento, como exigência para um sistema jurídico eficiente e justo. Efetivamente, cada vez mais se legisla, nacional e internacionalmente, sobre temas convergentes. A pluralidade de leis é o primeiro desafio do aplicador da lei contemporâneo. A expressão usada comumente era a de conflitos de leis no tempo, a significar que haveria uma colisão ou conflito entre os campos de aplicação destas leis.

⁷¹ TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 60.

⁷² MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil**: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. Revista de Direito do Consumidor, Brasília, n. 45, p. 71 e 72, 2003.

A partir disso temos que “lei nova” revoga “lei antiga”, teríamos, portanto, três critérios para resolver conflitos: anterioridade, especialidade e hierarquia. Com a evolução do sistema e a crescente produção legislativa, percebeu-se insuficientes esses três critérios.

Continua Claudia Lima Marques⁷³ mencionando a teoria de Erik Jayme, afirmando que ele nos alerta que em tempos pós-modernos com a pluralidade e complexidade não é mais aceitável tal solução única e pronta. A distinção impositiva dos direitos humanos e do *droit à la différence* (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade mais de ser “igual” aos outros) não mais permitem este tipo de solução. Nesses novos tempos deve-se buscar uma solução que se mostre mais flexível, que permita uma análise caso a caso, avaliando as peculiaridades e nuances do caso concreto.

É proposta a convivência de uma outra opção ao lado da tradicional, que se coordene as fontes, cuida-se da busca por harmonização das normas e não necessariamente a revogação. Daí a expressão utilizada por Erik Jayme: “diálogo das fontes”, pois permite-se aplicação simultânea, coordenada e coerente de diversas fontes legislativas convergentes. Diálogo por haver a aplicação conjunta de duas normas ao mesmo tempo e ao mesmo caso, seja complementarmente, seja subsidiariamente, seja permitindo a opção voluntária das partes sobre a fonte prevalente (especialmente em matéria de convenções internacionais e leis modelos) ou mesmo permitindo uma opção por uma das leis em conflito abstrato. Uma solução flexível e aberta, de interpenetração ou mesmo a solução mais favorável aos mais fracos da relação (tratamento diferente dos diferentes)⁷⁴.

São possíveis três tipos de diálogo segundo a autora⁷⁵, dando como exemplo a relação entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002:

Na aplicação simultânea das duas leis, uma lei pode servir de base conceitual para a outra (diálogo sistemático de coerência), especialmente se uma lei é geral e a outra especial; se uma é a lei central do sistema e a outra um micro-sistema específico, não-completo materialmente, apenas com completude subjetiva de tutela de um grupo da sociedade. Assim, por

⁷³ MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil**: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. Revista de Direito do Consumidor, Brasília, n. 45, p. 73, 2003.

⁷⁴ MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil**: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. Revista de Direito do Consumidor, Brasília, n. 45, p. 74 e 75, 2003.

⁷⁵ *Ibidem*. p. 76 e 77.

exemplo, o que é nulidade, o que é pessoa jurídica, o que é prova, decadência, prescrição e assim por diante, se conceitos não definidos no micro-sistema (como vêm definidos consumidor, fornecedor, serviço e produto nos arts. 2º, 17, 29 e 3º do CDC), terão sua definição atualizada pela entrada em vigor do NCC/2002;

Na aplicação coordenada das duas leis, uma lei pode complementar a aplicação da outra, a depender de seu campo de aplicação no caso concreto (diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias aparentes ou reais), a indicar a aplicação complementar tanto de suas normas, quanto de seus princípios, no que couber, no que for necessário ou subsidiariamente. Assim, por exemplo, as cláusulas gerais de uma lei podem encontrar uso subsidiário ou complementar em caso regulado pela outra lei. Subsidiariamente o sistema geral de responsabilidade civil sem culpa ou o sistema geral de decadência podem ser usados para regular aspectos de casos de consumo, se trazem normas mais favoráveis ao consumidor. Este “diálogo” é exatamente contraposto, ou no sentido contrário da revogação ou ab-rogação clássicas, em que uma lei era “superada” e “retirada” do sistema pela outra;

Há o diálogo das influências recíprocas sistemáticas, como no caso de uma possível redefinição do campo de aplicação de uma lei (assim, por exemplo, as definições de consumidor *stricto sensu* e de consumidor equiparado podem sofrer influências finalísticas do novo Código Civil, uma vez que esta lei nova vem justamente para regular as relações entre iguais, dois iguais-consumidores ou dois iguais-fornecedores entre si, no caso de dois fornecedores tratam-se de relações empresariais típicas, em que o destinatário final fático da coisa ou do fazer comercial é um outro empresário ou comerciante), ou como no caso da possível transposição das conquistas do *Richterrecht* (Direito dos Juízes) alcançadas em uma lei para a outra. É a influência do sistema especial no geral e do geral no especial, um diálogo de *double sens* (diálogo de coordenação e adaptação sistemática).

Assim, em resumo, haveria o diálogo sistemático de coerência, o diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade em antinomias e o diálogo de coordenação e adaptação sistemática.

A teoria do diálogo das fontes como bem leciona Flávio Tartuce, surge para substituir e superar critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, especialidade e cronológico). Muito embora ainda se concilie tais critérios com a tese mencionada, no futuro o natural é que estas sejam substituídas por aquela⁷⁶.

Faz-se menção a teoria do diálogo das fontes no voto como um dos argumentos para justificar o entendimento de que a LEF é autônoma, lei especial e, portanto, independentemente de qualquer valoração seria aplicada em detrimento de lei geral. Ocorre que utilizar a teoria do diálogo das fontes para justificar tal posição é

⁷⁶ MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil**: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas. Revista de Direito do Consumidor, Brasília, n. 45, p. 64, 2003.

um erro, visto que por meio dessa teoria se busca inovar, integrar e não excluir, resolver os impasses de conflitos legislativos de forma a olhar o sistema de maneira integral.

Tranquilamente pode-se usar essa teoria para defender que o art. 16 § 1º da lei de execuções fiscais é inaplicável, visto que colide com o disposto no restante do sistema, inclusive e principalmente com a Constituição, em especial com os Direitos Fundamentais ali abrigados.

Seguindo em seu voto o Ministro diz que também se chega a mesma conclusão por meio de uma interpretação histórica dos dispositivos. Para fazer uma análise histórica é necessário que se avalie o momento de criação das normas, o que moveu o legislador, em qual ordem elas foram publicadas, enfim é imprescindível proceder em uma investigação mais aprofundada. Não foi esse o caso no julgado em apreço.

No tópico 3 desse trabalho foi feita uma abordagem da evolução da exigência de garantia para embargar, demonstrando qual foi o contexto da edição da Lei de Execuções Fiscais, qual era a redação originária do CPC/73, redação essa que deu base para a criação daquela e posteriormente foi alterada com as reformas que se sucederam e o advento da Constituição de 1988.

Dentro desse contexto está a regra da prévia garantia exigida como requisito de admissibilidade para os embargos, que foi inserida na lei de execuções fiscais como uma reprodução do que era previsto no texto do CPC/73, o que alguns anos depois foi revisto e alterado, não tendo sido feito da mesma forma na lei especial.

Feitas essas considerações fica claro o equívoco, ainda são mencionados alguns julgados que corroborariam com essa ideia e mais uma vez se percebe que o julgado trata de forma predominante da atribuição de efeito suspensivo e apenas lateralmente de forma superficial discorre sobre o tema da prévia garantida para admissibilidade dos embargos.

É evidente a fragilidade dos argumentos e superficialidade com que o tema foi tratado. Nesse que temos como REsp representativo do assunto pouco se falou sobre ele.

6 O ORDENAMENTO JURÍDICO E AS ANTINOMIAS

Para que façamos uma análise da compatibilidade da regra disposta no art. 16, § 1º da lei de execuções fiscais com a Constituição e com o Código de Processo Civil é necessário saber como é estruturado o ordenamento jurídico, quais suas bases, em que consistem os conflitos de normas e quais são os meios que podem ser utilizados para solucionar tais conflitos.

Com esse intuito é que passamos a discorrer sobre o ordenamento jurídico e as antinomias entre suas normas.

6.1 ORDENAMENTO JURÍDICO

As normas jurídicas não podem ser consideradas isoladamente, para que consideremos a sua existência é necessário que a analisemos em um contexto de normas que estejam relacionadas entre si, o que é chamado de “ordenamento”.⁷⁷

Anteriormente era feita uma análise das normas individualmente, o Direito era estudado única e exclusivamente pela perspectiva da norma jurídica, o ordenamento jurídico era considerado no máximo um conjunto dessas normas. Como bem coloca Norberto Bobbio em sua obra, “considerava-se a árvore, mas não a floresta”.⁷⁸

O conceito evoluiu e tomou-se consciência de que o ordenamento jurídico é muito mais que apenas um conjunto de normas, entendeu-se que ele não é derivado das normas, mas que as normas advêm dele. Ao fazer o estudo a respeito do ordenamento jurídico, é perceptível a correlação deste termo com uma das acepções que temos de “direito”.⁷⁹

Superado esse primeiro entendimento e ficando claro que a expressão “Direito” se refere a um tipo de ordenamento, temos que o ordenamento jurídico é também um conjunto de normas, mas não se restringe a apenas isso. Surge então uma indagação a respeito da possibilidade de formação de um ordenamento de uma única norma. Norberto Bobbio explica que em sua concepção a existência de tal ordenamento deve ser excluída, pois uma única norma não conseguiria se referir e regulamentar todas as ações possíveis do homem, regulamentação essa que basicamente consiste em qualificar a ação através da modalidade normativa do obrigatório, do proibido e do permitido.⁸⁰

Buscando ilustrar seu entendimento o autor discorre sobre as três possibilidades⁸¹:

⁷⁷ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora UnB, 1995. p. 19.

⁷⁸ Ibidem. p. 20.

⁷⁹ Ibidem. p. 27.

⁸⁰ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora UnB, 1995, p. 31.

⁸¹ Ibidem, p. 31 e 32.

Tudo é permitido: mas uma norma de tal gênero é a negação de qualquer ordenamento jurídico, ou, se quisermos, a definição do estado de natureza que é a negação de todo ordenamento civil.

Tudo é proibido: uma norma desse tipo tornaria impossível qualquer vida social humana, a qual começa no momento em que o homem, além das ações necessárias, está em condições de realizar algumas ações possíveis; uma norma assim concebida, equiparando ações possíveis e impossíveis, não deixaria subsistir senão as ações necessárias, ou seja, as ações meramente naturais.

Tudo é obrigatório: também uma norma feita assim torna impossível a vida social, porque as ações possíveis estão em conflito entre si, e ordenar duas ações em conflito significa tornar uma ou outra, ou ambas, inexecutáveis.

Sendo inconcebível um ordenamento que regule todas as ações possíveis com uma única modalidade normativa, ou, em outras palavras, que abrace todas as ações possíveis com um único juízo de qualificação, pode-se conceber um ordenamento que ordene ou proíba uma única ação. Trata-se de um ordenamento muito simples que considera como condição para pertencer a um determinado grupo ou associação apenas uma obrigação (por exemplo, um clube de nudistas, ou mesmo uma associação de beberrões que estabeleça como única obrigação beber só vinho, e assim por diante). Mas um ordenamento assim concebido se pode considerar como um ordenamento composto de uma única norma? Diria que não.

Continua o autor demonstrando que mesmo um ordenamento que proíbe ou ordena uma única ação, não é composto de uma única norma⁸²:

[...] toda norma particular que regula (ordenando-a ou proibindo-a) uma ação, implica uma norma geral exclusiva, isto é, uma norma que subtrai daquela regulamentação particular todas as outras ações possíveis. A norma que prescreve só beber vinho implica a norma que permite fazer qualquer outra coisa diversa de beber vinho. Dizendo a mesma coisa através de uma fórmula, poderíamos afirmar: "X é obrigatório" implica "Não-X é permitido". Mas assim vê-se que as normas, em realidade, são duas, a particular e a geral exclusiva ainda quando a expressamente formulada é uma só. Nesse sentido pode-se dizer que mesmo o ordenamento mais simples, o que consiste numa só prescrição de uma ação particular, é composto de pelo menos duas normas. Seria bom acrescentar que um ordenamento jurídico não é nunca um ordenamento assim tão simples. Para conceber um ordenamento jurídico reduzido a uma só norma particular, seria preciso erigir em norma particular a ordem de não prejudicar ninguém (*neminem laedere*). Penso que só a ordem de não causar dano a ninguém poderia ser concebida como aquela a que possa ser reduzido um ordenamento jurídico com uma norma particular única. Mas, ainda com essa simplificação, um ordenamento jurídico compreende não uma, mas duas normas: a que prescreve não causar dano a outrem e a que autoriza a fazer tudo o que não cause dano a outrem.

Por outro lado, surge a questão da norma de estrutura, que diferente da norma de conduta que determina o que se deve ou não fazer, nos traz o modo como devem ser feitas normas de conduta válidas. A dúvida é sobre a possibilidade de formação de um ordenamento composto por apenas uma norma de estrutura. É sim

⁸² Ibidem, p. 33.

possível, surge então o que é normalmente conhecido como ordenamento de uma monarquia absoluta. Possuir uma única norma de estrutura não significa que haverá apenas uma norma de conduta, ao contrário, o monarca nesses casos criará quantas normas de conduta entender necessárias por estar amparado pela norma de estrutura.⁸³

Na realidade os ordenamentos jurídicos são compostos por diversas, inúmeras normas, criadas com o objetivo de satisfazer os anseios sociais, em constante evolução. É desse emaranhado de normas que surgem os problemas do ordenamento jurídico.

Para chegar ao ponto dos conflitos entre as normas é necessário que se tenha noção do que se entende por unidade do ordenamento e do que se entende por hierarquia entre as normas. Só a partir dessas noções é possível entender as regras que determinam uma norma prevalecer sobre a outra.

Começemos pela unidade do ordenamento jurídico. É possível diferenciar os ordenamentos classificando-os em simples ou complexos, na medida em que as normas que os compõem derivem de uma única fonte ou de mais de uma.⁸⁴ No caso do Brasil, temos um ordenamento complexo.

Essa complexidade decorre da constante necessidade de regras de conduta para regular o convívio em sociedade, não há possibilidade de um poder ou órgão satisfazer essas necessidades sozinho e a partir disso surgem os mecanismos da recepção e da delegação. O primeiro, busca recepcionar normas produzidas por ordenamentos diversos e precedentes e o segundo delegar o poder de produzir as normas jurídicas a poderes ou órgãos inferiores. Essas seriam as fontes indiretas, as reconhecidas ou recepcionadas e as delegadas.⁸⁵

Se incluem no conceito de ordenamento os elementos normativos (as normas) que são os principais, e não normativos (definições, critérios classificatórios, preâmbulos), a dogmática o vê como um conjunto sistemático. De Kelsen vem a expressão sistema dinâmico em oposição ao estático, o que sugere um processo de continua transformação, ou seja, as normas podem fazer parte do sistema durante

⁸³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora UnB, 1995. p. 33 e 34.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 37.

⁸⁵ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora UnB, 1995, p. 38.

algum tempo e em seguida serem alteradas ou até mesmo retiradas integralmente quando assim for necessário frente às mudanças nas situações normatizadas.⁸⁶

Dizer que um ordenamento é complexo não elimina a sua unidade. Não se poderia falar em um ordenamento jurídico se ele não fosse unitário, Bobbio aceita a teoria escalonada do ordenamento jurídico, elaborada por Kelsen, é interessante fazer a transcrição desse trecho de seu livro⁸⁷:

Essa teoria serve para dar uma explicação da unidade de um ordenamento jurídico complexo. Seu núcleo é que as normas inferiores dependem das superiores. Subindo das normas inferiores àquelas que se encontram mais acima, chega-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. Cada ordenamento tem uma norma fundamental. É essa norma fundamental que dá unidade a todas as outras normas, isto é, faz das normas espalhadas e de várias proveniências um conjunto unitário que pode ser chamado de "ordenamento".

A norma fundamental é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento. Em outras palavras, por mais numerosas que sejam as fontes do direito num ordenamento complexo, tal ordenamento constitui uma unidade pelo fato de que, direta ou indiretamente, com voltas mais ou menos tortuosas, todas as fontes do direito podem ser remontadas a uma única norma. Devido à presença, num ordenamento jurídico, de normas superiores e inferiores, ele tem uma estrutura hierárquica. As normas de um ordenamento estão dispostas em ordem hierárquica.

Hans Kelsen em sua Teoria Pura do Direito explica como é organizado o ordenamento jurídico. A partir de seus ensinamentos temos a estrutura da famosa "pirâmide de Kelsen" que demonstra claramente a disposição das normas de forma hierárquica, sendo que em seu topo está a Constituição, esta como norma suprema.

Das suas lições se extrai que uma norma encontra validade em outra que está logo a cima dela, daí surge a dúvida de qual seria o fundamento de validade da Constituição. De forma muito inteligente Kelsen explica que a Constituição encontra validade em uma norma fundamental como pressuposto lógico- transcendental.

Explica o autor que devemos nos guiar pelo que determina a Constituição e a norma que fundamenta a validade da Constituição é a norma fundamental que é afirmada como premissa maior, opera fundamentação, sua validade objetiva já não pode mais ser posta em questão. Em última análise a teoria da norma fundamental é o resultado de uma análise do processo de conhecimento jurídico positivista a muito

⁸⁶ FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4 ed. São Paulo. Editora Atlas, 2003. p. 178.

⁸⁷ BOBBIO, op. cit., p. 48 e 49.

utilizado por juristas, mesmo que de forma involuntária, para justificar a validade de determinadas normas.⁸⁸

Ao tratar da estrutura escalonada da ordem jurídica, Kelsen faz uma subdivisão, começando da Constituição e seguindo pelo que vem abaixo dela na ordem hierárquica. Ressalta que é uma particularidade do Direito regular a sua própria criação, uma norma que diz como outras normas serão produzidas e dentro de quais limites.

Como já mencionado isso faz com que uma norma encontre validade em outra imediatamente acima dela, o que gera as expressões norma superior ou norma inferior, sendo a ordem jurídica um sistema de normas em diferentes níveis. A unidade provém daí, da interdependência das normas, até chegar a norma fundamental pressuposta que é fundamento de validade último.⁸⁹

A Constituição é norma superior no sistema e como tal exige-se processo legislativo diferente para sua alteração, mais rígido em relação ao utilizado para alteração das demais normas.

Em seguida logo abaixo vem a legislação e os costumes, nos Estados modernos são instituídos órgãos legislativos, que ficam responsáveis pela produção das normas, que por sua vez serão aplicadas por outro órgão distinto, o chamado Poder Judiciário. Quanto aos costumes é necessário que se verifique sua adequação com a Constituição e que os órgãos responsáveis por sua aplicação analisem a viabilidade de sua aplicação.⁹⁰

Descendo um degrau trata-se das leis e decretos, seguindo-se do estudo do direito material e formal, das fontes do direito e continua a fazer um passeio pela estrutura escalonada da ordem jurídica.

6.2 ANTINOMIAS

⁸⁸ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins fontes, 1998. p. 141 e 142.

⁸⁹ *Ibidem*. p. 155.

⁹⁰ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6 ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins fontes, 1998, p. 158.

Ultrapassado o entendimento do que seria unidade do ordenamento e hierarquia entre as normas adentremos na investigação a respeito da existência de conflitos dentro desse sistema de normas, situação comum dentro de um ordenamento complexo e analisemos quais métodos podem ser utilizados para solucionar tais conflitos.

Não raramente ocorre o conflito de normas durante o processo de sua interpretação, o que é denominado de antinomia. Diante desse problema é necessário que se chegue a uma solução, decidindo-se qual norma prevalecerá.

Define-se antinomia como a situação em que frente a duas normas existentes, uma obriga e a outra proíbe, ou uma obriga e a outra permite, ou ainda uma proíbe e a outra permite o mesmo comportamento.⁹¹ Porém a antinomia é mais que isso, para sua ocorrência é necessário que sejam observadas mais duas condições.

Em primeiro lugar é condição para caracterização de antinomia que as duas normas pertençam ao mesmo ordenamento e em segundo lugar que tenham o mesmo âmbito de validade.

Quanto ao âmbito de validade, distinguem-se em temporal, espacial, pessoal e material.

Não constituem antinomia duas normas que não coincidem com respeito a:⁹²

Validade temporal: “É proibido fumar das cinco às sete” não é incompatível com “É permitido fumar das sete às nove”;
Validade espacial: “É proibido fumar na sala de cinema” não é incompatível com: “É permitido fumar na sala de espera”;
Validade pessoal: “É proibido, aos menores de 18 anos, fumar” não é incompatível com “É permitido aos adultos fumar”;
Validade material: “É proibido fumar charutos” não é incompatível com “É permitido fumar cigarros”.

Quando bem delimitadas as antinomias jurídicas, Bobbio as classifica em três diferentes grupos: a) total-total, quando possuem igual âmbito de validade e não se pode aplicar uma sem que entre em colisão com a outra; b) parcial- parcial, as normas em colidem em uma parte e em outra não, é possível portanto que se aplique a parte não conflitante tranquilamente; c) total- parcial, uma norma é mais

⁹¹ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora UnB, 1995. p. 86.

⁹² Ibidem, p. 88.

ampla que outra, portanto para uma a antinomia é total em relação a outra e para a outra é parcial em relação àquela.⁹³

Diante da teoria do referido autor, perante esse quadro de conflito entre duas normas, uma deve prevalecer e a outra conseqüentemente ser eliminada. Mas como resolver qual é eliminada e qual prevalece? Após compreendido o sentido de antinomia chega a hora de encarar o problema da sua solução.

São três as regras fundamentais para solução das antinomias:⁹⁴

1. O critério cronológico: norma posterior prevalece sobre norma anterior;
2. O critério hierárquico: norma superior prevalece sobre norma inferior;
3. O critério da especialidade: norma especial prevalece sobre norma geral.

Flávio Tartuce⁹⁵ leciona que dos três critérios o cronológico é o mais fraco de todos, sendo o da especialidade o intermediário e o da hierarquia o mais forte de todos, posto que se observa a importância do texto constitucional. As antinomias podem ser classificadas em de 1º e de 2º grau, conforme o choque de normas envolver apenas um ou dois dos critérios respectivamente.

O autor ainda faz uma síntese em que esquematiza a solução dos conflitos de acordo com essa classificação: a) antinomias de primeiro grau; b) antinomias de segundo grau:⁹⁶

a) Antinomias de primeiro grau:

No caso de conflito entre norma posterior e norma anterior, valerá a primeira, pelo critério cronológico (art. 2º da LICC), caso de antinomia de primeiro grau aparente.

Norma especial deverá prevalecer sobre norma geral, emergencial que é o critério da especialidade, outra situação de antinomia de primeiro grau aparente.

Havendo conflito entre norma superior e norma inferior, prevalecerá a primeira, pelo critério hierárquico, também situação de antinomia de primeiro grau aparente.

⁹³ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora UnB, 1995. p. 88 e 89.

⁹⁴ Ibidem. p. 92

⁹⁵ TARTUCE, Flávio. **Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 879, 29 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7585>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

⁹⁶ Ibidem.

b) Antinomias de segundo grau:

Em um primeiro caso de antinomia de segundo grau aparente, quando se tem um conflito de uma norma especial anterior e outra geral posterior, prevalecerá o critério da especialidade, valendo a primeira norma.

Havendo conflito entre norma superior anterior e outra inferior posterior, prevalece também a primeira (critério hierárquico), outro caso de antinomia de segundo grau aparente.

Finalizando, quando se tem conflito entre uma norma geral superior e outra norma, especial e inferior, qual deve prevalecer?

Esse é um caso de antinomia real, cita-se Maria Helena Diniz ⁹⁷ que compreende da seguinte maneira:

"No conflito entre o critério hierárquico e o de especialidade, havendo uma norma superior-geral e outra norma inferior especial, não será possível estabelecer uma meta-regra geral, preferindo o critério hierárquico ao da especialidade ou vice-versa, sem contrariar a adaptabilidade do direito. Poder-se-á, então, preferir qualquer um dos critérios, não existindo, portanto, qualquer prevalência. Todavia, segundo Bobbio, dever-se-á optar, teoricamente, pelo hierárquico; uma lei constitucional geral deverá prevalecer sobre uma lei ordinária especial, pois se se admitisse o princípio de que uma lei ordinária especial pudesse derogar normas constitucionais, os princípios fundamentais do ordenamento jurídico estariam destinados a esvaziar-se, rapidamente, de seu conteúdo. Mas, na prática, a exigência de se adotarem as normas gerais de uma Constituição a situações novas levaria, às vezes, à aplicação de uma lei especial, ainda que ordinária, sobre a Constituição. A supremacia do critério da especialidade só se justificaria, nessa hipótese, a partir do mais alto princípio da justiça: *sum cuique tribuere*, baseado na interpretação de que 'o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente, de maneira diferente'. Esse princípio serviria numa certa medida para solucionar antinomia, tratando igualmente o que é igual e desigualmente o que é desigual, fazendo as diferenciações exigidas fática e valorativamente".

Temos aí a lógica utilizada amplamente pela doutrina para resolução de antinomias de 1º e de 2º grau.

Essas são as regras utilizadas tradicionalmente, vale mencionar a já comentada teoria do diálogo das fontes, trazida para o Brasil por Claudia Lima Marques, teoria que faz uma crítica a essa concepção clássica, trazendo a idéia de que o direito deve ser interpretado como um todo de forma sistemática e coordenada.

⁹⁷ TARTUCE, Flávio. **Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 879, 29 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7585>>. Acesso em: 7 ago. 2017.

De acordo com essa teoria uma norma não deve necessariamente excluir a outra, elas podem conviver, sendo harmonizadas, busca-se uma complementariedade das normas por meio de uma interpretação do sistema como um todo.

7 ANTINOMIA ENTRE O ART. 16 § 1º DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS E O ART. 914, CPC/15

Em uma primeira e apressada análise do art. 16 § 1º da LEF à luz das regras de resolução das antinomias de normas é possível que se tenha a percepção de que o dispositivo da lei de execuções fiscais que é lei especial, se sobreponha ao art. 914 do Código de Processo Civil de 2015, por ser lei geral.

É equivocada essa visão, o que se percebe quando da análise mais aprofundada a respeito do tema. A regra é que a norma especial deve prevalecer sobre a norma geral de acordo com a maioria da doutrina, contudo, é imprescindível a compreensão do que é uma norma especial.

Entende-se por norma especial a que se difere da geral, acrescentando elementos ou a submetendo a uma regulamentação diferente. Busca-se através disso isonomia, tratando situações que apresentem peculiaridades de forma diferente das demais.⁹⁸ Não é o caso da norma em análise, em que houve mera reprodução do texto previsto na norma geral.

Portanto trata-se de norma geral em face de outra norma geral, não se aplicando o critério da especialidade. Pertencer a uma lei específica não faz de toda e qualquer norma uma norma especial. É necessário a verificação de se tratar de situação peculiar ou se inserir em regime jurídico próprio.⁹⁹

Postos esses argumentos temos um conflito entre duas normas gerais, de mesma hierarquia, devendo-se analisar por meio do critério cronológico. Deve-se adotar, portanto para as execuções fiscais o que está disposto no art. 914 do CPC/15, esse dispositivo revoga o art. 16 § 1º da LEF.

Reforça esse entendimento uma análise histórica do momento em que foi editada a Lei de Execuções Fiscais, remontando passo a passo a evolução da exigência de garantia para embargar a execução fiscal, o que pode ser observado no item 3 deste trabalho.

Compartilham dessa mesma posição alguns autores, pode ser feita menção a Leonardo Carneiro da Cunha em sua obra *A Fazenda Pública em Juízo*¹⁰⁰; Fredie Didier Jr, Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira no *Curso de Direito Processual Civil: execução*¹⁰¹; Marcílio da Silva Ferreira Filho e Rodrigo Medeiros de Lima como coordenadores na obra *Execução Fiscal* -

⁹⁸ BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6. ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora UnB, 1995. p. 96.

⁹⁹ Cunha, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14. ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 463.

¹⁰⁰ CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14. ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017. p. 462 a 464.

¹⁰¹ DIDIER, JR.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: execução**. Salvador: Juspodivm, 2013, v.5, p. 1.021 e 1.022.

Teoria, prática e atuação fazendária¹⁰²; bem como José Miguel Garcia Medina em sua obra *Execução*¹⁰³.

Nas palavras de Leonardo Carneiro da Cunha:¹⁰⁴

À evidência, não se trata de regra especial criada pela legislação em atenção às peculiaridades da relação de direito material, mas de mera repetição, na lei especial, de regra *geral* antes prevista no CPC. Não incide, portanto, o princípio de que a regra geral posterior não derroga a especial anterior.

Atualmente, revogada essa exigência *geral*, não há mais garantia do juízo para a oposição dos embargos, devendo deixar de ser feita tal exigência também na execução fiscal. Aqui, não se trata de norma geral atingindo norma especial, mas de norma geral atingindo norma geral. A norma não é especial por estar inserida num diploma legislativo extravagante ou específico, mas por retratar uma situação peculiar ou por estar inserida num regime jurídico próprio.

Na obra *Execução Fiscal – Teoria, prática e atuação fazendária* acrescenta-se aos argumentos apresentados por Leonardo Carneiro da Cunha a incidência da súmula vinculante nº 28 do STF¹⁰⁵ (trata-se mais detalhadamente dessa súmula no item 6.1.2 deste trabalho).

Justificam tal defesa com base na natureza jurídica de ação atribuída aos embargos, desta forma por se tratar de ação e a discussão ser a respeito da exigibilidade de crédito tributário, é perfeitamente aplicável a súmula vinculante nº 28. Outro posicionamento será contrário a lógica do regime processual de defesa do executado, pois é permitido ao executado ajuizar ação ordinária declaratória ou anulatória para discutir o crédito, não sendo necessária garantia.

Em seguida ainda se faz alusão aos casos de insuficiência de garantia quando o devedor prova inequivocamente insuficiência patrimonial, nesses casos é permitido que se embargue sem garantir integralmente o juízo de acordo com reiteradas decisões e ao caso da nomeação de curador especial, hipótese em que não se exige a garantia do juízo como já tratado no item 6.2.1.

Fazendo uma análise a partir da teoria do diálogo das fontes desse conflito de normas chegaremos ao mesmo resultado. Essa teoria busca compreender o sistema como um todo, para isso irá inevitavelmente consultar a Constituição, norma hierarquicamente superior, o que levará a conclusão de que prevalece o disposto no

¹⁰² FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva; LIMA, Rodrigo Medeiros de (Coords.). **Execução fiscal: teoria, prática e atuação fazendária**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 195-6.

¹⁰³ MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 129.

¹⁰⁴ CUNHA, op. cit., p. 463.

¹⁰⁵ FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva; LIMA, Rodrigo Medeiros de (Coords.). op. cit., p. 196.

art. 914 do Código de Processo Civil de 2015, que se harmoniza com todo o sistema, afinado com os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

8 REVOGAÇÃO OU INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 16 § 1º DA LEF?

Diante do que foi exposto é possível perceber que há argumentos suficientes para afirmar que o dispositivo foi revogado pela reforma ao CPC/73 por meio da lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006, sendo reafirmada a revogação pelo CPC/2015 por meio do seu art. 914.

Do mesmo modo há argumentos que apontam para a inconstitucionalidade do mesmo, o que nos leva ao entendimento de não recepção do dispositivo pela Constituição.

Aplicando os métodos utilizados pela maior parte da doutrina chega-se ao entendimento de que o referido artigo não é especial em relação ao Código de Processo Civil, sendo, portanto, de mesma hierarquia, tendo sido revogado por este. Utilizando a teoria do diálogo das fontes, não adotada ainda pela maioria, chegasse ao mesmo resultado, pois se busca uma compreensão do sistema como um todo e esse dispositivo destoa claramente de todo o resto.

Fazendo uma investigação sobre a constitucionalidade desse dispositivo, se verificou que ele colide com alguns direitos fundamentais garantidos na constituição, não se conformando com a norma suprema, do que se concluiu a sua inconstitucionalidade.

Resta saber qual o melhor caminho a seguir para resolução desse impasse. Considerar revogado o dispositivo por meio da reforma feita no CPC/73 pela lei 11.382/06, ou declarar a sua inconstitucionalidade, o que teria que ser feito por meio de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF?

A forma mais fácil de tornar o art. 16 § 1º da LEF inaplicável é considera-lo revogado, uma vez que a via da ação constitucional é muito mais trabalhosa e possui um rol de legitimados restrito.

9 CONCLUSÃO

A exigência de garantia prévia para embargar a execução fiscal a muito tempo tem sido questionada, inúmeros são os trabalhos que por meio das mais diversas vias tem buscado provar que se trata de uma exigência irrazoável.

Em decorrência da imensa quantidade de contribuintes, é inviável ao Estado efetuar lançamentos de ofício e fiscalizar individualmente todos eles, por conta disso em alguns tributos se exige uma participação maior do contribuinte no cálculo, lançamento e pagamento.

É de conhecimento de todos que ao ajuizar execuções fiscais para buscar a satisfação do crédito público são cometidos inúmeros erros, sendo infelizmente feitas cobranças indevidas. Ora, não se pode penalizar um cidadão que cumpre com suas obrigações e está sendo executado erroneamente, ou outro ainda que foi executado em um valor maior que o devido, não permitindo que ele se quer possa oferecer defesa sem antes garantir o juízo.

Muitas vezes garantir o juízo é comprometer o sustento da família, é prejudicar o fluxo de caixa de uma empresa de forma as vezes irreversível, ou simplesmente uma tarefa impossível.

Condicionar a apresentação de defesa ao oferecimento de prévia garantia é inadmissível em um Estado Democrático de Direito, em um país como o Brasil, que assegura diversos direitos fundamentais diametralmente contrários a tal postura.

Logo de início é perceptível o desalinho dessa norma com o espírito da Constituição, que garante ao jurisdicionado um devido processo legal no seu mais amplo sentido, que assegura ao indivíduo a possibilidade de se defender exercendo influência sobre uma futura decisão que pode lhe prejudicar.

Ao nos aprofundarmos mais na investigação histórica, nas origens do dispositivo e a evolução do regramento da execução com o passar dos anos, fica claro que além da desconformidade com a Constituição, esse dispositivo já foi revogado desde a reforma promovida pela lei nº 11.382/06 no CPC/73. Nesta oportunidade foi revogado o art. 737, cuja redação foi meramente reproduzida no art. 16 § 1º da Lei de Execuções Fiscais.

Infelizmente o STJ não compartilha desse entendimento, se limitando a fazer uma análise superficial desse dispositivo, alegando que a Lei de Execuções Fiscais por ser especial se sobrepõe ao Código de Processo Civil que é lei geral. Nota-se no Resp representativo que não foi dada a questão a devida atenção, o dispositivo em discussão não é especial, pois à época de sua edição não trouxe nenhum tratamento especial para as execuções fiscais como já visto no desenvolvimento deste trabalho.

Dois caminhos são possíveis para corrigir esse erro que tem sido cometido repetidamente, o de declarar a inconstitucionalidade do dispositivo, que não foi recepcionado pela Constituição de 1988, o que é possível por meio de uma Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou a sua revogação pela lei nº 11.382/06 o que foi mantido pelo CPC/ 2015.

No que diz respeito a revogação, ainda é válida a menção a teoria do diálogo das fontes, trazida para o Brasil por Claudia Lima Marques, teoria que busca olhar o sistema como um todo, de forma que haja harmonia. Fazendo a análise através dos critérios tradicionais ou da teoria do diálogo das fontes chegamos a um denominador comum, não deve prevalecer a exigência de garantia para embargar a execução fiscal.

O caminho mais simples é considerar o art. 16 § 1º da lei nº 6.830 revogado pela lei nº 11.382/06, uma vez que para a declaração de sua inconstitucionalidade é necessário o ajuizamento de ação constitucional que possui um rol de legitimados restritos para a sua propositura. Lembrando que qualquer dos dois caminhos é plenamente cabível.

É urgente que seja solucionado esse problema, permitindo que essa anomalia dentro do sistema seja extinta e o contribuinte só veja seu patrimônio comprometido ao final do processo em que lhe seja oportunizado um contraditório pleno.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, Gustavo Bezerra Muniz de. **Evolução histórica da execução fiscal no ordenamento jurídico brasileiro**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 07 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54865&seo=1>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

BAPTISTA, Isabelle de. **O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado**: uma análise à luz dos direitos fundamentais e do Estado Democrático de Direito. Revista do TCEMG – janeiro/ fevereiro/ março. Minas Gerais, v. 31, n.1, ano 2013. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Revista/RetornaRevista/721>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

BARRETTO, Pedro. **Manual de prática tributária – Ações e defesas do contribuinte**. Rio de Janeiro, 2017. Curso Portal F3. Apostila.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. 6ª ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: Editora UnB, 1995.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015**. Código de Processo Civil. Brasília, 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 28 jun. 2015.

_____. **Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=102373>>. Acesso em: 28 jun. 2016.

_____. **Lei nº 6.830 de setembro de 1980**. Lei de Execuções Fiscais. Brasília, 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm> Acesso em: 28 jun. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.110.548 - PB**. Recorrente: Marília Cavalcante Santos. Recorrido: Caixa Econômica Federal - CEF. Relatora: Ministra Laurita Vaz. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 25 de fevereiro de 2010. Disponível em: <<https://tre-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23156410/recurso-eleitoral-re-29076-pr-trepr>>. Acesso em: 29 jun. 2017

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 1.272.827- PE**. Recorrente: Fazenda Nacional. Recorrido: Dropel – Drogaria Pernambucana LTDA. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 22 de maio de 2013. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23329943/recurso-especial-resp-1272827-pe-2011-0196231-6-stj/inteiro-teor-23329944>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 758.266 - MG**. Recorrente: Malacco Amarante Comércio Exterior LTDA e outros. Recorrido: Estado de Minas Gerais Relator: Ministro Teori Albino Zavascki. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 04 de agosto de 2005. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7220715/recurso-especial-resp-758266-mg-2005-0095634-3/inteiro-teor-12968070?ref=juris-tabs#>>>. Acesso em: 02 jul. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 1976-7**. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requerido: Presidente da República. Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 28 de março de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=456058>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de inconstitucionalidade 1074-3**. Requerente: Confederação Nacional da Indústria – CNI. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 28 de março de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=459624>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Proposta de súmula vinculante 37 - Distrito Federal**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_28_PSV_37.pdf>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 21**. É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=21.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 28**. É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=28.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Súmula nº 667**. Viola a garantia constitucional de acesso à jurisdição a taxa judiciária calculada sem limite sobre o valor da causa. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula=2250>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento nº 70049727985/RS**. Agravante: Edvaldo Anjos da Cruz. Agravado: Município de Charqueadas. Relator: Mara Larsen Chechi. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 08 de julho de 2012. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=AGRAVO+DE+INSTRUMENTO+N%C2%BA+70049727985&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*a+ba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 02 jul. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70053899522/RS**. Apelante: Estado do Rio Grande do Sul. Apelado: Zilezia de Freitas Vieira Relator: Eduardo Kraemer. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 11 de junho de 2013. Disponível em: <<https://tj->

rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/113050401/apelacao-civel-ac-70053899522-rs/inteiro-teor-113050411?ref=juris-tabs>. Acesso em: 01 jul. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Embargos Infringentes nº 70041357104/RS**. Embargante: Município de Porto Alegre. Embargado: Harley Rogowski Sommer. Relator: Denise Oliver Cezar. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 06 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=EMBARGOS+INFRINGENTES+N%C2%BA+70041357104&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=*&aba=juris&entsp=a__politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=AGRAVO+DE+INSTRUMENTO+N%C2%BA+70049727985&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&as_q=+#main_res_juris>. Acesso em: 02 jul. 2017.

_____. Tribunal Regional Eleitoral do Paraná. **Recurso eleitoral nº 290-76.2011.6.16.0001**. Recorrente: Vilmar Pereira da Silva. Recorrido: União - Fazenda Nacional. Relator: Desembargador Rogério Kanayama. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão nº 41.765, 7 de dezembro de 2011. Disponível em: <<https://trepr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23156410/recurso-eleitoral-re-29076-pr-trepr>>. Acesso em: 29 jun. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Agravo legal em agravo de instrumento nº 5022835-88.2013.404.0000/SC**. Agravado: Aero Livros, Jornais e Revistas LTDA. Agravante: União – Fazenda Nacional. Relator: Desembargador Federal Jorge Antonio Maurique. **Pesquisa de jurisprudência**, Acórdão, 26 de outubro de 2015. Disponível em: <https://eproc.trf4.jus.br/eproc2trf4/controlador.php?acao=acessar_documento_publico&doc=41382627604675131030000000227&evento=4138262760467513103000000098&key=ee37988a1cb305de1a8fa5d260bedb878aa887dbe65d3b0ba8a55e710ab b473c>. Acesso em: 01 jul. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. **Apelação Cível nº 0010817-28.2015.4.04.9999/RS**. Apelante: Maria Rejane Bernardes. Apelado: Conselho Regional de Enfermagem do Rio Grande do Sul – COREN/RS. Relator: Desembargador Federal Jorge Antonio Maurique. Pesquisa de jurisprudência, Acórdão, 26 de agosto de 2015. Disponível em: <<https://trf-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/228244298/apelacao-civel-ac-108172820154049999-rs-0010817-2820154049999/inteiro-teor-228244307?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 29 jun. 2017

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em juízo**. 14ª ed. rev., atual e ampl. - Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento**. 19ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2017.

DIDIER, JR.; CUNHA, Leonardo José Carneiro da; BRAGA, Paulo Sarna; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de direito processual civil: execução**. Salvador: Juspodivm, 2013.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4ª ed. São Paulo. Editora Atlas, 2003.

FERREIRA FILHO, Marcílio da Silva; LIMA, Rodrigo Medeiros de (Coords.). **Execução fiscal: teoria, prática e atuação fazendária**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6ª ed. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins fontes, 1998.

MARQUES, Claudia Lima. **Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas**. Revista de Direito do Consumidor, Brasília, nº 45, 2003.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Execução**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

RAATZ, Igor; SANTANA, Gustavo da Silva. **Elementos da História do Processo Civil Brasileiro: Do Código de 1939 ao Código de 1973**. Justiça e História, vol. 9, nºs 17 e 18. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br/export/poder_judiciario/historia/memorial_do_poder_judiciario/memorial_judiciario_gaucho/revista_justica_e_historia/issn_1677-065x/v9n17n18/ELEMENTOS.pdf>. Acesso em: 30 jun. 2017.

RUBIN, Fernando. **O Código Buzaid (CPC/1973) e o Código reformado (CPC/1994-2010)**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2812, 14 mar. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/18695>>. Acesso em: 20 mai. 2017.

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil: volume único**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

TARTUCE, Flávio. **Breve estudo das antinomias ou lacunas de conflito**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 10, n. 879, 29 nov. 2005. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/7585>>. Acesso em: 7 ago. 2017.