

32.A GARANTIA DO JUÍZO NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL: A LEF FRENTE A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO

Márcio Carvalho Faria

Bárbara Meirelles Souza

Palavras-chave: embargos; execução fiscal; hipossuficiente; neoconstitucionalismo; neoprocessualismo.

A execução fiscal é uma ação judicial mediante a qual a Fazenda Pública e suas autarquias cobram os seus créditos, tributários ou não, desde que inscritos como dívida ativa. Diante das peculiaridades da Fazenda enquanto exequente, essa execução é regida por um procedimento especial previsto na Lei 6.830/1980, a Lei de Execução Fiscal (LEF), aplicando-se, subsidiariamente, as disposições do Código de Processo Civil (CPC/15).

Quando aprovada, a LEF foi considerada uma legislação vanguardista, cujo propósito era o de alcançar um processo executivo mais célere e eficaz, e, por conseguinte, de aumentar a satisfação dos créditos públicos. Contudo, passados cerca de 40 anos desde a sua aprovação, discute-se se a LEF ainda pode ser vista como uma legislação pioneira, ou, ao menos, como uma legislação compatível com o ordenamento jurídico brasileiro contemporâneo (ANDRADE, 2015). Para tanto, faz-se necessária uma digressão histórica a fim de compreender o cenário jurídico atual.

Ao final do século XIX, passou a existir uma necessidade cada vez maior de superação da concepção jusnaturalista do direito, considerada como metafísica e anticientífica. Essa superação se deu por meio da corrente positivista (BARROSO, 2006), que buscou aproximar as ciências jurídicas da objetividade das ciências exatas e naturais. Havia, assim, o paradigma da validade meramente formal do direito, ou seja, a lei era legítima, desde que observado o procedimento legislativo. Ao juiz era destinado o papel de mero aplicador do texto legal.

Contudo, essa corrente entrou em declínio ao final da Segunda Guerra Mundial, pois o positivismo jurídico estava simbioticamente ligado aos regimes nazistas e fascista, que cometeram barbáries sob o crivo da legalidade (BARROSO, 2006). Dessa forma, na metade do século XX, a humanidade vivenciou uma crise, e o caminho encontrado para superá-la foi através de um novo direito constitucional. Em decorrência disso é que Luís Roberto Barroso (2006, p.3) afirma que o final da Segunda Guerra Mundial configura-se como marco histórico para esse neoconstitucionalismo. O marco filosófico, por outro lado, foi a criação de um novo positivismo jurídico, chamado de neopositivismo ou pós-positivismo. A constituição já não era mais vista como um instrumento político, e passou a ter força normativa, vinculando o direito como um todo. Houve a superação do legalismo, o que refletiu em uma nova compreensão do direito, calcada na Constituição. Esse processo, que teve como ponto de partida a Alemanha Ocidental, estendeu-se ao longo da segunda metade do século XX. No Brasil, ele surgiu apenas na década de 1980 com a redemocratização do país e consolidou-se com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

É esse o cenário jurídico brasileiro contemporâneo, e é nele que a Lei 6.830/80 está inserida atualmente. Conforme já mencionado, a LEF foi pensada com a finalidade de alcançar uma execução mais eficaz. Para isso, foram instituídas diversas prerrogativas à Fazenda Pública. Todavia, apesar de ser regulada através de uma lei especial, a execução fiscal nada mais é que uma execução de título extrajudicial. Assim, quando o Fisco busca o Judiciário, não há a intenção de que o juiz reconheça a existência de determinado direito de crédito. O que se pretende, na verdade, é que o Judiciário movimente-se a fim de compelir o executado a satisfazer um débito já reconhecido.

Dentre as diversas prerrogativas conferidas ao Fisco, uma delas merece destaque. Na execução fiscal, a Fazenda Pública pode promover a constituição unilateral do título executivo e conferir a ele certeza e liquidez, desde que o inscreva em dívida ativa. Trata-se do art. 3º, da LEF e do art. 204, do Código Tributário Nacional (CTN).

Essa presunção de certeza e liquidez, porém, é relativa. Isso significa que o executado pode afastá-la por prova inequívoca, desde que o faça em um processo autônomo. É por meio dos embargos à execução fiscal que a LEF confere ao

executado a prerrogativa de se defender. Contudo, apesar de os embargos terem um papel fundamental para assegurar o direito ao contraditório e a ampla defesa, há condições para a sua admissibilidade. O art. 16, §1º, da LEF, determina que não serão admitidos os embargos que tenham sido oferecidos sem a garantia do juízo. É importante mencionar que no procedimento comum, a garantia do juízo deixou de ser condição de admissibilidade dos embargos desde 2006, com a Lei 11.382, que alterou a redação do art. 736, do CPC/1973. Este, contudo, não se aplicaria na execução fiscal tendo em vista a máxima da Teoria Geral do Direito em que lei especial derroga lei geral, ou seja, a LEF deve ser observada antes do CPC (FERNANDES, 2016).

A questão então que se coloca é: diante desse novo direito constitucional, em que a Constituição tem poder vinculante sobre as demais normas, e, considerando o art. 5º, inciso LV, da Carta Magna, que prevê os princípios do contraditório e da ampla defesa, é possível atestar a constitucionalidade do art. 16, §1º, da LEF?

Apesar de a Constituição de 1988 ter, por si só, uma força normativa vinculante, foi necessária a criação de mecanismos efetivos de controle da Carta. Eduardo Cambi (2011, p. 37) ensina que esses mecanismos se deram por meio de aperfeiçoamentos, como o do estudo concreto dos institutos processuais, a partir da Constituição. Inaugura-se, a partir disso, uma nova disciplina denominada de Direito Processual Constitucional (neoprocessualismo) que visa à tutela constitucional do processo, na qual se inclui o direito de ação e de defesa e as garantias do devido processo legal, bem como a tutela da jurisdição constitucional.

Isso tudo foi reforçado com a entrada em vigor do Novo Código de Processo Civil (CPC/2015), que inaugura uma nova lógica processual. O processo passa a seguir um modelo cooperativo, em que os sujeitos da lide influenciam efetivamente na tomada de decisão. Diante dessa nova lógica processual, torna-se cada vez mais difícil resolver o dilema de incompatibilidade entre a LEF, o CPC/15 e o ordenamento jurídico como um todo, através do chavão de que lei especial derroga lei geral. Isso porque há um conflito valorativo. Há dois modelos de processos distintos, um fundado no modelo inquisitorial, em que o juiz é o protagonista, e o outro em um modelo constitucional de processo, em que as partes participam de forma ativa a fim de alcançarem uma solução do conflito de forma mais justa possível.

Segundo Eduardo Cambi, o momento atual exige um novo raciocínio jurídico. Assim, não é suficiente argumentar com a autoridade que emana da LEF ou com a observância formal do procedimento legal, tal como ocorria no modelo positivista. É imprescindível examinar e valorar os conteúdos substanciais que suportam as normas jurídicas. Afirmar pura e simplesmente que o art. 16, §1º, da LEF, deve ser aplicado por tratar-se de uma norma especial, desconsiderando o restante do ordenamento e principalmente a Constituição, é ignorar todo o avanço conquistado pelas ciências jurídicas e retornar ao legalismo extremado da primeira metade do século XX, em evidente retrocesso.

Não se justifica permitir que a Fazenda tenha prerrogativas a fim de satisfazer seus créditos que, em contrapartida, fulminam os direitos individuais do executado, como seu direito de defesa. De igual forma, não basta alegar a legitimidade da exigência da garantia do juízo para a propositura dos embargos, por se tratar de uma prerrogativa do Fisco que decorre da supremacia do interesse público sobre o particular. Ainda que de fato haja tal supremacia, é evidente que esta deve ser ponderada e não pode ser utilizada como ferramenta de supressão de direitos básicos do indivíduo.

O cenário para a defesa do cidadão hipossuficiente, contudo, não é de todo o mais desfavorável. O Superior Tribunal de Justiça (STJ) editou a súmula 393 que admite a exceção de pré-executividade no curso da execução fiscal, desde que verse sobre matérias que não demandem dilação probatória. Não obstante, é inegável que o direito de defesa daquele que não ofereceu a garantia não atinge a mesma plenitude se comparado com aquele que garantiu o juízo, uma vez que não dispõem dos mesmos recursos processuais.

Na doutrina, a discussão acerca da inconstitucionalidade do art. 16, §1º, da LEF, ganha cada vez mais relevo. O mesmo ocorre na jurisprudência, ainda que de forma gradual. Destarte, o processo de percepção da força normativa da Constituição é cultural, e ganha espaço no ordenamento na medida em que há um amadurecimento do próprio Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Gustavo Bezerra Muniz de. **Evolução histórica da execução fiscal no ordenamento jurídico brasileiro**. Conteudo Juridico, Brasília-DF: 07 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.54865&seo=1>>. Acesso em: 08 nov. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)**. Disponível em: <http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf> Acesso em: 05/10/2016.

BRITO MACHADO, Hugo de. **Curso de Direito Tributário**. 36ª ed., São Paulo: Malheiros, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Teoria do Processo e Teoria dos Direitos**. Disponível em: <https://www.academia.edu/225914/Teoria_do_Processo_e_Teoria_dos_Direitos> Acesso em: 09/08/2016.

FERNANDES, Bianca Stanato. Notas Sobre o Impacto do Novo CPC no Processo de Execução Fiscal. In: DUARTE, Fernanda (org.). **A LEF e o Novo CPC: Reflexões e Tendências. O que ficou e o que mudará**. 1ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

GRECO, Leonardo. **Garantias Fundamentais do Processo: O Processo Justo**. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/15708-15709-1-PB.pdf>> Acesso em 04/10/2016.

HASSE, Djonatan. **Garantia constitucional do acesso à justiça e a efetividade da tutela jurisdicional**. Disponível em: <<http://djonatanh01.jusbrasil.com.br/artigos/111943370/garantia-constitucional-do-acesso-a-justica-e-a-efetividade-da-tutela-jurisdicional>> Acesso em: 09/08/2016.

LOURENÇO, Haroldo. **O Neoprocessualismo, o Formalismo-Valorativo e Suas Influências no Novo CPC**. Disponível em: <www.agu.gov.br/page/download/index/id/11458405> Acesso em: 03/10/2016.