

A NECESSIDADE DE GARANTIA DO JUÍZO PARA OFERECIMENTO DOS EMBARGOS À EXECUÇÃO NO PROCESSO EXECUTIVO FISCAL: ARGUMENTOS EM FAVOR DE SUA INCONSTITUCIONALIDADE*

Bernardo Silva de Seixas**

Roberta Kelly Silva Souza***

RESUMO: O presente estudo visa a enfrentar a questão da obrigatoriedade de se garantir o juízo no procedimento processual previsto na Lei nº 6.830/80, Lei de Execuções Fiscais (LEF), para manejo dos embargos à execução, única peça de defesa prevista na legislação retromencionada. Suscitam-se três argumentos para que a obrigatoriedade de garantia do juízo não mais subsista no Direito brasileiro: o primeiro refere-se à teoria da recepção constitucional, em que se defende a inconstitucionalidade do art. 16, § 1º, LEF. Posteriormente, argumenta-se pela derrogação da obrigatoriedade em virtude das modificações realizadas pela Lei nº 11.382/06 no Processo de Execução. Outrossim, analisar-se-á essa questão à luz do controle de convencionalidade, tendo como parâmetro o Pacto de São José da Costa Rica e o direito humano ao contraditório e ampla defesa. Por fim, serão analisados breves aspectos da exceção de pré-executividade.

PALAVRAS-CHAVE: Lei de Execuções Fiscais. Embargos à execução. Teoria da recepção. Princípio do contraditório e da ampla defesa. Controle de convencionalidade.

Introdução

Dentre as inúmeras obrigações que os indivíduos devem prestar ao Estado, encontram-se a de efetuar os pagamentos de seus tributos. Caso os cidadãos fiquem inadimplentes com o Fisco, haverá, após a realização de um procedimento administrativo, uma cobrança judicial do crédito tributário através de um procedimento processual específico regido pela Lei nº 6.830/80.

No entanto, no art. 16, § 1º, da Lei nº 6.830/90, conhecida como Lei de Execuções Fiscais (LEF), consta a obrigatoriedade do contribuinte de garantir o juízo para poder se utilizar dos embargos à execução. Esse instrumento processual, na execução fiscal, é o único meio de objeção processual que a lei supramencionada admite ao contribuinte empregar nessa modalidade de procedimento.

Analisando o dispositivo legal em face da atual Constituição Federal (CF88), verifica-se uma possível incompatibilidade, uma vez que o art. 5º, LV, veicula o princípio do contraditório e da ampla defesa, assegurando a todos os litigantes a possibilidade de interferir no convencimento do magistrado, princípio que decorre da garantia do devido processo legal.

* Enviado em 13/1, aprovado em 6/3, aceito em 7/4/2014.

** Mestrando em Direito Constitucional - ITE/SP; Especialista em Direito Processual - CIESA/AM; advogado. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Manaus, Amazonas, Brasil. E-mail: seixas.bernardo@gmail.com.

*** Mestranda em Direito Constitucional - ITE/SP; Especialista em Direito Processual e Direito Público - CIESA/AM; advogada. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Manaus, Amazonas, Brasil. E-mail: rkellyss@yahoo.com.br.

Dessa constatação, sobressaem-se dois questionamentos: a garantia para oferecimento dos embargos à execução fiscal foi recepcionada pela Constituição? A necessidade de garantir o juízo para embargar a execução fiscal afronta o princípio do contraditório e da ampla defesa? Com as modificações ocorridas no Código de Processo Civil por meio da Lei nº 11.382/06 houve derrogação do art. 16, § 1º, Lei nº 6.830/80? Com a recepção da Convenção Americana de Direitos Humanos como norma supralegal no ordenamento jurídico pátrio, houve derrogação da obrigatoriedade de se garantir o juízo para embargar uma execução fiscal?

Em virtude desses questionamentos, este artigo propõe-se a estudar a questão da obrigatoriedade de garantia do juízo para poder utilizar os embargos à execução fiscal à luz das normas constitucionais, previstas na Constituição Federal de 1988 e da teoria da recepção constitucional; assim como pretende estudar os conflitos de normas que surgiram com as modificações ocorridas no Código de Processo Civil. Outrossim, analisar-se-á a questão da recepção da Convenção Americana de Direitos Humanos e seus reflexos no ordenamento jurídico pátrio. Por fim, o derradeiro capítulo tratará da criação doutrinária e jurisprudencial da exceção de pré-executividade como uma forma extralegal para apresentar objeções contra a pretensão executiva da Fazenda Pública.

1 Os embargos à execução fiscal

O Estado tem por principal objetivo o alcance do bem comum da população, sendo esta sua precípua finalidade. No entanto, para alcançar tal escopo, o Estado necessita, dentre outras obrigações, realizar serviços públicos para suprir as necessidades dos indivíduos.

Nesse ínterim, o Estado detém o poder de exigir tributos de seus administrados como forma de financiar a realização dos serviços públicos. Assim, caracteriza-se o poder de tributar do Estado como um direito público subjetivo de exigir do cidadão, após a ocorrência do fato gerador, o pagamento de um tributo.

Sobre o poder de tributar, cita-se a lição de Hugo de Brito Machado (2010, p. 272): “O poder de tributar nada mais é que um aspecto da soberania estatal, ou uma parcela desta. Importante, porém, é observar que a relação de tributação não é simples relação de poder como alguns tem pretendido que seja. É relação jurídica, embora o seu fundamento seja a soberania do Estado”.

Todavia, ocorrem hipóteses em que o cidadão não cumpre com suas obrigações tributárias e não efetua o pagamento dos tributos. Nessas circunstâncias, após a realização de um procedimento administrativo, incumbe ao Estado a inscrição do crédito fiscal em dívida ativa, que se transformará em um título executivo extrajudicial denominado de certidão de dívida ativa, para posterior execução do mesmo no Poder Judiciário, através de um procedimento específico previsto na LEF (Lei nº 6.830/80).

Sobre a inscrição em dívida ativa, cita-se novamente Machado (2010, p. 273): “O crédito é levado à inscrição como dívida depois de definitivamente constituído. A inscrição não é ato de constituição do crédito tributário. Pressupõe, isto sim, que este se encontre regular e definitivamente constituído e, ainda, que se tenha esgotado o prazo ficado para o seu pagamento”.

Para executar a certidão de dívida ativa, existe uma lei processual específica, a Lei nº 6.830/80, que prevê um procedimento diferenciado para a cobrança dos créditos tributários, assim como uma única defesa disponibilizada para o contribuinte.

Essa defesa é denominada de embargos à execução e é regulamentada pelo art. 16 da Lei nº 6.830/80. Sobre essa objeção processual, é imprescindível frisar que, para ser oposta contra a demanda fazendária, faz-se necessário a garantia do juízo, nos termos do § 1º do artigo citado.

A garantia prevista na legislação é indispensável para conceder segurança ao processo executivo fiscal, haja vista que a certidão de dívida ativa, nos termos do art. 204 do Código Tributário Nacional (CTN), goza de presunção de certeza e liquidez e tem efeito de prova pré-constituída: para ser expedida a supramencionada certidão, anteriormente ao ajuizamento da demanda executiva, passou-se por um procedimento administrativo com o escopo de verificar a exigibilidade/legalidade do crédito tributário.

Sobre a presunção de certeza e liquidez da certidão de dívida ativa, menciona-se Machado:

Essa presunção, todavia, é relativa, podendo ser elidida por prova inequívoca a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a quem aproveite. A isto equivale dizer que a dívida ativa regularmente inscrita é líquida e certa até prova em contrário. Líquida, quanto ao seu montante; certa, quanto à sua legalidade. O Executado, se alegar que não deve, ou deve menos, terá o ônus de provar o alegado. (MACHADO, 2010, p. 274)

Todavia, a Lei de Execuções Fiscais foi promulgada em 22/9/1980, portanto, sob a égide da Constituição Federal de 1967 e dos atos institucionais do regime militar. Entretanto, em 5/10/1988, foi promulgada uma nova Constituição Federal, denominada de “carta cidadã” em virtude de conter em seu bojo diversas garantias aos indivíduos contra os arbítrios do Estado brasileiro. Com isso, faz-se necessário analisar se a obrigatoriedade de garantir o juízo previsto no art. 16, § 1º da Lei nº 6.830/90 foi recepcionada pela CF88.

2 Teoria da recepção constitucional e o princípio do contraditório e da ampla defesa

É cediço que todos os atos do poder legislativo devem respeitar as normas constitucionais previsto na Constituição. Assim, ao editar uma lei, o poder legiferante, no transcurso do processo legislativo, deve verificar se a nova legislação é compatível com as determinações da Constituição Federal.

Embora o controle de constitucionalidade dos atos normativos seja uma função tormentosa para os tribunais brasileiros (pois se deve verificar a compatibilidade da legislação infraconstitucional com a Constituição), no Brasil, ele é realizado pelo Supremo Tribunal Federal ou por qualquer juiz de 1ª instância.

Todavia, tal questão torna-se mais árdua quando se faz necessário verificar a compatibilidade de uma lei publicada anteriormente à promulgação de uma nova

constituição, pois as leis anteriores ao novel texto constitucional devem sofrer um juízo de compatibilidade com o novo regramento jurídico constitucional. Esse fenômeno é estudado pela teoria da recepção constitucional.

Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco assim definem o fenômeno da recepção:

[...] se entende que aquelas normas anteriores à Constituição, que são com ela compatíveis no seu conteúdo, continuam em vigor. Diz-se que, nesse caso, opera o fenômeno da recepção, que corresponde a uma revalidação das normas que não desafiam, materialmente, a nova constituição. Deve-se a Kelsen a teorização do fenômeno da recepção, pelo qual se busca conciliar a ação do poder constituinte originário com a necessidade de se obviar vácuos legislativos. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 123)

Sobre como verificar a compatibilidade de uma norma anterior à promulgação de um novo texto constitucional, cita-se a lição de André Ramos Tavares:

[...] há uma avaliação, do ponto de vista da conformidade das normas anteriores com a constituição posterior, para fins de admitir aquelas que não sejam incompatíveis. Ou, em outros termos, há uma avaliação das normas anteriores de acordo com os requisitos de validade da nova Constituição. Se desconformes, simplesmente se desconsidera sua existência. São reputadas, para todos os efeitos, como não normas. Vale, no caso, em toda a sua intensidade, o princípio de que a Constituição inaugura uma nova ordem jurídica e a anterior simplesmente desaparece, como tal, ou seja, é desconstituída como fenômeno jurídico (remanescendo apenas como acontecimento histórico). (TAVARES, 2009, p. 177)

O Supremo Tribunal Federal (STF) já teve diversas oportunidades de se manifestar sobre a teoria da recepção constitucional.

Um dos casos analisados pelo Pretório Excelso se referia ao Código Tributário Nacional e sua recepção pela Constituição de 1988. Como o CTN foi publicado em 25/10/1966 por meio da Lei nº 5.172, haveria uma incompatibilidade formal entre a CF88 e o código, pois o texto constitucional (art. 146, III) determina que cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária. Nesse caso, prezando pela segurança jurídica das relações jurídico-tributárias, o STF entendeu que o CTN foi recepcionado pela CF88 como lei complementar, em que pese seu processo legislativo tenha observado o trâmite de uma lei ordinária.

Aplicando o mesmo entendimento retromencionado, o STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade - Medida Cautelar (ADI-MC) nº 1.726/DF, entendeu que a Lei nº 4.320/64, uma lei ordinária no momento de sua publicação, foi recepcionada pelo texto constitucional de 1988 com *status* de lei complementar.

Este entendimento do Supremo é válido, considerando-se que haveria um caos no Estado caso houvessem de ser reeditadas todas as normas infraconstitucionais anteriores à promulgação da novel Constituição.

Todavia, um ponto que se ressalta nos julgados citados diz respeito às incompatibilidades ao texto constitucional, as quais eram apenas em âmbito formal, ou seja:

não afrontavam valores fundamentais veiculados na Constituição, mas tão somente questões formais de processo legislativo.

Assim, a Constituição Federal de 1988 inovou em muitos aspectos, principalmente no tocante aos direitos e garantias individuais do indivíduo. Dentro do rol dos direitos fundamentais, encontra-se a garantia inscrita no art. 5º: “LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral serão assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 1988).

Sobre o princípio do contraditório e da ampla defesa faz-se imprescindível mencionar o ensinamento de Nelson Nery Jr.:

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. Garantir-se o contraditório significa, ainda, a realização da obrigação de noticiar (*Mitteilungspflicht*) e da obrigação de informar (*Informationspflicht*) que o órgão julgador tem, a fim de que o litigante possa exteriorizar suas manifestações. Os contendores tem o direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos. Ampla defesa significa permitir às partes a dedução adequada de alegações que sustentem sua pretensão (autor) ou defesa (réu) no processo judicial (civil, penal, eleitoral e trabalhista) e no processo administrativo, com a conseqüente possibilidade de fazer a prova dessas mesmas alegações e interpor os recursos cabíveis contra as decisões judiciais e administrativas. (NERY JÚNIOR, 2009, p. 206-207)

Imprescindível também se faz a citação de Ada Pellegrini Grinover et al. (2008, p. 63) sobre o *status* constitucional do princípio do contraditório e ampla defesa: “Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem”.

Realizando um estudo sob a visão da teoria da recepção constitucional, verifica-se que a garantia do juízo para oferecer a embargos à execução, prevista no art. 16, § 1º, Lei nº 6.830/80, não se sustenta, pois o próprio texto constitucional assegura que aos litigantes, em processo judicial e administrativo, terão direito à ampla defesa e ao contraditório.

Partindo-se dessa premissa, indaga-se: como se observará o contraditório e a ampla defesa se o contribuinte, antes de oferecer seus embargos à execução, deve garantir o juízo? E se o contribuinte não dispuser de bens para conceder em garantia ou dinheiro para efetuar o depósito do valor da execução, ficará impossibilitado de se defender de uma execução fiscal?

Os embargos à execução, em que pese haver divergências na doutrina, têm um nítido caráter de defesa, pois é nessa peça processual que o executado poderá manejar suas objeções contra a pretensão fiscal do ente estatal, alegando matérias fáticas ou de direito que possibilitem influenciar no julgamento do magistrado. Assim, na eventualidade de não conseguir garantir o juízo não haverá como manejar sua objeção processual com a finalidade de se defender da demanda estatal.

Dessa forma, em um Estado Democrático de Direito, em que o respeito à dignidade da pessoa humana é alçado como princípio fundamental da República e em que há uma observância intransigente dos direitos humanos, tanto em âmbito interno como no âmbito internacional, não há como subsistir a determinação legal de que anteriormente à oposição de embargos à execução deva-se garantir o juízo.

Ademais, deve-se citar que, em muitos casos, principalmente no Brasil onde a distribuição de renda é excessivamente desigual, os contribuintes não têm o numerário suficiente para efetuar o pagamento do tributo. Nesse diapasão, obrigá-lo a garantir o juízo para poder se defender é um contrassenso inadmissível com as garantias previstas no texto constitucional contra atos arbitrários do Estado.

Por fim, convém mencionar que a Constituição Federal não é um mero conjunto de propostas políticas sem força normativa. Atualmente, deve-se conceder total efetividade aos direitos previstos na Constituição, considerando-se que esta é detentora de força normativa com capacidade de transformação da realidade social.

Aceitando-se a ideia de que é obrigatória a garantia do juízo para poder se manejar os embargos de execução é tornar sem efeito, uma mera folha de papel, o mandamento constitucional previsto no art. 5º, LV, da CF88.

Destarte, adota-se o entendimento de que, na atual ordem constitucional brasileira, a necessidade de garantia do juízo para oferecimento dos embargos à execução, previsto no art. 16, § 1º, Lei nº 6.830/80, não foi recepcionado pela CF88 em virtude de ser incompatível com o princípio do contraditório e da ampla defesa.

3 Conflito de normas entre as leis nº 6.830/80 e 11.382/06

Diversa abordagem que se deve fazer em relação à obrigatoriedade de garantir o juízo para manejo dos embargos à execução é em relação às recentes modificações por qual passou o processo de execução previsto no Código de Processo Civil (CPC) em virtude da publicação das leis nº 11.232/05 e 11.382/06.

Em virtude da morosidade do processo civil brasileiro e do grande descrédito do Poder Judiciário, o CPC sofreu diversas modificações no decorrer da década de 1990 e no início do século XXI, visando, sobretudo, a tornar a prestação jurisdicional célere e efetiva. Além mais, essas modificações tinham como escopo cumprir o mandamento constitucional contido no inciso LXXVIII, art. 5º, CF88, que prevê a duração razoável do processo no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse ínterim, foram publicados dois diplomas normativos (leis nº 11.232/2005 e 11.382/06) que alteraram substancialmente a forma de execução das decisões judiciais e dos títulos executivos extrajudiciais no ordenamento jurídico pátrio, dentre outras modificações referente ao processo executivo. Deu-se início ao processo sincrético brasileiro, em que as decisões judiciais são executadas no mesmo processo de conhecimento em que foram proferidas, extinguindo-se, assim, o processo de execução de título judicial.

No entanto, esse trabalho irá se restringir à modificação realizada no art. 736 do CPC, através da Lei nº 11.382/06, pois é o dispositivo que regulamenta o embargo do devedor no ordenamento jurídico brasileiro.

No dispositivo supramencionado, constam as matérias que poderão ser arguidas em sede de embargos à execução. Ressalta-se que, em nenhum momento do dispositivo, fez-se menção à obrigatoriedade de se garantir o juízo antes do oferecimento dos embargos à execução.

Portanto, percebe-se que há um conflito de normas entre as leis 6.830/80 e 11.382/06, haja vista que os dois diplomas legais regulamentam o mesmo instituto jurídico processual, qual seja: o embargo à execução. Dessa forma, questiona-se: ainda se faz necessário garantir o juízo para oferecimento de embargos à execução, tendo em vista as modificações realizadas pela Lei nº 11.382/06?

Para que se possa responder a assertiva formulada, convém discorrer, primeiramente, sobre o modo de aplicação das regras jurídicas. Nesse momento, cita-se o entendimento de Robert Alexy sobre a temática:

Regras são normas que, sempre, só ou podem ser cumpridas ou não cumpridas. Se uma regra vale, é ordenado fazer rigorosamente aquilo que ela pede, não mais e não menos. Regras contêm, com isso, fixações no espaço da fática e juridicamente possível. Elas são, por conseguinte, mandamentos definitivos. A forma de aplicação de regras não é a ponderação, mas a subsunção. (ALEXY, 2011, p. 64)

Considerando os ensinamentos do filósofo alemão, as regras contidas nas leis 6.830/80 e 11.382/06 devem ser aplicadas, pois são válidas para o ordenamento jurídico. Todavia, o conflito existente entre essas leis causa insegurança jurídica e deve ser solucionado para melhor coesão do sistema jurídico.

Assim, faz-se necessário utilizarmos novamente as lições de Robert Alexy para solucionarmos uma antinomia:

Um conflito entre regras somente pode ser solucionado se se introduz, em uma das regras, uma cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida. Se esse tipo de solução não for possível, pelo menos uma das regras tem que ser declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. [...]. Ou uma norma jurídica é válida, ou não é. [...] Não é possível que dois juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si sejam válidos. Em um determinado caso, se se constata a aplicabilidade de duas regras com consequências jurídicas concretas contraditórias entre si, e essa contradição não pode ser eliminada por meio da introdução de uma cláusula de exceção, então, pelo menos uma das regras deve ser declarada inválida. (ALEXY, 2011, p. 64)

Compulsando os dois diplomas legais que ensejam a controvérsia, constata-se que não há qualquer cláusula de exceção imposta pelo legislador no tocante à obrigatoriedade de garantia do juízo para oposição dos embargos à execução. Assim, com fundamento na doutrina de Robert Alexy, impõe-se que um dos dispositivos normativos seja declarado inválido.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal ainda não emitiu nenhuma súmula vinculante a respeito desta antinomia, nem o Superior Tribunal de Justiça emitiu pronunciamento consolidado sobre a referida discussão.

No entanto, convém mencionar que o STF emitiu enunciado jurisprudencial (Súmula Vinculante nº 21), considerando inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo no âmbito do processo administrativo tributário. Partindo-se desse pronunciamento, percebe-se que a garantia de juízo afronta a Constituição mesmo em um simples procedimento administrativo.

Assim, não havendo jurisprudência consolidada a respeito da antinomia entre a novel norma do digesto processual civil e a lei específica da execução fiscal, cabe à doutrina indicar uma orientação para a resolução desse impasse.

É cediço que, quando ocorrem conflitos de leis, utilizam-se as técnicas de interpretação jurídica para solucionar a antinomia. Segundo Maria Helena Diniz (2009, p. 15), para a hermenêutica jurídica há três métodos clássicos para dirimir conflitos legais: o cronológico, o hierárquico e o da especialidade.

Utilizando-se do escólio de Robert Alexy (2011, p. 93) para solução do conflito normativo suscitado neste ensaio, cita-se seu entendimento sobre a matéria: “Esse problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat legi priori* e *lex specialis derogat legi generali*, [...]”.

Segundo o método da especificidade, uma lei específica derrogará uma lei geral, pois a lei específica foi criada pelo Poder Legislativo com o escopo de regulamentar questão peculiar das relações jurídicas gerais.

No caso do conflito entre a Lei nº 11.382/06 e a Lei de Execuções Fiscais, a lei geral é o Código de Processo Civil (modificado pela lei de 2006) e a lei específica é a Lei nº 6.830/80, pois regulamenta uma matéria de forma especial e pormenorizada. Assim, aparentemente, a Lei nº 11.382/06 não tem o condão de derrogar as imposições contidas na LEF.

Todavia, há divergência doutrinária a respeito da aplicação desse princípio clássico da hermenêutica jurídica em relação à antinomia existente entre a LEF e a Lei nº 11.382/06. Neste sentido é a lição de Leonardo Carneiro da Cunha:

Há na Lei nº 6.830/1980, regras próprias para a execução fiscal, instituindo-se, assim, um regime específico, que decorre da peculiar relação entre o particular e a Fazenda Pública. A exigência de prévia garantia do juízo para oposição dos embargos à execução - feita no parágrafo 1º do art. 16 da Lei nº 6.830/1980 - *não decorre*, contudo, de detalhes, vicissitudes ou particularidades na relação o contribuinte e a Fazenda Pública. Quando da edição da Lei nº 6.830/1980, essa era uma regra *geral*, aplicável a qualquer execução. Em qualquer execução - ressalvada, obviamente, a execução contra a fazenda pública, em que não há penhora, nem expropriações de bens - a apresentação de embargos dependia, sempre, da prévia garantia do juízo. A Lei nº 6.830/1980 cuidou, nesse ponto, de copiar, reproduzir, seguir a regra geral; a segurança prévia do juízo como exigência para o ajuizamento dos embargos era uma regra geral, e não uma regra que decorresse da peculiar relação entre o particular e a Fazenda Pública. A evidência, não se trata de regra especial criada pela legislação em atenção à 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. [...] 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. (CUNHA, 2012, p. 430)

Dessa forma, percebe-se que a Lei de Execuções Fiscais apenas reproduziu a norma geral contida no Código de Processo Civil na data de sua publicação. Assim, a obrigatoriedade de garantia do juízo na execução fiscal não decorre da natureza especial do crédito fazendário, Logo, não tem o condão de derogar a norma do CPC que permite a utilização dos embargos à execução sem que se realize a garantia do juízo.

Constatado, portanto, que não ocorre a aplicação do princípio hermenêutica da especificidade da LEF, deve-se entender que as modificações realizadas no CPC atingem, também, a obrigatoriedade de garantia do juízo previsto na Lei nº 6.830/80.

4 A Convenção Americana de Direitos Humanos e seus efeitos no ordenamento jurídico brasileiro: o controle de convencionalidade no Direito brasileiro

Atualmente, muito se tem discutido sobre a influência dos tratados internacionais assinados pelos Estados soberanos em seu ordenamento jurídico interno, surgindo questionamentos sobre a relativização da soberania estatal em prol do respeito ao direito transnacional.

Em nosso sistema jurídico, a questão é tratada nos parágrafos do art. 5º do texto constitucional, em que consta uma cláusula de abertura (§ 2º), determinando que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos tratados internacionais da qual a República Federativa do Brasil seja parte.

Essa temática, dentre outras, é abordada por Flávia Piovesan:

[...] ao prescrever que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros direitos decorrentes dos tratados internacionais, a contrário *sensu*, a carta de 1988 está a incluir, no catálogo de direitos constitucionalmente protegidos, os direitos enunciados nos tratados internacionais em que o Brasil seja parte. Esse processo de inclusão implica a incorporação pelo Texto Constitucional de tais direitos. (PIOVESAN, 2012, p. 47)

Assim, entende-se que as proteções conferidas aos indivíduos no plano internacional são recepcionadas pelo texto constitucional de 1988 e fazem parte da gama de direitos fundamentais que aqueles podem arguir contra o Estado ou outro indivíduo em juízo, independentemente de qualquer processo legislativo interno que recepcione ou não o tratado internacional.

Todavia, essa previsão de abertura do sistema constitucional brasileiro às normas de Direito Internacional causa inúmeras dúvidas aos estudiosos da ciência jurídica, no sentido de que uma interpretação do dispositivo poderia conceder aplicabilidade direta e imediata de um tratado internacional assinado pelo presidente da República sem a participação dos demais poderes, instabilizando o princípio da separação dos poderes e o método de freios e contrapesos.

É neste sentido a contribuição de Augusto Cançado Trindade:

O propósito do disposto nos parágrafos 2º e 1º do artigo 5º da Constituição não é outro que o de assegurar a aplicabilidade direta pelo Poder Judiciário nacional da normativa internacional de proteção, alçada a nível constitucional. Desde a promulgação da atual constituição, a normativa dos tratados de direitos humanos em que o Brasil é parte tem efetivamente nível constitucional e entendimento em contrário requer demonstração. A tese da equiparação dos tratados de direitos humanos à legislação infraconstitucional - tal como ainda seguida por alguns setores em nossa prática judiciária - não só representa um apego sem reflexão a uma tese anacrônica, já abandonada em alguns países, mas também contraria o disposto no art. 5º, § 2º da Constituição Federal brasileira. (TRINDADE apud MENDES, 2012, p. 349)

No entanto, este não é o entendimento que prevaleceu no sistema jurídico brasileiro. Em que pese constar no dispositivo constitucional que os direitos humanos previstos em tratados internacionais podem ser aplicados no Brasil, esses não são autoaplicáveis, pois, os documentos internacionais, seja qual for a matéria veiculada, devem passar por um procedimento legislativo previsto na própria Constituição. Assim, não podem ser empregados diretamente pelo Poder Judiciário sem, antes, o Congresso Nacional expedir seu juízo político sobre o referido assunto. Assim, torna-se impossível uma aplicação direta do tratado internacional após a mera assunção de compromisso pelo presidente da República.

Por sua vez, o art. 5º, § 3º, CF88, incluso pela Emenda Constitucional nº 45/04, determina que os tratados de direitos humanos que forem votados pelo Congresso Nacional pelo mesmo processo legislativo das emendas constitucionais terão *status* de norma constitucional derivada.

No entanto, apenas a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência foi votada pelo processo legislativo previsto no art. 5º, § 3º, CF88, tendo o Congresso Nacional votado o Decreto nº 6.949/2009, norma que internalizou a supramencionada Convenção, pelo processo das emendas constitucionais e assim cumprido com os requisitos constitucionais previstos para que um tratado tenha *status* de norma constitucional.

Todavia, existem tratados que versam sobre direitos humanos que não foram internalizados em nosso ordenamento jurídico pelo processo legislativo das emendas constitucionais, seja pela opção do legislador em não lhes conceder *status* constitucional seja em virtude de sua internalização ter ocorrido anteriormente à modificação constitucional.

Cita-se como exemplo a Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida também como Pacto de São José da Costa Rica, em que há previsão de inúmeros direitos e garantias individuais disponibilizados aos cidadãos contra atos do Estado. Assim, surgem os seguintes questionamentos: qual o *status* da Convenção Americana de Direitos Humanos no ordenamento jurídico pátrio? Qual o efeito dessa convenção no regime jurídico brasileiro?

Segundo o entendimento do STF, no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 466.343-1 e do Habeas Corpus nº 87.585, o Pacto de São José da Costa Rica foi recepcionado pelo ordenamento jurídico brasileiro como norma supralegal, ou seja, abaixo da Constituição Federal e acima da legislação ordinária e complementar:

decidiu-se que a convenção trata sobre questões de direitos humanos e, em razão disso, tem um *status* de maior importância do que das leis que regulam outras matérias.

A questão tratada no julgamento do recurso constitucional supramencionado se referia à prisão do depositário infiel e sua aplicação no Brasil, em virtude de constar na convenção que é vedada a prisão civil, salvo em caso do devedor de alimentos, enquanto, na CF88, constar a possibilidade de prisão do depositário infiel e do devedor de alimentos, art. 5º, LXVII, perfazendo assim a contradição entre um diploma internacional e a Constituição Federal brasileira.

O Pretório Excelso entendeu que o Pacto de São Jose da Costa Rica, por ter *status* supralegal, não modificou o texto constitucional, porém derogou todas as normas internas contrárias aos seus ditames. Assim, o art. 5º, LXVII, CF88 ainda prevê a possibilidade da prisão do depositário infiel. No entanto, a legislação infraconstitucional (Decreto nº 1.102/1903, Decreto nº 911/69, art. 1.287 do CC16, e art. 652 do CC02) que regulamentava o referido dispositivo constitucional foi derogada pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Neste sentido leciona Paulo Thadeu Gomes da Silva:

A norma internacional alarga o âmbito de proteção do direito fundamental de liberdade, enquanto aquela, constitucional, o restringe. A saída jurídica encontrada para o caso foi considerar que a norma do tratado, por ser supralegal, isto é, encontrada em algum lugar entre a Constituição e o ordenamento infraconstitucional, paralisa os efeitos dos decretos que tratam da prisão civil do depositário infiel. (DA SILVA, 2010, p. 45)

Ao comentar a decisão do RE 466.343-1 Luiz Guilherme Marinoni constata que:

Os tratados internacionais, quando qualificados como direito supralegal, obviamente são colocados em grau de hierarquia normativa superior a da legislação infraconstitucional, embora inferior à da Constituição. O acórdão proferido no Recurso Extraordinário nº 466.343, ao reconhecer a ilegitimidade da legislação infraconstitucional que trata da prisão civil do depositário infiel em face do Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), enfatizou que, diante do inequívoco caráter especial dos tratados internacionais que cuidam da proteção dos direitos humanos, não é difícil entender que a sua internalização no ordenamento jurídico, por meio do procedimento de ratificação previsto na Constituição, tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante. Vale dizer que a legislação infraconstitucional, para produzir efeitos, não deve apenas estar em consonância com a Constituição Federal, mas também com os tratados internacionais dos direitos humanos. (MARINONI, 2013, p. 65)

Ao proferir a inconstitucionalidade de determinada legislação interna com os ditames de um tratado internacional, adotou-se o controle de convencionalidade no Direito brasileiro. Para Valério de Oliveira Mazzuoli (2009, p. 17), “falar em controle de convencionalidade significa falar em compatibilidade vertical das normas do direito interno com as convenções internacionais de direitos humanos em vigor no país.

Significa, também, falar em técnica judicial de compatibilização vertical das leis com tais preceitos internacionais de direitos humanos”.

Portanto, com fundamento na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e na norma constitucional, verifica-se que é possível um tratado internacional derogar leis ordinárias internas, tendo em vista que a corte constitucional brasileira entendeu que esses diplomas normativos internacionais têm *status* de supralegalidade no ordenamento jurídico pátrio e, desse modo, encontram-se, na escala hierárquica das normas, abaixo da Constituição Federal, mas acima das leis infraconstitucionais.

Aplicando-se de forma analógica esse entendimento da Corte Constitucional brasileira, pode-se concluir que a obrigatoriedade de garantia do juízo prevista no art. 16, § 1º, Lei nº 6.830/80, fora derogado pelo tratado internacional, haja vista que o princípio do contraditório e da ampla defesa encontra-se expressamente previsto no art. 7º do Pacto de São Jose da Costa Rica, sendo que, nesse diploma internacional, não consta nenhuma previsão de garantia de juízo para fruição desse princípio fundamental.

Destarte, suscita-se outro argumento para que se possa embargar uma execução fiscal sem a necessidade de se garantir o juízo. No entanto, tal argumento deve ser suscitado pela defesa dos contribuintes para que a matéria aqui tratada seja julgada pelo Poder Judiciário brasileiro, tendo em vista a impossibilidade de se utilizarem, como parâmetro para o controle concentrado de constitucionalidade, os tratados internacionais que versem sobre matéria de direitos humanos que não tenham *status* de norma constitucional: o entendimento do STF é que, em âmbito de controle concentrado, só as normas da Constituição, sejam inseridas pelo constituinte originário ou pelo constituinte derivado, servem como parâmetro para averiguar a compatibilidade do ato normativo infraconstitucional com o texto constitucional.

5 A exceção de pré-executividade: uma alternativa extralegal para defesa dos interesses do contribuinte

O Direito deve acompanhar as modificações da sociedade visando a regulamentar as novas situações fáticas que surgem no seio social, com o escopo de impedir o surgimento de instabilidade e conflitos sociais decorrentes de vácuo normativo. Logo, supõe-se que a ciência jurídica esteja, sempre, preparada para as transformações sociais, pois caso não esteja, haverá grave risco à vida em sociedade.

No entanto, no Brasil, não se percebe o acompanhamento do Direito às transformações sociais. Tal fato decorre, principalmente, pela inércia do Poder Legislativo que não cumpre com seu papel determinado pela Constituição, seja por vontade política seja por desqualificação técnica dos parlamentares.

Na existência da inércia de um poder, haverá, conseqüentemente, espaço para atuação de outro poder da República. Neste ensaio, demonstraram-se três argumentos sobre a temática referente ao princípio do contraditório e ampla defesa e a obrigatoriedade da garantia do juízo para suscitar objeções contra a pretensão estatal. Como o Poder

Legislativo não se posicionou sobre essa problemática entre as determinações da atual Constituição e o diploma normativo que disciplina o processo de execução fiscal (uma lei pré-constitucional), o Poder Judiciário foi compelido a se pronunciar sobre a questão da obrigatoriedade de garantia do juízo e o princípio do contraditório e ampla defesa.

Nesse sentido, houve o desenvolvimento da denominada exceção de pré-executividade, que, segundo Fredie Didier Jr. et al.:

Pela estrutura originária do CPC de 1973, o processo de execução não comportaria uma defesa interna, cabendo ao executado valer-se do embargos do devedor para desconstituir o título executivo e, de resto, apresentar as impugnações que tivesse contra o alegado crédito do exequente. Não obstante essa disciplina contida no Código de Processo Civil, doutrina e jurisprudência passaram a admitir a possibilidade de o executado, nos próprios autos da execução, apresentar simples petição, com questionamentos à execução, desde que comprovados documentalmente. Trata-se de defesa *atípica*, não regulada expressamente pela legislação processual, mas que foi admitida pela jurisprudência, em homenagem ao devido processo legal: não seria correto permitir o prosseguimento de execução cuja prova de sua injustiça se pudesse fazer *de plano*, documentalmente. (DIDIER JR. et al., 2010, p. 391)

Portanto, a exceção de pré-executividade é um instrumento processual que visa a impedir a pretensão autoral no processo de execução. É uma alternativa criada pela doutrina e jurisprudência para transpor o obstáculo imposto pela obrigatoriedade da garantia do juízo contido na Lei de Execuções Fiscais. É um meio extralegal, em virtude de não haver disciplina normativa em relação ao procedimento esta objeção de pré-executividade, situação que afronta o princípio da legalidade previsto no art. 5º, II, da CF88.

Quanto ao cabimento da exceção de pré-executividade, é imperioso mencionar que o Superior Tribunal de Justiça emitiu a Súmula nº 393, a qual dispõe que essa objeção é admissível no processo executivo fiscal somente para suscitar matérias conhecíveis de ofício pelo juiz que não demandem dilação probatória - afastando-se, portanto, a argumentação de desrespeito à estrita legalidade.

Por ser um instituto tipicamente jurisprudencial, pois não há nenhuma lei que discipline a utilização da exceção de pré-executividade, a objeção é um instrumento antidemocrático, já que não ultrapassou o processo legislativo contido na Constituição, não contando com o respaldo de todas as parcelas da sociedade para ser considerada legítima.

Ademais, tal instituto afronta o princípio basilar da separação de poderes, pois o Judiciário não detém competência para inovar no ordenamento jurídico, cabendo tão somente ao Poder Legislativo a atribuição de criar e modificar o ordenamento jurídico, atuando, assim como legislador positivo. É vedado ao Poder Judiciário atuar com legislador positivo, sendo sua atribuição apenas extirpar do ordenamento jurídico as leis inconstitucionais e pacificar os conflitos existentes na sociedade.

Todavia, a exceção de pré-executividade suscita diverso questionamento, principalmente por ter sua aplicação restrita a questões de ordem pública.

A matéria contida na objeção de pré-executividade é limitada no novel instrumento processual. A jurisprudência admite que somente questões única e exclusiva de direito

possam ser ventiladas via exceção de pré-executividade. Logo, seu alcance é restrito, já que impede a realização de produção probatória ou alegações de matéria fática no bojo do procedimento. Ademais, há entendimento de que é possível o manejo da exceção de pré-executividade quando houver prova pré-constituída do direito alegado.

Assim lecionam Sérgio Cruz Arenhart e Luiz Guilherme Marinoni:

Em geral, os tribunais aceitam que sejam alegadas *quaisquer objeções processuais*, bem como as *defesas materiais que o juiz possa conhecer de ofício* (como prescrição e decadência) e ainda aquelas que puderem ser *provadas de plano*. Curiosamente, veem-se reproduzidas nessa relação exatamente as matérias que, no direito antigo, poderiam ser alegadas nas execuções *per officium iudicis*, tidas como as “exceções passíveis de prova fácil”. (ARENHART; MARINONI, 2012, p. 317-318)

Portanto, com a oposição da exceção de pré-executividade, não há início da fase probatório no procedimento executivo fiscal, mas tão somente a informação da ocorrência de alguma matéria que obste a pretensão fazendária, desde que seja de ordem pública. Todavia, a jurisprudência avança no sentido de que se podem suscitar, na exceção de pré-executividade, matérias que dependam somente de prova pré-constituída.

É necessário rememorar que, em sua grande maioria, as objeções suscitadas em execuções fiscais dizem respeito a inobservâncias de questões previamente previstas em lei, tais como prescrição, decadência ou matérias que não dependam de prova, podendo ser comprovada de plano pelo executado.

Dessa maneira, em que pese não cumprir com a observância total do princípio do contraditório e ampla defesa nem pacificar, na sua totalidade, as polêmicas estudadas neste artigo, a exceção de pré-executividade é o meio mais eficaz para aquele que não detém dinheiro ou bens para garantir o juízo possa se defender da pretensão tributária do Estado.

No entanto, percebe-se que a exceção de pré-executividade tão somente resolve de forma parcial a questão da impossibilidade de defesa nas execuções fiscais, pois não se permite suscitar questões de ordem fática que necessitem de dilação probatória praticada em juízo.

Conclusão

É cediço que os argumentos veiculados no presente trabalho podem ser refutados, veementemente, por aqueles que efetuam a cobrança do crédito tributário, tendo em vista (segundo eles), que antes da demanda judicial há um procedimento administrativo em que é garantido o contraditório e a ampla defesa sem a necessidade de se garantir o juízo. Ademais, o procedimento administrativo que origina a certidão de dívida ativa é uma atividade estatal plenamente vinculada, na qual o administrador somente aplica a lei, fato esse que concede caráter de certeza e exigibilidade do crédito tributário.

Outrossim, também é notório que a prática forense criou um instituto processual que visa a contornar a obrigatoriedade de garantia do juízo para poder embargar a demanda executiva fiscal, a exceção de pré-executividade, que tem o escopo de ser um meio processual apto a suscitar questões de ordem pública na execução fiscal, sendo tal

objeção processual admitida pelos tribunais brasileiros, principalmente pelo Superior Tribunal de Justiça, nos termos do Enunciado nº 393 de sua súmula consolidada.

Entretanto, os argumentos supramencionados não podem ser oponíveis em face de um direito fundamental previsto na Constituição Federal e na Convenção Americana de Direitos Humanos, que é o princípio do contraditório e da ampla defesa. Esse direito é uma garantia, de primeira dimensão, do indivíduo contra os arbítrios estatais no momento do julgamento dos litígios e não pode ser ilidida por questões técnicas na formação do crédito tributário. Se continuarmos desrespeitando o princípio do contraditório e da ampla defesa, estará se esvaziando uma garantia que percorreu séculos para se consolidar nos ordenamentos jurídicos, afetando, inclusive, o princípio do devido processo legal.

Analisando-se a jurisprudência do STF, vislumbra-se que, caso essa corte seja impulsionada por algum dos legitimados do controle concentrado de constitucionalidade ou caso seja reconhecida a repercussão geral desse tema em sede de controle difuso, a obrigatoriedade dessa garantia do juízo pode ser declarada não recepcionada pela Constituição Federal: no estudo de precedentes similares ao tema debatido neste trabalho, a corte constitucional brasileira entendeu ser inconstitucional qualquer obrigatoriedade de garantia do juízo para oferecimento de defesa administrativa em processo administrativo tributário, sendo até incluso tal mandamento no rol de súmulas vinculantes do Supremo Tribunal Federal.

Assim, é imperioso reconhecer a não recepção do art. 16, § 1º, da Lei nº 6.830/80 em face do direito fundamental ao contraditório e a ampla defesa com previsão nos mandamentos constitucionais da Carta Cidadã de 1988 e nas normas internacionais previstas na Convenção Americana de Direitos Humanos, que tem *status* de norma supralegal no ordenamento jurídico pátrio.

THE NECESSITY FOR JUDICIAL GUARANTEE IN THE OFFERING OF EMBARGOS TO BE EXECUTED WITHIN THE FISCAL EXECUTIVE PROCESS: ARGUMENTS IN FAVOUR OF UNCONSTITUTIONALITY

ABSTRACT: The following study aims to confront the question of obligatory judicial guarantee in litigation procedure laid down in Law 6,830/80 (Tax Enforcement Law) in handling embargos to be executed, which is the sole defence within the previously mentioned legislation. Three arguments have been raised for the eradication of obligatory judicial guarantee within Brazilian Law: the first refers to the theory of constitutional reception, which defends the unconstitutionality of art. 16, § 1, of Tax Enforcement Law. Subsequently, an argument will be made for the derogation of guarantee by virtue of modifications contained in Law 11,382/06 on execution process. Furthermore, the question will be analysed in the light of conventionality control, having as a parameter the San Jose da Costa Rica Pact, and the human right to contradiction and ample defence. Finally, brief aspects of pre-execution exception will be analysed.

KEYWORDS: Tax Enforcement Law. Execution embargoes. Reception theory. Principle of contradiction and ample defence. Conventionality control.

Referências

- ALEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- _____. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição Federal da República Federativa do Brasil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 10 jan. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 87.585*. Relator: ministro Marco Aurélio Mello. Data de julgamento: 3/12/2008. Data publicação DOU: 26/6/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 10 jan. 2014.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 466.343-1*. Relator: Cezar Peluso. Data de julgamento: 3/12/2008. Data publicação DOU: 5/6/2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/imprensa/pdf/re466343.pdf>>. Acesso em: 10 jan. 2014.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A fazenda pública em juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012.
- DA SILVA, Paulo Thadeu Gomes. *Direitos fundamentais: contribuição para uma teoria geral*. São Paulo: Atlas, 2010.
- DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil: Execução*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2010. V. 5.
- DINIZ, Maria Helena. *Conflito de normas*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. *Curso de Processo Civil: execução*. 4. ed. São Paulo: RT, 2012. V. 3.
- MARINONI, Luiz Guilherme et al. *Controle de convencionalidade: um panorama latino-americano*. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.
- MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. São Paulo: RT, 2009. Coleção Direito e Ciências Afins, v. 4.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MENDES. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NERY JR., Nelson. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.