

IMPOSSIBILIDADE DE LEVANTAMENTO DO DEPÓSITO OU FIANÇA ANTES DA DECISÃO FINAL NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL*

Raquel de Andrade Vieira Alves**

RESUMO: O presente estudo objetiva a análise da possibilidade de levantamento do depósito ou da fiança oferecidos como garantia na execução fiscal, antes do trânsito em julgado da decisão final nos embargos, à luz dos reflexos das inovações trazidas pela Lei nº 11.382/06, que modificou o Código de Processo Civil (CPC) de 1973 no tocante à execução de título extrajudicial. Para melhor compreensão do tema, a primeira parte volta-se à análise dos aspectos indispensáveis à interpretação da matéria, quais sejam: a especialidade da Lei de Execuções Fiscais (LEF); a subsidiariedade do CPC em relação à LEF; e a peculiaridade do título executivo manejado pela Fazenda Pública. Já a segunda parte dedica-se ao estudo mais aprofundado do tema, com base nas razões expostas e na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Fiscal. Levantamento. Depósito. Fiança. Decisão final.

Introdução

O antigo procedimento executório especial em favor da Fazenda Pública era regulado pelo Decreto-Lei nº 960/1938, que, como observou Alcides de Mendonça Lima, foi “o primeiro ato legislativo unitário republicano regrado, integralmente, o procedimento de uma ação” (FLAKS, 1981, p. 10).

Coexistiu com o Código de Processo Civil de 1939; após amplo debate na doutrina e jurisprudência, fixou-se o entendimento de que as disposições da lei processual comum não o revogavam, mas se lhe aplicavam subsidiariamente (STF, súmulas nº 276, 277, 278, 507 e 519).

Em seus 35 anos de existência, o Decreto-Lei nº 960/38 foi reformado apenas sete vezes, e dispunha exaustivamente sobre a execução da dívida ativa, desde o pedido até os recursos cabíveis.

Apesar de o citado dispositivo ter trazido uma série de alterações, no sentido de acelerar o procedimento, muitos defendiam a necessidade de um instrumento mais eficaz, capaz de desafogar a Justiça dos milhares de executivos fiscais em andamento (FLAKS, 1981, p. 11).

Nesse sentido, embora tenha havido algumas tentativas de modificar o procedimento executivo fiscal, sem se distanciar das linhas mestras do Decreto-Lei nº 960/38, prevaleceu a reforma processual de 1973, sendo, então, extinto o antigo decreto pelo Código de Processo Civil de 1973, também chamado de Código Buzaid, por entender-se que a Fazenda Pública devia se submeter ao mesmo rito da execução comum, de forma a unificar os ritos executórios previstos em leis extravagantes.

* Enviado em 11/1, aprovado em 7/2 e aceito em 17/6/2011.

** Especialista em Direito Tributário e Financeiro - Universidade Federal Fluminense; advogada. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: raquel@sachacalmon.com.br.

Embora na época do código de 1973 ainda se estivesse muito distante de uma visão humanista do processo - já que o Brasil, independentemente da situação política, vivia uma época de supremacia do interesse público sobre o interesse individual - o código de 1973 é um momento de expressão liberal na doutrina processual da época (GRECO, 2008).

Se antes se dizia que o chamado executivo fiscal continha uma série de extravagâncias e regras incompatíveis com um processo razoavelmente equilibrado, com o advento do Código de Processo Civil de 1973, o único privilégio da Fazenda passou a centrar-se na auto-constituição do título executivo.

De fato, o legislador da época, inspirado pela unificação das vias executivas e pela concepção da dualidade de processos, passa o processo de execução à condição de autônomo, ante o processo de conhecimento.

Nesse panorama, a Fazenda Pública, não conseguindo mais implantar o seu contencioso administrativo-fiscal, insistia em que precisava de um procedimento executório especial, porque os devedores, segundo o Código de Processo Civil de 1973, eram muito beneficiados.

Sustentava o Estado que a reforma processual de 1973 não apenas deu ao crédito público o mesmo tratamento da nota promissória e dos títulos comerciais, como permitiu que outras espécies de obrigações, como as obrigações para com entidades financeiras, tivessem um rito executório muito mais eficaz, célere e com privilégios que jamais foram conferidos ao crédito público.

Essa orientação do Código de 1973 durou apenas sete anos, porque, em 1980, o Poder Executivo propôs ao Congresso Nacional que a cobrança da Dívida Ativa voltasse a ter um procedimento próprio, proposta da qual resultou a Lei nº 6.830, publicada no Diário Oficial de 24/9/1980, com vigência a partir de 90 dias após a sua publicação.

Surge, assim, a Lei de Execuções Fiscais (LEF), com a inspiração de colocar o Fisco numa posição de vantagem em relação ao particular, o que era compatível com o espírito da época, de supremacia do interesse público sobre o interesse individual. O principal objetivo da Lei nº 6.830/80 foi basicamente simplificar o procedimento, conferindo-lhe maior agilidade, a fim de evitar o êxito por parte do devedor.

Com o advento da nova Lei de Execuções Fiscais, o procedimento da execução fiscal volta a ser regulado por lei isolada, quebrando, assim, a ideia de unificação da execução, lançada e instituída pelo Código Buzaid.

Paralelamente, a partir de 1988, o Brasil entra num Estado democrático de direito, que não tem mais os seus alicerces na supremacia absoluta do interesse público sobre o privado, mas sim, na supremacia da dignidade humana.

A emergência das garantias fundamentais do processo, em toda a Europa Continental, e o reflexo das garantias constitucionais do processo sobre a reconstitucionalização do Brasil - ao incluir na Constituição Federal de 1988 (CF88) o direito de acesso à justiça, a garantia da tutela jurisdicional efetiva, a supremacia dos direitos humanos, entre outros - trazem à tona a ideia da chamada efetividade do processo.

Ou seja, de um processo de execução mais célere e adequado à realidade e às necessidades contemporâneas (GRECO, 2008).

Nesse ponto, a concepção processualista-formal de uma rígida separação entre os processos que visam ao acerto (processo de conhecimento) e à execução do Direito, consagrada pelo CPC de 1973, bem como o dogma individualista-liberal da absoluta blindagem do indivíduo face ao Estado, apresentam-se como dificuldades a um processo de execução efetivo.

Em razão disso, o legislador abandona gradativamente tais concepções, buscando meios mais ágeis para a efetivação do Direito e reconhecendo que a dicotomia dos processos - cognitivo e executivo - aparece como um entrave à celeridade do procedimento, visto que importa a paralisação da prestação jurisdicional logo após a sentença e a complicada instauração de um novo procedimento para cumpri-la.

Esse quadro resultou não apenas na sujeição da Lei de Execuções Fiscais a uma interpretação mais condizente com as garantias fundamentais, como culminou com a edição da Lei nº 11.382/2006, que modificou o Código de Processo Civil de 1973 no que toca ao processo de execução de títulos extrajudiciais, no sentido de conferir-lhe uma maior celeridade e efetividade, buscando a completa e indispensável integração das atividades cognitivas e executivas.

É importante ressaltar que, não obstante o destaque concedido à execução fiscal com a edição da Lei nº 6.830/80, o CPC continua a ser aplicado, embora de modo subsidiário, nos termos do art. 1º da Lei nº 6.830/80.

A generalidade adotada para a submissão ao CPC, apenas subsidiariamente, exigirá constantemente que as atenções do doutrinador e do aplicador da norma se voltem, primeiramente, para a lei específica, só se servindo das regras codificadas quando houver integral silêncio daquela sobre o tema a ser tratado.

A questão é, pois, saber sobre quais aspectos a Lei de Execuções Fiscais se pronunciou e sobre quais aspectos haverá a incidência da norma geral, considerando-se as inovações trazidas pela Lei nº 11.382/06.

Dentro deste quadro, será analisada a possibilidade de levantamento da garantia antes do trânsito em julgado da decisão final nos embargos à execução fiscal, sob a óptica da especialidade da LEF, da subsidiariedade do CPC e da peculiaridade do título executivo da Fazenda Pública.

1 Antinomias entre normas: a Lei de Execuções Fiscais como *lex specialis* face às inovações introduzidas pela Lei nº 11.382/06

Um dos problemas centrais da teoria do ordenamento jurídico é a sua consistência, que, na lição de Tércio Ferraz Sampaio Junior (2003, p. 206), deve ser entendida pela “inocorrência ou a extirpação de antinomias, isto é da presença simultânea de normas válidas que se excluem mutuamente”.

Um ordenamento jurídico constitui um sistema, na medida em que nele não existam normas incompatíveis. Ou seja, as normas que compõem um sistema jurídico possuem uma relação de compatibilidade entre si, o que implica a exclusão de contradições.

Isso significa que, do ponto de vista do ordenamento jurídico unitário e consistente, assumido com prevalência pela dogmática, a situação de normas incompatíveis é uma dificuldade dos sistemas, que tem sido enfrentada pelos juristas de todos os tempos e recebido uma denominação característica: “antinomia”.

Mais uma vez, nas palavras de Tércio Sampaio Ferraz Junior, antinomia pode ser definida:

Como a oposição que ocorre entre duas normas contraditórias (total ou parcialmente), emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, que colocam o sujeito numa posição insustentável pela ausência ou inconsistência de critérios aptos a permitir-lhe uma saída nos quadros de um ordenamento dado. (SAMPAIO JR., 2003, p. 212)

Portanto, a antinomia pode representar um conflito entre duas normas, entre dois princípios e entre uma norma e um princípio, em sua aplicação prática a um caso concreto, que necessariamente deve ser resolvida para manutenção da coerência do sistema jurídico.

Nesse ponto, a função do intérprete assume importante relevância na tentativa de eliminar as antinomias entre as normas de um ordenamento jurídico. Cabe ao jurista a tarefa de estabelecer critérios para reconhecer e solucionar as antinomias jurídicas, que, na visão do filósofo italiano Norberto Bobbio (1989, p. 92), são: critério cronológico, critério hierárquico e o critério da especialidade.

O critério cronológico, também chamado *lex posterior*, é aquele com base no qual, entre duas normas incompatíveis de mesmo nível, prevalece a norma posterior: *lex posterior derogat priori*.

O critério hierárquico, também chamado *lex superior*, é aquele pelo qual, entre duas normas incompatíveis de diferentes níveis, prevalece a hierarquicamente superior: *lex superior derogat inferiori*.

Já o terceiro critério, utilizado no estudo proposto, é aquele segundo o qual, entre duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial, prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. Vale esclarecer que a norma especial assim o será se possuir em sua definição legal todos os elementos típicos da norma geral e mais alguns de natureza objetiva ou subjetiva, denominados especializantes.

Assim, a norma especial acresce um elemento próprio à descrição legal do tipo previsto na norma geral, tendo prevalência sobre esta, como é o caso da Lei de Execuções Fiscais.

Com efeito, a Lei nº 6.830/80 institui procedimento especial que só pode ser utilizado para a execução de dívida ativa da Fazenda Pública, nela compreendendo-se os valores cuja cobrança lhe seja atribuída por lei, tanto de caráter tributário como não tributário.

Em que pese a sistemática dessa lei ser a mesma do Código de Processo Civil, ou seja, a de execução por quantia certa como processo de pura atividade de realização do credor, é inconteste que sua regulação contém normas processuais de especialização procedimental da execução fazendária. Tal afirmação tem fundamento na própria exposição de motivos do anteprojeto que culminou com a edição da Lei nº 6.830/80:

24. [...] As inovações propostas como normas peculiares à cobrança da Dívida Pública, têm por objeto os privilégios inerentes ao crédito fiscal e a preferência por normas processuais preexistentes, ajustadas ao escopo de abreviar a satisfação do direito da Fazenda Pública. (*Exposição de Motivos nº 223*, de 20/6/1980)

Sendo norma de natureza especial, deveria prevalecer sobre as disposições gerais do CPC de 1973. Entretanto, o caso não é tão simples.

A Lei nº 11.382/06, que modificou o Código de Processo Civil de 1973 no tocante à execução por quantia certa de títulos extrajudiciais, entrou em vigor em 10/1/2007 - portanto, posterior à Lei nº 6.830/80. Ao mesmo tempo, a Lei nº 6.830/80 constitui procedimento especial face às inovações da Lei nº 11.382/06.

Nesse caso, sob a ótica do critério cronológico, num conflito entre norma da Lei de Execuções Fiscais e norma da Lei nº 11.382/06, prevaleceria a última, *lex posterior*. Ao passo que, sob a ótica do critério da especialidade, no caso de conflito entre os dois dispositivos, prevaleceria a norma da Lei de Execuções Fiscais, *lex specialis*. Claro está, portanto, que se está diante de uma incompatibilidade de 2º grau: não se trata mais da incompatibilidade mencionada até o momento, entre normas de um mesmo ordenamento jurídico, mas sim de *incompatibilidade entre os critérios válidos para a solução das antinomias entre as normas*.

Como visto, os critérios tradicionalmente aceitos para a solução de antinomias são três: cronológico, hierárquico e da especialidade. Porém, pode acontecer que, entre duas normas incompatíveis, a relação existente permita que se apliquem concomitantemente não apenas um, mas dois ou três critérios. Nessa situação, como resolver esta antinomia de 2º grau?

Segundo a lição de Norberto Bobbio (1989, p. 107-109), os conflitos entre critérios também podem ser de três ordens: conflito entre o critério hierárquico e o cronológico; conflito entre o critério da especialidade e o cronológico; e conflito entre o critério hierárquico e o da especialidade.

Para o estudo proposto, apenas interessa o segundo conflito, qual seja, entre o critério da especialidade e o cronológico. Este conflito ocorre quando uma norma especial anterior é incompatível com uma norma posterior geral; e, conforme o ensinamento do citado autor, deve ser resolvido em favor do critério da especialidade, pois "a lei geral sucessiva não tira do caminho a especial precedente" (BOBBIO, 1989, p. 108). É a regra geral do *lex posterior generalis non derogat priori specialis*.

Nesse sentido, o conflito entre dispositivos da Lei de Execuções Fiscais e da Lei nº 11.382/06 necessariamente se resolverá em favor da primeira, de modo que não se

poderia cogitar da revogação de seus dispositivos pelo advento da Lei nº 11.382/06, assim denominada “Nova Lei de Execuções”.

Em que pese o louvável intuito do legislador ao editar este novo estatuto, tal regramento não se aplica às leis especiais anteriores, relativas à execução de dívidas de peculiar natureza, como as tributárias, sujeitas à Lei nº 6.830/80, conforme se depreende da análise das regras primárias de estudo do ordenamento jurídico.

De fato, a única hipótese em que se poderia admitir a aplicação das regras gerais do CPC ao processo executivo fiscal seria no caso de omissão, tendo em vista que, à falta de disciplina especial, aplicam-se subsidiariamente, por força de lei, as normas do código, como será visto no próximo item.

Cumpra consignar, ainda, a emergência da “teoria do diálogo das fontes”. Essa teoria, criada pelo alemão Erick Jayme e difundida no Brasil por Cláudia Lima Marques, no âmbito da interpretação das normas de defesa do consumidor, propõe que:

Na pluralidade de leis ou fontes, existentes ou coexistentes no mesmo ordenamento jurídico, ao mesmo tempo, que possuem campos de aplicação, ora coincidentes, ora não coincidentes, os critérios tradicionais da solução dos conflitos de leis no tempo (Direito intertemporal) encontram seus limites. Isso ocorre, porque pressupõe a retirada de uma das leis (a anterior, a geral e a de hierarquia inferior) do sistema, daí porque propõe Erik Jayme, o caminho do “diálogo das fontes”, para a superação das eventuais antinomias aparentes existentes entre o CDC e o CC/2002. (MARQUES, 2004, p. 35)

Ou seja, pretende a autora uma coordenação entre as normas em conflito dentro de um ordenamento jurídico, a fim de restabelecer a sua coerência, alterando o paradigma da simples retirada da norma do sistema jurídico para a convivência harmônica entre as normas, a fim de alcançar a sua finalidade. É o chamado “diálogo das fontes”, que permitiria a aplicação simultânea de duas normas em aparente conflito no ordenamento jurídico.

Vale ressaltar que Cláudia Marques concluiu em seu trabalho que a aplicação da lei geral nova, no caso o Novo Código Civil, seria subsidiária - seja como base conceitual seja como norma complementar -, no que coubesse e não contrariasse o espírito protetor do Código de Defesa do Consumidor, por ser este o objetivo da lei especial.

Com base nessa teoria, tem-se pretendido justificar a aplicação das disposições da Lei nº 11.382/06 aos executivos fiscais, importando-a do Direito do Consumidor para o processo judicial tributário.

Para os que assim afirmam, caso exista uma legislação especial editada com a finalidade maior de conferir tratamento mais benéfico a certas categorias, não é razoável que uma alteração na lei geral, aplicável a todas as demais pessoas, venha a conferir um tratamento ainda mais benéfico do que aquele previsto na lei especial, não derroque os ditames dessa. Se a lei especial foi introduzida no ordenamento com o escopo de conferir um tratamento privilegiado a certa categoria, o fato de não ter sido atualizada em consonância com as normas gerais não pode implicar tratamento pior, mais prejudicial a quem o legislador pretendeu privilegiar.

Sob essa ótica, admitir a ideia de que o legislador especializou o tratamento de certa categoria para beneficiá-la e, pela sua inação em alterar também a lei especial, editou regramentos ainda mais benéficos na regulação geral, seria o mesmo que prejudicar a quem deveria ser beneficiado ante a evolução da lei geral.

Assim, tendo em vista que o espírito informador da LEF seria justamente a abreviação do crédito da Fazenda Pública; e, da mesma forma, as alterações promovidas pela Lei nº 11.382/06 teriam o escopo de promover a rápida satisfação do credor, todas as inovações que visassem a tal objetivo comum deveriam ser aplicadas às execuções fiscais.

Em que pese a bela construção utilizada pela teoria, não há como aplicá-la ao presente caso. Isso porque, em primeiro lugar, há incompatibilidades entre a LEF e a Lei nº 11.382/06, impossíveis de serem sanadas com a simples análise do objetivo precípua de criação das mencionadas leis. Ademais, o que essa teoria busca é compatibilizar normas, aparentemente em conflito, através da *mens legis* do legislador, de modo a permitir-se a sua aplicação conjunta.

Ocorre que a LEF, atenta às particularidades do crédito público, não apenas tem o objetivo de conferir celeridade ao recebimento de seu crédito pela Fazenda Pública, como, por outro lado, *confere garantias ao contribuinte que a lei processual comum não garante a todos os devedores*. Tudo isso porque o título manejado pela Fazenda Pública apresenta uma série de peculiaridades - analisadas adiante -, além do fato de que a própria Fazenda Pública já possui inúmeros privilégios no recebimento de seu crédito, ao contrário dos demais credores.

Em observância a essas diferenças significantes entre a execução comum e a execução de dívida tributária, a Lei de Execuções Fiscais buscou, ao mesmo tempo, compatibilizar os privilégios da Fazenda com as garantias dos contribuintes. Desse modo, não é qualquer alteração na lei processual comum que vise à celeridade na satisfação do crédito exequendo que será aplicada à execução fiscal, mas tão somente aquelas alterações que, além de promoverem uma rapidez ao processo executivo, estejam também de acordo com as garantias dos contribuintes.

Portanto, através do método sistemático de interpretação da legislação tributária é que se poderá concluir ou não pela aplicação da nova lei: de modo que no que a lei tributária expressamente se manifestar, apontando regramento específico que melhor condiz com as particularidades do crédito público, não se pode admitir a incidência da regra geral, que não atende às circunstâncias especiais do caso.

2 A subsidiariedade do CPC em relação às disposições da Lei de Execuções Fiscais

Assim dispõe o art. 1º da Lei de Execuções Fiscais: “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”.

Tal dispositivo implica que, não havendo a Lei de Execuções Fiscais se pronunciado sobre o tema, cabe ao Código de Processo Civil disciplinar a matéria. Ou seja, a despeito da especialidade já demonstrada da norma que compõe a Lei nº 6.830/80, a própria lei processual comum determinou a aplicação subsidiária das normas constantes do CPC.

Dessa forma, é indiscutível que as alterações introduzidas no código pela Lei nº 11.382/06, ou por qualquer outra lei, não implicam alteração da Lei de Execuções Fiscais, pois no que ela houver se manifestado não incidirão as normas gerais.

Na lição de José Alfredo de Oliveira Baracho, a subsidiariedade impõe que, havendo duas ordens normativas em princípio habilitadas a disciplinar um tema - uma maior (geral) e outra menor (específica) -, a regulação pela segunda tenha sempre preferência, salvo quando impraticável ou ineficiente. A escolha justifica-se por estar a ordem menor mais próxima à questão em foco, cujas particularidades tem melhores condições de conhecer e contemplar. Em tal contexto, a escolha da ordem mais abrangente seria injurídica, eis que a aplicação de suas regras demandaria maior adaptação por parte das autoridades competentes (*in casu*, os juízes), a dificultar e atrasar o seu processo decisório e a maximizar o risco de prolação de decisões diferentes, e mesmo contraditórias (SANTIAGO, BREYNER, 2007, p. 55).

Vê-se, portanto, que a subsidiariedade do CPC é decorrência lógica da especialidade da Lei de Execuções Fiscais, que, atenta às particularidades do crédito público, melhor se aplica à hipótese de sua execução, só se aplicando o CPC quando essa lei não contiver previsão sobre o tema. É exatamente o que afirmam Ricardo Cunha Chimenti et al. (2008, p. 37): “A observância subsidiária das regras gerais do processo de conhecimento e das execuções postas no Código de Processo Civil somente tem cabimento quando a Lei 6.830/80 não contiver previsão sobre o tema”.

No mesmo sentido, confira-se a posição de Iran de Lima:

A subsidiariedade do CPC decorre justamente do fato de sua inserção dentro do subsistema de direito formal. Mesmo que não houvesse o comando normativo encontrado no final da regra jurídica do art. 1º, essa subsidiariedade se imporia naturalmente, salvo a ocorrência de expressa vedação legal. Assim sendo, tudo aquilo que representar uma omissão legislativa será preenchido pelas normas processuais civis.

Por outro lado, não se haverá de cogitar, nunca, de conflito entre os dois diplomas, o do CPC. Primeiro haverá de procurar solução para o problema ocorrente na lei especial, e somente na ocorrência de verdadeira omissão é que se buscará o subsídio do direito processual comum. (LIMA, 1984, p. 15-16)

Como se observa da expressão utilizada pelo legislador - “subsidiariamente” -, a aplicação das normas gerais do Código de Processo Civil aos executivos fiscais pressupõe a existência de lacuna indesejada no regramento específico da Lei de Execuções Fiscais.

Nesse ponto, há de se distinguir a insuficiência da norma ou lacuna, ou seja: a falta de previsão da matéria ou a sua previsão incompleta, do que se tem denominado “silêncio eloquente”, que seria a não previsão voluntária do legislador.

Tratando-se de lacuna da lei, cabe uma interpretação ampliativa por parte do aplicador da norma, de forma a buscar no regramento geral a disciplina para a matéria. Entretanto, diante do silêncio eloquente, não se pode estender o significado da norma, sob pena de imiscuir-se na competência do legislador ordinário, que assim o quis.

À vista disso, tem-se que nem todas as vezes em que a LEF deixar de se pronunciar sobre determinada matéria haverá a incidência das normas contidas no Código de Processo Civil, mas apenas quando a falta de previsão for considerada involuntária, causando estranheza ao intérprete. É esse, inclusive, o entendimento esposado por Mauro Luís Rocha Lopes:

De notar-se, mais, que nem todas as lacunas existentes na LEF autorizam a aplicação de normas contidas na lei processual geral, mas apenas aquelas consideradas indesejáveis, ensejadoras de perplexidade no caso concreto enfocado pelo exegeta. Isso, em respeito a um eventual silêncio eloquente do diploma especial, que se bastará como solução normativa. (LOPES, 2007, p. 7)

Assim, qualquer controvérsia, a ser analisada pelo aplicador da norma, acerca da aplicação ou não de dispositivo do Código de Processo Civil aos executivos fiscais, deve sempre ser tida à luz da subsidiariedade da norma geral.

Aliás, mesmo que não houvesse disposição expressa de lei nesse sentido (art. 1º da LEF), a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao processo de execução fiscal ocorreria da mesma forma, por força dos princípios gerais do direito para solução de lacunas na lei, o que não significa que qualquer omissão da LEF dará ensejo à aplicação subsidiária do CPC. Há, portanto, de se distinguir a não previsão voluntária do verdadeiro equívoco do legislador. Esta é, pois, a árdua tarefa do intérprete.

3 O título executivo e seu papel na execução

A ação de execução, como todas as demais, pressupõe alguns requisitos gerais, quais sejam: legitimidade das partes, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. Além desses, exige a existência de dois pressupostos específicos: o inadimplemento e o título executivo.

Mas, na verdade, a possibilidade jurídica do pedido e a legitimação para agir consubstanciam-se no próprio título executivo. Entretanto, a existência do título não define, por si só, o interesse de agir na via executiva jurisdicional, já que o interesse de agir só se manifesta quando ocorre o inadimplemento da obrigação consubstanciada no título.

Não existe, assim, execução sem título, como meio de certificação do direito ou obrigação; de igual forma, não há execução sem a certificação do inadimplemento da obrigação e do seu preciso montante.

Nesse ponto, por inadimplemento pode-se entender como o não cumprimento espontâneo de obrigação certa, líquida e exigível, representada por título executivo.

Já o título executivo, base da execução e condição *sine qua non* para sua existência, é definido por alguns como um ato;¹ outros o definem como documento;² e há ainda os que o consideram como instrumento.

A verdade é que, em nosso Direito, o título sempre esteve ligado ao documento, que representa o próprio requisito do ato, caracterizando a certeza do dever e o próprio cumprimento do requisito de forma.

Com efeito, a execução, por traduzir-se em atos materiais de constrangimento do devedor ao cumprimento da obrigação inadimplida, pressupõe elevado grau de certeza da existência e do objeto desta, bem como da identidade do credor e do devedor. Daí porque o título, objetivando gerar razoável certeza, não poderia se afastar da forma escrita.

Desse modo, segundo Cláudia Rodrigues (2002, p. 43), é fácil entender a razão da exigência legal do título executivo, pois quando o credor propõe a ação executiva, e esta é aceita pelo Estado-juiz, há invasão desde logo na esfera patrimonial do devedor. Uma situação bem diferente do processo cognitivo, em que as partes estão em igual situação, tendo o réu apenas o ônus de se defender, para, somente após a sentença, praticarem-se os atos necessários à satisfação do direito material.

Nesse sentido, o título executivo apresenta dupla função: por um lado, autoriza o desencadeamento do processo executivo, independentemente da prova de existência do crédito, visto que é procedimento eminentemente satisfativo; por outro, garante que os atos constritivos só sejam realizados porque se presume a existência de um direito material insatisfeito.

Por tais razões, são de extrema importância os requisitos formais a que se condiciona o exercício das atividades de execução, pois, uma vez formado o título, abstraem-se as considerações acerca da obrigação que lhe deu origem, que representa apenas o motivo indireto ou remoto da execução.

O julgador não pode se ater, no processo de execução, à questão material existente entre as partes para deferir ou não a execução, pois o título executivo já traz em seu conteúdo a certeza do crédito, apta a autorizar o deferimento da tutela jurisdicional.

Tal certeza, além da forma documental, advém do próprio conteúdo do ato que, conforme leciona Ronaldo Cunha Campos, consiste em um acertamento da incidência da norma, tanto no tocante à conduta estatuída no preceito como na prevista na sanção. Nesse sentido, segundo o autor, “o acertamento assume específica relevância na medida em que confere razoável certeza à adequação da norma abstrata à situação concreta” (CAMPOS, 1978, p. 64).

A finalidade do acertamento é possibilitar a execução forçada da obrigação inadimplida, configurado o interesse de agir. Via de regra, dá-se por meio de sentença condenatória que acerta a adequação de situação de fato à hipótese legal, aplicando-lhe o preceito e a sanção vinculada à sua violação. Ou seja: em um processo judicial de conhecimento, o título executivo é a sentença judicial, por meio da qual o Estado-juiz aplica o preceito ao caso concreto, determinando ao devedor o cumprimento da obrigação e permitindo ao credor pôr em movimento a sanção.

Excepcionalmente, a lei atribui às partes da relação obrigacional a faculdade de realizar o accertamento, independentemente de manifestação do Estado-juiz, individualizando a norma aplicável e a conseqüente relação jurídica.

Dessa forma, o Estado atribui a determinados atos de aceitação do preceito da norma uma particular eficácia, de forma que o consenso dos interessados quanto à incidência da norma resulta também na aceitação da sanção vinculada à sua desobediência. Há, então, um consenso entre credor e devedor sobre a relação jurídica instaurada e seu conteúdo obrigacional, que, exteriorizado em conformidade com determinados requisitos, dá origem ao título executivo extrajudicial.

Vê-se, assim, que o título extrajudicial implica exceção à regra geral, pois a lei prevê que determinados atos, resultado do consenso entre os interessados, tenham a eficácia de acertar a sanção, independentemente do pronunciamento do Estado-juiz. Esses atos criam uma razoável certeza que legitima a atuação estatal, com o objetivo de impor a sanção por meio do processo adequado.

É oportuno trazer à baila as palavras de Barbosa Moreira, ao tratar da execução: “Antes se trata de atuar a norma concreta já enunciada em prévio processo de conhecimento ou expressa em documento a que a lei confere semelhante eficácia” (apud CAMPOS, 1978, p. 14).

Tem-se, portanto, no Direito brasileiro, duas espécies de título executivo que, destarte, dão origem a dois tipos de execução: a fundada em título judicial e a fundada em título extrajudicial.

A primeira consubstancia-se em sentença judicial, fruto de processo de conhecimento em sede jurisdicional; e a segunda, em ato para o qual a lei atribuiu o accertamento da norma (preceito e sanção), fruto do consenso entre os interessados ou, em casos especiais, da própria lei.

Nesse sentido, os títulos executivos judiciais, sujeitos ao cumprimento de sentença, por força das alterações introduzidas pela Lei nº 11.232/2005, estão enumerados no art. 475-N do CPC, enquanto os títulos executivos extrajudiciais encontram-se dispostos no art. 585 do mesmo código:

Art. 475-N. São títulos executivos judiciais:

- I - a sentença condenatória proferida no processo civil que reconheça a existência de obrigação de fazer, não fazer, entregar coisa ou pagar quantia;
- II - a sentença penal condenatória transitada em julgado;
- III - a sentença homologatória de conciliação ou de transação, ainda que inclua matéria não posta em juízo;
- IV - a sentença arbitral;
- V - o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente;
- VI - a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça;
- VII - o formal e a certidão de partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

- I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor, o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas, o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;

III - os contratos de hipoteca, de penhor, de anticrese e de caução, bem como os de seguro de vida;

IV - o crédito decorrente de foro e laudêmio;

V - o crédito documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;

VI - o crédito de serventário de justiça, de perito, de intérprete, ou de tradutor, quando as custas, emolumentos ou honorários forem aprovados por decisão judicial;

VII - *a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;*

VIII - todos os demais títulos, a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva. (grifo nosso)

O Código de Processo Civil, então, incluiu no inciso VII do art. 585, como título executivo extrajudicial, a certidão de dívida ativa da fazenda pública. O conceito de dívida ativa é definido pela Lei nº 6.830/80, compreendendo os valores cuja cobrança lhe seja atribuída por lei, tanto de caráter tributário como não tributário. Esse é, pois, o título executivo fiscal, manejado pela Fazenda Pública para satisfação de seu crédito, cujas peculiaridades serão analisadas adiante.

4 A peculiaridade do título executivo do crédito tributário e o privilégio da Fazenda Pública

Como visto, o título executivo extrajudicial representa uma exceção, eis que o acerto da norma ao caso concreto é procedido pelos interessados, traduzido na aceitação pelo devedor da sanção vinculada ao preceito violado. Consubstancia-se no assentimento do devedor com relação à sua obrigação e à sanção pelo descumprimento desta.

Entretanto, a Fazenda Pública não dispõe de título executivo que apresente acerto com tais características. Seu título executivo extrajudicial, como é sabido, é a certidão de dívida ativa, proveniente do ato administrativo de inscrição do débito em dívida ativa, nos termos do art. 2º da Lei nº 6.830/80 e arts. 201 e 202, do Código Tributário Nacional (CTN).

Com efeito, em observância ao princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse individual, a Fazenda Pública goza de uma série de prerrogativas - entre elas, a de cobrar de seus administrados o cumprimento da prestação pecuniária, objeto da relação jurídico-tributária.

De fato, tal superioridade presente no próprio conteúdo da relação jurídico-tributária tem o único escopo de beneficiar o interesse coletivo, permitindo à Fazenda Pública, através de atos administrativos vinculados, apurar e efetuar o acerto da quantia, objeto da obrigação tributária, por intermédio de sua inscrição em dívida ativa.

Nesse ponto, vale destacar que a obrigação tributária, ao contrário das obrigações contratuais, não requer manifestação de vontade para se instaurar, pois nasce da simples ocorrência do fato gerador, como prevê o art. 114 do CTN. Ou, ainda, pela utilização efetiva ou potencial de um serviço compulsório prestado pelo Estado, ensejando a cobrança de tributo, independentemente da efetiva utilização do serviço pelo contribuinte (art. 145, II, da CF e art. 79, I, “b”, do CTN).

Além disso, há os atos estatais que, de igual forma, dão origem à obrigação tributária, consistindo no exercício de um poder de polícia ou na realização de uma obra de melhoria, também sem a mínima interferência da vontade do contribuinte e por iniciativa única da Administração.

Mesmo que a realização do ato privado previsto pelo legislador como fato gerador da obrigação tributária seja, por vezes, facultativo - como, por exemplo, adquirir propriedade imobiliária ou não -, é certo que a vontade de quem os realiza está voltada à obtenção de efeitos próprios e não à geração de obrigações tributárias.

A lei definidora do fato gerador da obrigação tributária e criadora dos tributos atinge a todos, independentemente de manifestação de vontade, veiculando norma geral e abstrata. Nesse sentido, cabe à Administração Pública proceder ao acertamento da referida norma ao caso concreto, aplicando-lhe o preceito e a sanção.

A constituição da dívida ativa da Fazenda Pública, portanto, implica acertamento da incidência da norma tributária ou não tributária, conforme o caso, pela própria Administração, após procedimento administrativo que não exige a aquiescência do sujeito passivo, como exemplo típico do procedimento administrativo fiscal.

Nesse contexto, a Administração Pública, buscando individualizar a incidência da norma e acertar a obrigação tributária a ser exigida do sujeito passivo, pratica ato administrativo vinculado, denominado lançamento, nos termos do art. 142 do CTN.

Dessa forma, nascida a obrigação tributária com a ocorrência do fato gerador e, junto com ela, o crédito tributário decorrente, impõe-se ao Estado, como sujeito ativo da relação jurídico-tributária, por meio de seus agentes, proceder ao respectivo lançamento do crédito, de forma a conferir-lhe exigibilidade, através do acertamento da obrigação. Ressalte-se que, embora o lançamento não seja sempre necessário para conferir exigibilidade ao crédito, ele quase sempre o será, ressalvados os casos de confissão de dívida e transação.

Contudo, pode ainda o referido lançamento ser discutido em processo administrativo até constituir-se definitivamente, se for o caso no qual, como o próprio nome já diz, a espécie é apreciada pelo próprio interessado. É o chamado contencioso administrativo-fiscal.

Entretanto, o fato é que os tribunais administrativos, ao proferirem suas decisões, dificilmente atuam com a necessária independência, de forma que seus membros fiquem imunes à influência dos órgãos da Administração superior, o que conduz à afirmação de que os administradores, ao julgarem questões dessa espécie, estariam agindo na condição de verdadeiros juízes-parte. Nesse ponto, cabe transcrever a lição de Cláudia Rodrigues:

Entretanto, inúmeros são os defeitos atribuídos a essa forma - contencioso

administrativo -, pois funcionariam esses órgãos sob o comando e vontade de administradores públicos, cujas vontades seriam propensas aos interesses arrecadadores do Estado. Inexistem, de certa forma, os juizes naturais tão necessários à realização do *due process of law*, principalmente se se considerar que tais administradores, ao julgarem as questões dessa natureza, funcionariam como juizes-parte, exatamente como acontece no Brasil em relação aos processos administrativos fiscais formadores de atos de liquidação do crédito tributário. (RODRIGUES, 2002, p. 94-95)

A verdade é que, nesses casos, inexistente um juiz natural, sobretudo pela pressão que sofrem os administradores fiscais encarregados de julgar os processos administrativo-tributários, visto que estão julgando questões que envolvem diretamente o órgão que provê o seu sustento e precisa de recursos para tal.

Alie-se a isso o fato de que, como o processo administrativo está ligado ao exercício da função administrativa, compreendida no âmbito da autonomia política de que dispõem os entes de um Estado federativo, como é o caso do Brasil, cada ente da Federação irá estabelecer regras próprias para o processo administrativo. Nesse aspecto, podem-se encontrar legislações estaduais prevendo hipóteses de recursos privativos da Fazenda Pública, em última instância administrativa, em detrimento das garantias da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, só restando ao contribuinte a busca pela tutela do Judiciário.

Ademais, em tais casos, os recursos privativos da Fazenda ainda são julgados por autoridade singular, integrante da estrutura funcional administrativa. Essa autoridade, na maioria esmagadora dos casos, acaba reformando decisões proferidas por órgãos paritários - tais quais os conselhos de recursos, compostos por representantes da Fazenda e dos contribuintes - em manifestação clara de defesa dos interesses do Fisco.

E é deste procedimento administrativo, gerado pela impugnação ao lançamento do crédito fiscal, que se origina o título executivo da Fazenda Pública. Isso porque, encerrado o procedimento, diante de decisão definitiva no âmbito administrativo, desfavorável ao contribuinte; ou, diante da falta de impugnação ao lançamento por parte do contribuinte, está definitivamente constituído o crédito tributário, devendo a Fazenda proceder à sua inscrição em dívida ativa, da qual provém a certidão de dívida ativa.

A inscrição em dívida ativa habilita o sujeito ativo à cobrança executiva - ou seja, se o lançamento confere exigibilidade ao crédito tributário, a inscrição em dívida ativa confere-lhe a necessária executividade, sendo pressuposto para a ação judicial.

Nesse aspecto, a execução fiscal, no Brasil, deve necessariamente ser processada perante o Judiciário, eis que o título executivo do crédito tributário é destituído de autoexecutoriedade. Possui a Fazenda, portanto, o privilégio da execução prévia - isto é: a prerrogativa de formar seu próprio título, porém não a de executá-lo.

Fala-se corretamente em privilégio, porque, nas palavras de Ronaldo Cunha Campos (1978, p. 25) "aqui nos afastamos dos princípios reitores do título executivo". Não há certeza proveniente de decisão judicial ou do consenso dos interessados, há apenas a apreciação e a vontade de um dos interessados, no caso a Fazenda Pública, que constitui o título.

Enquanto no Direito Civil, por exemplo, o credor executa o devedor por meio de título em que este mesmo reconhece a certeza e a liquidez do crédito; no Direito Tributário, o título executivo resulta de ato do próprio credor. Dessa forma, sendo prescindível a intervenção judicial, a Administração Fazendária exerce a atividade declarativa prévia ao processo de execução, originando unilateralmente o título executivo.

Conclui-se, assim, que o título executivo manejado pela Fazenda Pública não se origina de processo de conhecimento ou do consentimento do devedor e que a certeza nele consubstanciada é declarada pelo próprio credor.

Tal certeza, como preceitua o art. 204 do CTN, que acompanha a certidão de dívida ativa provém de sua regular inscrição, devendo ser entendida não apenas como o atendimento aos requisitos formais da lei para a certidão de dívida ativa, mas como a própria regularidade do procedimento administrativo que culmina com a inscrição.

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

Note-se que a autoconstituição do título executivo por parte do credor, em si já é uma violação ao devido processo legal, a menos que esse título se origine de um processo administrativo-fiscal, no qual seja assegurado ao sujeito passivo da obrigação todas as garantias da ampla defesa, da amplitude probatória e de um julgamento administrativo impessoal.

É justamente por ser precedida de apuração em regular processo administrativo, no qual é assegurada ampla defesa ao sujeito passivo da obrigação, que a certidão de dívida ativa goza de presunção de liquidez e certeza. Caso contrário, estar-se-ão violando as garantias constitucionais do contribuinte.

Entretanto, na prática, o título executivo manejado pela Fazenda Pública possui extrema fragilidade. A execução fiscal já nasce, assim, com a presunção legal que pouco tem de presunção humana.

Na verdade, no processo judicial garantístico, as presunções legais só têm validade se são observações do legislador e presunções humanas. Todavia, muitas vezes, os créditos revelados pelo título executivo-fiscal não são absolutamente confiáveis, posto que oriundos de procedimento administrativo parcial, em que não foram asseguradas ao contribuinte todas as garantias que lhe são inerentes.

O privilégio da Fazenda de autoconstituir seu título executivo, conferindo-lhe por si mesma a certeza de seu crédito, apenas permite que a execução seja freada para discutir as razões do devedor, na maior parte das vezes após a garantia do juízo - exceto nas hipóteses em que se admite o cabimento de exceção de pré-executividade.

Tal privilégio justifica-se pela supremacia do interesse público sobre o privado e a pela função social do tributo, além, é claro, da natural má vontade com que este é encarado pelos contribuintes em geral. Entretanto, isso não justifica a prática de

arbitrariedades e interpretações que possam levar à supressão das garantias do contribuinte, de modo a permitir abusos por parte do Fisco.

Nesse contexto, a interpretação das inovações trazidas pela Lei nº 11.382/06 ao processo de execução, e seu reflexo sobre a garantia dos executivos fiscais, deve necessariamente ser submetida às reflexões expostas acerca da peculiaridade de seu título executivo, além da especialidade da LEF e da subsidiariedade do CPC.

5 Impossibilidade de levantamento do depósito ou fiança antes da decisão final nos embargos à execução fiscal, ante a especialidade da LEF, a subsidiariedade do CPC e a peculiaridade do crédito público

Conforme determina o art. 8º da LEF, uma vez intimado o executado, este terá cinco dias para pagar o valor em execução ou oferecer garantia ao débito. Optando pelo oferecimento de garantia para posterior discussão em sede de embargos, o devedor poderá efetuar depósito, oferecer fiança bancária ou nomear à penhora um dos bens constantes no rol do art. 11 da LEF:

Art. 8º O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução. [...]

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

I - dinheiro;

II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;

III - pedras e metais preciosos;

IV - imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - veículos;

VII - móveis ou semoventes; e

VIII - direitos e ações.

Desse modo, existem algumas hipóteses que comumente rendem ensejo a depósitos judiciais em dinheiro nos processos de execução fiscal, são elas: a) oferecimento da quantia pelo devedor em garantia do débito, na forma do art. 9º, I, da LEF, ou em substituição aos bens penhorados (art. 15, II); b) penhora (ou arresto) de dinheiro do executado, a ser convertido em depósito (art. 11, I e § 2º); c) penhora sobre o faturamento da pessoa jurídica, ensejando depósitos periódicos à disposição do juízo; d) produto da remição do bem penhorado, pelo terceiro que o deu em garantia do débito alheio (art. 19, I); e) produto da alienação antecipada de bens penhorados (art. 21); f) adjudicação de bens penhorados pela Fazenda, quando o preço da avaliação ou o valor da melhor oferta for superior ao de seus créditos (art. 24, parágrafo único).

Ocorre que, uma vez configurado o depósito à disposição do juízo da execução, a entrega da quantia ao executado dependerá, necessariamente, do trânsito em julgado

da decisão final nos embargos à execução. É o que determina expressamente o art. 32, § 2º, da LEF: “Art. 32. Os depósitos judiciais em dinheiro serão obrigatoriamente feitos: [...] § 2º *Após o trânsito em julgado da decisão*, o depósito, monetariamente atualizado, será devolvido ao depositante ou entregue à Fazenda Pública, mediante ordem do Juízo competente” (grifo nosso).

O aludido dispositivo é claro em afirmar que, somente após o trânsito em julgado da decisão final no processo de conhecimento em que se discute a subsistência do título executivo, é que o depósito será levantado - seja a favor do executado, seja a favor da Fazenda Pública, a depender do resultado final da ação. Em nenhuma outra hipótese é possível o levantamento do depósito dado em garantia da execução fiscal, visto que há na Lei de Execuções Fiscais norma expressa nesse sentido.

Ainda que assim não o fosse, pela interpretação sistemática da LEF com o Código Tributário Nacional - “Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário: [...] II - o depósito do seu montante integral” -, é possível extrair a inequívoca conclusão de que os depósitos judiciais no montante integral do débito exequendo só serão levantados após o trânsito em julgado da decisão final nos embargos à execução, eis que suspendem a sua exigibilidade.

Tal entendimento decorre não somente da especialidade da LEF em relação ao CPC - que permite a execução provisória dos títulos extrajudiciais e, consequentemente, da subsidiariedade das normais gerais, que só se aplicam na lacuna do regramento especial -, como também da própria peculiaridade do título executivo manejado pela Fazenda Pública.

Com efeito, a Lei de Execuções Fiscais possui uma lógica compatível com as particularidades do crédito público, de modo que, ao mesmo tempo em que confere privilégios à Fazenda Pública na persecução de seu crédito, concede também uma série de garantias ao devedor. Se, por um lado, o Estado pode constituir unilateralmente o seu título executivo, proveniente de processo administrativo que - quando instaurado - vem atender aos interesses da própria Administração; por outro, a própria lei garante ao devedor a possibilidade de discutir a matéria até as últimas instâncias judiciais, sem que a sua garantia seja precipitadamente convertida em renda a favor do Estado.

Tal lógica obedece não apenas aos princípios do contraditório e da ampla defesa, corolários do devido processo legal, como ao próprio princípio da inafastabilidade de jurisdição (artigo 5º, incisos XXXV, LIV, LV e LXIII, da CF88).

De fato, sendo certo que o procedimento executivo consiste em uma série de atos tendentes à satisfação do crédito exequendo e expropriação dos bens do devedor, é inegável que, no que tange ao procedimento executivo fiscal, a garantia de jurisdição ganha eminente destaque. Isso porque o único momento no qual contribuinte pode, de fato, ter a cobrança do crédito tributário analisada de forma imparcial é quando a questão é submetida à apreciação do Poder Judiciário - seja por meio dos embargos à execução, seja por meio de exceção de pré-executividade, seja por qualquer outro tipo de ação em que o Estado exerça a jurisdição cognitiva.

Nas palavras de Hugo de Brito Machado (2008, p. 56): “A execução fiscal é o caminho para que a Fazenda Pública possa haver o que diz ser seu crédito, precisamente porque esse caminho alberga a garantia de jurisdição executiva em favor do contribuinte”.

Não obstante, a vedação contida no art. 32, § 2º, da LEF atende ao próprio princípio de justiça. Em que pese o conceito de justiça comportar uma enorme subjetividade, não há como se negar que há valores, de cunho ético e moral, comuns à sociedade como um todo e que, por mais pessoais que pareçam, pertencem ao senso comum. Nesse ponto, a cultuada definição aristotélica de justiça adéqua-se perfeitamente às necessidades atuais: “Dar a cada um o que é seu”.

De fato, há situações em que, diante de uma falta de previsão legal, ou mesmo de um aparente conflito entre dispositivos - o que não é o caso, visto que não há conflito por existir norma expressa na LEF -, há de se lançar mão da consciência jurídica comum, interpretando a questão de acordo com o que parece mais *razoável e justo*. Tanto é assim que a justiça - e também a razoabilidade - é um princípio expressamente consagrado na Constituição Federal, ao estabelecer como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “construir uma sociedade livre, *justa* e solidária” (art. 3º, I - grifo nosso).

Ora, nada mais “justo”, portanto, já que, em execuções promovidas pela Fazenda Pública, no caso de vitória do executado, a repetição dos valores por ela indevidamente embolsados são realizados via precatório, fazendo com que o contribuinte tenha de esperar anos para reaver os valores que efetivamente lhe pertencem, conforme determina o art. 100 da CF88. Daí a cautela exigida especificamente para o levantamento dos valores depositados em garantia da execução fiscal, em estrita observância às particularidades do crédito público.

Tal entendimento, vale ressaltar, não se aplica somente aos depósitos em dinheiro, mas também às fianças bancárias oferecidas em garantia da execução fiscal. É verdade que, pela simples leitura do texto do § 2º do art. 32 da LEF, não é possível extrair tal conclusão; no entanto, a interpretação da lei deve ser feita de maneira sistemática e, para isso, é preciso que as atenções do operador da norma se voltem para os arts. 9, II, e 15, I, da LEF:

Art. 9º Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá [...]
II - oferecer fiança bancária.

Art. 15 Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz:
I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária.

Como se vê, a Lei de Execuções Fiscais equiparou a fiança bancária ao depósito judicial para fins de garantia, conferindo-lhe os mesmos efeitos e, portanto, o mesmo tratamento. Assim, se o devedor pode oferecer fiança bancária para fins de garantia da execução fiscal, produzindo esta os mesmos efeitos do depósito judicial, com exceção

da suspensão de exigibilidade automática do débito, também lhe deve ser conferido o tratamento do art. 32, § 2º, da LEF, como decorrência lógica da equiparação legal.³ Especificamente sobre a questão, confira-se o recente entendimento do STJ veiculado no Informativo nº 392, de abril de 2009:

LEVANTAMENTO. FIANÇA BANCÁRIA

O levantamento da fiança bancária oferecida como garantia da execução fiscal fica condicionado ao trânsito em julgado da respectiva ação. No caso dos autos, os embargos à execução fiscal com oferecimento de carta de fiança para garantia do juízo foram julgados improcedentes pelo Tribunal *a quo*, e o estado membro requereu a liquidação dos valores garantidos pela carta de fiança. Explica o Min. Relator que, a teor dos arts. 1º, 9º, § 3º, e 15 da LEF (Lei nº 6.830/1980), verifica-se que o legislador também equiparou a fiança bancária ao depósito judicial como forma de garantia da execução. Também, esse é o entendimento da jurisprudência deste Superior Tribunal. Assim, o levantamento de depósito em dinheiro só ocorre após o trânsito em julgado da sentença, conforme dispõe o art. 32, § 2º, da LEF. Precedentes citados: Resp nº 643.097-RS, DJ 18/4/2006; REsp nº 543.442-PI, DJ 21/6/2004, e EResp nº 479.725-BA, DJ 26/9/2005. (*Resp nº 1.033.545-RJ*, rel.: min. Luiz Fux, julgado em 28/4/2009).

Esse, inclusive, é o entendimento da melhor doutrina sobre o tema:

[...] a regra especial do art. 32, § 2º, da Lei nº 6.830 cria um regime para o executivo fiscal, visto que somente permite à Fazenda Pública levantar as importâncias depositadas judicialmente 'após o trânsito em julgado'. Vale dizer que o legislador foi, nesse particular, mais rigoroso do que com a própria execução provisória, visto que, nesse tipo de procedimento, o credor pode, na pendência do recurso sem efeito suspensivo, obter o levantamento das importâncias depositadas, desde que preste caução (CPC, art. 588, II).

A explicação para esse rigorismo se deve, naturalmente, à enorme dificuldade que o devedor terá de enfrentar para reaver as importâncias embolsadas pela Fazenda Pública, caso saia vitorioso em seu recurso. Daí a cautela legal de apenas permitir o levantamento de todos os depósitos judiciais verificados na execução fiscal depois de consolidada a sentença pelo trânsito em julgado. (THEODORO JR., 2007, p. 185)

Entretanto, apesar da clareza do dispositivo e da posição da doutrina há muito consolidada no sentido da especialidade do art. 32, § 2º, em relação à normas do CPC, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), desconsiderando o regramento especial, concebia a execução fiscal, fundada que é em título extrajudicial, como definitiva, ainda que submetida à sentença de improcedência dos respectivos embargos ao recurso de apelação, cujo efeito era, em regra, apenas devolutivo. Para tanto, utilizava-se do enunciado da Súmula nº 317, que assim determinava: "É definitiva a execução de título extrajudicial, ainda que pendente apelação contra sentença que julgue improcedentes os embargos".

De fato, a Súmula nº 317 sempre se referiu às execuções fundadas em título extrajudicial *não regidas por legislação específica*, como é o caso das execuções fiscais.

Para estas últimas, sempre houve regramento especial, consubstanciado no art. 32, § 2º da LEF. Contudo, mesmo assim, esse não era o entendimento dominante da jurisprudência, que equivocadamente sempre buscou aplicar às execuções fiscais a disciplina da Súmula nº 317. Confira-se, a título ilustrativo, o julgado a seguir:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. IMPROCEDÊNCIA. APELAÇÃO. LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO. CABIMENTO. EXECUÇÃO DEFINITIVA

1. A execução fundada em título extrajudicial é definitiva, não assumindo natureza provisória, ainda que haja recurso de apelação no caso de improcedência dos embargos opostos pelo devedor.
2. Recurso especial provido. (STJ, *Recurso Especial nº 418.696/SP*, rel.: João Otávio de Noronha, DJ de 2/8/2006)

Em que pese a Súmula nº 317 não se aplicar aos executivos fiscais – a despeito da posição manifestada pelo STJ –, o fato é que hoje tal disposição encontra-se tacitamente revogada.

Isso porque a Súmula nº 317 foi editada para solucionar controvérsia acerca da interpretação do art. 587 do CPC, ratificando o entendimento jurisprudencial de ser definitiva a execução fundada em título extrajudicial. Veja-se a redação antiga do art. 587 do CPC: “Art. 587. A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo”.

A Súmula nº 317, portanto, foi editada nesse contexto, a fim de pacificar a posição jurisprudencial pela impossibilidade de execução provisória no âmbito da execução fundada em título extrajudicial. Mas, hoje, a verdade é que o antigo entendimento do STJ, consolidado com a edição da referida súmula, foi superado com advento da Lei nº 11.382/06.

Se antes já se dizia, conforme o brilhante posicionamento do ministro José Delgado, que a redação (antiga) do art. 587 deveria ser interpretada à luz dos limites postos pelo art. 739, § 1º, do CPC – note-se, antes da reforma do processo de execução –, de forma que, embargada a execução, até se esgotar a última instância recursal, esta seria sempre provisória, não podendo sofrer revés algum; agora, com mais razão tal entendimento deve ser acatado, ante a nova redação dada ao art. 587 do CPC pela Lei nº 11.382/06.

Apenas a título ilustrativo, veja-se o entendimento, há muito defendido pelo ministro José Delgado:

PROCESSO CIVIL. INTERPRETAÇÃO DO ART. 587, DO CPC. EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. EXECUÇÃO PROVISÓRIA

1. *A mensagem o art. 587, do CPC, na parte em que dispõe ser definitiva a execução quando fundada em título extrajudicial deve ser interpretada com os limites postos pelo § 1º, do art. 739, do CPC, conforme Lei nº 8.953/94, ao afirmar serem sempre recebidos com efeito suspensivo os embargos interpostos pelo devedor executado.*
2. *Surge como construção interpretativa lógica a conclusão de que a execução fundada em título extrajudicial será definitiva, tão somente, quando não forem interpostos embargos do devedor ou estes tenham sido julgados definitivamente, quer quanto ao mérito, quer por via de rejeição liminar.*

3. Recurso especial conhecido, porém, improvido. (STJ, 1ª Turma, *Resp nº 172.320/RS*, rel.: José Delgado, DJ de 26/10/1998 – grifo nosso)

Com efeito, a Lei nº 11.382/06, que modificou o Código de Processo Civil de 1973 no que toca ao processo de execução de títulos extrajudiciais, alterou a antiga redação do art. 587, criando a figura da execução provisória de título extrajudicial, nos seguintes termos: “Art. 587. É definitiva a execução fundada em título extrajudicial; *é provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo*” (grifo nosso).

Com isso, tem-se que a Súmula nº 317 está tacitamente revogada, por contrariar o novo texto legal, que passou a admitir a provisoriade da execução fundada em título extrajudicial, quando os embargos à execução tiverem efeito suspensivo.

Por esse motivo, ainda que desconsiderado o disposto no art. 32, § 2º, da LEF, esta súmula jamais poderia ser aplicada às execuções fiscais. E mais: mesmo que se pretendesse aplicar a nova redação do art. 587 aos executivos fiscais – não obstante possuir regramento especial próprio –, da mesma forma seria vedado o levantamento de qualquer quantia antes do trânsito em julgado dos embargos, eis que, na sistemática da LEF, os embargos à execução sempre possuem efeito suspensivo, sendo-lhes inaplicável o disposto no novo art. 739-A do CPC.⁴

A título de arremate, vale conferir a lição de Mauro Luís Rocha Lopes, que ilustra perfeitamente a questão em análise:

Acompanhando o novo tratamento dado à matéria, passou a dispor o art. 587 do CPC, com a redação dada pela Lei nº 11.382/06, em sua parte final, que a execução será provisória enquanto pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo (art. 739).

Diante do tratamento normativo imposto pela LEF, os embargos do executado sempre suspendem o andamento da execução fiscal, sendo-lhes inaplicável a disposição do art. 739-A do CPC (v. item 17.1). Assim, com a vigência do ‘novo’ art. 587 do CPC, passou a ser considerada provisória a execução fiscal enquanto pendente apelação da sentença de rejeição dos respectivos embargos.

De todo modo, ainda que se pensasse o contrário, não caberia à Fazenda Pública, quando pendentes os embargos de solução final na instância superior, invocar a suposta definitividade da execução fiscal, para ver garantida a seu favor a entrega antecipada do depósito judicial em garantia do débito, medida que somente poderia ser efetivada caso não vigorasse a norma imperativa e especial do art. 32, § 3º [sic], que a condiciona ao trânsito em julgado da decisão. (LOPES, 2007, p. 180)

Portanto, seja pela especialidade do art. 32, § 2º, da LEF, seja pela nova redação conferida pela Lei nº 11.382/06 ao art. 587 do CPC, não cabe à Fazenda Pública, enquanto pendentes os embargos à execução de solução nas instâncias superiores, invocar a definitividade da execução fiscal para obter a entrega antecipada do depósito judicial ou da fiança oferecidos em garantia da execução.

Por fim, confira-se o recentíssimo entendimento do STJ, em sede de embargos de divergência, o qual decidiu pela especialidade do art. 32, § 2º, da LEF, em detrimento

do regramento geral do CPC e da, já revogada, Súmula nº 317, veiculado no Informativo nº 455, de novembro de 2010:

EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA. DEPÓSITO. DINHEIRO

In casu, trata-se de embargos de divergência em que a embargante, entre outras alegações, sustentou que, conforme o art. 32, § 2º, da Lei nº 6.830/1980 (Lei de Execuções Fiscais - LEF), os depósitos em dinheiro somente serão convertidos em renda após o trânsito em julgado da decisão dos embargos à execução. Afirmou ser imperativo o referido diploma legal, não deixando margem para que outra atitude fosse praticada senão a de preservar intactos os valores depositados a título de garantia do crédito exequendo, sob pena de violação do princípio constitucional da legalidade. O embargado, por sua vez, alegou que a previsão do art. 32 da LEF, embora norma de caráter especial, não exclui a aplicação do art. 587 do CPC, pois, querendo, pode a Fazenda Pública assumir o risco à continuidade da execução. Assim, como existe a possibilidade de aplicar o comando do mencionado dispositivo da lei adjetiva civil às execuções fiscais e porque a alteração advinda com a Lei nº 11.382/2006 em nada conflita com a jurisprudência formada à época da deflagração da demanda, pugnou fosse mantida a decisão que deferiu a conversão do depósito em renda a favor da Fazenda Pública. A Seção reiterou o entendimento de que, por força da regra contida no art. 32, § 2º, da LEF, o levantamento de depósito judicial ou a sua conversão em renda da Fazenda Pública sujeita-se ao trânsito em julgado da decisão que reconheceu ou afastou a legitimidade da exação. Ressaltou-se tratar o supracitado dispositivo legal de norma especial que deve prevalecer sobre o disposto no art. 587 do CPC, redação anterior à vigência da Lei nº 11.382/2006. Observou-se que, em decorrência desse caráter especial da norma, não há falar, no caso, na aplicação da Súmula nº 317, STJ. Diante disso, deu-se provimento ao recurso para que, somente após o trânsito em julgado da decisão proferida nos embargos à execução fiscal, ocorra o levantamento dos valores depositados em juízo ou a sua conversão em renda da Fazenda Pública. Precedentes citados: EResp nº 215.589-RJ, DJ 5/11/2007; AgRg no Resp nº 817.815-SP, DJe 5/8/2010; Resp nº 862.711-RJ, DJ 14/12/2006, e Resp nº 891.616-RJ, DJe 17/8/2010. (*EResp nº 734.831-MG*, rel.: Mauro Campbell Marques, julgado em 10/11/2010).

Conclusão

De tudo o que foi exposto, pode-se observar que a Lei nº 11.382/06 representa um inegável avanço ao processo de execução fundado em título extrajudicial, previsto no Código de Processo Civil, tornando-o mais célere e efetivo, em privilégio dos interesses do credor.

Entretanto, em que pese o destaque concedido pela Lei nº 11.382/06 à celeridade do processo de execução e à própria figura do credor, não se pode olvidar que a Lei de Execuções Fiscais institui procedimento especial, a ser observado na execução da dívida ativa da Fazenda Pública. Não obstante a sistemática da Lei nº 6.830/80 ser a mesma da Lei nº 11.382/06 - ou seja, a de execução por quantia certa como processo de pura atividade de realização do credor - é inconteste que sua regulação contém normas processuais de especialização procedimental da execução fazendária.

Por essa razão, os créditos da Fazenda Pública devem necessariamente submeter-se ao regime da Lei nº 6.830/80 e, subsidiariamente, ao regime do Código de Processo Civil. Apenas na omissão involuntária da LEF abre-se espaço para a aplicação das normas gerais do CPC.

Portanto, na análise do reflexo das inovações trazidas pela Lei nº 11.382/06 nos executivos fiscais, a figura do intérprete ganha imenso destaque, já que somente a partir da análise sistemática da legislação tributária é que se poderá concluir pela aplicação ou não do espírito inovador da Lei nº 11.382/06.

Dentro dessa análise sistemática, não se pode deixar de considerar a peculiaridade do título executivo manejado pela Fazenda Pública e a série de privilégios que lhe são inerentes, tendo em vista ainda que: embora, por um lado, a Lei de Execuções Fiscais tenha buscado a abreviação do crédito público e, com isso, lhe atribuído inúmeros privilégios; por outro, o mesmo diploma, atento às particularidades do título executivo, buscou compatibilizar os seus dispositivos com as garantias constitucionais dos contribuintes.

Sob essa ótica, pode-se concluir que, do ponto de vista processual, a Lei de Execuções Fiscais possui uma lógica compatível com a fragilidade de seu título executivo, que, por isso mesmo, só pode ser rompida pela aplicação meramente subsidiária do dispositivo processual comum quando a lei processual comum indicar claramente que quis derrogá-la. Não fosse assim, estar-se-ia suprimindo a proteção constitucional do contribuinte, assegurada pela Carta Magna.

Portanto, não é qualquer inovação introduzida pela Lei nº 11.382/06 que poderá ser aplicada às execuções fiscais, mas tão somente as que, visando a acelerar o procedimento de satisfação do crédito público, estejam também de acordo com as garantias constitucionais dos contribuintes e, conseqüentemente, com a sistemática da Lei de Execuções Fiscais.

Especificamente para o caso do art. 587 do CPC e da antiga Súmula nº 317 do STJ - antes ou após a edição da Lei nº 11.382/06 -, tem-se que os referidos dispositivos, por representarem normas gerais no que toca ao procedimento de execução de título extrajudicial não se aplicam e nem nunca se aplicaram às execuções fiscais, que possuem regramento especial (art. 32, § 2º da LEF) a impedir expressamente o levantamento de depósito ou fiança antes do trânsito em julgado da decisão final nos embargos à execução.

Finalmente, ainda que se pudesse aplicar a nova redação do art. 587 do CPC às execuções fiscais, de igual modo descabe à Fazenda Pública proceder ao levantamento de qualquer quantia antes da decisão final nos embargos à execução fiscal, posto que a eles não se aplica o art. 739-A do CPC, à vista de regramento próprio.

IMPOSSIBILITY OF LIFTING THE DEPOSIT OR GUARANTEE BANK BEFORE THE FINAL DECISION IN SEIZURE OF FORECLOSURE EXECUTION

ABSTRACT: This essay aims the analysis of the possibility of lifting the deposit or guarantee bank offers as a guarantee in the foreclosure execution, before the final decision in seizure, in view of the reflexes of innovations brought by 11,382/06 Bill, that has modified the 1973 Civil Procedure Code concerning to the topic about Extrajudicial Execution titles. For better comprehension, the first part refers to the analysis of indispensable aspects of the subject, those are: especiality of the Foreclosure Execution Bill (LEF); the fact of Civil Procedure Code (CPC) being subsidiary of the Foreclosure Execution Bill; and the particular skills of executive titles managed by Public Treasury. The second part is dedicated to a deep study of the theme, based on the reasons exposed and the decisions of the Superior Court of Justice.

KEYWORDS: Foreclosure execution. Lifting. Deposit. Guarantee bank. Final decision.

Referências

ALVES, Nelson Gustavo Mesquita Ribeiro. Reflexos da Lei nº 11.382/06 no processo de execução fiscal. *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 21, dez. 2007. p. 1-22.

AMARAL, Gustavo; MELO, Danielle; PARREIRA, Alberto. As alterações da Lei nº 11.382 e sua repercussão sobre a Lei de Execuções Fiscais. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 143, ago. 2007. p. 7-14.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. Brasília: UnB, 1989.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 392*, abril de 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp?processo=1033545&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 6 jan. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Informativo nº 455*, novembro de 2010. Acórdão publicado no DJ de 18/11/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/infojur/toc.jsp?processo=734831&b=INFJ&thesaurus=JURIDICO>>. Acesso em: 6 jan. 2011.

CAMPOS, Ronaldo Cunha. *Execução fiscal e embargos de devedor*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada: Lei nº 6.830, de 22/9/1980: doutrina prática, jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão, dominação*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FLAKS, Milton. *Comentários à Lei da Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

FURLAN, Anderson. A Nova Execução Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 152, maio 2008. p. 21-39.

GRECO, Leonardo. *A Repercussão das Alterações da Lei nº 11.382/06 na Lei de Execuções Fiscais*. Palestra proferida no Auditório do Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Rio de Janeiro, 14/4/2008.

THEODORO JR., Humberto. *Lei de Execução Fiscal*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LIMA, Iran de. *A dívida ativa em juízo*. São Paulo: RT, 1984.

LOPES, Mauro Luís Rocha. *Execução fiscal e ações tributárias*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MACHADO, Hugo de Brito. Embargos à execução fiscal: prazo para Interposição e efeito suspensivo. *Revista Dialética de Direito Tributário*. São Paulo, n. 151, abr. 2008. p. 49-58.

MARQUES, Cláudia Lima. Superação das antinomias pelo diálogo das fontes: o modelo brasileiro de coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo, n. 51, RT, 2004.

RODRIGUES, Cláudia. *O título executivo na execução da dívida ativa da fazenda pública*. São Paulo: RT, 2002.

SANTIAGO, Igor Mauler; BREYNER, Frederico Marques. Eficácia Suspensiva dos Embargos à Execução Fiscal em face do art. 739-A do Código de Processo Civil. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 145, out. 2007. p. 54-69.

Notas

¹ Segundo Liebman, o título executivo é o ato de aplicação da sanção. É ato constitutivo da vontade sancionatória do Estado que faz nascer a ação executiva para o credor.

² Para Carnelutti (apud CAMPOS, 1978, p. 19-24), o título executivo é o documento que o credor deve apresentar ao órgão judicial para obter a execução, é a prova legal do crédito.

³ Com relação à equiparação da fiança bancária ao depósito judicial para fins de garantia veja-se, a título ilustrativo, o Resp nº 643.097/RS, rel.: Castro Meira, 2ª Turma do STJ, DJ de 18/4/2006. No mesmo sentido, Resp nº 543.442/PI, DJ de 21/6/2004, e EResp nº 479.725/BA, DJ de 26/9/2005.

⁴ A esse respeito, v. arts. 18, 19, 24, I da LEF, além de Santiago e Breyner (2007).