

# A RELATIVIZAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A CONSTRUÇÃO PREPARATÓRIA NO ANTEPROJETO DE LEI DE EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA<sup>1</sup>

**Renato da Silva Gomes**

Técnico Judiciário da 3ª Vara Federal de Execução Fiscal;  
Especialista em Direito da Administração Pública  
pela Universidade Federal Fluminense (UFF)

## RESUMO

Este artigo tem como objetivo trazer uma breve nota que contribua para a discussão em torno da construção preparatória, instituto criado com o anteprojeto de lei de execução fiscal administrativa. O tema está estritamente ligado à relativização de direitos fundamentais. Reconhece-se que o poder de império ampara as formas impositivas e coercitivas utilizadas pelo Estado para tornar efetiva a arrecadação fiscal. Contudo, o estudo demonstra que esse mesmo Estado tem seus atos limitados pela Constituição Federal, e há a necessidade de serem observados os direitos fundamentais protegidos pela Lei Maior. Sugere-se a aplicação do princípio da proteção ao núcleo essencial como limitador da atividade legislativa.

## PALAVRAS-CHAVE

Direitos fundamentais. Execução fiscal administrativa. Construção preparatória.

## SUMÁRIO

1 Introdução: delimitação do assunto e exposição do questionamento 2 Os direitos fundamentais 3 A construção preparatória no anteprojeto de lei 4 As teorias dos direitos fundamentais 5 A relativização dos direitos fundamentais e o princípio da proteção do núcleo essencial 6 Conclusão 7 Bibliografia

## 1 Introdução: delimitação do assunto e exposição do questionamento

Recentemente, após consulta pública realizada durante aproximadamente um ano, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) apresentou, em 2008, o anteprojeto de lei para reforma da execução fiscal.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> Artigo recebido em 23/5/2008 e aprovado pelo Conselho Editorial em 29/5/2008.

<sup>2</sup> A íntegra do texto pode ser encontrada em <[www.pgfn.fazenda.gov.br](http://www.pgfn.fazenda.gov.br)>.

Entre os objetivos buscados com a criação da Execução Fiscal Administrativa, devidamente listados na Exposição de Motivos do Anteprojeto estão: a) redução da litigiosidade na aplicação da legislação tributária; b) maior eficiência na arrecadação de tributos.

A PGFN apresentou o congestionamento processual - gerado pelas execuções fiscais que tramitam atualmente - como uma justificativa para a iniciativa e necessidade de apresentação do anteprojeto. Considerou-se, para tanto, o crescimento geométrico do acervo judiciário em decorrência da desproporção entre o número (menor) de processos encerrados e o número (maior) de processos distribuídos.

Ficou consignado naquele documento que a baixa eficiência do atual procedimento acarretaria até mesmo prejuízos à livre concorrência, haja vista a existência no mercado de empresas que cumprem suas obrigações fiscais e outras que protelam o pagamento de tributos, o que refletiria no preço final de produtos e serviços.

Em resumo, a Execução Fiscal Administrativa, de forma semelhante à existente em outros países (Portugal, Espanha, França, Estados Unidos e Argentina), viria para substituir o procedimento atual de cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública (Lei nº 6.830/80) e seria, segundo argumentos que constam da exposição de motivos, uma modernização necessária e benéfica tanto para o contribuinte quanto para a Fazenda Pública - e, via reflexa, uma contribuição para desafogar o Poder Judiciário.

No meio jurídico, porém, apesar de haver concordância sobre a necessidade da modernização da respectiva legislação, já irrompem críticas ao anteprojeto de lei, principalmente no que diz respeito aos dispositivos que tratam das constrições preparatórias que serão realizadas pelo próprio exequente no âmbito administrativo.

Entendendo, junto com Häbermas, que “somente no discurso se torna possível a submissão da vigência social inquestionada do direito a pretensões de validade universais” (SIMIONI, 2007, p. 333), o presente trabalho busca seguir um caminho paralelo que acompanha o promissor debate que se inicia, sem querer elucidar o tema, mas fornecendo, de forma breve, uma contribuição à reflexão.

É assim que surge o questionamento acerca da relativização dos direitos fundamentais evidenciada com o instituto da constrição preparatória previsto no anteprojeto de lei de execução fiscal administrativa. O tema, apesar de incipiente, já demonstra ser instigante e de crucial importância na realidade do Estado Democrático de Direito.

O assunto será analisado em quatro partes: na primeira, será dada uma visão panorâmica dos direitos fundamentais; depois, a constrição preparatória será apresentada ao leitor; em seguida, analisar-se-á a Teoria dos Direitos Fundamentais, segundo ensinamentos do professor J. J. Canotilho; e, antes de concluir o trabalho, a relativização dos direitos fundamentais será tratada conjuntamente com observações sobre o princípio da proteção do núcleo essencial.

## 2 Os Direitos Fundamentais

Inicialmente, cumpre trazer conceitos que esclarecem os objetivos dos direitos fundamentais e que orientam esse sucinto estudo.

Paulo Bonavides (2003, p. 560), citando Konrad Hesse, traz uma definição abrangente: “Criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade humana, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam, [...] direitos fundamentais são aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais.”

Citando Carl Schmitt:

Podem ser designados por direitos fundamentais todos os direitos ou garantias nomeados e especificados no instrumento constitucional. [...] os direitos fundamentais são aqueles direitos que receberam da Constituição um grau mais elevado de garantia ou de segurança; ou são imutáveis (*unabänderliche*) ou pelo menos de mudança *dificultada* (*erschwert*), a saber, direitos unicamente alteráveis mediante lei de emenda à Constituição. [...] variam conforme a ideologia, a modalidade de Estado, a espécie de valores e princípios que a Constituição consagra. Em suma, cada Estado tem seus direitos fundamentais específicos. (BONAVIDES, 2003, p. 561).

É importante ressaltar aqui que o lema revolucionário francês “liberdade, igualdade e fraternidade” refletiu nas denominadas gerações (ou dimensões) dos direitos fundamentais. Os direitos de primeira geração seriam os direitos de liberdade (direitos civis e políticos): direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, com um caráter antiestatal. Já os direitos de segunda geração compreenderiam os direitos de igualdade, relacionados aos direitos sociais, culturais, econômicos e coletivos. Os direitos fundamentais de terceira geração se relacionariam à fraternidade, com temas ligados ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da Humanidade. E os direitos de quarta geração vêm para culminar e absorver as dimensões de direitos citadas anteriormente; estariam ligados à idéia de globalização dos direitos fundamentais, poderiam ser enumerados da seguinte forma: direito à democracia, direito à informação e direito ao pluralismo (BONAVIDES, op. cit., p. 563).

Nesse contexto, são feitas considerações importantes sobre os direitos fundamentais de primeira geração:

Os direitos fundamentais propriamente ditos são, na essência, entende ele (Carl Schmitt), os direitos do homem livre e isolado, direitos que possui em face do Estado. [...] referente a uma liberdade,

em princípio ilimitada diante de um poder estatal de intervenção, em princípio limitado, mensurável e controlável. [...] as limitações aos chamados direitos fundamentais genuínos aparecem como exceções, estabelecendo-se unicamente com base em lei, mas lei em sentido geral; a limitação se dá sempre debaixo do controle da lei, sendo mensurável na extensão e no conteúdo. (ibid., p. 561).

### 3 A constrição preparatória no anteprojeto de lei

O anteprojeto de lei de execução fiscal administrativa inova quanto comparado com o regulamento anterior (Lei nº 6.830/80) - e este é o cerne do trabalho - uma vez que prevê o que foi denominado de “constrição preparatória” a ser realizada pela própria Fazenda Pública antes mesmo de eventual ajuizamento da execução fiscal que somente será levada ao conhecimento do Poder Judiciário pela Fazenda até 30 dias após a realização da primeira constrição. Assim dispõe o anteprojeto:

Art. 5º Inscrito o crédito em Dívida Ativa, o devedor será notificado do inteiro teor da certidão para, em sessenta dias, alternativamente:

I - efetuar o pagamento acrescido dos encargos incidentes;

II - solicitar o parcelamento do débito por uma das formas previstas em lei; ou

III - prestar garantia integral do crédito em cobrança por meio de depósito administrativo, fiança bancária ou seguro-garantia.

.....  
§ 6º Transcorrido o prazo de que trata o caput deste artigo sem que o devedor tenha praticado um dos atos previstos em seus incisos de I a III, a Fazenda Pública deverá efetuar os atos de constrição preparatória necessários à garantia da execução.

.....  
Art. 13. A Fazenda Pública deverá providenciar o ajuizamento da execução fiscal, ressalvado o disposto no § 1º do art. 17, no prazo de trinta dias, contados da efetivação da primeira constrição.  
 (grifo nosso)

A constrição administrativa com seu respectivo registro no órgão competente será determinada pela autoridade administrativa fazendária, e as diligências de avaliação, realizadas por oficiais da própria Fazenda Pública (art. 9º).

Outro dispositivo que trata da constrição preparatória e que desperta atenção é o que cuida dos bloqueios bancários por meio eletrônico, previstos no art. 17 da seguinte forma:

Art. 17 A constrição preparatória ou provisória de dinheiro em conta bancária, que não poderá exceder o montante em execução, será efetivada pela Fazenda Pública, que à determinarà à autoridade supervisora dos sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico.

§ 1º A Fazenda Pública deverá ajuizar a execução fiscal três dias após a realização da constrição preparatória sobre dinheiro, sob pena de ineficácia imediata da constrição.

§ 2º A Fazenda Pública deverá comunicar à autoridade supervisora do sistema bancário,por meio eletrônico, em dez dias,contados da efetivação da constrição, o ajuizamento tempestivo da execução, sob pena de desconstituição imediata e automática da constrição por esta.

Essa nova realidade prevista pelo anteprojeto faz lembrar o princípio da praticidade tributária, que, apesar de não ser adequado ao tema em discussão, é invocado por parte da doutrina para explicar uma execução eficiente e econômica das leis em alguns casos nos quais se faz necessário o uso da abstração e da ficção na elaboração de atos administrativos por parte da Fazenda Pública. Isso se justificaria em decorrência da desproporção entre a incumbência legalmente atribuída à Administração para a execução e fiscalização da aplicação das normas tributárias e a capacidade e os meios disponíveis aos órgãos fazendários para prestar tal serviço (DERZI, 1999).

Contudo, o tema em exposição localiza-se em um plano superior, pois trata da adequação de norma infraconstitucional aos valores protegidos pela Constituição Federal.

É compreensível que no uso de seu poder de império, o Estado utilize meios coercitivos e impositivos visando a arrecadação fiscal eficiente, porquanto ser essa a forma de a Administração Pública obter recursos financeiros para manter serviços públicos e promover o desenvolvimento do país.

Esse poder-dever de arrecadar deve seguir, todavia, os ditames estabelecidos na Carta Magna e que delimitam a atuação do Estado.

A constrição preparatória concede, em primeira análise, um grande poder à Fazenda Pública ao relativizar alguns direitos fundamentais como, por exemplo, o direito à intimidade (art. 5º, X); o direito à propriedade (art. 5º, XXII); e o direito à jurisdição (art. 5º, XXXV, todos da Constituição).

#### 4 As teorias dos direitos fundamentais

Neste momento, cumpre lembrar que, a partir da década de 1970, foram elaboradas teorias de direitos fundamentais que servem de apoio à interpretação dos direitos fundamentais, cuja classificação tem sido obra, principalmente, de constitucionalistas alemães.

José Joaquim Gomes Canotilho sintetiza as grandes linhas das principais teorias existentes no campo dos direitos fundamentais: teoria liberal, teoria social, teoria democrática funcional, teoria socialista, teoria institucional e teoria da ordem de valores dos direitos fundamentais. A seguir, são expostos, de forma breve, os comentários feitos pelo catedrático da Universidade de Direito de Coimbra:

a) Teoria liberal:

Os direitos fundamentais são direitos do particular perante o Estado, são essencialmente direitos de autonomia e direitos de defesa; [...] revestem, concomitantemente, o caráter de normas de distribuição de competências entre o indivíduo e o Estado; [...] apresentam-se como pré-estaduais, definindo um domínio de liberdade individual e social, no qual é vedada qualquer ingerência do estado; a substância e o conteúdo dos direitos, bem como a sua utilização e efetivação, ficaram fora de competência regular dos entes estaduais, dependendo unicamente da iniciativa dos cidadãos; a finalidade e o objetivo dos direitos fundamentais é de natureza puramente individual, sendo a liberdade garantida pelos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 1998, p. 1.242).

b) Teoria social:

Exige uma intervenção pública estritamente necessária à realização destes direitos; a intervenção estadual é concebida não como um limite mas como um fim do Estado; [...] componente processual permite aos cidadãos participar na efetivação das prestações necessárias ao livre desenvolvimento do seu *status activus*. (ibid., p. 1.245).

c) Teoria democrática funcional:

Os direitos são concedidos aos cidadãos para serem exercidos como membros de uma comunidade e no interesse público; [...] liberdade não é liberdade pura e simples mas a liberdade como meio de prosequção e segurança do processo democrático, pelo que se torna patente o seu caráter funcional; [...] o direito é simultaneamente um dever; [...] aos poderes públicos é reconhecido o direito de intervenção conformadora do uso dos direitos fundamentais. (ibid., p. 1.246).

## d) Teoria socialista dos direitos fundamentais:

Os interesses do indivíduo identificam-se com os da sociedade; [...] direito de participação [...] é o direito-mãe dos direitos fundamentais; [...] os direitos fundamentais não podem divorciar-se da criação de garantias materiais concretas necessárias à sua efetivação; [...] unidade dos direitos e deveres dos cidadãos; [...] apropriação coletiva dos meios de produção e a gestão coletiva da economia. (ibid.)

## e) Teoria institucional:

Os direitos fundamentais, existindo no âmbito de uma instituição, adquirem uma dimensão funcional na medida em que aos titulares dos direitos cabe o dever de participar na realização dessa idéia; [...] conteúdo e limites em relação aos outros bens constitucionais se afere mediante um critério de ponderação de bens; [...] fica aberta à regulamentação legal um maior campo de conformação; [...] os direitos fundamentais apresentam um duplo caráter - individual e institucional - que explicará o fato de os direitos fundamentais, tais como as clássicas garantias institucionais ou garantias de instituto, deverem ser limitados na dimensão individual para se reforçar a dimensão institucional. (ibid., p. 1.244).

## f) Teoria da ordem de valores:

O indivíduo deixa de ser a medida de seus direitos, pois os direitos fundamentais reconduzem-se a princípios objetivos, através da realização dos quais se alcança uma eficácia ótima dos direitos e se confere um estatuto de proteção aos cidadãos; [...] no conteúdo essencial dos direitos fundamentais está compreendida a tutela de bens de valor jurídico igual ou mais alto; [...] através da ordem de valores dos direitos fundamentais respeita-se a totalidade do sistema de valores do direito constitucional; [...] os direitos fundamentais, sendo expressão dos valores aceites por determinada comunidade, só no quadro dessa ordem podem e devem ser realizados; [...] a dependência dos direitos fundamentais de uma ordem de valores total origina a relativização desses mesmos direitos que podem tornar-se susceptíveis de controlo jurídico ancorado precisamente na ordem de valores objetiva; [...] a transmutação dos direitos fundamentais em realização de valores justificará intervenções concretizadoras dos entes públicos de forma a obter a eficácia ótima. (ibid., p. 1.243).

Diante da característica estritamente introdutória, não é o objetivo do presente estudo analisar de maneira minuciosa os prós e os contras das referidas teorias. Cabe, porém, perceber que a relativização dos direitos fundamentais tem arrimo em teses jurídicas, principalmente quando analisado sob o prisma da teoria institucional e da teoria da ordem dos valores.

Destaca-se que a referida relativização dos direitos fundamentais é vista com reservas pelos juristas considerando o seu alto caráter subjetivo e a falta de segurança diante da necessidade de usar critérios de ponderações.

A constrição administrativa é uma medida com alto teor coercitivo que pode gerar o uso indiscriminado de informações sigilosas e a restrição indevida ao uso e a disponibilidade de bens móveis e imóveis, ilegalidades que ferem direitos fundamentais e que só seriam analisadas posteriormente pelo Poder Judiciário.

Com efeito, a Fazenda Pública, como um credor que tem a obrigação funcional de exigir o seu crédito e uma personagem parcial na respectiva cobrança, usará dos meios oferecidos pelo anteprojeto de lei de execução fiscal para o contribuinte cumprir obrigações muitas vezes prescritas, em duplicidade ou com erros formais os quais o Poder Judiciário só terá conhecimento posteriormente, caso seja acionado.

Essa coercitividade, se usada de forma desproporcional, poderá gerar a crueldade característica dos algozes em afronta direta aos direitos fundamentais.

## **5 A relativização dos direitos fundamentais e o princípio da proteção do núcleo essencial**

Viria, assim, o princípio da proteção do núcleo essencial para restringir a atividade limitadora dos direitos fundamentais pelo Poder Legislativo. Sobre o assunto o ministro Gilmar Ferreira Mendes (1999, p. 38-39) tece alguns comentários:

Da análise dos direitos fundamentais pode-se extrair a conclusão errônea de que direitos, liberdades, poderes, garantias são passíveis de ilimitada limitação ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que tais restrições são limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanescentes ou limites dos limites (Schranken-Schranken), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos fundamentais. Esses limites, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial (Wesensgehalt) do direito fundamental, quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas. [...] Se se admitisse que a lei poderia restringir ilimitadamente direitos fundamentais, ter-se-ia a completa supressão do efeito vinculante desses direitos em relação ao legislador.



Historicamente, esse princípio surge na lei fundamental alemã de 1949, para evitar que se repetisse o ocorrido com a Constituição de Weimar, que teve o seu catálogo de direitos fundamentais completamente esvaziado pelo Poder Legislativo da Alemanha nazista.

Atualmente, o princípio da proteção do núcleo essencial desempenha papel importante ao lado do controle de constitucionalidade das leis, haja vista que a relativização do direito fundamental enseja possíveis distúrbios como uma limitação arbitrária, considerando que uma eventual lei reguladora, quando questionada, seria analisada processualmente apenas porque tratou de um direito constitucionalizado. Por conseguinte, depende do melhor argumento, seja esse favorável ou contrário à tal lei limitadora de direitos fundamentais.

Ingo Wolfgang Sarlet, ao tratar da vinculação do legislador aos direitos fundamentais, enfatiza:

Se, por um lado, apenas o legislador se encontra autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, por outro, ele próprio encontra-se vinculado a eles, podendo mesmo afirmar-se que o art. 5º, § 1º, da CF traz em seu bojo uma inequívoca proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais, gerando a sindicabilidade não apenas do ato de edição normativa, mas também de seu resultado, atividade, por sua vez, atribuída à Jurisdição Constitucional. Isto significa, em *ultima ratio*, que a lei não pode mais definir autonomamente (isto é, de forma independente da Constituição) o conteúdo dos direitos fundamentais, o qual, pelo contrário, deverá ser extraído exclusivamente das próprias normas constitucionais que os consagram. (SARLET, 2007, p. 389-390).

Daniel Sarmento cuida do tema sob o ponto de vista da eficácia irradiante dos direitos fundamentais:

Uma das mais importantes conseqüências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é o reconhecimento da sua eficácia irradiante. Esta significa que os valores que dão lastro aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, condicionando a interpretação das normas legais e atuando como impulsos e diretrizes para o legislador, a administração e o Judiciário. (SARMENTO, 2007, p. 312).

Mesmo considerando que os direitos fundamentais não são absolutos, a restrição a esses direitos deverá ser feita de acordo com critérios de proporcionalidade e razoabilidade em relação a outros direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal.

## 6 Conclusão

O Estado tem o poder-dever de realizar a arrecadação fiscal, e, para isso, utiliza meios impositivos e coercitivos que conduzam a resultados eficientes em prol da sustentabilidade dos serviços públicos e do desenvolvimento do país. O procedimento da Execução Fiscal Administrativa nasce com a peculiar característica de ensejar debates por grande parte dos cidadãos, principalmente porque trata da constrição preparatória, que aparentemente está em conflito com direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal.

Nesse contexto, faz-se necessário que sejam respeitados os limites impostos ao Estado pela Carta Magna, principalmente no que se refere aos direitos fundamentais, pilares do próprio conceito de Estado Democrático de Direito. Contribui para esse fim dispensar a devida atenção ao princípio da proteção do núcleo essencial, limitador da atividade legislativa. Assim, caso haja necessidade de relativizar direitos fundamentais, que seja sob parâmetros constitucionais e legítimos, respeitando-se o direito de propriedade, o direito de jurisdição, o direito à intimidade e os demais direitos fundamentais pertinentes.

## 7 Bibliografia

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

DERZI, Misabel Abreu Machado. A fiscalização tributária em um Estado Democrático de Direito. *Seminário fiscalização tributária: contexto, práticas e tendências*. 1999. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/ucp/pnafe/cst/arquivos/Fisc-Democ-Misabel.doc>>. Acesso em: 17 mai. 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1999.

PROCURADORIA DA FAZENDA NACIONAL. Disponível em: <<http://www.pgfn.gov.br>>. Acesso em: 17 maio 2008.

SARMENTO, Daniel. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII, p. 297-332, 2003.

SIMIONI, Rafael Lazzaroto. Jurisdição e aplicação do Direito em Jürgen Habermas. *Revista de Processo*, n. 154, p. 315-336, dez. 2007.