

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Olivia Tonello Mendes Ferreira

O efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal
após o advento da Lei 11.382/2006

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2009

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC/SP

Olívia Tonello Mendes Ferreira

O efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal
após o advento da Lei 11.382/2006

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora
como exigência parcial para obtenção do título
de Mestre em Direito do Estado – Direito
Tributário, pela Pontifícia Universidade Católica
de São Paulo, sob a orientação da Professora
Doutora Fabiana Del Padre Tomé.

SÃO PAULO

2009

BANCA EXAMINADORA:

*Dedico esta dissertação
aos melhores pais do mundo:
os meus.*

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, PAULO e VALQUÍRIA, pelo amor e apoio incondicionais.

Aos meus irmãos, PAULO JOSÉ e MARCELA, pela sincera amizade.

Ao DANILO, por sempre ter me apoiado e, mais do que isso, me incentivado a realizar esse sonho, mesmo ciente das dificuldades que a distância nos proporcionaria.

Ao Professor PAULO DE BARROS CARVALHO que, além de me propiciar esta oportunidade, confiou no meu trabalho, concedendo-me a oportunidade de trabalhar em sua equipe, enriquecendo-me com suas lições de direito e de vida.

À minha orientadora FABIANA DEL PADRE TOMÉ, um exemplo a ser seguido, que sempre se colocou à minha inteira disposição.

À amiga ROBERTA RANGEL que fomentou em mim o desejo de fazer o mestrado.

À Dra. MARIA LEONOR LEITE VIEIRA, a quem não tenho palavras para agradecer todo o carinho com que me acolheu em São Paulo e que, sem dúvida, muito contribuiu para esse trabalho por meio de nossas constantes discussões sobre a matéria.

À Dra. SANDRA CRISTINA DENARDI, companheira de inquietação em relação ao tema aqui abordado.

Aos amigos que moram em São Paulo e que fizeram as vezes de uma verdadeira família, durante a minha estadia na capital paulista, em especial àqueles que vivenciaram comigo essa experiência: ALINE NUNES, GUILHERME AGUIAR, ISABELLA MOYSES, JALIGSON HIRTÁCIDES, MARIA ANGELA LOPES PAULINO, PHILIPPE GAIL, RENATA SILVEIRA e RUBYA FLORIANI.

Aos professores do Mestrado, ELIZABETH NAZAR CARRAZZA, ROQUE ANTONIO CARRAZZA, MARCELO NEVES, TÁCIO LACERDA GAMA e ROBSON MAIA, pelas preciosas lições.

À THAIS CARRILHO e à LÍVIA AMORIM, cuja ajuda foi essencial para a conclusão deste trabalho.

O efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal após o advento da Lei 11.382/2006

Olívia Tonello Mendes Ferreira

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo analisar se os embargos à execução fiscal devem ser recebidos, sempre, com efeito suspensivo ou se, após o advento da Lei 11.382/2006, que alterou significativamente o Código de Processo Civil, especialmente no que tange à disciplina da execução cível por título extrajudicial, a concessão do efeito suspensivo está condicionada à presença do *fumus boni iuris*, *periculum in mora* e garantia do juízo, nos termos em que prescreve o novo art. 739-A e seu parágrafo primeiro.

Tratando-se de um estudo com pretensões científicas, discorreremos inicialmente sobre questões atinentes à Filosofia do Direito e à Teoria Geral do Direito, identificando o sistema de referência adotado, bem como estabelecendo as premissas a serem adotadas ao longo do desenvolvimento do estudo, passando pela noção de sistema jurídico, a caracterização de antinomias, bem como os modos de solução de tais conflitos. Após, cuidamos de abordar alguns requisitos para realização da execução, bem como alguns princípios de aplicação ao mencionado processo.

Em seguida, cuidamos de analisar a sistemática dos embargos à execução cível de título executivo extrajudicial, traçando uma análise comparativa das principais mudanças provocadas pelo advento da Lei 11.382/2006. Traçamos breves noções acerca da responsabilidade objetiva do Estado para, então, analisarmos as especificidades da relação jurídico tributária executiva que se forma entre o Estado e o Particular no processo de execução fiscal. Uma vez analisadas tais especificidades, passamos a discorrer sobre a norma a ser aplicada.

PALAVRAS-CHAVE: Execução cível – Execução fiscal – Efeito suspensivo – Embargos à execução.

**The suspensive effect to the stays of tax execution
after the advent of Law 11.382/2006**

Olívia Tonello Mendes Ferreira

ABSTRACT: The present work has the objective of analyzing if the stays of tax foreclosure should always be received with suspensive effect or if, after the advent of Law 11.382/2006, which had altered significantly the Code of Civil Procedure, mainly concerning the discipline of civil execution by means of extrajudicial title, the concession of the suspensive effect is conditioned to the presence of *fumus boni iuris*, *periculum in mora* and judgment security, in the terms of the new art. 739-A and its first paragraph.

Since this is a study with scientific aims, we will first discourse about the issues related to Law Philosophy and the General Theory of Law, in which the adopted reference system will be identified, as well as establishing the premises to be adopted along the study, going through the notion of juridical system, characterization of antinomies and the ways of solving those conflicts. Afterwards, some requirements to the achievement of the execution and of some of the applying principles to the process mentioned will be approached.

Next, the systematic of embargos to the civil execution of extrajudicial executive title will be analyzed, tracing a comparative analysis of the main changes made by the advent of law 11.382/2006. Then, some notes about the objective responsibility of the State will be made so that the specificities of the executive juridical-tributary relation formed between the State and the Private in the process of tax execution can be analyzed. Once these specificities are analyzed, we will discourse about the norms to be applied.

KEYWORDS: Civil execution – Tax foreclosure – Suspensive effect – Stays of execution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. PRESSUPOSTOS	15
1.1 O direito como linguagem	15
1.2 A interpretação do direito	20
1.2.1 O conceito de interpretação	20
1.2.2 O intérprete do direito	22
1.2.3 Os métodos de interpretação	24
1.2.4 A interpretação do direito	27
1.2.4.1 O percurso gerador de sentido – criação da norma jurídica	27
1.2.4.1.1 O plano da literalidade do texto normativo	28
1.2.4.1.2 O plano da significação dos enunciados prescritivos	29
1.2.4.1.3 O plano da articulação das significações normativas	30
1.2.4.1.4 O plano da sistematização das normas jurídicas	33
1.2.4.2 A norma jurídica	34
1.2.4.2.1 Norma primária e secundária	34
1.2.4.2.2 Normas gerais e individuais, abstratas e concretas	36
1.3 Sistema jurídico	37
1.3.1 Noção de sistema	37
1.3.2 Sistema jurídico	38
1.3.2.1 A unidade do sistema jurídico	41
1.3.2.2 A completude do sistema jurídico	42
1.3.2.3 A coerência do sistema jurídico	44
1.3.3 Antinomia jurídica	45
1.3.3.1 Configuração da antinomia	45
1.3.3.2 Classificação da antinomia	48
1.3.3.3 Solução das antinomias	50
1.3.3.3.1 Solução das antinomias de normas	53

2. EXECUÇÃO FISCAL – ALGUMAS NOÇÕES IMPORTANTES	69
2.1 Princípios.....	69
2.1.1 Princípios constitucionais aplicáveis aos processos de execução e de embargos à execução.....	72
2.1.1.1 Princípio da segurança jurídica	73
2.1.1.2 Princípio da igualdade.....	74
2.1.1.3 Princípio do devido processo legal e da ampla defesa e contraditório	76
2.1.1.4 Princípio da razoável duração do processo	78
2.1.1.5 Princípio da supremacia do interesse público ao do particular	80
2.1.1.6 Princípio da proporcionalidade	82
2.1.2 Princípios processuais da função executiva	83
2.1.2.1 Princípio da máxima utilidade da execução e princípio da menor onerosidade ao executado: a execução equilibrada.....	84
2.1.2.2 Princípio da disponibilidade.....	85
2.2 Pressupostos da execução	88
2.2.1 A execução como norma secundária.....	88
2.2.2 Condições da ação de execução	91
2.2.3 Requisitos necessários para realizar qualquer execução	95
2.2.3.1 O título executivo.....	96
2.2.3.1.1 Natureza do título executivo	96
2.2.3.1.2 Eficácia do título executivo	98
2.2.3.1.3 Conteúdo do título executivo	98
2.2.3.1.4 Caracteres do título executivo.....	99
2.2.3.1.5 Espécies de título executivo.....	100
2.2.3.2 O inadimplemento.....	105
3. OS EMBARGOS À EXECUÇÃO CÍVEL DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL ANTES E DEPOIS DO ADVENTO DA LEI 11.382/2006.....	107
3.1 Natureza dos embargos.....	108
3.2 Do processamento dos embargos	110
3.2.1 Prazo para embargar.....	111
3.2.2 Segurança do juízo: desnecessidade.....	112
3.2.3 Distribuição dos embargos e sua autuação.....	113
3.2.4 Da rejeição liminar dos embargos à execução	113

3.2.5 Dos efeitos dos embargos.....	115
3.2.5.1 Deferimento do efeito suspensivo aos embargos à execução	118
3.2.5.2 Indeferimento do efeito suspensivo aos embargos.....	119
3.2.5.2.1 A penhora.....	119
3.2.5.2.2 A expropriação de bens do devedor.....	121
3.2.5.2.3 Remissão	124
3.2.5.2.4 Embargos à arrematação, à alienação e à adjudicação ...	124
3.2.5.2.5 O pagamento ao credor	125
3.2.6 Julgamento dos embargos	126
3.2.6.1 Embargos improcedentes	126
3.2.6.2 Embargos procedentes	128
4. BREVE ANÁLISE SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA EXECUÇÃO INDEVIDA	131
4.1 A evolução normativa da responsabilidade civil do Estado no direito constitucional brasileiro.....	131
4.2 A responsabilidade objetiva da Administração Pública	135
4.2.1 Fundamentos e pressupostos da responsabilidade civil objetiva do Estado	138
4.2.1.1 Sujeito obrigado à reparação	139
4.2.1.2 Sujeito beneficiário da reparação	140
4.2.1.3 Caracteres da conduta lesiva ensejadora da responsabilidade do Estado	140
4.2.1.3.1 Atos comissivos do Estado	141
4.2.1.3.2 Atos omissivos do Estado	142
4.2.1.4 O dano indenizável.....	143
4.2.1.5 O nexo de causalidade e as causas excludentes da responsabilidade civil do Estado	145
4.3 A indenização devida	146
4.4 A responsabilidade do Estado pelo ajuizamento de execução fiscal indevida e consequente expropriação de bens pertencentes ao suposto devedor	148
4.4.1 A caracterização do dano	148
4.4.2 A liquidação da obrigação e as dificuldades enfrentadas pelo credor do Estado	152

5. O EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL APÓS O ADVENTO DA LEI 11.382/2006	156
5.1 Contextualização do problema	156
5.2 O efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal na Lei 6.830/1980	160
5.3 Solução da antinomia de segunda ordem: critério cronológico x critério da especialidade	169
5.3.1 Finalidade da Lei 11.382/2006.....	169
5.3.2 Particularidades da relação Estado-exequente x particular-executado	171
5.3.2.1 A presunção de certeza e liquidez da CDA e sua implicação prática.....	171
5.3.2.2 Efeitos da penhora na execução fiscal e a Certidão de Débito positiva com efeito de negativa.....	173
5.3.2.3 Possibilidade de o Estado utilizar o dinheiro depositado em juízo	177
5.3.2.4 Responsabilidade do Estado por perdas e danos: o ressarcimento	178
5.3.2.5 O interesse público na execução fiscal	179
5.3.2.6 A Constituição unilateral do crédito tributário e o princípio da ampla defesa e contraditório e do devido processo legal.....	182
5.3.3 Solução da antinomia apresentada	183
CONCLUSÕES	188
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	192

INTRODUÇÃO

Questão que vem causando muita polêmica, tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial, diz respeito ao alcance das alterações promovidas pela Lei 11.382/2006 ao Código de Processo Civil. Muito se vem discutindo acerca da aplicabilidade das novas normas processuais à execução fiscal, especialmente no que diz respeito à concessão de efeito suspensivo aos embargos opostos pelo executado que se insurge contra a cobrança da dívida ativa.

Assim como no âmbito doutrinário, as posições adotadas são inúmeras; também no campo jurisprudencial temos visto decisões de todo o tipo: desde aquelas que optam pela aplicação isolada da Lei 6.830/1980, àquelas que optam por seu afastamento em detrimento da Lei 11.382/2006, como também algumas que conjugam os dois diplomas legais a fim de construir a norma a ser aplicável ao caso concreto. Fato é que a existência desse conflito de posicionamentos nos despertou o interesse pela matéria.

Levando-se em consideração, todavia, a amplitude do tema, que abarca diversos aspectos, fez-se necessário efetuarmos um corte metodológico, selecionando e demarcando os ângulos pelos quais investigamos o objeto. Nesse sentido, optamos por limitar nosso estudo ao exame da norma que determina o recebimento dos embargos, a fim de verificar se tal norma condiciona ou não a concessão dos efeitos suspensivos aos requisitos previstos no novo art. 739-A, § 1º, do Código de Processo Civil.

Para tanto, no primeiro capítulo, cuidaremos de estabelecer as premissas que guiarão o presente estudo, tais como o conceito de interpretação e de norma a serem adotados e ainda a concepção de sistema jurídico por nós seguida. Alie-se a isso, a definição de antinomia por nós adotada, bem como o modo de solução dos conflitos normativos. O estabelecimento de tais pontos mostra-se necessário na medida em que, para estabelecermos a norma que determina como se processará o recebimento dos embargos à execução fiscal, precisaremos solucionar um conflito de normas no qual, de um lado, temos uma norma geral posterior e de outro, uma norma especial anterior, conflito este que só se resolve por meio da interpretação.

Após definir, então, em um primeiro capítulo, quais as premissas adotadas para o exame a que nos propusemos, analisamos no segundo capítulo algumas noções importantes próprias do processo de execução fiscal. Aproveitamos, também, para estudar alguns princípios cuja aplicação no âmbito dos processos executivo e de embargos à execução se mostra de suma importância. Feito isso, passamos à análise das condições da ação executória, especialmente do título executivo e inadimplemento. Afinal, a conjugação desses requisitos é que permite o ajuizamento da execução e, por conseguinte, dos próprios embargos à execução.

Realizadas tais análises, seguimos, então, para o capítulo três, onde examinamos o processo de embargos à execução cível de título executivo extrajudicial, a fim de analisarmos a sistemática do processo de embargos e, em especial, as mudanças provocadas com o advento da Lei 11.382/2006. Discorreremos neste ponto sobre o processamento da execução cível partindo-se da abertura de prazo para oferecimento de embargos ao julgamento dos próprios embargos e as conseqüências que provocam às partes envolvidas.

Em seguida, traçamos breves noções acerca da responsabilidade objetiva do Estado prevista no art. 37, § 6º, da Constituição da República, pelos danos causados a particulares, em razão do ajuizamento de execuções fiscais indevidas, bem como o modo pelo qual o ressarcimento se dá, o que fazemos com o intuito de proceder, no capítulo subsequente, a uma interpretação sistemática do processo de embargos à execução fiscal.

Nessa linha, cuidamos, no último capítulo, de examinar se a lei de execução fiscal é omissa quanto à suficiência de enunciados que nos permita criar uma norma que regule o modo como os embargos à execução serão recebidos. Uma vez verificada a inexistência de omissão, passamos ao exame das particularidades existentes na relação jurídico-tributária instaurada entre o Estado-credor e o Contribuinte-devedor, no âmbito do processo executivo fiscal e de embargos à execução fiscal, a fim de verificar se as especificidades ali verificadas justificam ou não a predominância da norma processual geral e posterior, construída a partir do Código de Processo Civil em detrimento daquela norma especial anterior, construída a partir da Lei de Execução Fiscal.

Analizadas as especificidades inerentes à própria relação existente entre o Estado e o particular e partindo-se de uma interpretação sistemática, concluimos então pela

impossibilidade de aplicação da norma geral posterior, em detrimento da norma especial anterior, com o que esperamos poder contribuir para a pacificação da controvérsia.

1. PRESSUPOSTOS

1.1. O direito como linguagem

Qualquer conhecimento científico que se pretenda desenvolver repousa sobre pressupostos, estes indispensáveis para verificação da coerência do estudo desenvolvido. Nesse sentido, como bem observa Lourival Vilanova:

(...) o conceito supremo ou fundamental de cada sistema científico funciona logicamente como um pressuposto do conhecimento. (...) o conceito fundamental tem a função de um *a priori*. É, com efeito, um esquema prévio, um ponto de vista anterior, munido do qual o pensamento se dirige à realidade, desprezando seus vários setores, fixando aquele que corresponde às linhas ideais delineadas pelo conceito.¹

Levando-se em consideração que o presente trabalho tem por objetivo investigar se o efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal subsiste após o advento da Lei n. 11.382/2006, o que só pode ser realizado se adentrarmos a uma análise do próprio sistema do direito positivo brasileiro, certo é que para que possamos proceder a essa análise, imprescindível o estabelecimento daquele conceito fundamental do sistema jurídico,² qual seja, o conceito de direito.

A propósito, a teoria comunicacional concebe o direito como um sistema de comunicação, que tem por função organizar a convivência humana mediante a regulação das ações. Nesse sentido, são as lições de Gregorio Robles Morchon:

1 Lourival Vilanova. Sobre o conceito do direito, **Escritos jurídicos e filosóficos**, vol. 1, p. 17.

2 “Sendo a ciência jurídica, em conjunto, um complexo de conceitos, conceitos estes que não se justapõem conjuntivamente, mas se relacionam sob a forma de uma unidade sistemática, a base desse sistema reside no conceito fundamental, que é o conceito de direito. Este acha-se supra-ordenado em relação aos demais conceitos da ciência jurídica; é o conceito necessariamente implicado por todos os conceitos jurídicos, sejam aqueles meramente empíricos, sejam os que têm, no sistema da ciência, uma função categorial. Talvez pudéssemos colocar aqueles conceitos categoriais, como: relação jurídica, dever jurídico etc., no mesmo plano lógico do conceito de direito. Mas, se isso fosse possível, teríamos vários conceitos fundamentais, com a mesma amplitude de extensão, o que somente seria possível se tivessem o mesmo conteúdo. Neste caso, haveria um só conceito. Por outra parte, para cada região da objetividade existe apenas um conceito fundamental; aquele que circunscreve a região. Além disso, basta examinar os referidos conceitos para constatar que se apóiam logicamente no conceito do direito. Sem o conceito do direito, resulta ininteligível falar em sujeito de direito, relação jurídica, objeto jurídico, fato jurídico etc. Estes conceitos gravitam claramente dentro de uma órbita circunscrita pelo conceito do direito.” Lourival Vilanova, Sobre o conceito do direito, **Escritos jurídicos e filosóficos**, vol. 1, p. 19.

Mi propuesta concreta de Teoría del Derecho se basa en contemplar este último como un sistema de comunicación entre los hombres cuya misión immanente es dirigir La acción humana. Como sistema de comunicación consiste em um sistema de signos.³

No entanto, nem sempre foi assim. Durante muito tempo, a linguagem foi vista como um mero instrumento de comunicação, que tinha a função de ligar o sujeito ao objeto do conhecimento. Somente com o surgimento da filosofia da linguagem que essa concepção passou a ser alterada, conforme bem elucida Fabiana Del Padre Tomé:

Essa nova corrente filosófica rompeu a tradicional forma de conceber a relação entre linguagem e conhecimento, entendendo que a própria compreensão das coisas dá-se pela preexistência de linguagem, deixando esta de ser concebida como mero instrumento que liga o sujeito ao objeto do conhecimento. A linguagem deixou de ser um meio entre ser cognoscente e realidade, convertendo-se em léxico capaz de criar tanto o ser cognoscente como a realidade. Nessa concepção, o conhecimento não aparece como relação entre sujeito e objeto, mas como relação entre linguagens, entre significações.⁴

Mas o que poderia ser entendido como “linguagem”? A fim de respondermos esta indagação, valemo-nos das lições de Raimundo Bezerra Falcão:

Em que pese às várias doutrinas, em regra, fala-se de linguagem na acepção de uma atividade humana universal em que se utiliza um sistema de sinais coordenados entre si com base em determinadas regras que se pressupõem aceitas geralmente. Desse modo, entenda-se a linguagem como sendo o uso de sinais que possibilitam a comunicação, isto é, o conjunto dos sinais intersubjetivos. Assim, abre-se a linguagem num leque de possibilidades. Possibilidades de escolha desses sinais, mas também possibilidades de combinação de tais sinais em moldes abundantes, contudo limitados e repetíveis.⁵

A linguagem pode ser entendida, então, como a capacidade do ser humano para comunicar-se por intermédio de signos. Estes, por sua vez, são bem definidos por Lúcia Santaella:

O signo é algo (qualquer coisa) que é determinado por alguma outra coisa que ele representa, esta representação produzindo um efeito, que pode ser de qualquer tipo (sentimento, ação ou representação) numa mente atual ou potencial, sendo esse efeito chamado de interpretante. Para funcionar como signo basta alguma coisa estar no lugar de outra, isto é, representando outra. Basta qualquer coisa, de que tipo for, encontrar uma mente que algum efeito será

3 **Teoría del derecho (fundamentos de teoría comunicacional del derecho)**, p. 42.

4 **A prova do direito tributário**, p. 1.

5 **Hermenêutica**, p. 48.

produzido nessa mente. Esse efeito terá sempre a natureza de signo ou quase-signo. Ele é chamado de interpretante.⁶

Assim, no processo comunicacional, o intérprete tem um primeiro contato com o signo (ou suporte físico), que representa algo. A partir desse contato, ele produzirá, em sua mente, um juízo (ou significação) que não necessariamente equivalerá ao objeto que o signo pretendia representar (significado).

A bem exemplificar o exposto, vejamos, por exemplo, o vocábulo “quadro”. Com efeito, ele é um signo arbitrariamente construído (símbolo) que possui alguns significados. No entanto, cada pessoa que se deparar com esta palavra formulará uma significação (ou interpretante) própria desse termo: o professor imaginará um *quadro*-negro, enquanto o artista, o *quadro* que ele pintou; um gerente de recursos humanos, por sua vez, se remeterá ao *quadro* de funcionários, ao passo que o médico, ao *quadro* clínico de seu paciente. Uma outra pessoa pode, ainda, formular um juízo distinto de todos os outros até então apresentados.

O exemplo acima descrito serve a demonstrar a relação triádica semiótica que se forma quando um suporte físico (no caso da linguagem idiomática, a palavra escrita ou falada), se refere a algo do mundo exterior ou interior, da existência concreta ou imaginária, atual ou passada (significado), gerando na mente do intérprete, uma significação, dando origem à comunicação.

No entanto o fenômeno comunicacional pressupõe um conjunto de elementos (remetente, destinatário, mensagem, canal, sinal, código e contexto) a que se denomina denominado modelo comunicativo. De acordo com esse modelo, o *remetente* (ou emissor) envia uma *mensagem* (aquilo que se pretende comunicar) ao *destinatário*. Esta mensagem é enviada por meio de um código (a língua, por exemplo), que deve ser, total ou parcialmente, comum aos participantes do processo comunicacional e requer um *contexto*, isto é, um conjunto de circunstâncias físicas, sociais e psicológicas que envolvem e determinam o ato de comunicação, apreensível ao destinatário. Dentro desse contexto, a mensagem será transmitida, por meio de um suporte material (canal) e de um sinal (estímulo físico que se utiliza o emissor para efetuar a comunicação).

Clarice von Oertzen de Araujo, bem exemplifica esse modelo comunicacional:

6 A percepção: uma teoria semiótica, p. 39.

Uma carta: o emissor é o seu remetente; o receptor é o seu destinatário; a mensagem é o conteúdo da carta; o código é a língua; o canal é a folha de papel que transporta a mensagem ao seu destinatário. O sinal é o alfabeto fonético que compõem as línguas ocidentais (Marshall McLuhan 1998:107) na qual a mensagem é escrita; o contexto é a situação que provoca o envio da carta.⁷

A mensagem enviada pelo remetente compreende um conjunto de signos, está vertida em linguagem (no caso da carta, na forma escrita), a ela aplicando-se, portanto, aquela relação triádica a que nos referimos acima. Ou seja, podemos garantir que o destinatário formulará uma compreensão própria ao ler a carta, mas significação esta que pode não corresponder, necessariamente, àquilo que o emissor pretendia comunicar. Em todo caso, restará instaurada a comunicação entre as partes.

Percebe-se, com isso, a importância que a linguagem assume no processo comunicacional: sem aquela, esta não existe. A linguagem assumiu, então, o posto de mais importante sistema de signos, pois a partir dela que outros sistemas são construídos. Como bem pontua Roman Jakobson, a “*linguagem é de fato o próprio fundamento da cultura. Em relação à linguagem, todos os outros sistemas de símbolos são acessórios ou derivados*”.⁸

Com o sistema jurídico não é diferente. O direito aparece como apenas uma das formas sociais institucionais que se manifestam através da linguagem, a qual possibilita e proporciona a sua existência.⁹ Alfredo Augusto Becker já atentava para essa característica do direito:

O mundo jurídico é um mundo mesquinho. Ele substitui o mundo dos fatos reais por um universo de palavras. Onde há uma floresta amazônica, o legislador determina que deva existir uma flor de papel. Tudo se converte em papel e em signos gráficos no papel: as palavras. Os próprios juristas passam a vida a investigar palavras, a escrever palavras a propósito de palavras.¹⁰

Partindo, portanto, da teoria comunicacional, filiamo-nos à definição adotada por Paulo de Barros Carvalho, no sentido de que “*o direito positivo é uma camada lingüística, vazada em termos prescritivos, com um vetor dirigido ao comportamento social, nas relações de intersubjetividade*”.¹¹

7 **Semiótica do direito**, p. 44.

8 **Lingüística e comunicação**, p. 18.

9 Clarice Von Oertzen de Araujo, **Semiótica do direito**, p. 19.

10 **Carnaval tributário**, p. 51.

11 **Curso de direito tributário**, p. 99.

Assim, “*o direito positivo é uma camada lingüística*” na medida em que oferece o dado da linguagem como seu integrante constitutivo, só sendo possível mediante palavras. Suprimidas estas, suprime-se automaticamente o direito. Demonstrando tal fato, Gregorio Robles Morchon exemplifica:

Mas sua essência consiste em palavras, sem as quais não é nada. Retiremos as palavras do Código Civil: não sobra nada. Suprimamos as palavras da constituição: não sobra nada. Esqueçamos as palavras de um contrato ou de uma escritura pública: não sobra nada.¹²

O caráter prescritivo do direito também é observado pelo ilustre doutrinador:

O texto jurídico é um texto prescritivo. O que isto significa? Significa, sobretudo, que o texto jurídico está dotado, como uma totalidade, de uma função pragmática determinada que o converte num conjunto de mensagens cujo sentido intrínseco é dirigir, orientar ou regular as ações humanas. Além disso, o próprio texto cria as ações que podem ser qualificadas como jurídicas, e o fato de regular a ação não significa que a ação jurídica exista antes do texto, mas sim que é o texto que a constitui. Por estranho que possa parecer, o homicídio como ação jurídica só existe depois que o texto jurídico prescreve o que é que se deve entender por homicídio. A ação física de matar alguém existe independentemente do texto, mas a ação jurídica definida como homicídio só é possível em razão da preexistência do texto jurídico.¹³

Partindo-se do pressuposto de que o direito é linguagem, ele encontra-se suscetível às análises típicas de qualquer texto. Como o conhecimento de toda e qualquer manifestação da linguagem exige a investigação de seus três planos fundamentais, com o direito não é diferente. Para que se conheça o direito, imprescindível um exame sintático (estudo dos signos entre si), semântico (estudo do vínculo do signo com o significado que ele busca exprimir) e pragmático.

Enquanto a sintaxe estuda os signos em si, com independência de seu significado, a semântica examina os signos em suas relações com os objetos designados, significados. Já a pragmática objetiva estudar a relação entre os signos e as pessoas que os usam.

Transportando para o sistema normativo do direito, definimos o aspecto sintático como sendo “*o feixe de relações que se estabelece entre as várias unidades do sistema: a norma*”.¹⁴ Paulo de Barros Carvalho exemplifica:

12 **O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito**, p. 48.

13 Idem, p. 29.

14 Clarice Von Oertzen de Araujo. **Semiótica do direito**, p. 25.

Exemplificando, no sistema normativo do direito temos que o aspecto sintático se apresenta nas articulações das normas entre si. É sintática a relação entre a norma da Constituição e aquela da lei ordinária, assim como puramente sintático é o vínculo entre a regra que estipula o dever e a outra que veicula a sanção. De ordem sintática, também, a estrutura intranormativa e, dentro dela, o laço condicional que une antecedente (hipótese) e conseqüente.¹⁵

Já o aspecto semântico, no campo do direito, diz respeito ao campo das significações do direito. Ainda de acordo com Paulo de Barros Carvalho, *“é o meio de referência que as normas guardam com relação aos fatos e comportamentos tipificados. Essa relação é justamente a ponte que liga a linguagem normativa à conduta do mundo social que ela regula”*.¹⁶

À pragmática, por sua vez, consiste a tarefa de verificar como os sujeitos utilizam a linguagem do direito dentro da comunidade em que vivem. Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, *“como motivar a conduta, realizando os valores da ordem jurídica, é o grande tema da pragmática”*.¹⁷

Ao percorrermos esses três planos, estaremos compondo a significação adequada ao produto legislado e, portanto, interpretando o direito, tema do qual nos ocuparemos a seguir.

1.2. A interpretação do direito

1.2.1. O conceito de interpretação

Muito se discute acerca do próprio conceito de interpretação. Conforme pondera Alf Ross,¹⁸ o mencionado vocábulo serve tanto para designar o processo interpretativo quanto o seu produto. Esta ambiguidade denota a importância que a linguagem assume em um estudo científico, bem como a necessidade de definição dos conceitos a serem utilizados, a fim de que seja garantida a coerência, imprescindível para qualquer trabalho de cunho científico.

Considerando “interpretação” como processo interpretativo, urge estabelecer a definição que será por nós adotada, o que se mostra de suma importância, na medida em

15 **Curso de direito tributário**, p. 100.

16 *Idem*, p. 100.

17 *Idem*, p. 100.

18 **Direito e Justiça**, p. 145.

que também essa definição se apresenta como um pressuposto do trabalho a ser desenvolvido.

A propósito, L. Fernando Coelho atenta para a concepção de “intérprete”:

A palavra “intérprete” tem origem latina – *inter pres* – e designava o adivinho, aquele que descobria o futuro nas entranhas das vítimas; este conceito popular permanece na expressão “desentranhar” o sentido de algo. A julgar pelo conteúdo jurídico que o termo assumiu – desentranhar o significado das palavras da lei – essa atitude mística e acientífica do adivinho, o *interpres*, pode ser a origem provável da ciência da interpretação, se consideramos ainda que as origens do direito se confundem com a religião.¹⁹

Talvez até por conta desse significado histórico do vocábulo em comento que a hermenêutica tradicional costuma afirmar que os conteúdos de significação dos textos legais são descobertos, revelados, encontrados por meio das chamadas técnicas interpretativas. Filia-se a esse entendimento, Carlos Maximiliano, para quem, “*interpretar é explicar, esclarecer; dar o significado de vocábulo, atitude ou gesto; reproduzir por outras palavras um pensamento exteriorizado; mostrar o sentido verdadeiro de uma expressão; extrair, de frase, sentença ou norma, tudo o que na mesma se contém*”.²⁰

Como bem se vê, os adeptos de tal posicionamento entendem que o objeto da interpretação já contém um sentido, cabendo ao intérprete tão somente sua revelação. Não podemos pactuar com tal posicionamento, todavia, até mesmo em função das premissas adotadas até o presente momento. Afinal, se a linguagem cria a realidade e se o direito se manifesta por meio da linguagem, certo é que a interpretação do direito pressupõe a *criação* de sentido. Filiamo-nos, assim, à “Hermenêutica Filosófica” de Gadamer, para quem interpretar é criar, produzir, elaborar sentido.

Nessa linha, também aqui adotamos a aceção formulada por Paulo de Barros Carvalho,²¹ no sentido de que a interpretação do direito deve ser entendida como “*a atividade intelectual que se desenvolve à luz dos princípios hermenêuticos, com a finalidade de construir o conteúdo, o sentido e o alcance das regras jurídicas*”. O sentido é construído ao longo de um processo, que se inicia pela percepção visual das letras, dos vocábulos formados por essas, que culminam em enunciados:

19 **Lógica jurídica e interpretação das leis**, p. 182.

20 **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 9.

21 **Curso de direito tributário**, p. 96.

Ora, se tomarmos o texto na sua dimensão estritamente material – que é, aliás, a acepção básica, como aquilo que foi tecido, circunscrevendo nosso interesse ao conjunto dos produtos dos atos de enunciação, o que importa ingressar na esquematização estrutural em que se manifesta –, poderemos compreender a razão pela qual os enunciados lingüísticos não contêm em si mesmos, significações. São objetos percebidos pelos nossos órgãos sensoriais que, a partir de tais percepções ensejam, intra-subjetivamente, as correspondentes significações. *São estímulos que desencadeiam em nós produções de sentido.* Vê-se, desde agora, que não é correta a proposição segundo a qual, dos enunciados prescritivos do direito posto, extraímos o conteúdo, o sentido e o alcance dos comandos jurídicos. Impossível seria retirar conteúdos de significação de entidades meramente físicas. De tais enunciados partimos, isto sim, para a construção das significações, dos sentidos, no processo conhecido como “interpretação”.²²

Partindo dessa concepção construtivista da interpretação, vemos, com clareza, que o seu objeto, no campo do direito, são os textos normativos (suportes físicos), a partir dos quais se constrói as normas (significações). Ou seja, norma e texto não se confundem, sendo aquela fruto da interpretação deste. Daí porque Eros Roberto Grau²³ fala que “*a interpretação é, portanto, atividade que se presta a transformar texto – disposições, preceitos, enunciados – em normas*”.²⁴

1.2.2. O intérprete do direito

Tomando por base essa definição de que a interpretação constrói o conteúdo, o sentido e o alcance das regras jurídicas, ou seja, de que ela é uma atividade criadora do direito, faz-se importante estabelecer quem é o intérprete do direito, isto é, quem está legitimado para criar o direito.

De acordo com Kelsen existiriam duas interpretações: (i) a realizada pelo órgão aplicador do Direito; e (ii) a realizada por uma pessoa privada ou pela ciência do direito. No entanto, de acordo com o Mestre de Viena, só aquela seria autêntica, na medida em que seria a única capaz de criar direito:

22 **Direito tributário, linguagem e método**, p. 188.

23 Conforme veremos adiante, embora também compartilhemos da idéia de que a norma é construída pelo intérprete, diferentemente do ilustre publicista que considera a norma contida ou involucrada nos enunciados, tomamos a norma como construção a partir dos enunciados. A propósito, veja esclarecimentos de Eros Roberto Grau: “*a norma encontra-se (parcialmente) em estado de potência, involucrada no enunciado (texto ou disposição) e o intérprete a desnuda. Nesse sentido – isto é, no sentido de desvencilhamento da norma de seu invólucro: no sentido de fazê-la brotar do texto, do enunciado – é que afirmo que o intérprete produz a norma. O intérprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência sua interpretação*”, p. 87.

24 **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 27.

Através deste ato de vontade se distingue a interpretação jurídica feita pelo órgão aplicador do Direito de toda e qualquer outra interpretação, especialmente da interpretação levada a cabo pela ciência jurídica. A interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito é sempre autêntica. Ela cria Direito. Na verdade, só se fala de interpretação autêntica quando esta interpretação assuma a forma de uma lei ou de um tratado de Direito internacional e tem caráter geral, quer dizer, cria Direito não apenas para um caso concreto mas para todos os casos iguais, ou seja, quando o ato designado como interpretação autêntica represente a produção de uma norma geral. Mas autêntica, isto é, criadora de Direito é-o a interpretação feita através de um órgão aplicador do Direito ainda quando cria Direito apenas para um caso concreto, quer dizer, quando esse órgão apenas crie uma norma individual ou execute uma sanção.²⁵

Interpretando Kelsen, Eros Roberto Grau entende que *“não apenas o intérprete autêntico interpreta. também o fazem os advogados, os juristas, o administrador público e os cidadãos, até o momento anterior ao da definição da norma de decisão”*.²⁶ E exemplifica o ilustre jurista seu ponto de vista, lançando mão de um exemplo de Carnelutti:

O homem faminto que, sem nenhuma moeda, ao passar por uma barraca de frutas não arrebatava uma maçã interpreta um texto de direito – que coíbe o furto-, produzindo norma. Porque a interpretação do direito consiste em concretizar a lei em cada caso, isto é, na aplicação [Gadamer 1991:401], o homem faminto, então, ao interpretar a lei, desde o seu caso concreto, a aplica. Não obstante, unicamente o intérprete autêntico cria direito, no sentido de definir normas de decisão.²⁷

Ousamos discordar, todavia, do ilustre jurista. Como bem observa Kelsen, também os indivíduos que têm de observar o direito, precisam determinar o sentido das normas jurídicas que por eles hão de ser cumpridas. No entanto, pondera Kelsen, a escolha realizada pelo indivíduo *“não é vinculante para o órgão que aplica essa norma jurídica e, por isso, corre sempre o risco de ser considerada como errônea por este órgão, por forma a ser julgada como delito a conduta do indivíduo que nela se baseou”*.²⁸

O mesmo entendimento é aplicado à ciência jurídica. De acordo com ele,

A interpretação jurídico-científica não pode fazer outra coisa senão estabelecer as possíveis significações de uma norma jurídica. Como conhecimento de seu objeto, ela não pode tomar qualquer decisão entre as possibilidades por si mesmo

25 **Teoria pura do direito**, p. 394.

26 **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**, p. 89.

27 *Idem*, p. 90.

28 **Teoria pura do direito**, p. 395.

reveladas, mas tem de deixar tal decisão ao órgão que, segundo a ordem jurídica, é competente para aplicar o Direito.²⁹

Somente a interpretação feita pelo órgão aplicador do Direito, por um ato de vontade, ao selecionar, dentre as inúmeras possibilidades interpretativas, aquela que será efetivamente aplicada, é autêntica. Nas palavras de Kelsen:

Na aplicação do Direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do Direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do Direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva. Com este ato, ou é produzida uma norma de escalação inferior, ou é executado um ato de coerção estatuído na norma jurídica aplicanda.³⁰

Com este posicionamento concordamos. Afinal, somente o órgão aplicador do Direito detém competência para interpretar; somente ele encaixa-se no posto de emissor do comando prescritivo construído a partir dos enunciados que lhes são apresentados. Os advogados, bem como cientistas, tão somente oferecem sugestões de interpretação, as quais, todavia, são desprovidas da função prescritiva. Realizam eles o que Kelsen denominou, respectivamente, de interpretação jurídico-científica e jurídico-política.

1.2.3. Os métodos de interpretação

Para que se proceda à interpretação do Direito, a doutrina tem aconselhado a utilização de alguns métodos, dentre os quais destacam-se os seguintes: literal ou gramatical, histórico, lógico, teleológico e sistemático.

Diante da existência de tais métodos, surge o questionamento se a escolha de um é suficiente para promover a interpretação do direito, ao que prontamente concluímos negativamente.

Observa Rubem Nogueira:

(...) os autores concordam em que todos os métodos interpretativos servem, e nenhum deles, isoladamente considerado, resolve o problema da descoberta do sentido da norma. O intérprete não fica subordinado a métodos. Pode servir-se de um ou de todos, na procura do sentido e alcance da norma.³¹

29 **Teoria pura do direito**, p. 395/396.

30 *Idem*, p. 394.

31 Rubem Nogueira, **Curso de introdução ao estudo do direito**, p. 185.

Como bem pontua Tércio Sampaio Ferraz Jr. “os chamados métodos de interpretação são, na verdade, regras técnicas que visam à obtenção de um resultado. Com elas procuram-se orientações para os problemas de decidibilidade dos conflitos. Esses problemas são de ordem sintática, semântica e pragmática”.³²

Ora, se os métodos são regras que visam solucionar problemas de ordem sintática, semântica e pragmática, certo é que a escolha do método a ser utilizado levará em consideração o momento do processo interpretativo. Afinal, cada método dos acima elencados terá um grau de utilidade maior ou menor de acordo com a etapa do processo, consoante veremos a seguir. Nesse mesmo sentido, aliás, são as lições de L. Fernando Coelho:

Todos os procedimentos interpretativos são válidos e, na prática, devem ser utilizados pelo jurista de modo conjunto, embora concedendo maior ou menor ênfase a determinados procedimentos, por exigência do ramo específico do direito positivo onde está ubicada a regra interpretativa.³³

Também Miguel Reale aponta para a impossibilidade de um só método interpretar o direito, ressaltando, todavia, a importância de se relacionar as interpretações fornecidas por cada método na busca de um sentido final:

Se se afirmar que a interpretação gramatical, a lógica e a sistemática não podem, cada um de per si, dizer-nos o que o Direito significa, estamos de pleno acordo, mas não cremos que a necessidade de unidade nos impeça de apreciar, por exemplo, um texto à luz de seus valores gramaticais: o essencial é que se tenha presente a correlação daquelas interpretações particulares como simples momentos do processo global interpretativo, em si uno e concreto.³⁴

Por ora, nos limitaremos, então, a definir os métodos interpretativos que serão utilizados no processo de interpretação, para, em seguida, situá-los dentro do processo interpretativo.

O método gramatical ou literal é bem explicado por Celso Bastos:

O método literal ou gramatical leva em consideração o texto da norma,³⁵ ou melhor, o conteúdo semântico das palavras que a compõe. Ela representa o ponto de partida de qualquer processo interpretativo, uma vez que o texto da norma consiste em seu substrato. São utilizados nesse método as regras gramaticais,

32 **Introdução ao estudo do direito**, p. 286.

33 **Lógica jurídica e interpretação das leis**, p. 203/204.

34 **Lições preliminares de direito**, p. 294.

35 A “norma” a que se refere o ilustre jurista deve ser aqui entendida em seu sentido lato, como enunciado.

dando-se especial valor à pontuação e sintaxe. Busca-se alcançar o real sentido, ou melhor, o significado de cada vocábulo utilizado pela norma jurídica.³⁶

A interpretação gramatical obriga o jurista a tomar consciência da lei e estar atento às equívocas proporcionadas pelo uso das línguas naturais e suas imperfeitas regras de conexão léxica.³⁷ A propósito, pondera R. Limongi França que

(...) essa interpretação, por si só, é insuficiente para conduzir o intérprete a um resultado conclusivo, sendo necessário que os elementos por ela fornecidos sejam articulados com os demais propiciados pelas outras espécies de interpretação.³⁸

Já o método lógico cuidaria do valor lógico das palavras, abstração feita da posição distribuída a cada grupo de normas no conjunto geral do ordenamento jurídico.³⁹ Tal como a interpretação gramatical, também esta ganha relevo no nível da sintaxe, na medida em que permite a identificação de inconsistências, ao perquirir o sentido das diversas locuções e orações do texto legal, bem como ao estabelecer a conexão entre eles.

O método histórico indaga a vontade e intenção do legislador que editou a lei; busca alcançar o sentido da lei através da análise de seus precedentes legislativos, quais sejam, os relatórios, debates em plenário ou discussões em comissões. Caberá ao intérprete averiguar o processo legislativo da norma interpretanda, bem como a atmosfera política e social e as concepções dominantes à época, a fim de tentar apoderar-se do pensamento que terá inspirado o legislador.⁴⁰

Já o método teleológico procura destacar a finalidade da lei (*mens legis*), ou ainda, como consideram alguns o seu espírito. Busca-se ressaltar, nesse método, o bem jurídico tutelado pela lei, ou melhor dizendo, o valor nela versado.⁴¹

Por fim, o método sistemático objetiva a interpretação da norma em conjunto com as demais, tendo em vista o contexto normativo em que está inserida. Nas palavras de Paulo de Barros Carvalho temos:

36 **Hermenêutica e interpretação constitucional**, p. 57.

37 Tércio Sampaio Ferraz Jr. **Introdução ao estudo do direito**, p. 287.

38 **Hermenêutica jurídica**, p. 23.

39 Miguel Reale. **Lições preliminares de direito**, p. 281.

40 Rubem Nogueira. **Curso de direito tributário**, p. 187.

41 Celso Ribeiro Bastos. **Hermenêutica e interpretação constitucional**, p. 60.

Por fim, o método sistemático, momento em que o intérprete se volta para o sistema jurídico para observar, detidamente, a regra em cotejo com a multiplicidade dos comandos normativos que dão sentido de existência ao direito positivo. É nesse intervalo que o exegeta sopesa os grandes princípios, indaga dos postulados que orientam a produção das normas jurídicas nos seus vários escalões, pergunta das relações de subordinação e coordenação que governam a coexistência das regras. O método sistemático parte, desde logo, de uma visão grandiosa do direito e intenta compreender a lei como algo impregnado de toda a pujança que a ordem jurídica ostenta.⁴²

1.2.4. A interpretação do direito

1.2.4.1. O percurso gerador de sentido – criação da norma jurídica

Traçadas essas noções básicas, cumpre-nos analisar o processo de construção do sentido da norma jurídica, isto é, o processo interpretativo, de criação do direito, levando-se sempre em consideração que se trata de um sistema linguístico e, como tal, deve ser analisado.

Nesse sentido, a interpretação do direito só se faz possível pela incursão do intérprete nas plataformas de investigação linguísticas já mencionadas linhas atrás: sintaxe, semântica e pragmática.

Com efeito, a significação obtida pelo processo interpretativo, conforme já apontado, será selecionada pelo intérprete dentro dos muito sentidos possíveis a serem dados a um texto, o que envolverá um ato de vontade, de valoração. Esta criação encontra limite, todavia, no próprio sistema jurídico, mais precisamente nas outras normas com que se relaciona.

Em linhas gerais, conforme ensina Gadamer, “*essa construção percorre muitas estações, passa pela decifração de letras particulares, pela correta articulação da formação vocabular e, por fim, se mostra como uma reunião do todo, no qual a pluralidade de sinais é unificada e concebida*”.⁴³

Paulo de Barros Carvalho propõe um modelo de construção de sentido a partir dos textos do direito positivado, decompondo-os em quatro subsistemas, todos eles qualificados como jurídicos. São eles: (i) o plano da literalidade do texto normativo, (ii) o plano da significação dos enunciados prescritivos; (iii) o plano da articulação das significações normativas; e, (iv) o plano da sistematização das normas jurídicas.

42 **Curso de direito tributário**, p. 99.

43 Hans-Georg Gadamer. **Hermenêutica em retrospectiva**, p. 119.

O cruzamento entre estes subsistemas nos permitirá a construção da norma jurídica, ou, em outras palavras, a interpretação do direito. Vejamos, portanto, como se dá este trânsito, partindo, por óbvio, do plano da literalidade do texto normativo.⁴⁴

1.2.4.1.1. O plano da literalidade do texto normativo

Tendo em vista que o texto tem um plano de expressão, de natureza material, e um plano de conteúdo, por onde efetivamente ingressa a subjetividade do agente para compor as significações da mensagem, nada mais lógico do que o processo de interpretação ter início nesse plano material, ou, nas palavras de Paulo de Barros Carvalho, no plano da expressão ou da literalidade textual, suporte físico das significações do direito.

Nesse momento, o intérprete tem um primeiro contato com o suporte físico, o texto em sua literalidade textual, assim compreendido como o conjunto de letras, palavras, frases, períodos e parágrafos, graficamente manifestados nos documentos jurídicos.

O foco da interpretação gira em torno dos critérios que definem o arranjo dos signos jurídicos, tais como a boa disposição das palavras e a própria conexão das palavras nas sentenças. Como leciona Paulo de Barros Carvalho:

Prosseguindo-se, pode-se, perfeitamente, colocar a literalidade textual como centro dos nossos interesses cognoscitivos, deixando suspensa a atenção para o plano de conteúdo, e assim focalizar a presença morfológica das unidades empregadas pelo emissor, as partículas de conexão e a maneira como se tecem as combinações sintáticas que aproximam os vocábulos, formando as frases, os períodos e os parágrafos. Os textos jurídico-positivos, nessa dimensão de análise, vão constituir conjuntos finitos de enunciados prescritivos racionalmente organizados na forma de sistema.⁴⁵

Nesse primeiro plano, como facilmente perceptível, o intérprete se vale, basicamente, dos métodos gramatical e lógico. Como esclarece Miguel Reale:

A lei é uma realidade morfológica e sintática que deve ser, por conseguinte, estudada do ponto de vista gramatical. É da gramática – tomada esta palavra no sentido mais amplo – o primeiro caminho que o intérprete deve percorrer para dar-nos o sentido rigoroso de uma norma legal. Toda lei tem um significado e

44 É importante ter em mente que inexistente uma linha divisória entre esses subsistemas; a passagem de um plano para outro é automática e constante. Geralmente, se dá de forma concomitante, de forma que, enquanto o intérprete está organizando sintaticamente o texto, uma significação já é criada em sua mente e relacionada a outros enunciados. A divisão ora realizada busca, tão somente, elucidar, com melhor clareza esse processo interpretativo.

45 **Curso de direito tributário**, p. 116.

um alcance que não são dados pelo arbítrio imaginoso do intérprete, mas são, ao contrário, revelados pelo exame imparcial do texto.⁴⁶

O texto se apresenta como o único dado objetivo para os integrantes da comunidade comunicacional; é a única oportunidade em que o intérprete tem contato com o suporte físico, como algo objetivado. Nesse momento, ele organiza o texto morfológica e sintaticamente, a fim de construir enunciados prescritivos. No entanto, nessa fase, embora as palavras já possuam sentido, ainda não podem ser vistas como integrantes de um enunciado.⁴⁷

1.2.4.1.2. O plano da significação dos enunciados prescritivos

Subsequente ao plano sintático, no qual o intérprete se atém, como já dito, ao plano material, há o ingresso ao plano da semântica, do conteúdo propriamente dito, quando o intérprete, *“tendo isolado a base física do texto que pretende compreender, estabelecendo, por esse modo, o primeiro contacto com o sistema objetivado das literalidades, avança agora disposto a atribuir valores unitários aos vários signos que encontrou justapostos, selecionando significações e compondo segmentos portadores de sentido”*.⁴⁸

Nesta fase, o intérprete busca a obtenção do significado de cada enunciado,⁴⁹ tomado de forma isolada. Ou seja, a partir das fórmulas linguísticas, dos textos enquanto suporte físico, o intérprete alcança a determinação de seu conteúdo normativo: percorre-se um caminho dos significantes aos significados.

O intérprete, ao se ver diante de um enunciado qualquer, constrói uma significação para aquele suporte físico, o que só se faz possível após um exame prévio da própria composição formal do enunciado. Por certo, a significação obtida levará em conta os valores e o conhecimento prévio do intérprete. Nesse momento, é muito utilizado os métodos histórico e teleológico, a fim de se descobrir os significados dos enunciados.

46 **Lições preliminares de direito**, p. 281.

47 Imperioso observar que no plano do sistema da literalidade textual o intérprete, ao travar contato com o texto, acaba invadindo o plano do conteúdo. No entanto, o foco, naquele momento, ainda não é a significação obtida por meio da compreensão do texto.

48 Paulo de Barros Carvalho. **Curso de direito tributário**, p. 119.

49 A acepção de “Enunciado” por nós adotada é a mesma a que se refere Paulo de Barros Carvalho, ou seja, ele deve ser compreendido como *“o produto da atividade psicofísica de enunciação. Apresenta-se como um conjunto de fonemas ou de grafemas que, obedecendo a regras gramaticais de determinado idioma, consubstancia a mensagem expedida pelo sujeito emissor para ser recebida pelo destinatário no contexto da comunicação”* (**Curso de direito tributário**, p. 119).

Contudo, podemos afirmar, que o processo interpretativo não tem fim com a obtenção da significação do enunciado, tomado de forma isolada, sendo esta tão somente uma fase daquele. Há, em seguida, a necessidade de contextualização dos conteúdos obtidos pelo processo gerativo de sentido, a fim de que se produza unidades completas de sentido para as mensagens deônticas. Afinal, “se destacamos uma única parte de um texto de seu contexto, ele emudece”.⁵⁰

Nessa fase do processo interpretativo é muito comum o surgimento de questões de ordem semântica, pertinentes ao próprio significado das palavras individuais ou de sentenças prescritivas, tais como problemas decorrentes da ambiguidade ou vaguidade, do qual não nos ocuparemos, todavia, por não fazer parte do objeto do presente estudo.

No entanto, vale observar que os vocábulos particulares, enquanto tais, não têm sentido algum. “*O sentido só surge, quando ele emerge para alguém, somente quando alguém lê com compreensão o todo da escrita. Ele só encontra o acento correto quando ele se dispõe a continuar sendo lido com compreensão*”.⁵¹ Ou seja, embora nesse plano da significação, os enunciados já se apresentem como frases dotadas de sentido, eles permanecem na expectativa de juntar-se a outras unidades, a fim de encerrar uma unidade completa de significação deôntica.

1.2.4.1.3. O plano da articulação das significações normativas

Até agora, o intérprete nada mais possui do que significações obtidas por meio de enunciados soltos, fora de contexto, e sem qualquer vínculo capaz de relacioná-los. Faz-se preciso, portanto, a coordenação dos enunciados, a fim de se obter a “unidade irreduzível de manifestação do deôntico”, que é sintetizada por Paulo de Barros Carvalho:

É que os comandos jurídicos, para terem sentido e, portanto, serem devidamente compreendidos pelo destinatário, devem revestir um *quantum* de estrutura formal. (...)

Em simbolismo lógico, teríamos: $D[f \rightarrow (S'R S'')]$, que se interpreta assim: deve ser que, dado o fato F, então se instale a relação jurídica R, entre os sujeitos S' e S''. Seja qual for a ordem advinda dos enunciados prescritivos, sem esse esquema formal inexistirá possibilidade de sentido deôntico completo.⁵²

50 Hans-Georg Gadamer. **Hermenêutica em retrospectiva**, p. 123.

51 Idem, ibidem, p. 119.

52 **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**.

Como se vê, embora os enunciados detenham força prescritiva, em muitos casos, esse teor prescritivo não basta, ficando na dependência de integrações em unidades normativas, com mínimos deônticos completos, para, com isso, alcançar o *status* de norma jurídica.

A partir do momento em que o intérprete começa a fazer essa junção entre os enunciados a fim de construir a norma jurídica, estaremos diante de uma nova fase do processo de interpretação – plano da articulação das significações normativas –, na qual são construídas as normas jurídicas: aparecerão significações de enunciados que realizam o antecedente da regra jurídica, bem como aqueles que prescrevem condutas intersubjetivas, contidas no consequente, realizando o *minimum* do dever-ser.

Mas também nesse plano a tarefa exegética se desenvolve em intervalos, conforme ensina Paulo de Barros Carvalho:

Mas, também nele, a tarefa se desenvolve em intervalos sequenciais, porque o contacto inicial com o sentido da entidade normativa é insuficiente para outorga derradeira de sua significação. Tornam-se imprescindíveis, nesse nível da elaboração exegética, uma série de incursões aos outros dois sistemas, na atividade ingente de procurar significações de outras sentenças prescritivas que, por imposição da hierarquia constitucional, não podem estar ausentes do conteúdo semântico da norma produzida. É precisamente na amplitude dessas idas e vindas aos sistemas S1 e S2 que o sujeito gerador do sentido vai incorporando as diretrizes constitucionais.⁵³

Como bem se vê, durante esse processo de criação da norma jurídica, o intérprete ingressa nos outros subsistemas a fim de poder obter sua significação. Para tanto, ele acaba valendo-se de vários métodos: literal, lógico, histórico e teleológico e também o sistemático, dentro do contexto dos enunciados por ele utilizados.

Ocorre que, da mesma forma que a obtenção de significação dos enunciados tomados isoladamente não conclui o processo interpretativo, também a construção da norma jurídica, a partir dos enunciados não põe termo a esse processo, sendo imprescindível a sua contextualização dentro do ordenamento jurídico.⁵⁴ Não são outras as lições de Gadamer:

A mesma linguagem escrita pode representar termos de uma significação totalmente diversa. A significação respectiva só se determina a partir do

53 **Curso de direito tributário**, p. 132.

54 Frise-se, por oportuno, que entendemos “ordenamento jurídico” como sinônimo de “sistema jurídico”, consoante será demonstrado em momento oportuno.

contexto. Só denominamos textos aquilo que pode ser lido e relido. Um texto é a unidade de um tecido e se apresenta como um todo em sua textura – e não nos sinais escritos, nem tampouco nas unidades gramaticais da formação frasal. Todas essas coisas ainda não formam nenhum texto, a não ser que se trate de toda uma “composição escrita”, como denominamos de maneira perspicaz. No fundo, só compreendemos quando compreendemos totalmente e quando compreendemos o todo. Quem só compreende parcialmente pode ter compreendido de maneira totalmente falsa – e, então, não se sabe se se está de acordo ou como é que se deveria responder.⁵⁵

Assim, uma vez construída a norma, faz-se imprescindível um exame de todo o contexto no qual ela está envolta; uma análise sistemática da norma tendo em vista as outras normas contidas no ordenamento, a fim de que sejam analisados os critérios de subordinação e coordenação e, por conseguinte, sua efetiva entrada no sistema jurídico. Esse é o momento em que passamos para o plano da sistematização das normas jurídicas.

Antes de adentrarmos a esse momento, todavia, mostra-se importante, situar alguns problemas que surgem no plano da articulação das significações normativas. Embora o processo de construção da norma nos pareça, a uma primeira vista, muito simples, há casos em que esta construção se apresenta, inicialmente, vedada por obstáculos que surgem durante o processo interpretativo, como é o caso das chamadas lacunas na lei.

Uma primeira questão nos surge à mente ao tratarmos de lacunas: “seria a integração parte do processo interpretativo?” Com efeito, a resposta dada a essa indagação pode resolver esse problema. Nesse sentido, impende notar que, embora muitos doutrinadores pensem de forma distinta,⁵⁶ filiamo-nos novamente às lições de Paulo de Barros Carvalho no sentido de que a integração faz sim parte do processo interpretativo.

E ainda que quiséssemos, não poderíamos concluir de forma diferente, tendo em vista a premissa por nós adotada. Afinal, o intérprete se vale da integração no momento em que, diante de um determinado fato, não encontra, aparentemente, enunciados suficientes para construir uma norma para o caso. E falamos em “aparente” porque essa suposta impossibilidade de construção da norma não passa de uma aparência, de uma impressão. O

55 Gadamer. **Hermenêutica em retrospectiva**, p. 122.

56 Celso Ribeiro Bastos, em seus **Comentários à Constituição do Brasil**, distingue a interpretação da integração. Aquela transcorre, em seu entender, inserta no âmbito normativo, ou seja, trata-se de extrair a significação do preceito normativo diante de uma hipótese por ele regulada, ao passo que a integração cuida de encontrar uma solução normativa para uma hipótese que não se encontra regulada pela Lei Fundamental.

próprio sistema prevê um mecanismo de solução desse problema, ao determinar como deve ser a criação das normas.

Em se tratando de direito tributário, por exemplo, o artigo 108, do Código Tributário Nacional, determina à autoridade competente para aplicação da legislação tributária, o uso de analogia, princípios gerais de direito tributário e de direito público e equidade para construção da norma nessa hipótese, de modo que o intérprete, ao construir qualquer norma, estará cumprindo outra norma, aquela que determina o uso da integração.

1.2.4.1.4. O plano da sistematização das normas jurídicas

Retomando ao processo de construção da norma jurídica, verificamos um constante trânsito entre os planos anteriormente mencionados, na medida em que para se construir uma norma, faz-se imprescindível o exame sintático (da relação dos enunciados entre si) e mesmo semântico, sendo que é a partir dessa constante relação que o sentido vai sendo construído.

Ocorre que, da mesma forma que a obtenção de significação dos enunciados tomados isoladamente não conclui o processo interpretativo, também a construção da norma jurídica, a partir dos enunciados não põe termo a esse processo. Com efeito, uma vez estabelecida a norma, faz-se imprescindível um exame de todo o contexto no qual ela está envolta; uma análise sistemática da norma tendo em vista as outras normas contidas no ordenamento, momento no qual são analisados os critérios de subordinação e coordenação.

Nesta fase, prepondera uma interpretação sistemática, em que a norma jurídica criada no subsistema anterior será contextualizada pelo intérprete como parte integrante de algo maior que é o ordenamento jurídico, momento em que o intérprete pode deparar-se diante de um conflito entre normas, o que será examinado em momento oportuno, todavia.

Consoante nos ensina Paulo de Barros Carvalho, *“feitas tais operações lógicas de interpretação pelo exegeta, surgirá o texto da mensagem legislada, com a união do domínio do conteúdo dos níveis S2, S3 e S4 ao de expressão do nível S1”*.⁵⁷ E continua:

A interpretação só se completa quando faz surgir o sentido, inserido na profundidade do contexto e sempre impulsionada pelas fórmulas literais do

57 Curso de direito tributário, p. 129.

direito documentalmente objetivado. Esta é a razão para se concluir que “não há texto sem contexto”.⁵⁸

Como bem se vê, a interpretação sistemática assume importância ímpar no processo de interpretação do direito, de forma que toda e qualquer norma só pode ser aplicada se o intérprete analisá-la em conformidade com o sistema jurídico e as diversas outras normas que o compõem, solucionando, quando existente e conforme demonstrado adiante, eventuais conflitos verificados entre as normas.

Esta necessidade, de um exame sistemático, aliás, não passou despercebida por Geraldo Ataliba, que há muito tempo já afirmava que para se conhecer o direito, imprescindível uma visão sistemática, global, operacional e funcional do Direito como conjunto, como um todo:

De nada vale o conhecimento de uma seara, se se desconhece sua articulação com as demais. De pouco vale a familiaridade com certas informações, se não se as coordena com o universo do Direito, se não se sabe filiá-las, explicá-las e concatená-las com os fundamentos em geral, e com o todo sistemático onde inseridas.

É inútil o conhecimento que se limita à superfície do fenômeno jurídico, sem buscar penetrar seus fundamentos explicativos e justificativos.⁵⁹

1.2.4.2. A norma jurídica

1.2.4.2.1. Norma primária e secundária

Uma vez apreendido o processo de interpretação do direito, ou seja, o processo de criação da norma jurídica, afigura-se imprescindível sua classificação. Conforme dito alhures, a norma jurídica não se confunde com meros textos normativos. Estes são apenas os suportes físicos, meros enunciados linguísticos esparramados pelo papel, esperando que alguém lhe dê sentido. As normas são, portanto, o sentido atribuído pelo intérprete.

Fazendo uma breve digressão ao processo de interpretação do direito, temos que no plano da literalidade textual, o texto é visto como palavras soltas, plenas de sentido, que formam orações, mas cujo sentido ainda não é definido. Já no plano de significação dos enunciados prescritivos, o intérprete, uma vez organizado o texto, constrói proposições formuladas a partir daqueles enunciados, mas significações isoladas. Só num plano

⁵⁸ **Curso de direito tributário**, p. 129.

⁵⁹ Geraldo Ataliba, prefaciando o livro **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**, de Lourival Vilanova, p. XIII.

posterior, quando o intérprete contextualiza as significações obtidas, com a finalidade de produzir unidades dotadas de sentido jurídico que a norma jurídica surgirá. Esta será, então, portadora de uma estrutura hipotético-condicional na qual se encontra regulada a conduta humana em permitida (P), proibida (V) ou obrigatória (O).

A estrutura jurídica é composta de uma hipótese e uma tese. Aquela descritiva de um fato de possível ocorrência e esta prescritiva de uma relação jurídica, conforme nos ensina Paulo de Barros Carvalho:

A derradeira síntese das articulações que se processam entre as duas peças daquele juízo, postulando uma mensagem deontica portadora de sentido completo, pressupõe, desse modo, uma proposição-antecedente, descritiva de possível evento do mundo social, na condição de suposto normativo, implicando uma proposição-tese, de caráter relacional, no tópico do conseqüente. A regra assume, portanto, uma feição dual, estando as proposições implicante e implicada unidas por um ato de vontade da autoridade que legisla. E esse ato de vontade, de quem detém o poder jurídico de criar normas, expressa-se por um “dever-ser” neutro, no sentido de que não aparece modalizado nas formas “proibido”, “permitido” e “obrigatório”. “Se o antecedente, então deve-ser o conseqüente”. Assim diz toda e qualquer norma jurídico-positiva.⁶⁰

Como se vê, uma norma prescreve o que deve-ser. No entanto, como pondera Tarek Moyses Moussallem,⁶¹ nem sempre o que deve-ser corresponde ao que é. Ocorrendo esse descompasso, diz-se que a norma primária foi violada. Ocorre que o sistema, conhecendo a potencialidade desse descumprimento, estabelece um conjunto de normas (meios) para fazer frente a essa eventualidade. Estas normas, a que chamamos de normas secundárias, prevêm uma providência sancionatória aplicada pelo Estado-Juiz, no caso de descumprimento da conduta estabelecida pela primeira norma (norma primária).

Vemos, assim, que as regras do direito possuem feição dúplice: uma norma primária se ligando a uma norma secundária, significando a orientação de conduta, juntamente com a providência coercitiva para seu descumprimento. Afinal, como elucida Geraldo Ataliba, *“a estrutura das normas jurídicas é complexa; não é simples, não se reduz a conter um comando pura e simplesmente. Toda norma jurídica tem hipótese, mandamento e sanção”*.⁶²

60 **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**, p. 26.

61 **Fontes do direito tributário**, p. 70.

62 **Hipótese de incidência tributária**, p. 42.

1.2.4.2.2. Normas gerais e individuais, abstratas e concretas

As normas podem ser caracterizadas quanto à sua generalidade/individualidade e abstração/concretude. Embora a doutrina tradicional restrinja a análise da norma apenas ao seu antecedente, tal restrição não se justifica. Afinal, se a norma possui a estrutura lógica do condicional, ela reclama, também, atenção para o consequente.

Nessa ótica, a norma será abstrata ou concreta quando analisada sob o prisma do antecedente, pois poderá referir-se a situação de possível ocorrência ou que já ocorreu. O mesmo não se pode dizer do consequente, uma vez que a prescrição da conduta devida deve, necessariamente, se dar em termos abstratos.

Assim, a norma será abstrata quando prever uma situação de possível ocorrência, e concreta quando a situação fática descrita numa norma abstrata ocorrer na realidade empírica, sendo revestida em linguagem competente.

Já no que tange à sua generalidade e individualidade, a norma deve ser analisada sob o prisma do consequente, pois nele que se encontra prevista a instauração de uma relação jurídica. Assim, a norma é geral quando o sujeito passivo é indeterminado e, individual, quando os sujeitos são perfeitamente determinados.

Essa distinção entre normas gerais e individuais, abstratas e concretas mostra-se importante, na medida em que o processo de produção das normas jurídicas, é caracterizado pela passagem da abstração e generalidade para a concretude e individualidade das normas jurídicas. Nesse sentido, são os ensinamentos de Paulo de Barros Carvalho:

Caracteriza-se o processo de positivação exatamente por esse avanço em direção ao comportamento das pessoas. As normas gerais e abstratas, dada sua generalidade e posta sua abstração, não têm condições efetivas de atuar num caso materialmente definido. Ao projetar-se em direção à região das interações sociais, desencadeiam uma continuidade de regras que progridem para atingir o caso especificado. E nessa sucessão de normas, baixando incisivamente para o plano das condutas efetivas, que chamamos “processo de positivação do direito”, *entre duas unidades estará sempre o ser humano praticando aqueles fatos conhecidos como fontes de produção normativa*. Vale repetir que é o homem que movimenta as estruturas do direito, sacando de normas gerais e abstratas outras gerais e abstratas, gerais e concretas, individuais e abstratas e individuais e concretas, para disciplinar juridicamente os comportamentos intersubjetivos”.⁶³

63 **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**, p. 36.

Como se vê, o direito cria suas próprias normas através de outras normas. No entanto, essa aplicação do direito não é automática e infalível, mas depende do intérprete como única pessoa habilitada para conversão em linguagem competente.

1.3. Sistema jurídico

1.3.1. Noção de sistema

A todo momento temos feito referência ao sistema jurídico. No entanto, para uma melhor compreensão das ideias até agora esposadas faz-se imperioso estabelecer, tal como fizemos em relação ao conceito de direito, também a definição por nós adotada de *sistema jurídico*.

Esta tarefa, todavia, não pode ser realizada sem que adentremos, primeiramente, ao próprio conceito de *sistema*. Com efeito, o mencionado vocábulo suscita diversas significações. Consultando o dicionário da língua portuguesa, encontramos cerca de quinze acepções diferentes. Vejamos:

sistema

sis.te.ma

sm (gr systema) 1 Conjunto de princípios verdadeiros ou falsos, donde se deduzem conclusões coordenadas entre si, sobre as quais se estabelece uma doutrina, opinião ou teoria. 2 Corpo de normas ou regras, entrelaçadas numa concatenação lógica e, pelo menos, verossímil, formando um todo harmônico. 3 Conjunto ou combinação de coisas ou partes de modo a formarem um todo complexo ou unitário: Sistema de canais. 4 Qualquer conjunto ou série de membros ou elementos correlacionados: Sistema de força. 5 Hábito ou costume peculiar de cada criatura. 6 Processo de classificação dos seres pertencentes à História Natural. 7 Biol Conjunto de órgãos destinados a idênticas funções fisiológicas. 8 Série de leis e de princípios a que obedece certo número de fenômenos naturais. 9 Astr Grupo de corpos celestes associados e agindo em conjunto, segundo determinadas leis naturais: Sistema solar. 10 Método, combinação de meios, de processos destinados a produzir certo resultado; plano. 11 Anat Conjunto de órgãos compostos pelos mesmos tecidos e destinados a funções análogas. 12 Geol Modo do conjunto de formações sedimentares que correspondem a um período geológico. 13 Mús Reunião dos intervalos musicais elementares, compreendidos entre dois limites sonoros extremos e apreciáveis ao ouvido. 14 Método, modo, forma. 15 Agrupamento de partes coordenadas, dependentes umas das outras, qualquer que seja o assunto ou obra de que se trata.

Analisando os inúmeros significados da palavra “sistema”, percebemos um denominador comum, se não a todas, pelo menos à maioria das definições obtidas: ele denota um conjunto de partes relacionadas entre si.

Não é outro o entendimento de Lourival Vilanova, para quem “*sistema implica ordem, isto é, uma ordenação das partes constituintes, relações entre as partes ou elementos. As relações não são elementos do sistema. Fixam, antes, sua forma de composição interior, sua modalidade de ser estrutura*”.⁶⁴

Também Tércio Sampaio Ferraz Junior qualifica o sistema como “*um complexo que se compõe de uma estrutura e um repertório*”.⁶⁵ Com esse entendimento concordamos, em que pese às acepções contrárias.⁶⁶ Assim, onde houver um conjunto de elementos, relacionados entre si e aglutinados perante uma referência determinada, teremos a noção fundamental de sistema.⁶⁷

1.3.2. Sistema jurídico

Partindo do significado de sistema como um conjunto de elementos, relacionados entre si, verificamos que também o ordenamento jurídico é um sistema, em que as normas compõem aquilo a que Tércio chamou de “repertório”, sendo a “estrutura” formada pelas relações estabelecidas entre elas, relações estas que Paulo de Barros Carvalho expõe com maestria:

Suas normas estão dispostas numa estrutura hierarquizada, regida pela fundamentação ou derivação, que se opera tanto no aspecto material quanto no formal ou processual, o que lhe imprime possibilidade dinâmica, regulando, ele próprio, sua criação e suas transformações. Examinando o sistema de baixo para cima, cada unidade normativa se encontra fundada, *material e formalmente*, em normas superiores. Invertendo-se o prisma de observação, verifica-se que das regras superiores derivam, *material e formalmente*, regras de menor hierarquia.⁶⁸

64 **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo.** São Paulo: Noeses, 2005, p. 162.

65 **Introdução ao estudo do direito,** p. 176.

66 A propósito impende observar o posicionamento de Maria Helena Diniz para quem o sistema “*é o aparelho teórico mediante o qual se pode estudar a realidade. É, por outras palavras, o modo de ver, de ordenar, logicamente, a realidade, que, por sua vez, não é sistemática*”. **Conflitos de normas,** p. 8.

67 Paulo de Barros Carvalho. **Curso de direito tributário,** p. 135.

68 Idem, *ibidem*, p. 143.

O sistema normativo é, assim, formado pela conjugação harmônica de seus elementos, através de uma composição hierarquizada, coerente e sistemática das normas que o compõem.⁶⁹

Em que pese filiar-mo-nos a esse entendimento, impende atentar para a controvérsia que gira em torno dessa matéria. Não são poucos os doutrinadores que concebem o ordenamento jurídico como algo distinto de sistema jurídico. Compartilham desse entendimento, Maria Helena Diniz⁷⁰ e Gregório Robles Morchon, entendendo este último que:

(...) el ordenamiento es el texto jurídico en bruto en su totalidad, compuesto por textos concretos, los cuales son el resultado de decisiones concretas”,⁷¹ ao passo que o “sistema es resultado de la elaboración doctrinal o científica del texto bruto del ordenamiento. El sistema implica la ordenación del material jurídico y su interpretación. Es la presentación del Derecho de una manera sistemática, conceptualmente depurada, libre de contradicciones y de ambigüedades.”⁷²

Salienta Paulo de Barros Carvalho⁷³ que aqueles que compactuam com a citada distinção o fazem por acreditar que o ordenamento seria o texto bruto, o conjunto ou a totalidade das mensagens legisladas, que integrariam um domínio heterogêneo, uma vez que produzidas em tempos diversos e em diferentes condições de aparecimento, não alcançando assim o *status* de sistema. Este termo seria reservado para designar a contribuição do cientista, a atividade do jurista que compõe as partes e outorga ao conjunto o sentido superior de um todo organizado.

Ou seja, para aqueles que diferem “ordenamento” e “sistema”, o sistema jurídico seria restrito à ciência do direito e não ao direito positivo, que não alcançaria tal *status*. Não compactuamos com tal distinção, todavia. Afinal, o direito positivo possui aquele mínimo de racionalidade inerente às entidades lógicas, de que o ser sistema é uma das formas, de modo que entendemos coexistentes o sistema da ciência do direito e o do direito positivo, na linha de Lourival Vilanova:

69 Fábio Bauab Boschi. Conflito de normas constitucionais, **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, vol. 4, p. 41.

70 “Do exposto, pode-se concluir que o direito não é um sistema jurídico, mas uma realidade que pode ser estudada de modo sistemático pela ciência do direito” (**Conflito de normas**, p. 8).

71 **Teoría del derecho (fundamentos de la teoría comunicacional del derecho)**, p. 111.

72 Idem, p. 113.

73 **Direito tributário, linguagem e método**, p. 212.

No campo do Direito, o termo sistema se emprega em dois planos, como vimos: no da ciência e no do objeto. Com a particularidade: o Direito-objeto contém, como capa essência constituinte sua, as proposições, que são entes lógicos, cujo veículo expressional adequado é a linguagem. Sendo linguagem proposicional, as partes se inter-relacionam na forma superior de sistema, que é, formalmente, um conjunto. Um conjunto cujos elementos são entes lógicos, com seu critério-de-pertinencialidade ao conjunto. Dissemos: *o Direito mesmo, como ente, contém o logos como capa ontológica*. Então, a *forma-de-sistema* reside no Direito-objeto, como reside na Ciência-do-Direito, porquanto o *logos proposicional* (e suas formas argumentais ou referenciais) está presente nos dois planos.⁷⁴

Enquanto o sistema do direito posto é formado por proposições prescritivas, o sistema da ciência do direito, por proposições descritivas. No primeiro, a sistematização provém do ato de vontade, ao passo de que, no segundo, de um ato de conhecimento.

Nessa ótica, o ordenamento jurídico poderia ser caracterizado como um sistema proposicional nomoempírico prescritivo, consoante nos ensina Marcelo Neves.⁷⁵

Dentro do sistema global do Direito, (o ordenamento jurídico) apresenta-se como sistema parcial (subsistema) de caráter nomoempírico e função prescritiva. O caráter nomoempírico distingue-o dos sistemas nomológicos (lógicos e matemáticos), pois são-lhe relevantes os dados da experiência. A sua função prescritiva (normativa), incluindo-o na ordem da *práxis*, diferencia-o dos sistemas nomoempíricos teóricos (descritivos), insertos na ordem da gnose. Isto porque, ao contrário dos sistemas nomoempíricos descritivos, o ordenamento jurídico é não apenas aberto aos dados da experiência e por eles condicionado, mas exerce também a função principal de controlá-los e dirigi-los diretamente.⁷⁶

Podemos dizer, assim, que, dentro do sistema jurídico brasileiro, teremos várias normas, de natureza constitucional, processual, tributária, administrativa, dentre outras, se relacionando constantemente, em uma estrutura hierarquizada, em que a norma constitucional encontra-se no topo da pirâmide.

As características do sistema jurídico são bem resumidas por Tácio Lacerda Gama:

Transportando as idéias acima para o sistema de direito positivo, podemos afirmar o seguinte: i. o sistema de direito positivo é composto por elementos (repertório) que se relacionam (estrutura); ii. Os elementos são normas jurídicas; iii. A unidade das normas jurídicas é determinada pelo valor semântico que lhe é

74 **Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**, p. 161/162.

75 Marcelo Neves distingue os sistemas em reais (constituídos por objetos do mundo físico e social) ou proposicionais (constituídos por proposições). Estes últimos são subdivididos em sistemas proposicionais nomológicos (onde as partes componentes são entidades ideais) ou nomoempíricos (as partes são formadas por proposições com referência empírica, que podem ser descritivas, no caso da ciência do direito; ou, prescritivas, como é o caso do direito).

76 **Teoria da inconstitucionalidade das leis**, p. 16.

atribuído; iv. O sistema jurídico contém proposições que regulam a conduta humana de maneira coercitiva; v. para ser uma unidade do sistema a norma deve prescrever uma ordem coercitiva e indicar as circunstâncias em que essa ordem se torna devida, assim como os efeitos prescritos para o seu descumprimento; vi. Sem que o significante *norma* esteja em relação com os significados necessários à regulação da conduta, não podemos falar em norma jurídica como unidade do sistema.⁷⁷

Para o presente estudo, todavia, não basta nos limitarmos a estas reflexões, mas é preciso ir além. Partindo da premissa que o sistema jurídico é formado por normas, dispostas numa estrutura hierarquizada, em constante relação de subordinação e coordenação, faz-se importante adentrar ao seu caráter unitário e, ainda, examinar se o sistema jurídico é completo e coerente.

1.3.2.1. A unidade do sistema jurídico

No que tange à unidade do sistema jurídico, ela é facilmente perceptível pela própria existência da norma fundamental como fundamento de validade da constituição positiva. Todas as normas dela derivam. Kelsen bem demonstra esta unidade, por meio da noção de norma hipotética fundamental, na medida em que como ela “*é o fundamento de validade de todas as normas pertencentes a uma e mesma ordem jurídica, ela constitui a unidade na pluralidade destas normas*”.⁷⁸ Sem a norma fundamental, observa Bobbio,⁷⁹ as normas consistiriam um amontoado, não um ordenamento.

O mesmo entendimento é perfilhado por Marcelo Neves:

(...) a unidade é conferida pelo núcleo normativo que institui os órgãos e/ou fatos (costumeiros) básicos de produção jurídica. Isto é, a unidade resulta da possibilidade de qualquer norma do ordenamento derivar, regular ou irregularmente, desde núcleo. Isto porque as normas entram no sistema através de um órgão ou fato (costumeiro) previsto direta ou indiretamente no núcleo originário.⁸⁰

Não há dúvidas, portanto, de que o sistema jurídico é unitário, exercendo a Carta Magna papel fundamental na dinâmica do sistema, uma vez que nela estão traçadas as características dominantes das várias instituições que a legislação comum posteriormente

77 **Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade**, p. 9/10.

78 **Teoria pura do direito**, p. 228.

79 **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 49.

80 **Teoria da inconstitucionalidade das leis**, p. 23.

desenvolverá. Sua existência imprime, pois, caráter unitário ao conjunto e a multiplicidade de normas, o timbre de homogeneidade.⁸¹

1.3.2.2. A completude do sistema jurídico

Se por um lado o caráter unitário do Sistema Jurídico é incontestado, por outro, a completude é questão polêmica. Consoante nos ensina Norberto Bobbio, “um ordenamento é completo quando o juiz pode encontrar nele uma norma para regular qualquer caso que se lhe apresente, ou melhor, não há caso que não possa ser regulado com uma norma tirada do sistema”.⁸²

A problemática da completude do sistema jurídico está intrinsecamente relacionada ao problema das lacunas da lei, e como esta é vista. Se entendermos como Celso Ribeiro Bastos no sentido de que “a integração se faz necessária toda vez que por via da interpretação não se consiga encontrar uma solução normativa para uma dada hipótese concreta”,⁸³ então somos obrigados a considerar que o sistema jurídico não é completo. Afinal, no entender deste ilustre jurista, a integração é um fenômeno posterior à própria interpretação e decorrente de uma situação que não estaria normatizada.

No entanto, não concordamos com tal premissa. Afinal, conforme posicionamento externado linhas atrás, consideramos que a integração faz parte do processo interpretativo, em que o intérprete autêntico cria a norma que ingressará no ordenamento jurídico, completando este. Concordamos, assim, com Lourival Vilanova, no sentido de que “o Direito, como todo, como totalidade, por assim dizer, em movimento, em rigor é incompleto mas potencialmente integrável, tem completabilidade”.⁸⁴

Ele é incompleto na medida em que as normas são criadas pelo intérprete a todo momento em que se faz necessária a normatização de uma conduta. No entanto, o sistema jurídico não permanece incompleto, eis que à medida que os fatos vão se concretizando, o intérprete vai criando normas. Esse é o caso, por exemplo, de um fiscal ao verificar a omissão de rendimentos de um determinado contribuinte. Subsumindo o fato à norma, ele

81 Paulo de Barros Carvalho. **Direito tributário, linguagem e método**, p. 214.

82 **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 115.

83 **Hermenêutica e interpretação constitucional**, p. 63.

84 **Estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**, p. 219.

vai criar uma norma individual e concreta, formalizada pelo lançamento. Do mesmo modo, o juiz, ao sentenciar, cria uma norma individual e concreta.

A esse propósito, observa Lourival Vilanova⁸⁵ que o ordenamento jurídico só é algo feito e concluso na aparência: ele é algo se fazendo a todo instante, uma vez que as normas gerais não são completas, mas estruturas cujos quadros normativos vão-se completando, com outras normas integradoras.

A propósito, cumpre frisar que o órgão jurisdicional não pode recusar-se a julgar sob o argumento de que inexistente norma genérica em que se aloje a concreção de um determinado fato. Para tanto, o ordenamento jurídico prevê uma série de normas que regulam o próprio processo de produção normativa – inclusive normas de integração –, as quais, incontestavelmente devem ser observadas pelo órgão jurisdicional.

Como pondera novamente Lourival Vilanova, “Se o caso concreto a julgar na controvérsia não se aloja inteiramente em norma geral, por conter um *novum* inesperado e imprevisível, como o juiz não pode deixar de julgar, emite norma individual, fundado em algum tipo de argumento, ou saca princípio geral implícito no sistema e aplica-o no construir a norma individual.”⁸⁶

Kelsen bem atenta para o equívoco da teoria das lacunas:

Essa teoria é errônea, pois funda-se na ignorância do fato de que, quando a ordem jurídica não estatui qualquer dever de um indivíduo de realizar determinada conduta, permite esta conduta. A aplicação da ordem jurídica vigente não é, no caso em que a teoria tradicional admite a existência de uma lacuna, logicamente impossível. Na verdade, não é possível, neste caso, a aplicação de uma norma jurídica singular. Mas é possível a aplicação da ordem jurídica – e isso também é aplicação do Direito. A aplicação do Direito não está logicamente excluída.⁸⁷

O posicionamento de Kelsen é duramente criticado por Celso Ribeiro Bastos.⁸⁸ No entanto, com esta crítica não concordamos. Novamente nos valemos das lições de Lourival

85 **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**, p. 219.

86 *Idem*, p. 215.

87 **Teoria pura do direito**, p. 273.

88 Veja, a propósito, os comentários de Celso Ribeiro Bastos: “É fácil perceber-se que, diante de uma regra dessa natureza, o ordenamento jurídico tornar-se-ia onipresente. Isto é, uma solução a qual não importa o comportamento ou a situação fenomênica: tudo que existisse ou acontecesse cairia em uma das duas categorias jurídicas. A primeira seria composta das normas que forma o direito positivado, e a segunda resultante da positivação jurídica, mas presente em todo ordenamento

Vilanova⁸⁹ no sentido de que em possuindo o juiz o dever jurídico de julgar qualquer caso, ainda que seja para declarar que o caso não corresponde *fattispecie abstrato* relacionado como pressuposto de conduta proibida ou conduta obrigatória, então só lhe resta a declaração de que ele é permitido, o que é um juízo jurídico, pertencente ao sistema jurídico, como totalidade dinâmica.

Consideramos, portanto, que o sistema jurídico é incompleto, mas potencialmente integrável, tem completabilidade.

1.3.2.3. A coerência do sistema jurídico

Também a coerência – ou consistência – do sistema jurídico é tema que merece ser abordado no presente trabalho. Antes, todavia, de se examinar se o sistema jurídico é consistente ou não, mostra-se imprescindível a definição de consistência, para o que valemo-nos das lições de Tércio Sampaio Ferraz Junior, segundo ele “*por consistência deve ser entendida a inoccorrência ou a extirpação de antinomias, isto é, da presença simultânea de normas válidas que se excluem mutuamente*”.⁹⁰

Conforme observa Kelsen, “*não pode naturalmente negar-se a possibilidade de os órgãos jurídicos efetivamente estabelecerem normas que entrem em conflito umas com as outras*”.⁹¹ Também este é o posicionamento de Fabiana Del Padre Tomé, para quem a observação do sistema jurídico revela a existência de “*contradições entre os elementos que o compõem, o que faz cair por terra a teoria que considera ser a coerência essencial ao sistema*”.⁹²

De fato e como bem observa Ricardo Regis Laraia,⁹³ os conflitos são quase inevitáveis nas sociedades modernas, onde a atividade legislativa é desenvolvida em vários níveis e por diversos órgãos simultaneamente, e nas quais a produção de leis em diferentes

jurídico, que tornaria os comportamentos e as situações não contemplados, permitidos juridicamente.

É óbvio que não se ignora que, na verdade, existem preceitos normativos com caráter permissivo. O que não se apresenta correto é admitir a existência de uma permissão decorrente de simples postulação filosófica” (**Hermenêutica e interpretação constitucional**, p. 65).

89 **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**, p. 217.

90 **Introdução ao estudo do direito**, p. 206.

91 **Teoria pura do direito**, p. 228.

92 A averbação de bens previstas no art. 615-A do Código de Processo Civil e suas implicações na disciplina das execuções fiscais (artigo inédito).

93 **Sistema jurídico e antinomias de normas**, p. 193.

épocas pode levar o legislador ao descuido ou ao esquecimento, terminando por editar leis confrontantes com outras sobre a mesma matéria. Alie-se a isto, a complexidade decorrente do crescimento cada vez maior dos ordenamentos jurídicos, que é campo propício para o surgimento de incoerências normativas.

Não há dúvidas, portanto, de que o sistema jurídico concebe a possibilidade de contradição entre seus elementos, o que nos leva a entender que a coerência – ou consistência – não é característica fundamental do sistema.

A propósito, pondera Paulo de Barros Carvalho, que, embora os sistemas costumem prever critérios para eliminar tais deficiências, em face de dois preceitos contraditórios, ainda que o aplicador escolha uma das alternativas, *“remanesce a contradição, que somente cessará de haver, quando uma das duas regras tiver sua validade cortada por outra norma editada por fonte legítima do ordenamento”*.⁹⁴

Estamos com os mencionados Autores, por considerarmos os conflitos de normas perfeitamente possíveis de ocorrência são no seio do sistema jurídico. Consideramos, contudo, que as antinomias se afiguram como um problema comunicacional que surge no decorrer do processo interpretativo, devendo, portanto, ser solucionado pelo intérprete, sempre tendo em vista os valores consolidados pelo ordenamento jurídico por meio de suas normas.

1.3.3. Antinomia jurídica

1.3.3.1. Configuração da antinomia

No tópico anterior, esposamos a ideia de que a antinomia é um problema que pode surgir ao longo do processo de interpretação. Para que, todavia, se possa examinar esse problema, faz-se preciso estabelecer em que consiste, efetivamente, a antinomia jurídica.

A doutrina tem sido unânime em afirmar que a antinomia é o conflito de normas, isto é, *“é a presença de duas normas conflitantes, sem que se possa saber qual delas deverá ser aplicada ao caso singular”*.⁹⁵ Em outras palavras, existe inconsistência entre

94 **Curso de direito tributário**, p. 11.

95 **Conflito de normas**, p. 19.

duas normas quando são imputados efeitos jurídicos incompatíveis às mesmas condições fatuais.⁹⁶

Tércio Sampaio Ferraz Junior⁹⁷ elenca três condições necessárias para a configuração da antinomia. São elas: (i) que as normas que expressem ordens ao mesmo sujeito emanem de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo, (ii) que as instruções dadas ao comportamento do receptor se contradigam, pois, para obedecê-las, ele deve também desobedecê-las; e (iii) que o sujeito fique em uma posição insustentável, isto é, que não possua qualquer recurso para livrar-se dela.

Em que pese a brilhante exposição do citado Autor, não elencamos tais características como essenciais para a configuração da antinomia. Afinal, caracterizando-se ela por ser uma falha no processo comunicacional,⁹⁸ certo é que só se verifica no âmbito do processo interpretativo e, para tanto, pressupõe que o intérprete verifique a existência de duas normas conflitantes. Se as normas são emanadas de autoridades competentes num mesmo âmbito normativo ou não, será questão estudada no momento da solução da antinomia. Daí porque também não concordamos com a exigência de que o sujeito fique em uma posição insustentável, para caracterização da antinomia, pois ela será sempre solucionável, por mais difícil que possa parecer.

Adotando-se, por sua vez, a definição de Alf Ross, teríamos antinomia sempre que duas ou mais normas distintas apresentassem o mesmo antecedente que uma vez concretizado implicaria consequências distintas e incompatíveis. Assim, teríamos uma norma N1, prescrevendo “dado a ocorrência do fato *f*, então deve ser a instauração da relação jurídica *q*” em contraposição a uma norma N2, prescrevendo “dado a ocorrência do fato *f*, então deve ser a instauração da relação jurídica *q*’.”

96 Alf Ross, **Direito e Justiça**, p. 158.

97 “Podemos definir, portanto, antinomia jurídica 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” (**Introdução ao estudo do direito**, p. 212).

98 Conforme demonstraremos adiante.

Também Riccardo Guastini⁹⁹ aponta a existência de antinomia sempre que, num mesmo sistema jurídico uma ou mais normas prevejam que, para uma determinada hipótese sejam previstas duas consequências jurídicas distintas.

Segundo essa concepção, concebemos a antinomia como um problema comunicacional que surge durante o processo interpretativo do direito, por meio do qual são verificadas, no interior do sistema, duas ou mais normas conflitantes, impedindo a própria aplicação do direito.

A propósito, Bruno Boaventura, observa o posicionamento de Marcos Fabus Quintiliano, para quem a antinomia seria um problema semântico:

Marcus Fabus Quintiliano, conforme José Rodrigues de Rivera, definiu que a antinomia jurídica é do tipo semântica. As construções subjetivas da intenção do texto da lei feito pelas partes interessadas remetem à antinomia quando as concluem por sentidos opostos. A antinomia jurídica seria uma manifestação de um conflito comunicacional, um problema da construção de interpretações antagônicas de um mesmo dado lingüístico.¹⁰⁰

Vimos, a propósito, que o processo de construção da norma passa por vários planos: (i) o plano da literalidade do texto normativo, momento em que o intérprete organiza o texto morfológica e sintaticamente a fim de construir enunciados prescritivos; (ii) o plano da significação dos enunciados prescritivos, quando, a partir dos textos, o intérprete alcança a significação dos enunciados tomados de forma isolada; (iii) o plano da articulação das significações normativas, em que o intérprete conjuga os diversos enunciados a fim de obter mínimos deônticos completos, construindo, com isso, a norma jurídica; e (iv) o plano da sistematização das normas jurídicas, oportunidade em que o intérprete contextualiza a norma criada dentro do sistema jurídico, construindo, em definitivo, o seu sentido.

Partindo dessa premissa, a antinomia de normas se verificará no plano da sistematização das normas jurídicas, quando o intérprete, após construir a norma verifica a existência, no ordenamento, de uma outra norma, prevendo um conseqüente diferente para

99 Antinomias y lagunas. **Jurídica**. Anuário del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, n. 29, p. 437-450, 1999, Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/29/cnt/cnt22.pdf>>.

100 A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis. **Boletim de Direito Administrativo**, n. 4. São Paulo: Editora NDJ, 2008, p. 443.

um mesmo antecedente, ou ainda, para antecedentes parcialmente coincidentes, hipótese de uma norma geral e outra especial, por exemplo.

Este conflito caracteriza um real problema de aplicação do direito, de modo que necessita ser solucionado. Observe-se, por oportuno, que ele se verifica dentro do processo de interpretação, portanto, antes da significação da norma estar dotada de pleno sentido. Afinal, o intérprete ao contextualizar a norma construída no sistema, deverá construir uma significação que extirpe o conflito no momento de sua aplicação, afastando a incidência de uma das duas normas, ainda que elas coexistam no ordenamento.

Compartilha desse entendimento, Karl Engisch, para quem *“todas as vezes que, a uma interpretação correcta das normas que prima facie se contradizem e da sua interrelação, se mostra, logo, que uma delas deve ter precedência sobre a outra”*.¹⁰¹

1.3.3.2. Classificação da antinomia

Em razão desse entendimento de que a antinomia sempre será solucionada pelo intérprete, não podemos compactuar com a classificação que a doutrina tradicional costuma fazer em antinomias reais e aparentes. No nosso entender, elas sempre serão reais, mas solúveis.

Na mesma linha, pondera Marcelo Neves que a antinomias entre norma inferior e superior, especialmente entre lei ordinária e Constituição, são geralmente solúveis através do critério hierárquico; porém, são reais – embora provisórias – na medida em que ambas as normas permanecem no sistema enquanto não haja manifestação do órgão competente expulsando do ordenamento a norma inferior.¹⁰² Daí porque afirma Lourival Vilanova que *“a validade conjunta de normas contraditórias é empiricamente existente”*.¹⁰³

Não é difícil concluir, portanto, que os conflitos normativos subsistem no seio do ordenamento jurídico, até que alguma das normas conflitantes seja extirpada do sistema por meio do veículo próprio. No entanto, ao aplicar a norma, o conflito será solucionado, ainda que para um caso concreto.

101 **Introdução ao pensamento jurídico**, p. 313.

102 **Teoria da inconstitucionalidade das leis**, p. 37/38.

103 **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**, p. 193.

Podemos ainda classificar as antinomias quanto à extensão da contradição, conforme bem pondera Alf Ross.¹⁰⁴ Citado Autor analisa a inconsistência entre duas normas de três maneiras distintas:

1^a) *inconsistência total-total* – quando nenhuma das normas pode ser aplicada sem entrar em conflito com a outra, ou seja, as normas possuem o mesmo âmbito de abrangência.

2^a) *inconsistência total-parcial* – quando uma das normas não pode ser aplicada sob nenhuma circunstância sem entrar em conflito com a outra, enquanto esta outra tem um campo adicional de aplicação sem entrar em conflito com aquela. Isto é, uma das normas vai além da outra, sendo mais abrangente, regulando condutas outras.

3^a) *inconsistência parcial-parcial* – quando cada norma possui um campo de aplicação conflitante e outro no qual não são produzidos conflitos. Cada norma regula uma ou mais conduta conflitante, mas também outras que não se conflitam.

A antinomia pode ser, ainda, própria e imprópria. Aquela se verifica quando ocorre por motivos formais, como é o caso, por exemplo, em que uma norma permite o que outra (o) obriga. Já a segunda se dá em função do conteúdo material das normas.¹⁰⁵

English¹⁰⁶ apresenta, ainda, uma outra classificação, de acordo com a qual as contradições podem ser de cinco espécies: (i) contradições de técnica legislativa; (ii) contradições normativas; (iii) contradições valorativas; (iv) contradições teleológicas; e (v) contradições de princípios. No entanto, também com essa classificação não concordamos. Tendo em vista o conceito de norma por nós adotado, somente as contradições normativas seriam, efetivamente, contradições.

Vimos até aqui que a presença de antinomias é um defeito que o intérprete tende a eliminar, ou, ao menos, afastar na aplicação de um caso concreto. No entanto, isto não é suficiente para os fins a que nos propomos no presente estudo, fazendo-se imprescindível passar ao estudo da solução das antinomias.

104 **Direito e Justiça**, p. 158.

105 Tércio Sampaio Ferraz Junior, **Introdução ao estudo do direito**, p. 213.

106 **Introdução ao pensamento jurídico**, p. 311 e ss.

Como o conhecimento do Direito procura apreender seu objeto como um todo de sentido e descrevê-lo como em proposições isentas de contradição, ele parte do pressuposto de que os conflitos de normas podem e devem necessariamente ser resolvidos pela via da interpretação.¹⁰⁷ E é justamente nisso que acreditamos.

1.3.3.3. Solução das antinomias

Levando-se em consideração que a antinomia é um problema comunicacional que surge durante o próprio processo de interpretação, podemos afirmar que também sua solução se encontra dentro desse processo e lá deve ser buscada.

Riccardo Guastini¹⁰⁸ entende que a antinomia pode, muitas vezes, ser evitada por meio da interpretação. Em função disso, ele distingue entre “procedimentos interpretativos idôneos para evitar a antinomia” e as técnicas idôneas para resolvê-las.

Como meio de prevenção, ele aponta o uso da interpretação conforme a Constituição e da Interpretação Restritiva. No seu entender, aquela deve ser utilizada quando é possível, dentre as normas contraditórias, escolher uma que se adapta a um princípio ou norma superior, evitando, com isso, o surgimento de conflito.

Já a interpretação restritiva teria o efeito de excluir do campo de aplicação de uma determinada norma, uma hipótese que interpretada diversamente (literalmente, por exemplo) entraria nesse campo. Exemplo desse caso seria a de uma norma N1 que em seu antecedente, abarca vários fatos de possível ocorrência, implicando uma consequência q [formalizando: $d(f_1 \vee f_2 \vee f_3 \rightarrow q)$], enquanto outra norma N2 restringe a um desses f2 fatos uma consequência distinta q2 [formalizando: $d(f_2 \rightarrow q_2)$]. No entender de Guastini, aplicando-se uma interpretação restritiva à norma N1 de modo a excluir f2 da hipótese, então só teremos a norma N2 regulando aquela conduta e, portanto, também neste caso, a antinomia restaria prevenida.

Data maxima venia, não podemos compactuar com esse entendimento. É certo que a antinomia é causada por um problema de interpretação. No entanto, não podemos considerar que essas soluções propostas por Riccardo Guastini efetivamente iriam prevenir

107 Hans Kelsen, **Teoria pura do direito**, p. 229.

108 Antinomias y lagunas. **Jurídica**. Anuário del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, n. 29, p. 437-450, 1999, Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/29/cnt/cnt22.pdf>>.

as antinomias, mas seriam um modo de resolvê-las. A nosso ver, no caso da interpretação conforme a Constituição, a suposta antinomia a que ele alude, em verdade, é solucionada com o critério hierárquico, na medida em que a norma contrária à Constituição será afastada em detrimento da norma que está em acordo com esta.

Já no caso da interpretação restritiva, o que se tem, em verdade, é aplicação do critério da especialidade, na medida em que se estaria escolhendo à norma especial que apresenta apenas uma das hipóteses, em detrimento da norma geral, que apresenta várias hipóteses.

Em que pese não concordarmos com o mencionado Autor no que diz respeito aos métodos de prevenção de antinomia, não descartamos a importância da utilização dos princípios da interpretação constitucional na solução de antinomias.

Inocência Mártires Coelho¹⁰⁹ lista oito princípios da interpretação constitucional:

- (i) *princípio da unidade da Constituição* – as normas constitucionais devem ser vistas não como normas isoladas, mas como preceitos integrados num sistema unitário de regras e princípios, que é instituído na e pela Constituição;
- (ii) *princípio da concordância prática ou da harmonização* – consiste numa recomendação para que o aplicador das normas constitucionais, em se deparando com situações de concorrência entre bens constitucionalmente protegidos, adote a solução que otimize a realização de todos eles, mas ao mesmo tempo não acarrete a negação de nenhum;
- (iii) *princípio da correção funcional* – instituindo a norma fundamental um sistema coerente e previamente ponderado de repartições de competência, não podem os seus aplicadores chegar a resultados que perturbem o esquema organizatório-funcional nela estabelecido;
- (iv) *princípio da eficácia integradora* – ao construir soluções para os problemas jurídico-constitucionais, o aplicador deve dar

109 Curso de direito constitucional, p. 135 e ss.

preferência àqueles critérios ou pontos de vista que favoreçam a integração social e a unidade política;

- (v) *princípio da força normativa da Constituição* – ao construir soluções para os problemas jurídico-constitucionais, o aplicador deve dar preferência àqueles pontos de vista que, ajustando historicamente o sentido das suas normas, confirmem-lhes maior eficácia;
- (vi) *princípio da máxima efetividade* – orienta os aplicadores da Constituição para que interpretem as suas normas em ordem a otimizar-lhes a eficácia, sem alterar o seu conteúdo;
- (vii) *princípio da interpretação conforme a Constituição* – recomenda aos aplicadores que escolham o sentido que torne as normas constitucionais e não aquele que resulte na sua declaração de inconstitucionalidade; e
- (viii) *princípio da proporcionalidade e da razoabilidade* – consubstancia uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direto justo e valores afins.

Uma análise de tais princípios constitucionais interpretativos não nos remete a outra conclusão senão à completa imprescindibilidade de que a interpretação do direito seja feita de forma o mais sistemática possível. Ou seja, qualquer norma que se pretenda construir deve, sempre, levar em consideração o contexto em que está inserida, isto é, o sistema jurídico do qual faz parte, e quando falamos em sistema, devem ser observados os valores nele positivados.

Não se pode, jamais, na construção de uma norma unir enunciados sem que eles sejam contextualizados e, de igual forma, também o significado obtido por meio da construção das normas devem estar de acordo com o contexto no qual ela está inserida.

Em muitos casos de contradição, a simples contextualização das normas construídas já é suficiente, por si só, para solucionar eventual antinomia. Afinal, em havendo, por

exemplo, duas interpretações possíveis e contraditórias entre si, verificada que uma delas não guarda consonância com o Sistema Jurídico, já estará solucionada a problemática. Como já dizia Raimundo Bezerra Falcão, “*a interpretação não pode ser feita a contento se não levar em conta o todo*”.¹¹⁰

A primeira coisa que o intérprete deve ter em mente ao buscar solucionar uma antinomia é a necessidade de se examinar o conflito tendo em vista o sistema jurídico no qual as normas conflitantes estão inseridas. O intérprete deve sempre partir do pressuposto de que sua escolha por uma ou outra norma deve se dar de forma que a significação obtida harmonize-se com o ordenamento.

O dever da interpretação sistemática decorre da própria unidade da Constituição, como bem salienta Bruno Boaventura:

A relevância do princípio da unicidade, também chamado de princípio da não-contradição, para o direito é configurada ao sabermos que o fato não será analisado sob a ótica de uma norma, mas, sim, sob o conjunto de normas formadoras do sistema jurídico. É o sistema jurídico em sua totalidade que normatiza o fato, e não apenas uma lei específica.¹¹¹

Traçadas essas noções, que consideramos imprescindíveis para o exame da solução das antinomias, faz-se importante adentrarmos à metodologia a ser utilizada para enfrentamento do problema.

1.3.3.3.1. Solução das antinomias de normas

Critérios a serem utilizados — Voltamos a frisar a necessidade de que as normas conflitantes sejam examinadas sob a ótica do sistema jurídico tomado em sua totalidade e não como elementos isolados.

São três os critérios usualmente utilizados pela Doutrina para solução da antinomia de normas: hierárquico, cronológico e da especialidade. Como esclarece Maria Helena Diniz, “*são critérios normativos, princípios jurídico-positivos, pressupostos implícita ou explicitamente pela lei, apesar de se aproximarem muito das presunções*”.¹¹²

110 Raimundo Bezerra Falcão. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 187.

111 A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis, **Boletim de Direito Administrativo**.

112 **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**, p. 75.

Examinemos, portanto, os mencionados critérios, a fim de verificar se são eles suficientes à extirpação da antinomia jurídica.

Critério hierárquico — Como nos ensina Maria Helena Diniz, o critério hierárquico (“*lex superior derogat legi inferiori*”) é baseado na superioridade de uma fonte de produção jurídica sobre a outra, isto é, em um conflito entre normas de diferentes níveis, a de nível mais alto, qualquer que seja a ordem cronológica, terá preferência.¹¹³

Kelsen chega a afirmar que entre uma norma de escalão superior e uma norma de escalão inferior não pode existir qualquer conflito, pois esta tem seu fundamento de validade naquela, de forma que só será válida se em harmonia com ela.¹¹⁴

Também Bobbio reconhece citado critério como decorrente da própria hierarquia entre as normas. Afirma ele:

Uma das conseqüências da hierarquia normativa é justamente esta: as normas superiores podem revogar as inferiores, mas as inferiores não podem revogar as superiores. A inferioridade de uma norma em relação a outra consiste na menor força de seu poder normativo; essa menor força se manifesta justamente na incapacidade de estabelecer uma regulamentação que esteja em oposição à regulamentação de uma norma hierarquicamente superior.¹¹⁵

Alf Ross observa, entretanto, que nem sempre esse princípio é incondicionalmente válido:

Em primeiro lugar, a prioridade da Constituição depende dos tribunais terem competência para revisar a constitucionalidade material das leis. E mesmo quando os tribunais tenham tal competência, com freqüência se recusarão, de fato, a registrar o conflito e a declarar a invalidade. Nestes casos, seguramente, acatarão formalmente a *lex superior*, porém se negarão a admitir a existência de um conflito que, em outras circunstâncias, teriam reconhecido. Em segundo lugar, a instância legislativa superior pode ser competente para autorizar a inferior a ditar regras que tenham força derogatória com relação a normas de um nível imediatamente superior. Assim, por exemplo, uma lei pode autorizar o Poder Executivo a ditar decretos que possam derogar leis vigentes ou delas se desviar, ou autorizar os cidadãos particulares a celebrar transações contrárias a normas legislativas (aquelas que não são aplicáveis se as partes pactuam outra coisa). Não é excluível a possibilidade dos tribunais, ainda que sem autoridade para tanto, se desviem da *lex superior*.¹¹⁶

113 **Conflito de normas**, p. 34.

114 **Teoria pura do direito**, p. 232.

115 **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 93.

116 **Direito e Justiça**, p. 163.

Em que pese às considerações de Alf Ross, com elas não compactuamos. No que tange à possibilidade dos Tribunais terem competência para revisar a constitucionalidade material das leis, certo é o que o fará levando sempre em consideração a norma fundamental, de modo a determinar a retirada do sistema daquelas normas que com ela não compactuam, resolvendo, assim, o problema da antinomia.

No entanto, ainda que os Tribunais, dentro dos limites dos poderes que lhes foram conferidos, não reconheçam a existência de determinado conflito, nem por isso a utilização do critério hierárquico estará sendo afastada. Isto porque o conflito de normas se dá no plano da interpretação, cabendo ao aplicador – leia-se, órgão legalmente competente – identificá-lo e afastá-lo. Se o conflito não foi identificado é porque, dentro da interpretação realizada pelo aplicador, ele não se verificou, havendo perfeita compatibilidade entre as normas supostamente conflitantes. Frise-se, por oportuno, que somente o intérprete autêntico tem competência para interpretar as normas e, portanto, para verificar a existência de uma antinomia.

Por fim, cumpre observar que também no que diz respeito à possibilidade, apontada por Alf Ross, de a instância legislativa superior autorizar a inferior a ditar regras que tenham força derogatória com relação a normas de um nível imediatamente superior, ainda que a uma primeira vista não pareça, estaremos diante da aplicação do critério da hierarquia. Isto porque a norma inferior prevalecerá, não por ser inferior, mas em decorrência da lei superior que determina sua prevalência em detrimento da outra norma.

Concluimos, portanto, que o critério hierárquico decorre do próprio sistema jurídico positivo e, em última instância, da própria unidade do sistema conferida pela Norma fundamental, inexistindo a possibilidade de ser afastado em detrimento de qualquer outro critério.

Diante do exposto, sempre que o intérprete, ao proceder à aplicação de uma norma verificar sua contrariedade com alguma outra norma pertencente ao sistema, deverá optar por aquela que for hierarquicamente superior.

Critério cronológico — Outro critério adotado é o cronológico, por meio do qual, havendo duas normas, do mesmo escalão, a última prevalece sobre a anterior: *lex posterior*

derogat priori. “Existe uma regra geral no Direito em que a vontade posterior revoga a precedente, e que de dois atos de vontade da mesma pessoa vale o último no tempo.”¹¹⁷

Observa Kelsen que em razão do órgão legislativo ser normalmente competente para a produção de normas modificáveis e, portanto, derogáveis, o princípio *lex posterior derogat priori* pode ser considerado como incluído, co-envolvido, na atribuição da competência.¹¹⁸

A exemplo do primeiro critério, que decorre da própria força normativa da Constituição, também o critério cronológico encontra-se positivado dentro do sistema jurídico brasileiro. A Lei de Introdução ao Código Civil, em seu artigo 2º, § 1º, é expressa no sentido de que: “A lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.”

Desta feita, quando estivermos diante de duas normas conflitantes emanadas em tempos distintos, verificamos, a princípio, que deve ser a sobreposição da lei posterior em detrimento da lei anterior.

No entanto, como bem pontua Alf Ross, “não é correto guindar este princípio à categoria de axioma absoluto. A experiência mostra que não há adesão incondicional a ele, sendo permissível colocá-lo de lado quando em conflito com outras considerações”.¹¹⁹

A ponderação acima feita decorre da possibilidade de conflito do critério cronológico com o critério hierárquico ou com o critério da especialidade, oportunidade em que não, necessariamente, deverá prevalecer aquele em detrimento destes e que será objeto de nosso estudo adiante.

Vemos, portanto, que este critério já não possui a mesma força que o critério hierárquico, podendo ser excepcionado em determinados casos, aos quais nos adentraremos no próximo tópico. Por ora, vale fixar a ideia de que existindo duas normas do mesmo nível, mas conflitantes, a posterior prevalece em detrimento da anterior.

117 Norberto Bobbio. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 93.

118 **Teoria pura do direito**, p. 230.

119 **Direito e Justiça**, p. 160.

Cr terio da especialidade — O terceiro critério   justamente o da especialidade, por meio do qual, de duas normas incompatíveis, uma geral e uma especial, prevalece a segunda: *lex specialis derogat generali*. Bobbio bem elucida a razão de tal critério:

Também aqui a razão do critério não   obscura: lei especial   aquela que anula uma lei mais geral, ou que subtrai de uma norma uma parte da sua matéria para submetê-la a uma regulament o diferente (contrária ou contraditória). A passagem de uma regra mais extensa (que abrange um certo *genus*) para uma regra derogatória menos extensa (que abrange uma *species* do *genus*) corresponde a uma exigência fundamental de justiça, compreendida como tratamento igual das pessoas que pertencem   mesma categoria. A passagem da regra geral   regra especial corresponde a um processo natural de diferencia o das categorias, e a uma descoberta gradual, por parte do legislador, dessa diferencia o.¹²⁰

Também este critério encontra-se positivado no ordenamento jurídico pátrio, cujo ingresso no sistema se deu por meio daquele mesmo veículo introdutor, qual seja, a Lei de Introdu o ao Código Civil, em seu artigo 2 ,   2 , *verbis*:

Art. 2 . Não se destinando   vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

(...)

  2 . A lei nova, que estabeleça disposi es gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior.

Como observa Heleno Taveira Torres, “*de imediato, veja-se a dificuldade inerente   interpreta o dessa regra de direito sobre regra de direito, de norma sobre norma, que   a LICC. Não há, como se dессome de sua simples leitura, nenhuma imposi o de tratamento obrigatório sobre a prevalência de um tipo de regra sobre outro*”.¹²¹

Temos, portanto, que existindo duas normas contraditórias, deve, a princípio, ser aplicada a especial em detrimento da geral. “*A disposi o especial não revoga a geral, nem a geral revoga a especial, senão quando a ela, ou ao seu assunto se referir, alterando-a, explicita ou implicitamente.*”¹²²

Maria Helena Diniz encara esse critério como decorrência do princípio constitucional da isonomia:

120 Norberto Bobbio. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 96.

121 Conflito de fontes e de normas no direito tributário – o princípio da segurança jurídica na forma o da obriga o tributária, **Teoria geral da obriga o tributária**, p. 123.

122 Vicente R o. **O direito e a vida dos direitos**, vol. I, p. 338.

Há, portanto, uma diversificação do desigual. Esse critério serviria, numa certa medida, por ser decorrência do princípio constitucional da isonomia, para solucionar antinomias, tratando desigualmente o que é desigual, fazendo as diferenciações exigidas fática e axiologicamente, apelando para isso à *ratio legis*.¹²³

Como bem se vê, os critérios de solução de conflitos normativos não só estão consubstanciados em dispositivos normativos, como decorrem de uma interpretação sistemática do sistema jurídico. Os critérios sobre os quais nos debruçamos servem, com efeito, para solucionar alguns problemas de antinomias. No entanto, não se afiguram suficientes para as hipóteses em que se verifica conflitos entre os próprios critérios.

Conflitos entre critérios: antinomias de segunda ordem

Caracterização — Como visto, embora os critérios hierárquico, cronológico e da especialidade consigam resolver diversos conflitos normativos, há casos em que a aplicação de tais critérios não se mostra suficiente, daí porque faz-se preciso recorrer a outros meios de solução de conflitos.

Conforme nos ensina Bobbio, são duas as hipóteses em que tais critérios não podem ser aplicados: “1) quando há um conflito entre os próprios critérios, no sentido de que a uma mesma antinomia se possa aplicar dois critérios, cada um deles levando a um resultado diverso; 2) quando não é possível aplicar nenhum dos três critérios.”¹²⁴

A estes casos em que os critérios não são suficientes para resolução do conflito normativo denominamos de antinomias de segunda ordem. Assim, esta será caracterizada sempre que houver conflito entre os critérios: hierárquico e cronológico; hierárquico e da especialidade ou cronológico e da especialidade; ou, ainda, quando nenhum deles é passível de aplicação.

Solução das antinomias de segunda ordem — A mera caracterização da antinomia de segunda ordem de nada nos adianta, sendo imprescindível sua superação. Nesse sentido, faz-se necessário o estabelecimento de ordem de preferência entre os critérios de solução de antinomias, para os casos em que existe conflito entre eles, bem como a busca de uma solução para a hipótese em que nenhum dos critérios estabelecidos podem ser aplicados.

123 **Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada**, p. 79.

124 **O positivismo jurídico**, p. 205.

A propósito, a doutrina estabeleceu metacritérios a fim de solucionar esta problemática, que, em verdade, seriam critérios para definir qual o critério a ser utilizado em cada caso.

(a) Conflito entre o critério hierárquico e cronológico

Em se tratando de conflito entre critério hierárquico e cronológico, isto é, em uma norma de hierarquia superior e anterior e outra inferior, mas posterior, não restam dúvidas da prevalência daquele em detrimento deste. E, como já exposto, anteriormente, esta prevalência decorre da própria unidade do Sistema, conferida pela norma fundamental e que propicia a derivação de normas com base em outras normas. Admitindo-se o contrário, *“a norma superior perderia o poder, que lhe é próprio, de não ser ab-rogada pelas normas inferiores”*.¹²⁵

Também Maria Helena Diniz entende que o critério cronológico não deve ser aplicado quando a lei posterior for inferior à anterior, devendo prevalecer o critério hierárquico, *“por ser mais forte que o cronológico, visto que a competência se apresenta mais sólida do que a sucessão no tempo, e, além disso, a aplicação do critério cronológico sofre uma limitação por não ser absoluta, já que esse critério só será válido para normas que se encontram no mesmo nível”*.¹²⁶

Neste ponto, deve ser feita uma ponderação, todavia. Só podemos falar em critério hierárquico quando efetivamente existe uma relação de subordinação entre as normas, como é o caso, por exemplo, da Lei Complementar 116/2003 e as Leis Ordinárias Municipais que instituem o imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISSQN. A Constituição Federal outorga, em seu artigo 146, III, *a*, a competência da lei complementar para estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, inclusive as normas que definem as bases de cálculo dos impostos.

No caso ISSQN, coube à citada LC 116/2003, a definição de sua base de cálculo, de modo que existindo um confronto entre eventual lei ordinária municipal e aquela lei complementar, a base de cálculo a ser observada é aquela prevista pela LC 116.

125 Norberto Bobbio. **O ordenamento jurídico**, p. 107/108.

126 **Conflito de normas**, p. 50.

Por outro lado, na hipótese de a Constituição outorgar à lei ordinária a disciplina de determinada matéria, ainda que exista lei complementar anterior disciplinando a questão de forma diversa, nesse caso o conflito não se resolve pelo critério hierárquico, eis que inaplicável ao caso. Na hipótese, tanto a lei complementar quanto a ordinária encontram-se no mesmo plano hierárquico. Afinal, a hierarquia advém da própria distribuição de competências previstas na Constituição Federal, sendo certo que a preferência pelo critério hierárquico em detrimento do critério cronológico é decorrência da própria Carta Constitucional.

(b) Conflito entre o critério hierárquico e da especialidade

Já em se tratando de conflito entre o critério hierárquico e o da especialidade, entendemos que também aqui prevalece o primeiro em detrimento ao segundo. No entanto, analisando a questão, Bobbio considera a questão de difícil resolução, por envolver dois valores caros ao sistema jurídico:

A gravidade do conflito deriva do fato de que estão em jogo dois valores fundamentais de todo ordenamento jurídico, o do respeito da ordem, que exige o respeito da hierarquia e, portanto, do critério da superioridade, e o da justiça, que exige a adaptação gradual do Direito às necessidades sociais e, portanto, respeito do critério da especialidade.¹²⁷

Pondera o mencionado Autor para o fato de que o critério hierárquico deveria prevalecer, sob pena dos princípios fundamentais se esvaziarem rapidamente de qualquer conteúdo, mas, ao mesmo tempo, aponta que, na prática, “*a exigência de adaptar os princípios gerais de uma Constituição às sempre novas situações leva freqüentemente a triunfar a lei especial, mesmo, que ordinária, sobre a constitucional*”.¹²⁸

Também Maria Helena Diniz defende a prevalência do critério hierárquico, justificando a supremacia do critério da especialidade apenas “*a partir do mais alto princípio da justiça: suum cuique tribure, baseado na interpretação de que ‘o que é igual deve ser tratado como igual e o que é diferente, de maneira diferente’*. Esse princípio serviria numa certa medida para solucionar antinomia, tratando igualmente o que é igual

127 **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 109.

128 *Idem*, p. 109.

*e desigualmente o que é desigual, fazendo as diferenciações exigidas fática e valorativamente”.*¹²⁹

Compactuamos com as preocupações esboçadas pelos ilustres Doutrinadores, mas concluímos de forma distinta. De fato, há casos em que o princípio da especialidade parece prevalecer em detrimento do princípio da hierarquia. No entanto, tudo não passa de uma aparência, como podemos demonstrar.

Como bem menciona Maria Helena Diniz, a razão que justificaria a prevalência do critério especial seria da aplicação do princípio da isonomia real, isto é, do princípio de que os desiguais devem ser tratados desigualmente na medida de sua desigualdade. Também Bobbio aponta a dificuldade na escolha do critério, em razão do critério da especialidade decorrer do primado da Justiça.

Percebemos, novamente, a importância de que eventuais conflitos sejam solucionados sob um ponto de vista sistemático, sendo inaceitável um confronto isolado entre as normas tidas por conflitantes. Aliás, levando-se em consideração que as normas derivam umas das outras, mostra-se ainda mais importante essa análise sistemática.

Nesse sentido, tanto na hipótese mencionada por Maria Helena Diniz, quanto na preocupação externada por Bobbio, vemos que tais autores, ao questionarem a supremacia do critério hierárquico em detrimento do especial, o fazem com base em valores positivados pela Constituição, o que, em última análise, nada mais é do que a aplicação do princípio hierárquico.

Assim, mesmo na hipótese apresentada por Maria Helena Diniz, em que a aplicação da norma hierarquicamente superior aparenta ser afastada em detrimento da norma inferior, mas especial, não há um afastamento do critério hierárquico, mas, ao revés, a escolha é feita em decorrência dele, ainda que a norma superior conflitante seja afastada. Isto porque a solução da controvérsia é analisada dentro do contexto em que as normas estão inseridas.

A bem elucidar tal ponto, basta ver o suposto conflito entre o artigo 5º, XXXVI (norma superior que prevê a coisa julgada) e o artigo 485, do Código de Processo Civil – CPC, (norma inferior e especial que prevê o cabimento da ação rescisória). A princípio, haveria um conflito entre tais dispositivos, na medida em que o artigo 5º, da Carta Constitucional prevê a imutabilidade da coisa julgada, ao passo que o artigo 485, do CPC,

129 **Conflito de normas**, p. 51.

sua rescisão. No entanto, basta uma interpretação sistemática da própria Constituição da República para se perceber que o fundamento de validade do citado artigo 485 encontra-se previsto na própria Carta constitucional, que prevê, em seu artigo 5º, como cláusula pétrea, o princípio da igualdade, o que implica a interpretação de que casos distintos devem ser tratados de forma distinta.

Ou seja, são diferentes as situações em que há vício na decisão que transitou em julgado e na que inexistente qualquer mácula. Esta última encontra-se protegida pela coisa julgada, ao passo que a primeira, em decorrência do próprio princípio da igualdade, deve ser excepcionada, de modo a ser permitida sua rescisão quando presentes um dos vícios elencados no mencionado artigo 485.

Consideramos, dessa forma, que também nos casos de conflito entre o critério hierárquico e da especialidade, este deve ser preterido, lembrando, todavia, a necessidade de que a análise seja feita em relação a todo o diploma normativo e não em relação a um único dispositivo interpretado isoladamente. Só assim será possível uma análise efetiva da situação e consequente escolha da norma a ser aplicada.

(c) Conflito entre o critério cronológico e o da especialidade

Impende ainda solucionar o conflito entre o critério cronológico e da especialidade, existente quando uma norma anterior-especial é incompatível com uma norma posterior-geral, questão esta que ainda não foi pacificada pela doutrina.

Alf Ross entende que existindo conflito entre norma anterior especial e posterior geral, a prevalência de uma ou de outra será determinada segundo os diferentes casos de inconsistência. *Assim*, para o citado Autor¹³⁰ em se tratando de incompatibilidade absoluta (inconsistência total-total), deve prevalecer o princípio da *lex posterior*, ao passo que no caso de inconsistência total-parcial, em que a última regra é a particular, a *lex posterior* opera em conjunção com a *lex specialis*. Havendo incompatibilidade, portanto, entre uma norma particular anterior e uma geral posterior, devem ser analisadas as circunstâncias, a fim de se determinar qual das normas deve prevalecer.

Nos casos em que as regras se sobrepõem parcialmente, a *lex posterior* daria suporte à presunção de que a regra mais recente tem preferência sobre a mais antiga, porém

130 **Direito e Justiça**, p. 160.

isto não se aplicaria incondicionalmente, mas somente se o legislador tivesse a intenção de substituir a lei mais antiga, pois ele poderia ter objetivado a integração harmoniosa da nova regra ao direito já existente, como um suplemento dele.¹³¹

O posicionamento defendido por Alf Ross nos dá a impressão, todavia, de que o conteúdo da norma não é importante para a solução do conflito, na medida em que ele é desconsiderado pelo ilustre Autor. Isto é, ao determinar a prevalência de uma norma ou outra tão somente com base na extensão da contradição, inexistente qualquer exame acerca da própria significação obtida pelo intérprete. Ocorre que seu exame é imprescindível até mesmo para que se possa averiguar a relação de especialidade/generalidade existente entre as normas. Afinal, isto não é algo estático, de forma que uma norma que antes era especial, pode tornar-se geral em relação a uma outra que venha a lhe suceder.

Não obstante, a especialidade de uma norma é fato que deve ser examinado atentamente, quando se está diante de um confronto desse tipo, uma vez que, se a norma é especial, foi criada assim por algum motivo, que não pode ser, portanto, simplesmente desconsiderado pelo intérprete. Faz-se imprescindível, portanto, um exame sistemático, também na solução do conflito ora em apreço, a fim de que a norma escolhida guarde harmonia com o sistema no qual está inserida.

Carlos Maximiliano, analisando este conflito, atribui preferência às disposições que se relacionam mais direta e especificamente com o assunto de que se trata. Citando Campbell Black, explica seu posicionamento: “*em toda disposição de Direito, o gênero é derogado pela espécie, e considera-se de importância preponderante o que respeita diretamente à espécie*”.¹³²

Helena Taveira Tôres também compartilha desse entendimento. Citando Papiniano, observa o autor:

Desde logo cumpre assinalar que a máxima latina, segundo a qual o gênero sempre é derogado pela espécie, considerando a importância preponderante que desta consta, fortalece a convicção de que seja esta a única medida cabível: *In Toto jure generi per speciem derogatur ET illud potissimum habetur quod ad*

131 Alf Ross. **Direito e Justiça**, p. 161.

132 **Hermenêutica e aplicação do direito**, p. 135.

speciem directum est (Papiniano, *Digesto*), L. 41 e 5. XLVIII, fr. 19; e t. XVII, fr. 80).¹³³

Compartilhamos, a princípio, da mesma preocupação esposada pelos citados autores. De fato, via de regra, a especialidade não pode ser desconsiderada por norma geral posterior. No entanto, a especialidade deve ser examinada em cada caso concreto, até mesmo a fim de que se possa verificar se, de fato, sua manutenção se justifica frente ao novo diploma.

Mostra-se preciso, portanto, uma análise detida entre a norma tida por especial e aquela tida por geral, até mesmo para que esta relação de especialidade possa ser constatada, examinada e contextualizada. Verificada a relação de especialidade entre as normas, o intérprete deve, antes, tentar compatibilizá-las, a fim de solucionar eventual conflito. Tal alternativa se mostra como uma saída que garantiria a solução do conflito de forma harmoniosa.

Afinal, como já afirmamos, a norma especial surge como decorrência da necessidade de se estabelecer um tratamento diferenciado para sujeitos que encontram-se em situações diferentes. Daí porque, a princípio, deve a norma especial anterior prevalecer sobre a norma geral posterior.

Essa regra, por outro lado, deve ser tomada com uma certa cautela e tem um valor menos decisivo que o da prevalência do critério hierárquico sobre o cronológico.¹³⁴ Esta particularidade não passou batida por Maria Helena Diniz:

A meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, dado que, às vezes, *lex posterior generalis derogat priori speciali*, tendo em vista certas circunstâncias presentes. A preferência entre um critério e outro não é evidente, pois se constata uma oscilação entre eles. Não há uma regra definida; conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério.¹³⁵

Com efeito, há casos em que a norma geral posterior altera todo um regime anterior, de forma a tornar questionável a necessidade de manutenção da norma especial anterior. Esse ponto também foi observado por Francesco Ferrara:

133 Conflitos de fontes e de normas no direito tributário, **Teoria geral da obrigação tributária**, p. 125.

134 Norberto Bobbio. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 108.

135 **Conflito de normas**, p. 50.

Se a uma lei geral se sucede uma especial, normalmente aquela fica de pé, visto que pode coexistir com a outra. Mas *se a uma lei especial se segue uma lei geral*, é duvidoso que a nova regra não tolere mais os desvios e exceções da primeira, ou quer mantê-las coordenando-as com o novo princípio. A solução dependerá, caso a caso, da indagação do nexa que existe entre as duas ordens de normas e do fundamento da nova disposição.¹³⁶

Desta feita, embora concordemos que, via de regra, a norma especial anterior deve prevalecer em detrimento da geral posterior, a questão não pode ser definida previamente à existência do próprio conflito, sendo imprescindível a análise concreta da antinomia, a fim de que se verifique se os motivos que deram origem ao tratamento especial subsistem após o advento da norma geral posterior, a justificar a manutenção da norma anterior.

Dessa forma, estando diante de um conflito entre uma norma geral posterior e outra, especial anterior, cuja harmonização não se mostra possível, deve o intérprete examinar as causas que levaram o legislador a estabelecer um tratamento diferenciado, a fim de que se verifique a necessidade de sua manutenção, face à norma geral posterior. Afinal, o tratamento distinto só se justifica frente ao princípio da isonomia, de acordo com o qual os desiguais devem ser tratados de forma desigual na medida de sua desigualdade.

Para tal desiderato, não só pode, como deve o intérprete valer-se dos diversos métodos que estão a seu alcance. Após realizado esse exame, verificara a inexistência de motivos para justificar a subsistência do tratamento diferenciado, deve-se concluir pela prevalência da norma geral posterior em detrimento da norma especial anterior. Por outro lado, restando configurada a necessidade de manutenção do tratamento especial dispensado pela norma anterior, então não há que se falar na aplicação da nova norma, devendo-se manter a aplicação daquela.

(d) Ausência de critérios para solucionar a antinomia

No entanto, conforme já exposto, as antinomias de segunda ordem não se restringem aos casos em que há conflito entre os critérios, mas abrange também aqueles casos em que não existem critérios a ser aplicáveis, ou seja, quando o intérprete se vê diante de duas normas contemporâneas, do mesmo nível e ambas gerais.

Nessa hipótese, como seria resolvido o conflito normativo? Existiria um quarto critério que possibilitaria a resolução dessa antinomia? A propósito, Bobbio encontrou

136 Francesco Ferrara. **Interpretação e aplicação das leis**, p. 193.

referências, em velhos tratadistas, do critério tirado da forma das normas, que podem ser imperativas, proibitivas e permissivas.

O mencionado critério consistiria, nas palavras de Bobbio, “*em estabelecer uma graduação de prevalência entre as três formas da norma jurídica, por exemplo. Deste modo: se de duas normas incompatíveis uma é imperativa ou proibitiva e a outra é permissiva, prevalece a permissiva*”.¹³⁷

Por este critério, seria dada prevalência à norma mais favorável em detrimento da odiosa, assim entendidas, aquela que concede uma liberdade (ou faculdade) e a que opõe uma obrigação, respectivamente. No entanto, o próprio Bobbio aponta que a norma jurídica é bilateral, pois ao mesmo tempo em que atribui um direito a uma pessoa, atribui uma obrigação a outra, de modo que o problema real consistiria em saber qual dos sujeitos da relação jurídica seria justo proteger, para o que o critério não teria utilidade.¹³⁸

Haveria ainda um outro caso, em que uma das normas é imperativa e a outra, proibitiva. Nesta hipótese de duas normas contrárias, essas duas normas se anulariam reciprocamente, de modo que o comportamento, em vez de obrigatório ou proibido, se considera permitido ou lícito.¹³⁹

Para esses casos, Engisch propõe uma solução distinta, ao entender que “as normas que entre si se contradizem entram em conflito umas com as outras e surge a chamada ‘lacuna de colisão’, que deve ser colmatada segundo os princípios gerais do preenchimento de lacunas”.¹⁴⁰

Observando, todavia, que estes últimos critérios mencionados não têm a mesma legitimidade que os outros estudados ao longo do presente trabalho (critério da hierárquica, cronológico e da especialidade), Bobbio considera, que nesses casos, a solução do conflito dependeria da liberdade do intérprete:

Isso significa, em outras palavras, que no caso de um conflito no qual não se possa aplicar nenhum dos três critérios, a solução do conflito é confiada à liberdade do intérprete; poderíamos quase falar de um autêntico poder discricionário do intérprete, ao qual cabe resolver o conflito segundo a oportunidade, valendo-se de todas as técnicas hermenêuticas usadas pelos

137 Norberto Bobbio. **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 98.

138 Idem, ibidem, p. 99.

139 Idem, ibidem, p. 100.

140 **Introdução ao pensamento jurídico**, p. 315.

juristas por uma longa e consolidada tradição então se limitando a aplicar uma só regra.¹⁴¹

Entendemos também que, neste caso, a escolha é um ato de vontade do intérprete. Aliás, em qualquer caso, sempre o é. Considerando que o intérprete estaria diante de um conflito normativo envolvendo duas normas contemporâneas, do mesmo nível e ambas gerais, faz-se importante o exame de tais características.

Para que duas normas sejam contemporâneas, elas devem ser publicadas na mesma data; em não o sendo, já podemos valer-nos do critério cronológico. Pois bem. Admitindo-se que as normas tiveram sua publicação conjunta, temos duas hipóteses: elas podem ter ingresso no sistema por meio de um mesmo veículo introdutor ou por outro diferente.

Se o ingresso se der em um mesmo veículo introdutor, por óbvio, não haverá qualquer dúvida acerca do nível da norma. Seria este o caso de duas normas antitômicas previstas em uma mesma lei, por exemplo. Nessa hipótese, então, seria imprescindível um confronto entre as duas normas para verificar se, de fato, uma não é especial em relação à outra. Frise-se, por oportuno, que muitas vezes a especialidade aparece de forma discreta, por meio de uma qualificação diferente ou mesmo por uma limitação de sujeitos. Se diante desse exame, restar efetivamente comprovado que nenhuma norma é especial em relação a outra, então, o intérprete terá que verificar qual dessas normas melhor se harmoniza com o sistema e com os valores por ele consagrados.

Caso as normas tenham ingressado no sistema por veículos introdutores distintos, então além desse confronto para verificar se, de fato, não existe nenhuma relação de especialidade entre as normas, far-se-á imprescindível um exame histórico e teleológico das citadas normas, como meio de se verificar qual o contexto em que elas foram criadas e a finalidade que possuem, a fim de que o intérprete possa optar por uma ou outra. Em seguida, cabe ao intérprete promover uma interpretação sistemática de modo a verificar qual das normas conflitantes melhor se harmoniza com o sistema jurídico.

Diante do quanto exposto, podemos concluir que, qualquer que seja o critério – ou metacritério – utilizado, o intérprete sempre necessitará confrontar e contextualizar as normas conflitantes, a fim de realizar o ato de vontade por meio do qual seleciona a norma a ser aplicada, para o que valerá dos métodos de interpretação utilizáveis no processo

141 **Teoria do ordenamento jurídico**, p. 100.

interpretativo. Frise-se, entretanto, que a escolha necessita ser feita, sempre, após um exame sistemático e nunca isolado das normas conflitantes.

2. EXECUÇÃO FISCAL – ALGUMAS NOÇÕES IMPORTANTES

2.1. Princípios

A todo momento temos frisado a importância de que uma norma nunca seja examinada de forma isolada, mas sempre sob a ótica do sistema jurídico. Ou seja, é imprescindível que também as outras normas pertencentes ao sistema bem como os valores positivados no ordenamento sejam apreciados de forma conjunta com a norma que se pretenda aplicar.

Mas o que seriam esses valores positivados no sistema jurídico? De acordo com Tércio Sampaio Ferraz Jr., valores seriam “*centros significativos que expressam uma preferibilidade (abstrata e geral) por certos conteúdos de expectativas, ou melhor, por certos conjuntos abstratamente integrados num sentido consistente*”.¹⁴²

O sistema jurídico, enquanto objeto cultural que é, não escapa à influência dos valores, de modo que não se afigura exagerada a afirmação de que onde houver Direito haverá, necessariamente, esse componente axiológico (tanto em seus aspectos formais, como também nos planos semântico e pragmático). Basta ver que o legislador, ao escolher quais os acontecimentos que integrarão o antecedente da norma jurídica, nada mais faz do que um ato de preferência, por meio do qual seleciona aqueles que serão juridicizados.

No entanto, os valores não se manifestam somente na construção da norma jurídica, mas usualmente também se apresentam na forma de princípios, preceitos fortemente carregados de valor e que, em função de seu papel sintático no conjunto, acabam exercendo significativas influência sobre o ordenamento jurídico, consoante ensina Paulo de Barros Carvalho. Observa o ilustre Professor, todavia, para os diversos usos dado ao vocábulo pelo sistema, distinguindo-o em dois usos principais, quais sejam, para designar normas que fixam importantes limites objetivos e, ainda, para significar o próprio valor, independentemente da estrutura a que está agregado.

A exemplo do professor Paulo de Barros Carvalho, adotaremos o signo “princípio” em duas acepções: como “valor” e como “limite objetivo”, sem contudo descaracterizar

142 Introdução ao estudo do direito, p. 112.

sua natureza normativa.¹⁴³ Assim, quando um número expressivo de pessoas reconhecerem que determinada norma conduz um vetor axiológico forte, cumprindo papel de relevo para a compreensão do sistema de proposições prescritivas, estaremos diante de um “princípio”, enquanto “valor”. Por outro lado, os “limites objetivos” são postos para atingir certas metas, que seriam os valores. Ou seja, aqueles voltam-se para realizar estes. Nesse sentido, são as lições de Paulo de Barros Carvalho:

Os “limites objetivos” distinguem-se dos valores, pois são concebidos para atingir certas metas, certos fins. Estes, sim, assumem o porte de valores. Aqueles limites não são valores, são procedimentos, se os considerarmos em si mesmos, mas voltam-se para realizar valores, de forma indireta, mediata, que são os fins para os quais estão preordenados os procedimentos. (...)

A despeito dos “limites objetivos” perseguirem valores como objetivos teleológicos da norma, não entram em jogo, aqui, as motivações subjetivas do legislador ou mesmo da própria sociedade na sua posituação, tornando-se muito mais simples a construção de sentido dos enunciados.¹⁴⁴

Deste modo, enquanto a comprovação dos “limites objetivos” é de fácil percepção,¹⁴⁵ o mesmo não podemos dizer dos princípios-valores, que apresentam alto grau de subjetividade. Podemos elencar onze características que lhes são inerentes: a) bipolaridade, b) implicação, c) referibilidade, d) preferibilidade, e) incomensurabilidade, f) tendência à graduação hierárquica, g) objetividade, h) historicidade, i) inexauribilidade, j) atributividade, e, k) indefinibilidade.

Tem-se, pois, por princípio o enxerto valorativo que se depreende da regra jurídica perpetuada no ordenamento, enquanto valor fundante ou limite objetivo alçado à hierarquia superior. Admite-se, portanto, não apenas a força normativa dos princípios, mas ainda seu acoplamento centrípeto ao sistema jurídico, enquanto elemento basilar de uma pluralidade de regras.

O desenvolvimento da separação conceitual entre elemento valorativo e limite objetivo alcança essencial relevância prática na medida em que tenta dimensionar o grau de subjetividade afeto a cada um. Os valores, enquanto mensagens transcendentais das

143 Cf. Paulo de Barros Carvalho: “Os princípios são normas, com todas as implicações que esta proposição apodítica venha a suscitar, mas são também valores, na medida em que lhes adjudicamos um vetor semântico axiologicamente determinado.” (**Direito tributário, linguagem e método**, p. 262).

144 **Direito tributário, linguagem e método**, p. 281.

145 A título de exemplo, atente-se para o princípio da anterioridade nonagesimal, que objetiva a implementação de segurança jurídica. Basta ver a data da publicação da lei e confrontá-la com o momento de cobrança do tributo para se verificar o cumprimento do citado “limite objetivo”.

regras, comportam maior raio interpretativo, ao revés do que ocorre com os limites objetivos, que não acoplam potencial polissêmico, são de pronta e imediata verificação.

Como bem se vê, o legislador atribui valores a duas situações distintas: incertas, indecisas e indeterminadas, quando se trata de valores; e, limitadas e rigidamente delineadas, quando se trata de limites objetivos. Tanto em um caso quanto o outro, todavia, a função dos princípios é essencial ao ordenamento jurídico, como bem salienta Paulo de Barros Carvalho:

Seja como for, os princípios aparecem como linhas diretivas que iluminam a compreensão de setores normativos, imprimindo-lhes caráter de unidade relativa e servindo de fato de agregação num dado feixe de normas. Exercem eles uma reação centrípeta, atraindo em torno de si regras jurídicas que caem sob seu raio de influência e manifestam a força de sua presença. Algumas vezes constam de preceito expresso, logrando o legislador constitucional enunciá-los com clareza e determinação. Noutras, porém, ficam subjacentes à dicção do produto legislativo, suscitando um esforço de feitiço indutivo para percebê-los e isolá-los. São os princípios implícitos. Entre eles e os expressos não se pode falar em supremacia, a não ser pelo conteúdo intrínseco que o representam para a ideologia do intérprete, momento em que surge a oportunidade de princípios e de sobreprincípios.¹⁴⁶

Não é outro o posicionamento há muito externado por Geraldo Ataliba:

Os princípios são as linhas mestras, os grandes nortes, as diretrizes magnas do sistema jurídico. Apontam os rumos a serem seguidos por toda a sociedade e obrigatoriamente perseguidos pelos órgãos do governo (poderes constituídos). Eles expressam a substância última do querer popular, seus objetivos e desígnios, as linhas mestras da legislação, da administração e da jurisdição. Por estas não podem ser contrariados; têm que ser prestigiados até as últimas consequências.¹⁴⁷

Tendo em vista, portanto, essa importância que os princípios assumem, faz-se essencial uma imersão em alguns princípios constitucionais que traçam diretrizes fundamentais a serem observadas no processo de execução e, mais precisamente, no processo incidental de embargos à execução, definindo seu alcance.

Afinal, conforme bem observa o Ministro José Delgado:

(...) a garantia dos direitos fundamentais do cidadão se transformou em uma necessidade básica para o controle dos litígios. Em consequência, há de se extrair do texto constitucional o máximo que sua interpretação sistêmica permitir o que só é possível com a obediência aos princípios explícitos e implícitos que comandam o ordenamento jurídico constituído. É relevante afirmar que, em se tratando da efetividade das garantias processuais do cidadão, esse

146 **Curso de direito tributário**, p. 155/156.

147 **República e Constituição**, p. 34.

comportamento tem especial significação, por ser meio de aplicar o direito processual como função estatal de relevo na eliminação das controvérsias no ambiente social.¹⁴⁸

Nessa mesma linha, José Souto Maior Borges, analisando especificamente o processo judicial tributário, atenta para a importância de observância dos princípios constitucionais fundamentais:¹⁴⁹

O processo judicial tributário situa-se no âmbito desses princípios constitucionais fundamentais. Sem eles, os direitos e garantias individuais perdem toda efetividade. Não deve então ser degradada, a análise respectiva, a uma investigação de leis infraconstitucionais que regulam o processo judicial tributário. Esse regime constitucional insigne não pode ser desvendado por um “jurista-prático” moderno, herdeiro em linha direta de velhos praxistas, na sua recusa em abordar os fundamentos constitucionais (processuais) que disciplinam o exercício da pretensão tributária no caso concreto. Desdenhosas de uma investigação processual em profundidade no campo tributário.¹⁵⁰

2.1.1. Princípios constitucionais aplicáveis aos processos de execução e de embargos à execução

Demonstrada, portanto, a importância dos princípios no campo do direito processual e direito processual tributário, analisemos alguns princípios constitucionais, cuja aplicação no âmbito do processo executivo e dos embargos à execução merece ser delimitada, tendo em vista os fins propostos, cabendo ressaltar, contudo, que esta seleção não implica qualquer renúncia aos princípios que aqui não são tratados expressamente, mas decorre de uma necessidade de corte metodológico.

148 José Augusto Delgado. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de CRUZ, Daniele da Rocha (Coord.). **Estado de Direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 319-338. Disponível no site <<http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/3232>>.

149 Observe-se, por oportuno, que, de acordo com José Souto Maior Borges, haveria uma *condensação normativa*, que implicaria a redução e conversão de todos os princípios a um núcleo fundamental, que, no seu entender, resultaria na seleção de quatro princípios constitucionais tributários fundamentais: isonomia, legalidade, universalidade da jurisdição e o direito de defesa, recolhido pelo contraditório. No presente estudo, no entanto, não nos deteremos a esse limite, por entendermos necessária a apreciação de alguns outros princípios cuja aplicação se mostrará importante em capítulo posterior.

150 Contraditório e o Processo Judicial Tributário. Conferência realizada no I Congresso Internacional de Direito Tributário e consubstanciada no livro **Justiça Tributária**. São Paulo: Max Limonad, 1998, p. 560/561.

2.1.1.1. Princípio da segurança jurídica

A segurança jurídica encontra-se prevista na implicitude da Carta Constitucional e, de forma sobranceira, no próprio Preâmbulo da Constituição como um dos valores que a Constituinte de 1988 quis implantar, apresentando-se como um dos pilares do sistema jurídico.

Conforme salienta Paulo de Barros Carvalho, o mencionado primado é dirigido “à implantação de um valor específico, qual seja o de coordenar o fluxo das interações inter-humanas, no sentido de propagar no seio da comunidade social o sentimento de previsibilidade quanto aos efeitos jurídicos da regulação de conduta”.¹⁵¹ E este valor é alcançado pela observância dos demais princípios, o que o torna um sobreprincípio, na medida em que para que ele se realize, faz-se necessário que se sigam outros princípios.

Humberto Ávila atenta para a importância de se considerar a segurança jurídica, a partir de duas perspectivas:

Em primeiro lugar, os cidadãos devem saber de antemão quais normas são vigentes, o que é possível apenas se elas estão em vigor “antes” que os fatos por elas regulamentados sejam concretizados (irretroatividade) e se os cidadãos dispuserem da possibilidade de conhecer “mais cedo” o conteúdo das leis (anterioridade) (...) Em segundo lugar, a exigência de determinação demanda uma “certa medida” de compreensibilidade, clareza, calculabilidade e controlabilidade conteudísticas para os destinatários da regulação.¹⁵²

Partilhando desse mesmo entendimento, Paulo de Barros Carvalho qualifica a segurança jurídica como uma figura bidirecional,¹⁵³ na medida em que se volta tanto para o passado quanto para o futuro. Fato é que a segurança jurídica proporciona à comunidade um clima de estabilidade, de não surpresa, daí porque afigura-se tão importante no seio do ordenamento jurídico, conforme bem observou Geraldo Ataliba:

Ora, tudo isso engendra um clima radicalmente avesso à surpresa. O Estado não surpreende seus cidadãos; não adota decisões inopinadas que o aflijam. A previsibilidade da ação estatal é magno desígnio que ressuma de todo o contexto

151 **Curso de direito tributário**, p. 158.

152 Humberto Ávila. **Sistema constitucional tributário**, p. 310.

153 Conferência O Princípio da Segurança Jurídica no campo Tributário, proferida no XIX Congresso Brasileiro de Direito Tributário e publicado na **Revista de Direito Tributário**, n. 94. Malheiros, p. 23.

de preceitos orgânicos e funcionais postos no âmago do sistema constitucional.¹⁵⁴

Também Paulo Dourado de Gusmão já atentava para a importância da “segurança jurídica”:

A “segurança jurídica” exige o respeito à ordem constituída, à ordem pública e aos bons costumes; o respeito ao pactuado (*pacta sunt servanda*); a intocabilidade da decisão judicial transitada em julgado, mesmo que injusta; a subordinação do governo às leis; a separação dos poderes do Estado; o respeito aos direitos adquiridos; a individualização da pena; a modificação da ordem jurídica com observância de regras legalmente preestabelecidas para criação do direito, sem atingir as situações jurídicas perfeitas, integralmente constituídas e os direitos adquiridos; a publicidade da lei, do requerimento, das portarias e demais atos normativos, bem como das decisões judiciais; a anterioridade da lei ao fato a ser julgado, principalmente no caso de direito repressivo (penal) e a igualdade de todos diante da lei.¹⁵⁵

Como bem se vê, a segurança jurídica é valor fundamental do nosso sistema jurídico que mantém de pé a ordem dominante, e que garante aos jurisdicionados previsibilidade e confiança no ordenamento. Sua observância se dá na medida em que os outros princípios e normas forem cumpridos.

No campo da execução fiscal, a segurança jurídica consiste na observância das normas e princípios que regem a cobrança da dívida ativa, e, especialmente, no cumprimento dos princípios da igualdade, do devido processo legal, contraditório e ampla defesa, garantindo à Fazenda o direito de cobrar seu crédito, mas também ao contribuinte-executado, o direito de defender-se de eventual cobrança indevida, garantindo-lhe a efetividade de decisão que reconheça o direito por ele alegado.

2.1.1.2. Princípio da igualdade

O princípio da igualdade encontra-se previsto no artigo 5º, *caput*, da Constituição da República, onde resta previsto que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. O alcance do citado princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas, além disso, determina que também a lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia. Daí porque Geraldo Ataliba já atentava para

154 Geraldo Ataliba. **República e Constituição**, p. 173.

155 **Introdução ao estudo do direito**, p. 396.

a necessidade de observância do citado primado, tanto pelo aplicador do Direito como também pelo Legislador:

Como, essencialmente, a ação do Estado reduz-se a editar a lei ou dar-lhe aplicação, o fulcro da questão jurídica postulada pela isonomia substancia-se na necessidade de que as leis sejam isonômicas e que sua interpretação (pelo Executivo e pelo Judiciário) leve tais postulados até suas últimas conseqüências no plano concreto da aplicação.¹⁵⁶

Assim, para realizar a igualdade, não basta que se garanta sua aplicação uniforme, mas é preciso que a própria lei seja isonômica em seu conteúdo, “sendo assim considerada aquela que não diferencie os contribuintes senão por meio de fundadas e conjugadas medidas de comparação atreladas a finalidades constitucionalmente postas”.¹⁵⁷ A isonomia pressupõe, então, em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais.

Celso Antônio Bandeira de Mello esclarece, contudo, a impossibilidade de desequiparações fortuitas ou injustificadas. São suas as seguintes palavras:

As discriminações são recebidas como compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição.¹⁵⁸

Dessas lições, concluímos que a diferenciação só é legítima se houver adequação relacional entre o elemento diferencial e o regime dispensado aos que se inserem na categoria diferenciada. Seguindo este mesmo entendimento, observa Mizabel Derzi:

Na verdade, no Estado Democrático de Direito, a correta aplicação da lei assegura mais. Assegura que não se distinga onde o legislador não pode e efetivamente não distinguiu e que se distinga onde o legislador, devendo, de fato distinguiu. Mas assegura ainda que o juiz afaste a lei infringente da igualdade, que discriminou arbitrariamente ou que ignorou a diferença juridicamente relevante.¹⁵⁹

Também José Afonso da Silva¹⁶⁰ pontua que o princípio da igualdade jurisdicional impede que o juiz faça distinção entre situações iguais, ao aplicar a lei; bem como que o

156 Geraldo Ataliba. **República e Constituição**, p. 158.

157 Humberto Ávila. **Teoria da igualdade tributária**, p. 77.

158 **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**, p. 17.

159 Misabel Derzi atualizando **Limitações constitucionais ao poder de tributar**, de Aliomar Baleeiro, p. 532.

160 José Afonso da Silva. **Curso de direito constitucional**, p. 218.

legislador edite leis que possibilitem tratamento desigual a situações iguais ou tratamento igual a situações desiguais por parte da Justiça.

Em se tratando de execução fiscal o citado princípio guarda importante aplicação quando formos examinar posteriormente a manutenção ou não dos efeitos suspensivo automáticos no processo incidental de embargos à execução fiscal.

2.1.1.3. Princípio do devido processo legal e da ampla defesa e contraditório

O princípio do Devido Processo Legal encontra-se previsto no artigo 5º, LIV, da Carta Constitucional, e determina que “*ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”. Atrelado a este princípio, encontra-se o direito à ampla defesa e contraditório, previsto no inciso LV, do mesmo artigo 5º: “*aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”, de modo que “*vulnerar um é o mesmo que ferir de morte o outro*”.¹⁶¹

Como observa Paulo de Barros Carvalho, “*o devido processo legal é instrumento básico para preservar direitos e assegurar garantias, tornando concreta a busca da tutela jurisdicional ou a manifestação derradeira do Poder Público, em problemas de cunho administrativo*”.¹⁶²

Ada Pellegrini Grinover ressalta que o devido processo legal deve ser analisado tanto sob o seu perfil subjetivo quanto o objetivo, na medida em que citado princípio não se limita ao direito subjetivo da ação e da defesa:

Garantia das partes e do próprio processo: eis o enfoque completo e harmonioso do conteúdo da cláusula do devido processo legal, que não se limite ao perfil subjetivo da ação e da defesa como direitos, mas que acentue, também e especialmente, seu perfil objetivo. Garantias, não apenas das partes, mas, sobretudo da jurisdição: porque se, de um lado, é interesse dos litigantes a efetiva e plena possibilidade de sustentarem suas razões, de produzirem suas provas, de influírem concretamente sobre a formação do convencimento do juiz, do outro lado essa efetiva e plena possibilidade constitui a própria garantia da regularidade do processo, da imparcialidade do juiz, da justiça das decisões.¹⁶³

161 Roque Antonio Carrazza. **Curso de direito constitucional tributário**, p. 428.

162 **Curso de direito tributário**, p. 161.

163 Ada Pellegrini Grinover. **O processo constitucional em marcha – Contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**, p. 7.

Para que os princípios do devido processo legal, e da ampla defesa e contraditório possam prevalecer, faz-se importante, ainda, a observância de outra cláusula constitucional, consistente no dever de fundamentação das decisões, previstos no artigo 93, X, da Constituição Federal. Afinal, se o cidadão desconhece as razões determinantes para determinado ato, não terá como exercer efetivamente seu direito de defesa. Nesse sentido são as lições de Alberto Xavier:

Um pressuposto do direito de ampla defesa, do princípio do contraditório e do direito de acesso ao Poder Judiciário consiste no dever de fundamentação expressa dos atos administrativos que afetam direitos ou interesses legítimos dos particulares. Com efeito, só a externalização das razões de fato e de direito que conduziram a autoridade à prática de certo ato permitem ao cidadão compreender a decisão e livremente optar entre aceitá-la ou impugná-la administrativa ou jurisdicionalmente. Também só com essa externalização será possível ao órgão julgador controlar a validade do ato impugnado.¹⁶⁴

Assim, para que possamos falar na aplicação do devido processo legal, temos sempre que ter em mente também os princípios da ampla defesa e contraditório, bem como o dever de fundamentação das decisões. Somente dessa forma, fica assegurado à parte o devido processo legal. A correlação entre estes princípios é bem concatenada por Leon Frejda Szklarowsky:

Por outro lado, reza a Constituição Federal que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º, LIV), assim entendido o processo que assegura aos litigantes “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (art. 5º, LV). Desse conjunto de garantias decorre o princípio da segurança jurídica, de cuja densidade se pode extrair que não apenas a liberdade, mas também os bens em sentido amplo (inclusive, pois, os direitos subjetivos de qualquer espécie) hão de permanecer sob a disposição de quem os detém e deles se considera titular, até que se esgote o devido processo legal. Dele decorre o que se denominou de direito à liberdade jurídica, que “tem por objeto a liberdade de exercer os direitos contestados, até que se demonstre judicialmente que esse direito não existe ou que pertence a outrem”.¹⁶⁵

Como observa Elpídio Donizetti, “o contraditório existente na execução é limitado, restringe-se a aspectos formais do título ou à própria execução, como, por exemplo, o valor dos bens penhorados, jamais ao direito consubstanciado no título”.¹⁶⁶ A parte

164 **Do lançamento no direito tributário brasileiro**, p. 178.

165 Leon Frejda Szklarowsky. A Lei de Execução Fiscal – o contencioso administrativo e a penhora administrativa. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, vol. 9, n. 3, p. 37-57, Brasília, jul./set. 1997.

166 **Curso didático de direito processual civil**, p. 731.

exercita o direito subjetivo à ação para obter a satisfação de direito já definido no título executivo.

No entanto, “*o executado tem o inequívoco direito de ver seu patrimônio, composto de bens materiais ou imateriais, retirado de sua esfera jurídica com a estrita observância das prescrições dos procedimentos antecipadamente previstos em lei*”,¹⁶⁷ o que inclui, por óbvio, o seu direito à ampla defesa e contraditório, manifestado no direito de opor-se à execução por meio de embargos. Nesse sentido são as lições de José Frederico Marques:

Mas, no processo executivo, o devedor não pode atacar, contestar ou impugnar a validade e eficácia do título executivo, para livrar-se dos atos de coerção processual sobre seu patrimônio. Não se ajusta à índole da execução forçada, à sua estrutura processual e respectivo procedimento, a formação, em seu seio, de litígio a ser resolvido por meio de processo de conhecimento. E como o *devido processo legal* impõe que, em certas circunstâncias, dê-se ao devedor o direito de opor-se à execução, surgiram os embargos do executado, como instrumento específico para exercer ele sua defesa e atacar o título executivo.¹⁶⁸

Verificamos, assim, que, conquanto no processo executivo, o contraditório seja mais limitado, o legislador cuidou de resguardar o direito do executado ao devido processo legal, conferindo-lhe a oportunidade de questionar o próprio título executivo por meio de ação própria, qual seja, os embargos à execução, que adiante será objeto de maior aprofundamento. Trata-se de um verdadeiro direito fundamental processual, donde se pode falar, com propriedade, em direito ao contraditório.¹⁶⁹

Por ora, fiquemos com a ideia de que os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório encontram aplicação ilimitada na ação de embargos.

2.1.1.4. Princípio da razoável duração do processo

Outro princípio que merece nossa atenção diz respeito ao princípio da razoável duração do processo ou celeridade, incorporado expressamente à Carta Constitucional por meio da Emenda Constitucional n. 45/2004, que incluiu o inciso LXXVIII, ao artigo 5º, dispondo que “*a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação*”.

¹⁶⁷ Araken de Assis. **Manual da execução**, p. 120.

¹⁶⁸ **Instituições de direito processual civil**, vol. V, p. 349/350.

¹⁶⁹ Willis Santiago Guerra Filho. **Processo constitucional e direitos fundamentais**, p. 41.

Entendemos que sua explicitação no corpo da Constituição não seria necessária, uma vez que tal princípio, mesmo antes do advento da Emenda Constitucional, já podia ser compreendido como implícita na ideia de proteção judicial efetiva, no princípio do Estado de Direito, no da dignidade da pessoa humana e, ainda, no princípio da eficiência, previsto no *caput* do artigo 37 da Carta Magna.

Como bem observa Gilmar Ferreira Mendes:

É certo, por outro lado, que a pretensão que resulta da nova prescrição não parece estar além do âmbito da proteção judicial efetiva, se a entendermos como proteção assegurada em tempo adequado. A duração indefinida ou ilimitada do processo judicial afeta não apenas e de forma direta a idéia de proteção judicial efetiva, como compromete de modo decisivo a proteção da dignidade da pessoa humana, na medida em que permite a transformação do ser humano em objeto dos processos estatais.¹⁷⁰

Se por um lado, os processos têm que ter uma duração razoável, por outro, na prática esse valor nem sempre é de fácil alcance, em razão do insuficiente aparelhamento do Estado para fazer frente às demandas que surgem. Contudo, o reconhecimento de um direito subjetivo a um processo célere impõe ao Poder Público em geral e ao Poder Judiciário, em particular, a adoção de medidas destinadas a realizar esse objetivo. “*Nesse cenário, abre-se um campo institucional destinado ao planejamento, controle e fiscalização de políticas públicas de prestação jurisdicional que dizem respeito à própria legitimidade de intervenções estatais que importem, ao menos potencialmente, lesão ou ameaça a direitos fundamentais.*”¹⁷¹

Em se tratando de execução fiscal, é preciso, todavia, ter em mente que o princípio da duração razoável do processo não pode servir de fundamento para a expropriação do patrimônio do devedor a qualquer custo, isto é, sem que sejam observados os princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório, consubstanciados, essencialmente, nos embargos à execução. Com efeito, o mencionado princípio objetiva uma célere resolução dos conflitos, resolução esta que, no entanto, deve se dar de forma legítima, sem violações a direitos de qualquer espécie.

170 Gilmar Ferreira Mendes. **Curso de direito constitucional**, p. 545.

171 Idem, *ibidem*, p. 546.

2.1.1.5. Princípio da supremacia do interesse público ao do particular

Em se tratando do estudo de uma relação jurídica que envolve, de um lado, o Estado e, de outro, o particular, como é o caso do processo de execução fiscal e dos embargos, não podemos deixar de observar a aplicação do princípio da supremacia do interesse público ao do particular.

Todo o direito administrativo é construído sobre dois pilares básicos: a supremacia do interesse público sobre o interesse do particular e a indisponibilidade desse interesse público. Aquele domina toda a atuação estatal, na medida em que o Estado existe para satisfazer o interesse público, ao passo que este preconiza que a Administração Pública não pode dispor do interesse público por não ser titular dele, exercendo apenas a sua guarda.¹⁷²

Alice Gonzáles Borges caracteriza o interesse público como

(...) um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores e que passa a ser público quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas que o mesmo passa a ser identificado como um querer valorativo predominante da comunidade.¹⁷³

Faz-se preciso, portanto, distinguir entre os interesses públicos e os interesses do Estado, que não se confundem. Atento a esta distinção Iuri Mattos de Carvalho observa:

O conceito de interesse público não se constrói a partir da identidade do seu titular. Nem todo interesse manifestado pela Administração Pública é interesse público. Afinal, não se trata de um princípio da supremacia do interesse do estado, pois tal redução conduziria a impossibilidade de utilizá-lo como instrumento de controle da atuação administrativa.¹⁷⁴

A esse propósito, Luís Roberto Barroso, encampa a distinção entre interesse público primário e secundário, distinguindo-os:

O interesse público primário é a razão de ser do Estado, e sintetiza-se nos fins que cabe a ele promover: justiça, segurança e bem-estar social”. Estes são os interesses de toda sociedade. O interesse público secundário é o da pessoa jurídica de direito público que seja parte em uma determinada relação jurídica – quer se trate da União, do Estado-membro, do Município ou das suas autarquias.

172 Toshio Mukai. **Direito administrativo sistematizado**, p. 31/32.

173 **Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução?**

174 Iuri Mattos de Carvalho. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 16, Salvador, maio-jun.-jul.-ago. 2007. Disponível em <<http://www.direitopublico.com.br>>.

Em ampla medida, pode ser identificado como o interesse do erário, que é o de maximizar a arrecadação e minimizar as despesas.¹⁷⁵

Contudo, como bem pondera Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse secundário *“só pode ser validamente perseguido pelo Estado quando coincidente com o interesse público primário”*.¹⁷⁶ E continua o ilustre Administrativista, *“por exercerem função, os sujeitos de Administração Pública têm que buscar o atendimento do interesse alheio, qual seja, o da coletividade, e não o interesse de seu próprio organismo, ‘qua tale’ considerado, e muito menos o dos agentes estatais”*.¹⁷⁷

Marçal Justen Filho vai além e critica a própria distinção entre interesses públicos primários e secundários:

O chamado “interesse secundário” (Alessi) ou “interesse da Administração Pública” não é público. Ousa-se afirmar que nem ao menos são “interesses”, na acepção jurídica do termo. São meras conveniências circunstanciais, alheias ao direito. A tentativa de obter a maior vantagem possível é válida e lícita, observados os limites do direito, apenas para os sujeitos privados. Essa conduta não é admissível para o Estado, que somente está legitimado a atuar para realizar o bem comum e a satisfação geral.¹⁷⁸

A propósito, salienta Maria Sylvia Zanella Di Pietro que a defesa do interesse público corresponde ao próprio fim do Estado. *“O Estado tem que defender os interesses da coletividade. Tem que atuar no sentido de favorecer o bem-estar social. Para esse fim, tem que fazer prevalecer o interesse público em detrimento do individual, nas hipóteses agasalhadas pelo ordenamento jurídico.”*¹⁷⁹

Demonstrada, portanto, a diferença entre interesse privado do Estado e o interesse público propriamente dito, não podemos chegar a outra conclusão senão que as prerrogativas da supremacia do interesse público não são manejáveis ao sabor da Administração, porquanto esta jamais dispõe de “poderes”, mas sim “deveres-poderes”,

175 Luís Roberto Barroso. Prefácio à obra **Interesses públicos x interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**.

176 **Curso de direito administrativo**, p. 96.

177 Idem, p. 96.

178 **Curso de direito administrativo**, p. 61.

179 O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo, **JAM Jurídica**, p. 41.

que, nas palavras de Bandeira de Mello, “*não têm por que comparecer além da medida necessária para o suprimento da finalidade que os justifica*”.¹⁸⁰

Ao propor uma execução fiscal, o Estado está agindo de acordo com o interesse público na busca da satisfação de um crédito que lhe é devido. No entanto, uma vez verificado eventual equívoco na cobrança, por exemplo, o Estado não pode prosseguir com a mesma, mas, ao revés, tem o dever de providenciar a correção do erro e, se for o caso, providenciar o próprio cancelamento da certidão de dívida ativa. Como bem observado pelo Ministro João Otávio de Noronha, “*o interesse da Fazenda pública pode ser o de arrecadar, pode ser o de fiscalizar, pode ser o de melhorar o caixa do governo, mas ele não se sobrepõe ao interesse público*”.¹⁸¹

2.1.1.6. Princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade guarda especial importância na aplicação do princípio da supremacia do interesse público, por ser o meio que possibilita a efetiva aplicabilidade desse princípio ao caso concreto. Nesse sentido, são os ensinamentos de Gustavo Binenbojm:

Assim, o melhor *interesse público* só pode ser obtido a partir de um procedimento racional que envolve a disciplina constitucional de interesses individuais e coletivos específicos, bem como um juízo de ponderação que permita a realização de todos eles na maior extensão possível. O instrumento deste raciocínio ponderativo é o postulado da proporcionalidade.¹⁸²

Esse princípio, ressalta Toshio Mukai, “*impõe que a Administração evite, sob pena de ilegalidade do ato, utilizar medida mais enérgica do que a necessária à obtenção do resultado pretendido pela lei*”.¹⁸³ Nessa linha, Luis Roberto Barroso, aponta que o exercício do princípio da proporcionalidade se desenvolve em três subprincípios:

a) da adequação, que exige que as medidas adotadas pelo Poder Público se mostrem aptas a atingir os objetivos pretendidos;

180 **Curso de direito administrativo**, p. 96.

181 João Otávio Noronha. O direito do contribuinte de oferecer precatórios em garantia da execução fiscal e a sua equiparação a dinheiro, na visão do STJ. **BDJur**, Brasília, DF, 13 mar. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20200>>, p. 4.

182 **Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo**, p. 40.

183 **Direito administrativo sistematizado**, p. 106.

b) da necessidade ou exigibilidade, que impõe a verificação da inexistência de meio menos gravoso para atingimento dos fins visados; e da

c) proporcionalidade em sentido estrito, que é a ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido, para constatar se é justificável a interferência na esfera dos direitos do cidadão.¹⁸⁴

A aplicação do princípio da proporcionalidade permite, então, que o intérprete verifique se o ato que se pretende executar afigura-se adequado, isto é, apto para produzir o resultado desejado; e, ainda, necessário, de modo que não possa ser substituído por outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Além de se levar em conta a adequação e a necessidade da opção feita, há que levar em consideração as vantagens ou desvantagens que a medida acarreta para os envolvidos.¹⁸⁵

Em se tratando de processo de execução, o princípio da proporcionalidade tem aplicação valiosa como meio de impedimento ao abuso do direito na execução, seja por parte do credor, seja por parte do devedor.

Oportunamente, Francisco Fernandes de Araujo vale-se das preciosas lições de Humberto Theodoro Júnior, para qualificar o abuso do direito processual:

Conforme Humberto Theodoro Júnior define: “Consiste o abuso do direito processual nos atos de má-fé praticados por quem tenha uma faculdade de agir no curso do processo, mas que dela se utiliza não para seus fins normais, mas para protelar a solução do litígio ou para desviá-la da correta apreciação judicial, embaraçando, assim, o resultado justo da prestação jurisdicional.”¹⁸⁶

2.1.2. Princípios processuais da função executiva

Além dos princípios constitucionais gerais, o direito processual civil também apresenta princípios específicos, tais como o princípio da autonomia da tutela jurisdicional executiva,¹⁸⁷ da realidade da execução,¹⁸⁸ do resultado,¹⁸⁹ da utilidade da execução,¹⁹⁰ da

184 Luís Roberto Barroso. **Interpretação e aplicação da Constituição**, p. 209.

185 Francisco Fernandes de Araujo. **O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil**, p. 125.

186 Idem, p. 191.

187 Cf. Cássio Scarpinella Bueno, “a doutrina refere-se ao princípio da autonomia da tutela jurisdicional executiva no sentido de que a atividade jurisdicional desenvolvida para realizá-la exige um ‘processo’ próprio, chamado de ‘processo de execução’, que não se confunde nem pode ser confundido com outras modalidades de ‘processo’, em especial com o chamado ‘processo de cognição’” (**Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**, 3, p. 15).

188 A execução recai sobre o *patrimônio* do executado e não na sua *pessoa*.

máxima utilidade da execução e do menor sacrifício do executado e princípio da disponibilidade, dentre outros. Por questão de corte metodológico, todavia, nos limitaremos ao estudo destes últimos.

O princípio da menor onerosidade ao executado deve ser examinado, ao nosso entender, em conjunto com o princípio da máxima utilidade da execução, assumindo importante papel ao limitar eventuais abusos tanto por parte do exequente, quanto por parte do executado. Já o exame do princípio da disponibilidade mostra-se importante, como critério de diferenciação entre as execuções cíveis e a execução fiscal, uma vez que nesta última ele não tem aplicação. Vejamos, então, o conteúdo de tais princípios.

2.1.2.1. Princípio da máxima utilidade da execução e princípio da menor onerosidade ao executado: a execução equilibrada

O princípio da “*máxima utilidade da execução*” objetiva a satisfação plena do exequente, de modo que “*a execução deve redundar, em proveito do credor, no resultado mais próximo que se teria não tivesse havido a transgressão de seu direito*”.¹⁹¹

Contudo, observa Cássio Scarpinella Bueno, que na busca dessa produção de resultados materiais voltados à satisfação do exequente, “*a atuação do Estado-juiz não pode ser produzida ao arrepio dos limites que também encontram assento expresso no ‘modelo constitucional do processo civil’*”,¹⁹² de modo que faz-se importante também a observância do princípio do menor sacrifício do executado, insculpido no artigo 620,¹⁹³ do Código de Processo Civil.

Nessa linha, afirma Candido Rangel Dinamarco que:

189 Cf. Candido Rangel Dinamarco, “*a tutela executiva, quando efetivamente produzida, reverte exclusivamente em favor do demandante, que é o exeqüente. (...) a execução forçada tem desfecho único, porque ou produz uma tutela jurisdicional ao exeqüente (entrega do bem, satisfação do direito) ou se frustra e não produz tutela plena a qualquer das partes*” (**Instituições de direito processual civil**, vol. IV, p. 54).

190 Cf. Humberto Theodoro Junior, “*a execução deve ser útil ao credor e, por isso, não se permite sua transformação em instrumento de simples castigo ou sacrifício do devedor. Em consequência, é intolerável o uso do processo executivo apenas para causar prejuízo ao devedor, sem qualquer vantagem para o credor*” (**Curso de direito processual civil**, p. 11).

191 Luiz Rodrigues Wambier; Flávio Renato Correia de Almeida; Eduardo Talamini. **Curso avançado de processo civil**, vol. 2, p. 151.

192 **Curso sistematizado de direito processual civil**, 3, p. 24.

193 “Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.”

A execução deve pautar-se por duas balizas fundamentais, antagônicas, mas necessariamente harmoniosas, que são (a) a do respeito à integridade patrimonial do executado, sacrificando-o o mínimo possível e (b) a do empenho a ser feita para a plena realização do direito do exeqüente. É indispensável a harmoniosa convivência entre o direito do credor à tutela jurisdicional para a efetividade de seu crédito e essa barreira mitigadora dos rigores da execução, em nome da dignidade da pessoa física ou da subsistência da jurídica – a qual outra coisa não é que a personificação de grupos de pessoas físicas reunidas em torno de um objetivo comum. Ao juiz impõe-se, caso a caso, a busca da linha de equilíbrio entre essas duas balizas, para *não frustrar o direito do credor nem sacrificar o patrimônio do devedor além do razoável e necessário*.¹⁹⁴

Tais princípios, em última análise, são consectários da garantia da inafastabilidade da adequada tutela jurisdicional (art. 5º, XXXV,¹⁹⁵ da Constituição) e do princípio da proporcionalidade, uma vez que sempre que houver a necessidade de sacrifício de um direito em prol de outro, esta oneração há de cingir-se aos limites do estritamente necessário. Candido Rangel Dinamarco é categórico ao afirmar, que a proteção à menor onerosidade representa o núcleo de um verdadeiro sistema de proteção ao executado contra excessos, *“inspirado nos princípios da justiça e da equidade, sabendo-se que essa proteção constitui uma das linhas fundamentais da história da execução civil em sua generosa tendência à humanização”*.¹⁹⁶ Conclui o Autor:

É imperioso, portanto, estar atendo a uma indispensável *linha de equilíbrio* entre o direito do credor, que deve ser satisfeito mediante imposição dos meios executivos, e a possível preservação do patrimônio do devedor, que não deve ser sacrificado além do necessário. Mas, em casos concretos, não havendo um modo de tratar o devedor de modo mais ameno, deve prevalecer o interesse daquele que tem um crédito a receber e não pode contar senão com as providências do Poder Judiciário.¹⁹⁷

Conclui-se, portanto, que, embora a execução vise ao interesse do credor, sempre que houver alternativas à prestação da tutela jurisdicional executiva, o modo menos gravoso ao executado deve ser eleito.

2.1.2.2. Princípio da disponibilidade

Fundando-se o processo executivo na ideia de satisfação plena do credor, parece lógico que ele, a seu exclusivo desejo disponha da ação.¹⁹⁸ Afinal, a execução em proveito

194 **A nova era do processo**, p. 294.

195 Art. 5º, XXXV – “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

196 **Instituições de direito processual civil**, vol. IV, p. 57.

197 Idem, ibidem, p. 59.

198 Araken de Assis. **Manual da execução**, p. 102.

do credor, motivo pelo qual a lei outorgou a ele amplo poder de disposição, podendo desistir de todas ou de apenas algumas medidas executivas, a teor do que determina o art. 569, do CPC.

A respeito, observa o Ministro Luiz Fux:

O direito afirmado pelo autor, no processo de execução, apresenta um grau de verossimilhança maior do que no processo de conhecimento; daí a índole satisfativa da tutela executiva. Em face desta característica, diferentemente da regra da desistência condicionada à anuência do réu, imperante na tutela de cognição, vigora, no processo de execução, o “princípio da livre disponibilidade”, segundo o qual “o credor tem a faculdade de desistir de toda a execução ou de apenas algumas medidas executivas” (art. 569 do CPC).¹⁹⁹

Nesse sentido, *“reconhece-se ao credor a livre disponibilidade do processo de execução, no sentido de que ele não se acha obrigado a executar seu título, nem se encontra jungido ao dever de prosseguir na execução forçada a que deu início, até as últimas conseqüências”*.²⁰⁰

Note-se, todavia, que a extinção da execução não implica, necessariamente, a extinção dos embargos que pode seguir sem a execução, a depender do caso. Eventualmente, o interesse do devedor-embargante pode subsistir mesmo com a desistência do executivo e, nessa hipótese, os embargos terão seu curso independente da execução. É justamente em função disso que prevê o artigo 569, que, na constância dessa hipótese, os embargos serão extintos se versarem apenas sobre questões processuais, pagando o credor as custas e os honorários advocatícios. Nas outras, a extinção dependerá da anuência do embargante.

A aplicação do citado princípio é de inquestionável aplicação em se tratando de execução civil, na qual o credor, particular que é, tem livre disponibilidade sobre seus bens, podendo, inclusive, perdoar eventual dívida, se assim o quiser. Basta que seja sua vontade. A situação é diferente, todavia, quando se trata de execução fiscal, em que o interesse do Estado está em jogo.

Conforme mencionamos linhas atrás, juntamente com o princípio da supremacia do interesse público, encontramos o princípio da indisponibilidade do interesse público, interesse este que, de tão relevante que é, atinge a toda a sociedade, devendo, portanto, ser

199 O novo processo de execução (cumprimento da sentença e a execução extrajudicial), p. 28.

200 Humberto Theodoro Junior. Curso de direito processual civil, p. 13.

gerido e administrado com absoluta isenção de interesses privados. Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles já observava que “*a Administração Pública não pode dispor desse interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe deu para tal tutela, mesmo porque ela não é titular do interesse público, cujo titular é o Estado*”.²⁰¹

Também Celso Antônio Bandeira de Mello²⁰² ressalta que as prerrogativas que exprimem a supremacia do interesse público não são manejáveis ao saber da Administração, porquanto esta jamais dispõe de “poderes”, *sic et simpliciter*, mas de “deveres-poderes”. Quer dizer que o Administrador não detém o poder de escolha em relação ao cumprimento de um interesse público, mas, ao contrário, só pode agir de acordo com o que está disposto em lei, de forma a não sacrificar ou transigir este interesse.

Ao contrário do credor no processo de execução civil que pode dispor livremente da execução, o Estado não possui esse direito na mesma proporção. Isso não quer dizer, todavia, que o Estado não possa desistir de nenhuma execução, mas sim que esta opção está condicionada às hipóteses previamente estabelecidas em lei e não à vontade do Agente Público que representa o Estado.

Assim, se, por exemplo, a execução fiscal foi aforada sem a existência da certidão de dívida ativa e sendo esta pressuposto do processo executivo, deve sim o Estado desistir, mas não porque estava, com erro, dispondo de um interesse público, mas sim porque inexistia interesse a justificar a subsistência da ação. Por outro lado, diante de um título certo, líquido e exigível não pode o Estado, ou mais precisamente, aquele que detém a capacidade postulatória²⁰³ do Estado – o procurador da fazenda nacional, no caso da União, por exemplo –, desistir da execução por mera liberalidade.

201 **Direito administrativo brasileiro**, p. 103.

202 **Curso de direito administrativo**, p. 94.

203 Cumpre, aqui, fazer uma distinção entre Personalidade Processual, Capacidade Processual e Capacidade Postulatória. Enquanto aquela estabelece quem genericamente possui aptidão para ser parte no processo (autor, réu, assistente e terceiro interveniente), a capacidade processual diz respeito à capacidade do titular desta aptidão fazê-lo por si mesmo. Aquelas pessoas previstas no art. 4º, do CC, por exemplo, são relativamente capazes, de forma que precisam ser assistidos em juízo. É o caso do jovem de 17 anos que seja credor em um processo de execução, por exemplo, que deverá ser assistido por aquele que detém sua guarda. Por fim, a capacidade postulatória diz respeito à representação em juízo da parte, que se dá, via de regra, pelos advogados, procuradores, dentre outros.

2.2. Pressupostos da execução

2.2.1. A execução como norma secundária

No primeiro capítulo, traçamos a distinção entre norma primária e norma secundária. Enquanto aquela é a norma que estatui direitos/deveres (sentido amplo), esta surge “*em consequência da inobservância da conduta devida, justamente para sancionar seu inadimplemento (impô-la coativamente ou dar-lhe conduta substitutiva reparadora)*”, consoante nos ensina Lourival Vilanova.²⁰⁴

Levando-se em consideração que a execução “*é o conjunto de medidas com as quais o juiz produz a satisfação do direito de uma pessoa à custa do patrimônio de outra, com o concurso da vontade desta, quer independentemente ou mesmo contra ela*”.²⁰⁵ percebemos claramente que, ao entrarmos no campo do processo executivo, as normas ali proferidas serão normas secundárias e, conseqüentemente, sancionatórias. Aliás, não só no campo das execuções, mas sempre que cuidarmos de processo judicial, estaremos tratando desse tipo de normas.²⁰⁶

A propósito, Liebman definia o termo “*sanção, em sentido técnico e estrito, às medidas estabelecidas pelo direito como consequência da inobservância de um imperativo, cuja atuação se realiza sem a colaboração da atividade voluntária do inadimplente*”,²⁰⁷ para em seguida, observar a natureza sancionatória da execução:

A atividade desenvolvida pelos órgãos judiciários para dar atenção à sanção recebe o nome de execução; em especial, execução civil é aquela que tem por finalidade conseguir por meio do processo, e sem o concurso da vontade do obrigado, o resultado prático a que tendia a regra jurídica que não foi obedecida.²⁰⁸

Exemplificando com o direito tributário, uma vez constatada a ocorrência da hipótese prevista no antecedente da norma tributária, nasce a obrigação do contribuinte recolher o tributo devido (norma primária), não dispondo, todavia, a Fazenda de meios para impor coativamente o cumprimento, pelo devedor, da obrigação constituída. Vale-se,

204 **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**, p. 105.

205 Candido Rangel Dinamarco. **Instituições de direito processual civil**, vol. IV, p. 34.

206 No presente estudo, todavia, limitaremos-nos ao exame das normas secundárias do processo de execução, eis que o processo de conhecimento por questão de corte metodológico.

207 **Processo de execução**, p. 3.

208 *Idem*, p. 4.

então, a credora da execução, oportunidade em que o Estado atua como substituto, “*promovendo uma atividade que competia ao devedor exercer: a satisfação da prestação a que tem direito o credor*”.²⁰⁹ Estaremos diante, portanto, da norma secundária, que como observa Paulo de Barros Carvalho, “*prescreve uma providência sancionatória, aplicada pelo Estado-Juiz, no caso de descumprimento da conduta estatuída na norma primária*”.²¹⁰

Daí porque Lourival Vilanova já qualificava, como hipótese da norma secundária, o não cumprimento da norma primária, “*que funciona como fato jurídico (ilícito, antijurídico), fundante de outra pretensão, a de exigir coativamente perante órgão estatal a efetivação do dever constituído na norma primária*”.²¹¹ Ou seja, o inadimplemento da obrigação consubstanciada no título configura o antecedente da norma secundária.

Assim, quando o titular do direito que não foi efetivado – credor – ajuíza uma execução, requer a prestação jurisdicional do Juiz, dando início ao processo. A propósito, impende atentarmos para o próprio conceito de jurisdição, muito bem elucidado por Moacyr Amaral Santos:

Mas a jurisdição se exerce em face de um conflito de interesses e por provocação de um dos interessados. É função provocada. Quem invoca o socorro jurisdicional do Estado manifesta uma pretensão contra ou em relação a alguém. Ao órgão jurisdicional assistem o direito e o dever de verificar e declarar, compondo assim a lide, se aquela pretensão é protegida pelo direito objetivo, bem como, no caso afirmativo, realizar as atividades necessárias à sua efetivação prática. (...)

Dissemos que a função jurisdicional do Estado visa à atuação da Lei aos conflitos de interesses ocorrentes, assim compondo-os e resguardando a ordem jurídica. Sua finalidade é manter a paz jurídica, o que se dá com a afirmação da vontade da lei e conseqüente atribuição a cada uma das partes daquilo que é seu. Atuando a lei, a jurisdição faz justiça. Desse modo, tutela a ordem jurídica e, conseqüentemente, o direito subjetivo, quando ameaçado ou violado.²¹²

Em se tratando de processo executivo, a tutela jurisdicional executiva é a que exercerá atividades destinadas a satisfazer o dever que não foi cumprido; no caso da execução dos títulos extrajudiciais, o crédito que não foi pago. Como bem observa

209 Humberto Theodoro Junior. **Curso de direito processual civil**, vol. II, p. 4.

210 Paulo de Barros Carvalho. **Direito tributário, linguagem e método**, p. 138.

211 **Causalidade e relação no direito**, p. 123.

212 **Primeiras linhas de direito processual civil**, p. 68 e 70.

Candido Rangel Dinamarco, “*é jurisdicional a tutela oferecida mediante a execução forçada e também jurisdicionais as próprias atividades do juiz que a comanda*”.²¹³

No entanto, como todo processo, também o processo de execução compõe-se de uma relação entre seus sujeitos e de uma relação entre os atos mediante os quais se desenvolve, de modo que a relação estabelecida entre o Credor e o Estado-juiz, embora necessária não é condição suficiente à edificação do fenômeno processual, sendo imprescindível também o estabelecimento da relação entre o Estado-juiz e o executado, que se estabelece com a citação do devedor.

Nesse sentido, aliás, são as lições de Paulo César Conrado, que ressalta a relação angular que se estabelece no processo executivo:

Como decorrência da suposta existência de um conflito de interesses – verificado, por afirmação do autor, no seio da relação jurídica de direito material que o vincula ao réu –, podemos ir além, para reconhecer no processo uma relação tal qual aquela primeira (a de direito material), apenas qualificada pela inserção do Estado-juiz, figura de posição angular, para a qual são canalizados todos os atos comunicacionais de autor e réu. Daí, precisamente, a idéia de vínculo(s) linear(es), constitutivo(s) do “todo” processual, e que guarda a nítida virtude de impedir que sujeitos em afirmando conflito estejam em contato direto.

Reafirmando: *da combinação das duas relações processuais lineares – a relação entre autor e juiz e a relação entre juiz e réu – ter-se-á a relação processual caracterizada pela idéia de angularidade*, o que implica dizer que toda atividade processual dos sujeitos parciais converge ao Estado-juiz, cuja atividade dirigir-se-á, por seu turno e de ordinário, àqueles sujeitos.²¹⁴

Concordamos com o citado Autor, na medida em que também consideramos inexistente a comunicação direta entre autor e réu, no processo executivo, comunicação esta que só se estabelece por intermédio do Estado-Juiz e que, como já dito, tem o objetivo de tornar efetiva a obrigação constituída em título executivo.

A execução se qualifica, portanto, como norma secundária (processual), que decorre do não cumprimento da norma primária (material). Como a toda norma, o direito prescreve uma sanção, podemos dizer que as normas primárias e secundárias são as duas faces relacionais fundamentais da norma jurídica completa. Em linguagem formalizada:

$$D\{ (p \rightarrow q) \vee [(p \rightarrow -q) \rightarrow S] \}.$$

213 **Instituições de direito processual civil**, vol. IV, p. 50.

214 **Processo tributário**, p. 42.

Exemplificando essa norma, temos que, diante da constituição definitiva²¹⁵ de uma obrigação tributária, por exemplo, o devedor vê-se diante de duas possibilidades: pagar o débito ou não pagá-lo. Na primeira hipótese, restará satisfeita a obrigação contida na norma primária, de modo que não restará preenchido o requisito indispensável para a concreção da norma secundária, qual seja, o inadimplemento. Por outro lado, recusando-se o devedor a efetuar o pagamento, restará concretizado o fato jurídico previsto no antecedente da norma secundária (inadimplemento da obrigação) dando origem à relação jurídica por meio da qual o credor postula ao Estado-juiz o exercício da coatividade jurídica. E é justamente, visando a prestar essa atividade, que o “*Estado-juiz põe-se no lugar deste (devedor) e promove meios pelos quais o bem vai ter ao patrimônio do credor, independentemente da vontade daquele que deveria adimplir e não adimpliu*”.²¹⁶

Estabelecida essa primeira noção de execução enquanto norma secundária a efetivar o cumprimento da obrigação contida na norma primária, passemos ao exame das condições da ação para realizar qualquer execução.

2.2.2. Condições da ação de execução

Matéria que desperta controvérsia entre os processualistas é a aplicabilidade da chamada “condições da ação” ao processo executivo. Enquanto autores como Moacyr Amaral Santos,²¹⁷ Humberto Theodoro Junior²¹⁸ e Candido Rangel Dinamarco²¹⁹ reputam

215 Fazemos menção à constituição definitiva para deixar claro que as possibilidades apresentadas se referem a momento posterior à eventual discussão administrativa do crédito, ou seja, quando não mais caiba qualquer recurso contra o crédito que foi constituído.

216 Candido Rangel Dinamarco. **Instituições de direito processual civil**, vol. IV, p. 64.

217 “Como em todas as ações, na de execução deverão coexistir as chamadas *condições da ação* (ver 1º vol., ns 124 a 130); a falta de qualquer delas torna o autor carente da ação, dando lugar à extinção do processo.” (**Primeiras linhas de direito processual civil**, vol. 3, p. 220).

218 “As condições da ação, como categorias intermediárias entre os pressupostos processuais e o mérito da causa, apresentam-se como requisitos que a lei impõe para que a parte possa, numa relação processual válida, chegar até a solução final da lide. Sem as condições da ação, portanto, o promovente não obterá a sentença de mérito ou o provimento executivo, ainda que o processo tenha se formado por meio de uma relação jurídica válida. (...) Para a execução forçada prevalecem essas mesmas condições genéricas, de todas as ações. Mas a aferição delas se torna mais fácil porque se a lei só admite esse tipo de processo quando o devedor possua título executivo e a obrigação nele documental já seja exigível.” (**Curso de direito processual civil**, vol. II, p. 50).

219 “Tem plena aplicação *in executivis* a teoria das condições da ação como requisitos prévios à propositura da demanda e sem os quais inexistente o direito ao provimento postulado, sendo o demandante, conseqüentemente, *carecedor de ação* (*supra*, n. 542). Prevalecem, como em todo e qualquer processo, as condições caracterizadas como possibilidade jurídica da demanda, legítimo

como pertinentes as condições adaptadas ao processo executivo, Araken de Assis se mostra um crítico assaz a esta qualificação, por entender que “a *admissão dessas ‘condições’ implicaria negar a existência de ação e de processo, na sua falta, porque ação e processo constituem fenômenos mutuamente implicados*”.

Não nos deteremos a uma análise mais profunda dessa polêmica, por não constituir objeto do presente estudo. Limitaremos-nos, portanto, adotar, na linha do que preconizado pelos primeiros autores mencionados, as condições da ação também no processo executivo, fazendo-se importante, contudo, a explanação dos motivos que nos leva a discordar de Araken de Assis. Entendemos que a possibilidade de alguma das *condições da ação* ser discutidas ao longo de um processo, seja ele de conhecimento ou executivo, para depois ser reconhecida sua carência, não nega a existência da ação ou do processo, mas tão somente provoca sua extinção. E para que seja extinto, faz-se imprescindível que tenha existido. Aliás, essa possibilidade de se constatar o não preenchimento de alguma das condições da ação é ainda maior em se tratando de título extrajudicial, que é produzido fora de qualquer processo jurisdicional e que, portanto, indica apenas um hipotético direito do credor à tutela executiva. A propósito, válidas são as lições de Candido Rangel Dinamarco:

A presença de todas as condições da ação e dos pressupostos prévios (capacidade, personalidade jurídica) indica apenas um *hipotético* direito do credor à tutela executiva, o qual vai ganhando corpo na medida em que os atos são realizados e o processo se faz regularmente; o concreto e efetivo direito ao provimento final só existirá quando o Estado-juiz estiver no dever de emití-lo e esse dever depende de cumprida e regular realização de todos aqueles atos, ou seja: o direito ao provimento só se concretiza quando satisfeitos rigorosamente todos os pressupostos estáticos e dinâmicos impostos pela lei processual.²²⁰

Para se requerer a prestação da tutela jurisdicional executiva, deverão estar presentes, portanto, as três condições da ação, quais sejam, a legitimidade das partes, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido.

A *possibilidade jurídica do pedido* deve ser entendida como a constatação de que aquele que pleiteia a tutela jurisdicional executiva pretende a prática de atos admitidos pelo ordenamento jurídico.²²¹ Isto é, “há possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão,

interesse processual e legitimidade *ad causam* ativa e passiva.” **Instituições de direito processual civil**, vol. IV, p. 83/84.

220 **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. IV, p. 82.

221 Cássio Scarpinella Bueno. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**, p. 67.

em abstrato, se inclui entre aquelas que são reguladas pelo direito objetivo”.²²² Inexistirá a citada condição da ação, por exemplo, em uma execução que pretenda cobrar dívida de jogo, por não ser esta pretensão legitimada pelo ordenamento jurídico.

Candido Rangel Dinamarco associa as impossibilidades jurídicas em sede executiva aos *limites políticos e naturais*²²³ a que a execução está sujeita, “*reputando-se impossível a demanda que pretender superá-los mediante a imposição de medidas ou produção de resultados que a ordem jurídica repudia ou que, já no plano físico, sejam inatingíveis*”.²²⁴

Já o *interesse de agir*, como bem elucidado por Moacyr Amaral Santos, “*é um interesse secundário, instrumental, subsidiário, de natureza processual, consistente no interesse ou necessidade de obter uma providência jurisdicional quanto ao interesse substancial contido na pretensão*”.²²⁵ Na execução, ele decorre da necessidade do Estado-juiz agir, em razão do inadimplemento da obrigação por parte do executado.

Por fim, a legitimidade das partes pressupõe que o autor seja titular do interesse que se contém na sua pretensão com o réu. Daí porque Moacyr Amaral Santos aduz que “*à legitimação para agir em relação ao réu deverá corresponder a legitimação para contradizer deste em relação àquele*”.²²⁶ Na ação de execução, as partes são, respectivamente, o exequente – aquele que afirmando-se credor, requer para si a tutela jurisdicional executiva – e executado – aquele em face de quem se pretende a tutela jurisdicional. Ressalte-se, por oportuno, a possibilidade de sobrevir modificação no plano material e que afetem as posições de credor e devedor, como, por exemplo, ocorre quando o credor falece, deixando herdeiros, ou mesmo quando a lei impõe a responsabilidade a um terceiro, como é o caso do artigo 135, do CTN, por exemplo.²²⁷

222 Moacyr Amaral Santos. **Primeiras linhas de direito processual civil**, p. 170.

223 O citado processualista classifica como de naturezas política e física os limites que, em alguns casos, reduzem legitimamente a potencialidade satisfativa da execução forçada; no primeiro caso, em virtude de lei (como é o caso da impenhorabilidade de certos bens de família, por exemplo) e, no segundo, óbices decorrentes das leis físicas, quer referente aos bens, quer à vontade das pessoas (como, por exemplo, se a coisa devida se perdeu ou se quebrou, ou, na obrigação de fazer, se o obrigado insiste em não cumprir).

224 **Instituições de direito processual civil**, vol. IV, p. 84.

225 Idem, ibidem, p. 170.

226 Idem, ibidem, p. 171.

227 Para os fins a que nos propomos por meio do presente estudo, esta discussão não se afigura relevante, de modo que não será abordada, até mesmo porque sua abordagem é matéria para um trabalho autônomo. Por ora, mostra-se importante tão somente ter essas noções de possibilidade jurídica do pedido, interesse de agir e legitimidade das partes.

Cássio Scarpinella Bueno considera que, em se tratando de execução, o título executivo permite verificar a existência ou não das condições da ação:

O título executivo, justamente por força de sua função *processual*, viabiliza que o magistrado, analisando-o, verifique se estão, ou não, presentes as condições da ação. É a partir do título e, no máximo, a partir de algum outro documento a ele inerente e permitido pelo sistema que o juiz verificará quais são as partes legítimas, se há interesse de agir, e se há possibilidade jurídica do pedido.²²⁸

Também Cândido Rangel Dinamarco atenta para essa qualidade do título executivo, ponderando que à sua falta “*o exeqüente carece do interesse de agir e, portanto, da ação executiva, por ausência do requisito adequação da tutela jurisdicional*”,²²⁹ sem, contudo, deixar de observar que também o inadimplemento é elemento indicador do interesse de agir.²³⁰ Com esse entendimento concordamos, por considerar que, embora condição necessária, o título executivo não é suficiente, por si só, para caracterizar o interesse de agir, que só estará efetivamente comprovado diante do inadimplemento. E nem poderia ser diferente, na medida em que sem este requisito, a norma sancionatória não pode nem mesmo incidir.

Tamanha é a importância do título executivo e do inadimplemento para o processo de execução que o Código de Processo Civil, no Livro II, destina um capítulo inteiro para tratar dos “Requisitos Necessários para realizar qualquer execução”, dedicado exclusivamente a essas matérias, de cujo exame nos ocuparemos a seguir.

A título de esclarecimento, vale mencionar que, no presente trabalho, ao tratarmos do inadimplemento, sempre que nos referirmos ao citado termo, o tomaremos no sentido de mora, por ser este o vocábulo que melhor se adéqua à situação, conforme ensina Cândido Rangel Dinamarco:

O não-adimplemento que melhor se ajusta aos conceitos e às técnicas executivas é aquele que se resolve em simples *mora*, não no *inadimplemento*. Mora é apenas o não-cumprimento da obrigação pelo modo, no lugar ou no tempo em que deveria ter sido cumprido (CC, art. 394), mas sempre com a possibilidade de satisfação futura, seja por efeito das medidas de sub-rogação inerentes à execução forçada, seja por ato do próprio obrigado ou de terceiro (purgação da

228 **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**, p. 58.

229 **Instituições de direito processual civil**, vol. IV.

230 “Aí reside a manifestação *in executivis* dos dois elementos indicadores do *interesse de agir*, porque sem inadimplemento nenhuma tutela jurisdicional teria razão de ser e sem título executivo a tutela executiva não é adequada” (idem, *ibidem*, p. 76).

mora). A mora é em princípio suscetível de purgação, e o inadimplemento, não.²³¹

2.2.3. Requisitos necessários para realizar qualquer execução

Os requisitos necessários para realizar qualquer execução são dois: o título e o inadimplemento, cuja previsão encontra-se consubstanciada nos artigos 580 a 586, todos do Código de Processo Civil.²³²

A teor do que prescrevem os citados arts. 580 e 586,²³³ a execução pode ser instaurada caso o devedor não satisfaça a obrigação certa, líquida e exigível, consubstanciada em título executivo. No entanto, não poderá o credor iniciar a execução, ou nela prosseguir, se o devedor cumprir a obrigação; podendo, todavia, recusar o recebimento da prestação caso ela não corresponda ao direito ou à obrigação, caso em que requererá ao juiz a execução, ressalvado o direito do credor de embargá-la (art. 581, CPC).

Em todos os casos em que é defeso a um contraente, antes de cumprida sua obrigação, exigir o implemento da do outro, não se procederá à execução, se o devedor se propõe a satisfazer a prestação, com meios considerados idôneos pelo juiz, mediante a execução da contraprestação pelo credor, e este, sem justo motivo, recusar a oferta (art. 582, CPC).

De fato, o *título executivo e inadimplemento* são requisitos indispensáveis para a execução, sem o que ela não pode realizar-se.²³⁴ Tomando a execução como norma

231 **Instituições de direito processual civil**, vol. IV, p. 184/185.

232 Existem vários outros pressupostos da tutela jurisdicional executiva, tais como os pressupostos subjetivos do Juízo (jurisdição, competência, imparcialidade), os pressupostos processuais subjetivos da parte (personalidade e capacidade processual, capacidade postulatória, legitimidade), e, ainda, os pressupostos processuais objetivos – extrínsecos à relação processual (litispendência, coisa julgada, perempção, pagamento ou garantia das custas) e intrínsecos a ela (invalidades e nulidade) mas que por ora não serão abordados. A análise de tais pressupostos se dará à medida que for necessária para o estudo a que nos propusemos e, ainda assim, nos limites em que necessário.

233 A antiga redação do artigo 586 atribuía ao título os requisitos da liquidez, certeza e exigibilidade. O legislador, percebendo que tais atributos não eram do título, mas sim da obrigação ali consubstanciada, alteraram a redação do mencionado dispositivo por meio da Lei 11.382/2006. (Redação antiga: art. 586, *caput* – A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título líquido, certo e exigível. Nova redação do art. 586, *caput* – A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título *de obrigação* certa, líquida e exigível.)

234 Ovídio A. Baptista da Silva pensa de forma distinta. Vejamos: “Quando a lei inscreve o inadimplemento do devedor como o pressuposto para ‘realizar qualquer execução’, não está a afirmar que esse requisito seja uma exigência para que a ‘ação’ (processual) executória tenha

secundária e, portanto, sancionatória, vemos que o *inadimplemento da obrigação contida no título executivo* caracteriza o antecedente dessa norma, sendo o seu consequente a relação jurídica coercitiva que obriga o cumprimento da norma primária.

Examinemos, então, os elementos contidos no antecedente da norma secundária. Para fins didáticos, todavia, nos daremos o direito de examinar o título executivo e o inadimplemento separadamente.

2.2.3.1. O título executivo

2.2.3.1.1. Natureza do título executivo

Ao definir *título executivo*, Moacyr Amaral Santos afirma que:

Título executivo consiste no *documento* que ao mesmo tempo em que qualifica a pessoa do credor, o legitima a promover a execução. Nele está a representação de um ato jurídico, em que figuram credor e devedor, bem como a eficácia, que a lei lhe confere, de atribuir àquele o direito de promover a execução contra este.²³⁵

início, ou seja, não o coloca como premissa necessária para que o procedimento da ação executória tenha curso. Poderá ocorrer, e esta é uma experiência diuturna na prática forense, que alguém se apresente em juízo exibindo documento com aparência de um título executivo e com alguma prova que torne presumível o inadimplemento do devedor. Iniciado, então, o procedimento executório e aberta ao devedor a oportunidade para que ele ataque o título executivo, ou demonstre, por outro motivo, a ilegitimidade da pretensão executória – através de uma ação incidental denominada *embargos do devedor* –, poderá ocorrer que a sentença que os julgar acabe reconhecendo que, em verdade, o título executivo continha algum defeito que o tornava imprestável para *realizar* a execução; ou então constatar-se que o devedor, cuja prova do inadimplemento fora inicialmente oferecida pelo credor-exequente, em momento subsequente, mas antes da propositura da ‘ação’ executiva, pagara integralmente o seu débito, liberando-se da obrigação. Em tais casos, parece correto dizer que houve, no plano do direito processual, ‘ação’ executória, mas acabou não havendo *execução*, enquanto *ato de transferência de um bem jurídico do patrimônio do executado para o patrimônio do credor*” (**Curso de processo civil**, vol. 2, p. 312). Em que pese às observações do ilustre processualista, não podemos concordar com seu posicionamento. A probabilidade de existência do crédito é o fator que orienta o legislador a atribuir a determinado documento a natureza de título executivo. Como salienta Candido Rangel Dinamarco, “como *probabilidade é menos que certeza*, algum risco de desacerto sempre há, ou porque o legislador errou ao erigir em título executivo um ato que não fosse tão idôneo quanto parecia, ou porque, no curso da vida e dos negócios das pessoas, alguma circunstância concreta demonstre que o crédito inexistia apesar de formalmente consubstanciado em título” (idem, *ibidem*, p. 193). Ademais, o antecedente da norma sancionatória, isto é, o fato jurídico que permite a instauração da execução é o inadimplemento da obrigação inscrita no título, de forma que a execução só terá início se presente aquele requisito. Na hipótese de vir o mesmo a ser descaracterizado, então, o processo executivo deve ser extinto, por ausência dos pressupostos que permitem sua instauração.

235 **Primeiras linhas de direito processual civil**, vol. 3, p. 225.

A compreensão do título como documento, segundo Cássio Scarpinella Bueno, “*quer significar que o título retrata, suficientemente para fins da prestação da tutela jurisdicional executiva, uma obrigação, sempre compreendida como sinônimo de relação jurídica, dever, ‘direito’, com os atributos acima destacados, isto é, certa, exigível e líquida*”.²³⁶

Já Candido Rangel Dinamarco considera o título executivo como sendo “*ato ou fato jurídico indicado em lei como portador do efeito de tornar adequada a tutela executiva em relação ao preciso direito a que se refere*”.²³⁷ O documento, segundo ele, seria apenas um requisito formal do ato. Também Liebman caracteriza o título como ato, qualificando-o ainda como condição necessária e suficiente²³⁸ da execução, segundo o princípio *nulla executio sine titulo*.

Analizando esse confronto doutrinário, Pontes de Miranda ponderou:

O título é executivo porque nele está o ato jurídico, que há de satisfazer os pressupostos contenciosos e formais, para ter a eficácia executiva. O documento apenas tem a função de instruir, *docere*; e pode, se se perde, ou se destrói, ser substituído. Portanto, não se trata do ato jurídico em si; porém sim do ato jurídico *mais* a eficácia executiva que lhe dá a lei, como sentença ou como título extrajudicial.²³⁹

Também Araken de Assis observa que “*valorizar o título exclusivamente sob o aspecto do ato ou da forma documental é equivocado, porquanto existe indissolúvel unidade desses elementos*”.²⁴⁰

Podemos, assim, distinguir duas dimensões no título. No plano material, se sobreleva a declaração de certeza (relativa), tanto obtida através do órgão jurisdicional quanto alcançada mediante o consenso dos particulares ou unilateralmente pela Fazenda Pública. Na perspectiva processual, interessa o documento, dotado de certos requisitos formais *ad hoc*, que fundará sempre a execução (art. 586, do CPC). Contudo, em termos estritamente operacionais, pode-se dizer que o título judicial ou extrajudicial autoriza a execução.

236 **Curso sistematizado de direito processual civil**, 3, p. 72/73.

237 *Idem*, *ibidem*, p. 191.

238 Como já observamos linhas atrás, de fato o título é condição necessária da execução, mas não suficiente, eis que a sua existência sem o respectivo inadimplemento faz desaparecer o interesse de agir.

239 **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. IX, p. 166.

240 **Manual da execução**, p. 146.

2.2.3.1.2. Eficácia do título executivo

O título executivo constitui a prova pré-constituída da causa de pedir da ação executória, que consiste na alegação, pelo credor, de que o devedor não cumpriu, espontaneamente, o direito reconhecido no título. Efeitos deste documento se espraiam em tríplice direção.

O título outorga ao Credor a grave possibilidade de propor a ação executória, irrompendo na esfera jurídica do executado, que se encontra sujeito às consequências da propositura da demanda. À pretensão de executar se relaciona, correlatamente, o dever de o Estado prestar a tutela executiva. Tocarà ao Estado, a instância do credor, aplicar ao executado os meios executórios.²⁴¹

2.2.3.1.3. Conteúdo do título executivo

Focado no seu conteúdo, o título delimita, subjetivamente, a ação executória; determina o bem objeto das aspirações do demandante; e, às vezes, demarca os lindes da responsabilidade patrimonial.

Ele é responsável por identificar as partes na ação executória, localizando, em princípio, os figurantes da relação jurídica material. Hipóteses existem, entretanto, em que a coincidência das posições subjetivas, entre o título e o processo executivo, se revelam virtuais, na medida em que outras pessoas podem se sujeitar à eficácia do título, o que, diga-se de passagem, é muito comum em sede de execução fiscal, com o redirecionamento da execução para responsáveis tributários. Mas mesmo que haja essa possibilidade de outras pessoas se sujeitarem à eficácia do título, este conterà, na pior das hipóteses, ao menos algumas das partes envolvidas na relação.

Estabelece, ainda, o título, o bem atingível da execução, definindo o resultado prático do processo, ao assinalar o proveito máximo alcançável pelo credor, se e quando houver êxito completo da demanda. Em decorrência da identificação do objeto da prestação no título, a responsabilidade se circunscreve, automaticamente, a certa classe de bens.

241 Cf. Araken de Assis. **Manual da execução**, p. 146.

2.2.3.1.4. Caracteres do título executivo

O artigo 586 do Código de Processo Civil determina que a execução fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível, de forma que faz-se preciso esclarecer que, sempre quando nos referimos a *título executivo* no curso desse trabalho, estaremos pressupondo a existência de tais caracteres, à exceção das hipóteses em que mencionarmos a ausência de algum dos atributos. Faz-se preciso, portanto, o exame da certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação consubstanciada no título executivo.

Segundo Luiz Fux,²⁴² certa é a obrigação indubitosa, resultante do título executivo; exigível é a obrigação vencida e líquida, a individuada no que concerne ao objeto. O devedor deve saber “o que deve”. Na mesma linha, são os ensinamentos de Moacyr Amaral Santos:

Vale dizer, o título deve necessariamente expressar certeza, liquidez e exigibilidade da obrigação a que se visa executar: *certeza* diz respeito à existência da obrigação; *liquidez*, corresponde à determinação do valor ou da individuação do objeto da obrigação, conforme se trate de obrigação de pagar em dinheiro, de entrega de coisa, de fazer ou não fazer; *exigibilidade* tem o sentido de que a obrigação, que se executa, não depende de termo ou condição, nem está sujeita a outras limitações.²⁴³

Certeza e liquidez, salienta Candido Rangel Dinamarco,²⁴⁴ seriam condicionantes da adequação da tutela jurisdicional executiva porque, mesmo diante de um ato formalmente perfeito, consubstanciado em documento idôneo e aceito como título executivo, essa tutela não será admissível se ausente um deles. Todavia, para o eminente processualista, a certeza não guarda relação alguma com a possibilidade de existência oferecida pelo título executivo, divergindo, assim, do posicionamento dos autores acima mencionados. De acordo com ele,

Uma obrigação é certa quando perfeitamente *identificada e individualizada em seus elementos constitutivos subjetivos e objetivos*, ou seja, (a) quanto aos *sujeitos* ativos e passivos da relação jurídico-material, (b) quanto à natureza de seu *objeto* e (c) quanto à *identificação e individualização* deste, quando for o caso. Não se trata da obrigação *certa quanto a sua existência*, de que inadequadamente falava o Código Civil de 1916 (art. 1.533): se a obrigação existe ou não, ou se deixou de existir depois da constituição do título executivo,

242 **O novo processo de execução**, p. 39.

243 *Idem*, vol. III, p. 229.

244 **Instituições de direito processual civil**, p. 226.

isso poderá ser objeto dos embargos ou da impugnação que o executado eventualmente vier a opor.²⁴⁵

Somos obrigados a acompanhar a divergência apontada por Candido Rangel Dinamarco pois, de fato, pode ocorrer de o título ser modificado ou mesmo extinto. O que se verifica quando do ajuizamento da execução fiscal é tão somente uma probabilidade de existência da obrigação oferecida pelo título, a qual, todavia, só se confirmará ao final do processo, com a satisfação do direito pleiteado.

2.2.3.1.5. Espécies de título executivo

Os Títulos Executivos se subdividem em Títulos Judiciais (aqueles que decorrem de um processo de conhecimento prévio) e Extrajudiciais (os que prescindem de prévia ação condenatória). Aqueles encontram previsão no art. 475-N, do CPC, ao passo que estes, no 585, do CPC. Como bem se vê, tanto um quanto o outro decorrem de expressa previsão legal, de forma que podemos afirmar que só podem ser títulos executivos aqueles que o legislador assim definiu. Nesse sentido, são as observações de Luiz Guilherme Marinoni:

A eleição de um documento como título executivo extrajudicial deve partir da constatação de que a sua titularidade, em regra, indica existência do direito de crédito. Ou seja, o legislador, para instituir um título extrajudicial, deve fundar-se no que o documento representa em termos de credibilidade da existência do direito.²⁴⁶

Não pode, portanto, nem o juiz nem qualquer das partes criar título executivo, ainda que estas estejam de pleno acordo quanto a isso, quando, por exemplo, assim estabelecem em um contrato qualquer. Somente o legislador possui essa competência. Vejamos, portanto, quais os títulos a que o legislador atribuiu a natureza de título executivo.

São títulos executivos judiciais: (i) a sentença proferida no processo civil que reconheça a 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

245 **Instituições de direito processual civil**, p. 229.

246 Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart. **Execução**, p. 419.

partilha, exclusivamente em relação ao inventariante, aos herdeiros e aos sucessores a título singular ou universal.

São títulos executivos extrajudiciais: (i) a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture²⁴⁷ e o cheque; (ii) a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores; (iii) os contratos garantidos por hipoteca, penhor, anticrese e 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 serventuário da 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, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei; (viii) todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir a força executiva.

Como salienta Araken de Assis,²⁴⁸ o título executivo extrajudicial, posterga a função de conhecimento, o que faz com que o grau de estabilidade deste tipo de título diminua de modo dramático. Também Pontes de Miranda já qualificava este título como “*aquele em que se elide, ou em que se retarda a cognição completa*”.²⁴⁹ O principal sintoma da fragilidade se encontra no regime heterogêneo da oposição do executado, que, contra execução fundada em título extrajudicial, possui horizontes largos (art. 745, V, do CPC, na redação da Lei 11.382/2006).

Candido Rangel Dinamarco distinguindo entre título judicial e extrajudicial aponta que o primeiro, porque produzido *em juízo* e, portanto, precedidos das providências inerentes ao devido processo legal, ostenta uma maior probabilidade do que o segundo, que é produzido extrajudicialmente. No entanto, salienta que são equivalentes a eficácia de ambos os títulos, uma vez que os dois provocam a tutela jurisdicional executiva.

247 A debênture foi incluída pela Lei 11.382/2006 no rol dos títulos extrajudiciais. Antes do citado diploma legal, permanecia grande discussão quanto à sua qualificação como título judicial.

248 **Manual da execução**, p. 169.

249 **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. IX, p. 6.

Já Pontes de Miranda considera que o título extrajudicial não tem antecedência (como o título judicial), mas antecipa-se à sentença de cognição:

O elemento executivo da pretensão à tutela jurídica (portanto, pré-processual) somente foi posto *antes* da condenação por força de regra jurídica pré-processual, mercê da técnica do adiantamento de execução, com a *non plena cognitio*, que inverte a ordem de início das ações (executiva, antes da condenação), sem inversão da ordem das sentenças (condenação e complementação da executividade que se adiantara, ou declaração de não se poder completar).²⁵⁰

Interessa-nos, em particular, o título extrajudicial,²⁵¹ que, como visto, é aquele a que a lei atribui executividade, sem processo jurisdicional que o antecipe, ou seja, no qual a cognição completa é postergada. Conforme observa Pontes de Miranda, o título extrajudicial, no processo de execução, exerce duas funções distintas: a primeira de ingresso à execução, e a segunda, a de título incorporante do crédito. Ainda de acordo com o jurista, “*essa função é assaz relevante e indispensável no tocante à condenação, que sobrevém, e aquela, para o início da execução e para o complemento da cognição não-plena, efeito logicamente contemporâneo à condenação*”.²⁵²

O rol dos títulos executivos extrajudiciais previsto no artigo 585, do CPC, contempla títulos, de cuja formação participou o devedor, o que justifica a opção do legislador de atribuir-lhes executividade. Exceção a esta regra é a certidão de dívida ativa, contida no inciso VII, do citado dispositivo legal, título executivo extrajudicial que embasa a execução fiscal e que é constituída unicamente pela Administração Tributária.

Tendo em vista esta particularidade no seu modo de constituição em relação aos demais títulos extrajudiciais a que o legislador atribuiu executividade, bem como a importância que este título assume na cobrança da dívida ativa, entendemos ser pertinente algumas considerações a seu respeito.

A Certidão de Dívida Ativa (art. 585, VII) — Para o Código Tributário Nacional, constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular (art. 201).

250 **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. IX, p. 50.

251 Aqui, vale frisar, novamente, que os títulos executivos judiciais não serão objeto de maior análise no presente estudo, por não apresentarem relevância para os fins a que nos propusemos.

252 **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. IX, p. 46.

Sob pena de nulidade da inscrição (art. 203, do CTN), o termo de inscrição de dívida ativa indicará obrigatoriamente: (i) o nome do devedor, dos co-responsáveis,²⁵³ e, sempre que conhecido, o domicílio ou residência de um e de outros; (ii) o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato; (iii) a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida; (iv) a indicação, se for o caso, de estar a dívida sujeita à atualização monetária, bem com o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo; (v) a data e o número de inscrição, no Registro de Dívida Ativa; e, (vi) o número do processo administrativo ou do auto de infração, se neles estiver apurado o valor da dívida.

Como já mencionado, guarda a certidão de dívida ativa – CDA importante peculiaridade em relação aos demais títulos executivos extrajudiciais. Enquanto o restante dos títulos elencados no art. 585, do CPC, é formado por ato bilateral ou por iniciativa do devedor, em que este expressa sua anuência, no caso da CDA não podemos dizer o mesmo, eis que sua formação se dá por iniciativa exclusiva da Fazenda Pública, que é a credora. Essa particularidade é bem notada por Hugo de Brito Machado Segundo e Raquel Cavalcanti Ramos Machado:

A propósito, quando se analisam os títulos executivos extrajudiciais, verifica-se que, em regra, são eles formados pela vontade do devedor. Afinal, é dele a assinatura do cheque, na nota promissória ou no contrato. Foi sua manifestação de vontade que fez nascer a relação jurídica obrigacional, e o título no qual está representada com força executiva. No caso da execução fiscal, não. O título é originado no âmbito da chamada *autotutela vinculada* de que a Administração Pública é dotada. Por outras palavras: a Administração constitui seus próprios títulos executivos, unilateralmente.²⁵⁴

Também Alberto Xavier atenta para a diferença fundamental entre a posição jurídica dos particulares e do Fisco frente ao processo de execução:

Esta diferença reside precisamente no privilégio da formação unilateral do título executivo. Enquanto o credor privado, se não dispõe de um título negocial contendo uma declaração do devedor, carece de obter dos tribunais uma sentença de condenação que declare o seu direito e ordene a sua realização, a

253 Embora não seja objeto do presente estudo, entendemos que os nomes dos co-responsáveis só pode ser incluído na CDA caso a eles tenha sido oportunizado o direito à ampla defesa e contraditório, quando da constituição do crédito tributário. Em outras palavras, não tendo participado do processo de constituição do crédito tributário, é ilegítima a indicação do co-responsável na CDA. Sua responsabilidade deve ser suscitada após instaurada a execução, com a respectiva demonstração da existência dos requisitos que o torna responsável pelo débito objeto da exigência.

254 A reforma no CPC e a suspensão da execução fiscal pela oposição de embargos, **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 151, p. 61.

Administração fiscal exerce por si esta atividade declarativa prévia ao processo de execução, dando unilateralmente origem a um título executivo.²⁵⁵

Como bem pondera James Marins, *“somente se concebe a criação de um título executivo extrajudicial unilateralmente pelo credor, sem que o devedor manifeste sua vontade, devido à presunção de legitimidade de que se revestem os atos do Poder Público”*.²⁵⁶

Em função dessa presunção de legitimidade a que alude James Marins, o legislador optou por conferir à dívida regularmente inscrita presunção de certeza e liquidez, que só pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite. Tal peculiaridade é de suma importância, na medida em que influi sobremaneira no direito de defesa do executado que decida opor-se à execução que lhe é proposta, conforme veremos mais adiante.

Remetemo-nos agora ao processo de formação da certidão de dívida ativa. Uma vez realizado o lançamento tributário e esgotados os trâmites administrativos, isto é, a possibilidade de recursos, diz-se que o crédito tributário está definitivamente constituído. Feito isso, será oportunizada ao devedor a abertura de prazo para cobrança amigável, a teor do que determina o art. 21, do Decreto 70.235/1972, após o que o processo é encaminhado à Procuradoria da Fazenda Nacional para a cobrança executiva.

Nesse momento, será realizada a inscrição da Dívida Ativa da Fazenda Pública no livro de registro da dívida pública, nos termos do art. 2º, da Lei 6.830/1980, pela Procuradoria da Fazenda Nacional, a fim de que se formalize o título executivo extrajudicial, que embasará a execução fiscal.

Conforme bem observado por Paulo de Barros Carvalho, o ato de apuração e de inscrição do débito tributário

É o único ato de controle de legalidade, efetuado sobre o crédito tributário já constituído, que se realiza pela apreciação crítica de profissionais obrigatoriamente especializados: os procuradores da Fazenda. Além disso, é a derradeira oportunidade que a Administração tem de rever os requisitos jurídico-legais dos atos praticados. Não pode modificá-los, é certo, porém tem meios de evitar que não prossigam créditos inconsistentes, penetrados de ilegitimidades

255 **Do lançamento no direito tributário**, p. 395.

256 **Direito processual tributário brasileiro**, p. 604.

substanciais ou formais que, fatalmente, serão fulminadas pela manifestação jurisdicional que se avizinha.²⁵⁷

Diante do quanto foi exposto, conclui-se que, ao contrário dos outros títulos executivos previstos no artigo 585, do Código de Processo Civil, negócios jurídicos criados com a participação direta e voluntária do devedor, na criação da certidão de dívida ativa não há participação volitiva deste, que, frise-se, não possui liberdade alguma de anuir ou não com o tributo que está sendo exigido, dado o caráter compulsório deste.

E nem se argumente que a possibilidade de prévia discussão no processo administrativo fiscal de constituição do crédito tributário se equipararia à manifestação de vontade externada na constituição dos títulos extrajudiciais privados, eis que essa defesa que lhe é oportunizada em sede administrativa refere-se simplesmente à possibilidade de contestar a criação do crédito, cabendo, todavia, à Administração Tributária a decisão sobre sua manutenção ou não.

A bem elucidar tal questão, válidos são os comentários de Henrique Machado Rodrigues de Azevedo e Felipe Lobato de Carvalho Mitre:

A Certidão de Dívida Ativa é um título executivo elaborado de forma unilateral. Mesmo que o sujeito passivo tenha desencadeado o processo administrativo e nele apresentado defesas e recursos, não se pode deixar de considerar que quem julga o litígio é a mesma parte que tem interesse em manter a exigência fiscal, ou seja, a Administração Pública. Por certo, então, que não estamos diante de um título executivo que foi elaborado, de alguma forma, sob a idéia de consenso entre as partes litigantes.²⁵⁸

2.2.3.2. O inadimplemento

O inadimplemento, como já dito, deve ser entendido, no âmbito do processo executivo, como mora, de forma que ao afirmarmos que um título executivo não foi adimplido queremos com isso dizer que a obrigação ali consubstanciada ainda não foi cumprida. Não à toa Liebman²⁵⁹ caracteriza o inadimplemento como o pressuposto prático da execução, isto, é, como “*a situação de fato que pode dar lugar à execução*” e continua o ilustre processualista, afirmando que “*só quando se verifica uma situação desta espécie é que surge a razão de ser, o interesse prático concreto para fazer-se a execução*”.

257 **Curso de direito tributário**, p. 556.

258 *Idem*, *passim*.

259 **Manual da execução**, p. 6.

Realmente, o inadimplemento é a situação fática que possibilita a abertura da via executiva; em outras palavras, ele é o fato jurídico previsto no antecedente da norma secundária, cuja ocorrência dá ensejo à instauração de uma relação jurídica na qual o Estado-juiz subroga-se na posição de credor para, coativamente, satisfazer a obrigação inadimplida.

Sendo o inadimplemento o pressuposto prático da execução, isto é, a hipótese da norma sancionadora, esta só poderá incidir caso se verifique aquela situação. Por isso que o inadimplemento é caracterizado como um requisito para promover toda e qualquer execução. A relação jurídica sancionatória instituída pelo consequente da norma secundária só se concretiza após a verificação do seu antecedente, ou seja, do não cumprimento da obrigação consubstanciada no título.

Em razão do exposto, *“se a obrigação foi contraída a termo (art. 614, II, do CPC) ou sob condição ainda não implementada (art. 618, III, do CPC), não cabe ao credor promover a execução, por ausência de interesse processual”*.²⁶⁰ Em outras palavras, nessa hipótese, a execução não poderá ser proposta em decorrência da inoccorrência do fato previsto no antecedente da norma sancionatória.

Cumprir observar, por oportuno, que relacionando-se o inadimplemento com a obrigação de índole material, também as regras que o disciplinam situam-se nos códigos de direito material. Nesse sentido, são os ensinamentos de Ovídio Baptista da Silva:

As regras que disciplinam o inadimplemento da obrigação situam-se nos códigos de direito material e a elas deverá o processualista recorrer para determinar, em cada caso concreto, se ocorreu ou não tal pressuposto legitimante da execução. A disposição do art. 580, parágrafo único, do Código de Processo Civil é, indiscutivelmente, regra de direito material, e há de ser interpretada em harmonia com as disposições sobre cumprimento das obrigações, disseminadas nos códigos de direito material.²⁶¹

Assim, se por um lado, a constatação do inadimplemento provocará a incidência da norma sancionatória, por outro, inexistente essa situação fática, o antecedente desta norma não se realizará, impedindo o surgimento da execução. E é justamente em razão dessa impossibilidade que preconiza o artigo 581, a impossibilidade de o credor iniciar a execução, ou nela prosseguir, caso a obrigação tenha sido cumprida.

260 Luiz Fux. **O novo processo de execução**, p. 34.

261 Ovídio A. Baptista da Silva. **Curso de processo civil**, p. 35.

3. OS EMBARGOS À EXECUÇÃO CÍVEL DE TÍTULO EXECUTIVO EXTRAJUDICIAL ANTES E DEPOIS DO ADVENTO DA LEI 11.382/2006

Vimos no capítulo anterior alguns dos princípios aplicados ao processo de execução de título extrajudicial, bem como os requisitos necessários para realizar toda e qualquer execução: título executivo e inadimplemento. Verificamos, outrossim, particularidades inerentes à certidão de dívida ativa, título extrajudicial que embasa o processo de execução fiscal para cobrança de crédito tributário. Como bem se percebe, houve uma omissão por nossa parte em relação a alguns pressupostos processuais gerais da relação,²⁶² o que se justifica por não influírem tais pressupostos, embora essenciais no processo executivo, nos efeitos com que os embargos à execução fiscal serão recebidos. Ou seja, tal supressão, a par de proposital, decorre de um necessário corte metodológico, de forma que também se dará ao tratarmos dos embargos à execução.

O exame até agora realizado, embora imprescindível para o entendimento da execução fiscal e, especialmente, dos embargos à execução fiscal, não se mostra suficiente para concluirmos pela subsistência ou não dos efeitos suspensivos a estes embargos após o advento da Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006. Faz-se imprescindível, outrossim, o exame desse diploma, que, como veremos, introduziu sensíveis inovações ao processo de execução fundado em título executivo extrajudicial, com o intuito de conferir maior celeridade e efetividade à execução.

Tendo em vista a possibilidade de tais alterações refletirem no processo de execução fiscal e, por conseguinte, nos embargos à execução fiscal, faz-se importante um exame de algumas modificações, que consideramos importante, de modo a contextualizar a problemática posta em discussão. Interessa-nos, agora, a análise do processo de embargos à execução de título executivo extrajudicial, o que, de forma incidental, pressupõe o exame de algumas alterações ocorridas no próprio processo de execução.

262 Passamos ao largo de questões como pressupostos processuais subjetivos do juízo (jurisdição, competência, imparcialidade), pressupostos processuais subjetivos das partes (personalidade processual, capacidade processual, capacidade postulatória, legitimidade), bem como de pressupostos processuais objetivos extrínsecos à relação processual (litispendência, coisa julgada, preempção, pagamento ou garantia das custas) e pressupostos processuais objetivos intrínsecos à relação processual (invalidades e nulidades).

3.1. Natureza dos embargos

Como já mencionamos, os embargos à execução assumem, no direito brasileiro, a qualidade de ação de oposição à execução de título executivo extrajudicial.²⁶³ Como já observava Liebman, “*a oposição de mérito, conquanto seja, na prática, o modo para contrastar a ação executória do credor, é todavia, e sempre, qualquer que seja o aspecto sob que se apresenta, verdadeira ação*”.²⁶⁴ Também Candido Rangel Dinamarco é enfático quanto à natureza de ação dos embargos:

Os embargos são um autêntico *processo* porque através deles é decidida uma causa, por sentença suscetível de obter coisa julgada e após a observância de um procedimento próprio, similar ao ordinário, com abertura para ampla e exauriente instrução.²⁶⁵

Os embargos à execução decorrem, pois, do princípio constitucional à ampla defesa e contraditório, sendo oportunizado ao devedor a possibilidade de discutir nulidade da execução, penhora incorreta ou avaliação errônea, excesso de execução ou cumulação indevida de execuções e ainda qualquer outra matéria que lhe seja lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento. Esta amplitude deriva da circunstância observada por Pontes de Miranda,²⁶⁶ de que há no caso “execução adiantada”, isto é, a criação do título não passou pelo crivo judicial, sendo sua análise postergada para momento futuro, qual seja, a oposição pelo executado.

Faz-se importante ter em mente, portanto, que a atribuição de exequibilidade ao título extrajudicial não implica a impossibilidade deste crédito ser questionado judicialmente, mas sim que no processo executivo, “*o contraditório é eventual, podendo existir, ou não, na medida em que o processo pode funcionar sem litígio*”, conforme bem

263 A título de curiosidade, impende notar que antes do advento da Lei 11.232/2005, os embargos também serviam como ação por meio da qual o executado opunha-se ao processo executivo de título judicial. Contudo, o mencionado diploma legal criou a “impugnação” (arts. 475-L e 475-M) como forma pela qual o executado questiona o cumprimento de sentença, de forma que em se tratando de título executivo judicial, não mais cabem embargos e sim impugnação. Em todo caso, como observa Candido Rangel Dinamarco, “*tanto os embargos quanto a impugnação têm a natureza de processos incidentes mas autônomos, não meros incidentes executivos*” (**Instituições de direito processual civil**, vol. IV, p. 742).

264 **Embargos do executado**, p. 218.

265 *Idem*, p. 746.

266 **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. IX.

observa Carreira Alvim.²⁶⁷ Assim, os embargos são o meio pelo qual o devedor pode questionar o próprio título executivo, garantido o contraditório. Daí porque José Frederico Marques afirmava ser o título executivo sujeito à condição resolutiva sempre que apresentados embargos:

O título executivo, por ser processualmente abstrato, é suficiente para dar causa à instauração do processo de igual nome, embora sujeito, quando oferecidos embargos, à condição resolutiva, cujo implemento será a sentença constitutiva que julgar esses embargos procedentes. Inadmitidos no entanto, os embargos ou julgados improcedentes, não se registra o implemento da referida condição, pelo que a execução prosseguirá.²⁶⁸

Não se pode, portanto, desconsiderar a importância dos embargos à execução, na medida em que eles constituem o processo por meio do qual faz-se possível discutir o próprio título executivo. E é justamente em razão disso que Liebman afirma que “*o título executório inclina para o lado do credor a balança da justiça e a oposição restaura em prol do devedor o equilíbrio, quando se demonstre injustamente turbado*”.²⁶⁹

Afiguram-se, portanto, os embargos como nítido processo de conhecimento, que possibilita ao executado defender-se do processo executivo que lhe é movido, sendo facultado a ele alegar quaisquer matérias passíveis de serem questionadas em processo de conhecimento, a fim de que lhe seja oportunizada a ampla defesa.

Ressalte-se mais uma vez, por oportuno, que o título executivo indica uma grande probabilidade da existência da obrigação, existência esta que pode ser questionada nos embargos à execução. Aliás, o fato do processo de embargos à execução possuir uma maior abrangência quanto às matérias a serem discutidas em relação à impugnação contra título judicial serve a demonstrar uma maior fragilidade daquele título em detrimento a este. E nem poderia ser diferente, na medida em que o título judicial é precedido de um processo de conhecimento, ao passo que o extrajudicial, não. Somente nos embargos é que será oportunizada a *cognitio plena*.

267 Nova execução de título extrajudicial, p. 200.

268 José Frederico Marques. Instituições de direito processual civil, p. 351.

269 Embargos do executado, p. 222.

3.2. Do processamento dos embargos

Possuindo os embargos à execução nítida feição cognitiva, seu conhecimento está condicionado, a exemplo do que ocorre em todo processo de conhecimento, à presença cumulativa de todos os pressupostos de admissibilidade do julgamento do mérito da própria oposição, quais sejam, as condições da ação e os pressupostos processuais.²⁷⁰ Na ausência de algum deles, o mérito da demanda não será apreciado e, como é natural, o processo desta será extinto sem julgamento do mérito.

No que tange às condições da ação, a possibilidade jurídica dos embargos do devedor pressupõe que o embargado pretenda a aplicação de atos admitidos pelo ordenamento. No que tange à legitimidade, “*os legitimados ativos aos embargos do devedor são os legitimados passivos da execução*”²⁷¹ e vice-versa. Já o interesse de agir reside no dano que a execução pode causar ao executado, pela constrição de seu patrimônio ou na sua iminência. Como salienta Candido Rangel Dinamarco, “*sem essa efetiva ou iminente constrição, falta ao executado a condição da ação consistente no interesse de agir, por inocorrência da necessidade da tutela jurisdicional; falta-lhe o interesse-necessidade*”.²⁷²

Também se aplicam aos embargos do executado as exigências ordinariamente impostas à petição inicial, nos termos do que prescreve o art. 282, do CPC, tais como a necessidade de indicar o juiz a quem é dirigida, a qualificação das partes, os fatos e fundamentos a serem considerados, o pedido com suas especificações, a indicação do valor que sustenta ser devido no caso de excesso de execução, a indicação do valor da causa, ainda que não seja devido o preparo inicial.

Vejamos, portanto, como se dá o processamento dos embargos à execução de título extrajudicial, a fim de que possamos passar ao exame do objeto de nossos estudos: a subsistência ou não dos efeitos suspensivos aos embargos à execução fiscal.

270 A exemplo do que mencionamos quando do estudo dos “Requisitos necessários para realizar qualquer execução”, também aqui não entraremos no exame específico desses pressupostos.

271 Pontes de Miranda. **Comentários ao Código de Processo Civil**, t. XI, p. 5.

272 **Instituições de direito processual civil**, p. 763.

3.2.1. Prazo para embargar

Na sistemática anterior, o executado tinha o prazo de 10 (dez) dias, a contar da juntada aos autos da intimação da penhora ou do termo de depósito, para oferecer os embargos à execução. Com o advento da Lei 11.382/2006 esse prazo foi alterado, assim como o termo inicial de sua contagem. A nova redação do art. 738, do CPC, prevê novo prazo de 15 (dias) a contar da data da juntada aos autos do mandado de citação, sendo que, em havendo mais de um executado, o prazo para cada um deles embargar conta-se a partir da juntada do respectivo mandado citatório, salvo tratando-se de cônjuges, situação em que se aplica a regra constante do art. 241, III, contando-se o prazo da data da juntada aos autos do último mandado cumprido.

A esse propósito, observam Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Wambier e José Miguel Garcia Medina, que essa exceção não se aplica no caso de formação de litisconsórcio passivo ulterior:

Tal regra, segundo nosso entendimento, *somente incide quando os cônjuges ocupam, desde o início, o pólo passivo da relação jurídico-processual*, isto é, quando entre os cônjuges se formar litisconsórcio passivo *originário*, no processo de execução.

O mesmo não ocorre, contudo, quando se forma litisconsórcio passivo *ulterior* (ou superveniente) entre cônjuges, no processo de execução, na hipótese prevista no § 2º do art. 655, examinada acima.²⁷³

Quando a execução se der por carta precatória, a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos de tal comunicação. Esta inovação busca conferir maior celeridade ao processo, que pode seguir curso, sem necessidade de aguardar o retorno da carta precatória, que, por vezes, demora muito.

Neste ponto, cumpre ressaltar que, em se tratando de execução por carta, os embargos poderão ser oferecidos no juízo deprecado, sendo lá apreciados caso versem unicamente sobre vícios ou defeitos da penhora, avaliação ou alienação dos bens; caso contrário, será da competência do juízo deprecante seu julgamento, a teor do que determina o novo art. 747 do CPC.

273 **Breves comentários à nova sistemática processual civil**, 3, p. 197.

Ressalte-se, por oportuno, que o prazo para oferecimento de embargos possui natureza peremptória, motivo pelo qual, se oferecidos após o decurso do prazo estabelecido na lei, deve o Juiz rejeitar os embargos liminarmente, consoante veremos linhas abaixo.

Ainda em relação ao prazo para oferecimento dos embargos, cumpre atentar para outra inovação trazida pela Lei 11.382/2006: o parcelamento. Dentro daquele prazo, reconhecendo o crédito do exequente e comprovando o depósito de 30% (trinta por cento) do valor em execução, inclusive custas e honorários de advogado, poderá o executado requerer seja admitido a pagar o restante em até 6 (seis) parcelas mensais, acrescidas de correção monetária e juros de 1% (um por cento ao mês) (art. 745-A do CPC). Sendo a proposta deferida pelo Juiz, o exequente levantará a quantia depositada e serão suspensos os atos executivos; caso indeferida, seguir-se-ão os atos executivos, mantido o depósito (§1º). O não pagamento de qualquer das prestações implicará, de pleno direito, o vencimento das subseqüentes e o prosseguimento do processo, com o imediato início dos atos executivos, imposta ao executado multa de 10% (dez por cento) sobre o valor das prestações não pagas e vedada a oposição de embargos (§ 2º).

3.2.2. Segurança do juízo: desnecessidade

Uma alteração substancial trazida pela Lei 11.382/2006 refere-se à desnecessidade de penhora para que o executado possa embargar. O art. 737, do CPC, que exigia, expressamente, a segurança do juízo como pressuposto para o ajuizamento dos embargos, foi revogado e o art. 736 teve sua redação alterada, para autorizar a oposição de embargos, independentemente de penhora, depósito ou caução.

A exigência da constrição para fins de apresentação de embargos se mostrava, no mais das vezes, severo empecilho para a defesa do executado em juízo, como observa Helder Moroni Câmara:

Na hipótese de o devedor não possui bens passíveis de constrição, a ação de execução acabava se estendendo por excessivo lapso temporal, sendo certo que durante tal período de tempo as eventuais controvérsias e impugnações que poderiam desde logo ser suscitadas pelo executado (que poderiam também desde logo ser decididas pelo juiz da causa) tão-somente seriam analisadas no momento da apresentação dos embargos – e após seguro o juízo.

Dessa forma, a ação de execução poderia ficar durante anos como que estagnada em razão da ausência de bens passíveis de constrição, e na hipótese de realizada a constrição judicial (e apresentados os embargos), novamente restaria

atravancado o andamento da execução, dessa vez em razão do efeito suspensivo que *era* inerente aos embargos anteriores à Lei n. 11.382/2006.²⁷⁴

Também Luiz Fux observa que a dispensa da garantia do juízo atende ao postulado do acesso à justiça, “*não só em relação aos que pretendiam se opor ao crédito exequiando e não ostentavam condições para caucionar, como também para aquelas hipóteses em que a fragilidade do crédito exequiando tornava injusto que o devedor comprometesse o seu patrimônio para livrar-se de um crédito evidentemente ilegítimo*”.²⁷⁵

A desnecessidade de segurança do juízo como pressuposto para o ajuizamento dos embargos confere, assim, uma maior celeridade ao processo, devendo-se observar, todavia, que tal mudança “*não terá o condão de afastar a possibilidade de existência de execuções frustradas por ausência de bens do executado*”.²⁷⁶

3.2.3. Distribuição dos embargos e sua autuação

Tal como já previa o Código de Processo Civil, na antiga redação do art. 736, a distribuição dos embargos do devedor continua sendo feita por dependência ao juízo da execução, o que se deve em razão da notória conexão por prejudicialidade que mantém com aquele processo. No entanto, se antes os autos eram autuados em apenso, o parágrafo único incluído ao art. 736, pela Lei 11.382/2006 determina que os embargos serão autuados em apartado, o que se justifica por não terem mais os embargos à execução efeito suspensivo automático, mas condicionante às exigências capituladas no parágrafo primeiro do art. 739, que será examinado adiante.

3.2.4. Da rejeição liminar dos embargos à execução

Pela nova redação do art. 739, o juiz rejeitará liminarmente os embargos: I – quando intempestivos; II – quando inepta a petição (art. 295); ou, III – quando manifestamente protelatórios. A previsão contida no antigo inciso II (quando não se fundarem em algum

274 Helder Moroni Câmara. **Os embargos à execução e as principais inovações trazidas pela Lei n. 11.382/2006**, p. 192.

275 **O novo processo de execução (cumprimento de sentença e a execução extrajudicial)**, p. 409.

276 Antonio Pereira Gaio Junior. **Embargos do executado na reforma da execução por título extrajudicial: Lei 11.382/2006**.

dos fatos mencionados no art. 741) teve sua exclusão em razão da substancial alteração da oposição à execução de títulos judiciais que não mais se dá por embargos, mas sim por impugnação. Também as questões relativas ao recebimento e processamento dos embargos, que antes eram disciplinadas por este dispositivo legal, agora são tratadas no art. 739-A, incluído pela Lei 11.382/2006.

Embora o “novo” art. 739 cuide de abordar as hipóteses em que os embargos serão liminarmente indeferidos, cumpre observar que tal rol não é exaustivo, conforme se depreende da leitura do § 5º, do art. 739-A, que prevê a rejeição liminar dos embargos fundamentados em excesso de execução, quando o embargante não apresenta, na petição inicial, os valores que entende correto, com memória de cálculo.

Retornando ao exame do art. 739, os embargos serão rejeitados liminarmente quando intempestivos, justamente por ser peremptório o prazo para seu ajuizamento. Esta regra, contudo, deve ser ponderada, como observam, com propriedade, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medida:

Assim, (a) se os embargos intempestivos versarem sobre matéria de ordem pública, que deve ser conhecida *ex officio* pelo juiz da execução, a respeito da qual não se opere a preclusão, deverá o juiz conhecer de tal matéria, a despeito da intempestividade dos embargos; (b) se os embargos, embora apresentados intempestivamente, veicularem conteúdo de ação de conhecimento, deverá o juiz indeferir seu processamento *como embargos*, admitindo tal demanda, contudo, como *ação autônoma*.²⁷⁷

No que tange à hipótese prevista no inciso II, do art. 739, um exame literal nos levaria a supor que somente no caso de inépcia da inicial os embargos seriam rejeitados liminarmente, subsistindo os mesmos se verificado algum dos outros fatos previstos no art. 295, do CPC. Essa interpretação se deve ao fato de que a antiga redação era expressa quanto a rejeição liminar dos embargos “nos casos previstos no art. 295”, ao passo que a atual limita-se a mencionar a inépcia da petição inicial como condição para tanto.

Não podemos concordar com tal restrição, uma vez que o conjunto das matérias previstas no citado art. 295 titula conteúdo de ordem pública, o que, por si só, justificaria o conhecimento de ofício pelo Magistrado, com a consequente rejeição liminar dos embargos.

277 Breves comentários à nova sistemática processual civil, 3, p. 202.

Novidade é a rejeição liminar dos embargos que sejam manifestamente protelatórios, hipótese esta que, como bem esclarece Candido Rangel Dinamarco:

(...) é uma disposição voltada claramente a evitar chicanas e artifícios do mau pagador, notoriamente postos em prática com grande frequência com o objetivo de retardar a tutela executiva ou de maliciosamente tentar desviar a execução de seu normal desenvolvimento, ou ainda de criar clima para negociar acordos favoráveis.²⁷⁸

3.2.5. Dos efeitos dos embargos

Uma das grandes alterações provocadas pela Lei 11.382/2006, diz respeito aos efeitos com que os embargos são recebidos. Se antes a penhora afigurava-se como pressuposto para conhecimento dos embargos e estes eram recebidos com efeito suspensivo automático por força de disposição legal, outra realidade se faz presente com as alterações promovidas, possuindo os embargos efeitos suspensivos *ope iudicis* e não mais *ope legis*. Ou seja, toma-se como regra a não suspensão do processo de execução, cabendo, todavia, essa possibilidade, conquanto que satisfeitos os requisitos previstos no art. 739-A, § 1º, do CPC, abaixo transcrito:

Art. 739-A, § 1º. O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

Como se percebe da leitura do supra citado enunciado prescritivo, o juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução, já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes.

O efeito suspensivo não pode ser conferido pelo juiz sem que o embargante o requeira e ainda que este o faça, deve restar caracterizada a relevância dos fundamentos e o perigo da demora. Além desses requisitos, impende notar que a penhora, que deixou de ser condição para oposição dos embargos, ainda o é para a concessão dos efeitos suspensivos.

278 Instituições de direito processual civil, p. 828.

No que tange ao primeiro requisito, relevância do fundamento, Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medida salientam a exigência de que “*os fundamentos apresentados pelo executado convençam o juiz da efetiva possibilidade de êxito dos embargos*”.²⁷⁹ A esse respeito, posicionamo-nos no sentido de que a relevância do fundamento não pode ser analisada pelo magistrado à luz de sua convicção pessoal, mas sim em relação ao sistema jurídico como um todo. Assim, se nos embargos for deduzida alegação que, a despeito do posicionamento pessoal contrário do julgador, encontra ressonância em diversos outros julgados, estará suprido este requisito, principalmente no caso em que a matéria em debate seja controvertida.

Em relação ao risco manifesto de dano grave de difícil ou incerta reparação, muitos autores salientam a necessidade de que o risco seja *manifesto e grave*, não podendo ser caracterizada dessa forma a mera possibilidade de o embargante ter seu bem expropriado.²⁸⁰ Nesse sentido, são os ensinamentos de Luiz Rodrigues Wambier, Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia:

O referido preceito legal, assim, impõe, em primeiro lugar, que o risco de dano seja *manifesto*, isto é, *não pode oferecer dúvida*. Além disso, o dano a ser causado com o prosseguimento da execução deve ser *grave*. Assim, por exemplo, se o dano que a arrematação é capaz de causar é de pouca gravidade, o requisito para a suspensão da execução não estará presente. Por derradeiro, o dano dever ser *de difícil ou incerta reparação*.

É interessante observar que os atos executivos que podem causar dano ao executado são extremamente variáveis. Por exemplo, a adjudicação ou a alienação do bem poderão, conforme o caso, causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação se se tratar de bem infungível, de difícil recuperação ou reconstituição após a arrematação – p. ex., a alienação de imóvel comercial no qual o executado exerce sua atividade empresarial que dificilmente poderá ser exercida em outro local. Não haverá semelhante risco, no entanto, nos casos em que foram penhorados bens fungíveis (p. ex., cabeças de gado, toneladas de soja etc.). Em tais casos, pensamos que, como regra, se estará diante de risco muito pequeno de dano irreparável (= grave, de difíceis ou incertas reparabilidade).²⁸¹

Não podemos compactuar com tal posicionamento, todavia. O fato de uma pessoa, que apresentou relevantes fundamentos da inexistência do crédito que lhe é cobrado, correr o risco de ter seu patrimônio expropriado, por si só, já é manifesto risco de grave dano de

279 **Breves comentários à nova sistemática processual civil**, 3, p. 213.

280 Este é o posicionamento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. No entender dos citados Autores, “fosse suficiente este risco, *toda execução deveria ser paralisada pelos embargos, já que a execução que se seguisse sempre conduziria à prática destes atos expropriatórios e satisfativos*” (**Execução**, p. 450).

281 Luiz Rodrigues Wambier; Teresa Arruda Alvim Wambier; José Miguel Garcia Medina. **Breves comentários à nova sistemática processual civil**, 3, p. 213/214.

difícil reparação, até mesmo porque, uma vez alienado o bem oferecido em garantia, o Código considera esta alienação perfeita e acabada, ainda que os embargos venham a ser julgados procedentes. Não há, portanto, como se distinguir a natureza do dano com base no bem a ser expropriado, por exemplo.

Por fim, no que diz respeito ao terceiro requisito, qual seja, que a execução já esteja garantida, filiamo-nos ao entendimento de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Em casos excepcionais, porém, poderá o juiz conceder efeito suspensivo aos embargos mesmo que o juízo não esteja seguro. Poderá haver situação em que, de pronto, verifique-se a inviabilidade do prosseguimento da execução ou ainda surgir caso em que o executado não disponha de patrimônio suficiente para garantir o juízo, embora aparente razão nas alegações oferecidas nos embargos. Em que pese a referência expressa à garantia prévia para a atribuição do efeito suspensivo, não se pode outorgar à penhora, ao depósito e à caução o valor de condição insuperável para a suspensão da execução. Esta condição deve ser superada quando a inviabilidade da execução for demonstrável de plano, não dando margem à dúvida. De outra parte, é possível que o executado não tenha dinheiro para fazer depósito ou prestar caução suficiente e o seu bem penhorável não seja capaz de garantir o juízo. Nessa situação, presentes os requisitos para a concessão do efeito suspensivo (art. 739-A, § 1.º) e demonstrada a insuficiência patrimonial do executado, excepcionalmente poderá o juiz determinar a suspensão da execução.²⁸²

Afora as hipóteses acima mencionadas, pode ocorrer, ainda, de que a simples penhora já caracterize o perigo de grave dano, como é o caso, por exemplo, de pequena empresa que, a par de opor embargos com fundamento na prescrição da dívida, por exemplo, demonstra que os valores depositados em sua conta corrente são utilizados para viabilizar seu funcionamento, de modo que eventual penhora sobre tal importância comprometeria sua subsistência. Ora, nessa hipótese, nos parece muito claramente demonstrada a necessidade de concessão de efeitos suspensivos sem que seja realizada a penhora, a fim de que sejam garantidas a inviolabilidade aos princípios da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

Aliás, a dicção do § 6º do art. 739-A nos faz crer que a concessão dos efeitos suspensivos independe da penhora, na medida em que determina expressamente, que o deferimento de efeitos suspensivos aos embargos não impedirá a efetivação dos atos de penhora e de avaliação dos bens. Como observa Antonio Pereira Gaio Junior:

282 Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart. **Execução**, p. 449.

Significa tal racionalidade que, durante o curso dos embargos recebidos com efeito suspensivo, poderá a execução seguir o seu curso, realizando-se a penhora e avaliação dos bens garantidores de crédito do exequente, não ensejando para o executado-embargante qualquer prejuízo, mínimo que seja, decorrente da otimização daqueles atos executivos.²⁸³

Ora, para que a realização da penhora e avaliação dos bens garantidores do crédito possa se dar nos termos do citado § 6º, faz-se preciso admitir a concessão de efeitos suspensivos em momento anterior à penhora. Afinal, existindo-se depósito ou caução suficientes, a execução já estará garantida, não havendo que se falar em penhora.

Ainda em relação à concessão de efeitos suspensivos, cumpre observar que, pela nova sistemática, a decisão relativa aos efeitos dos embargos poderá, a requerimento da parte, ser modificada ou revogada a qualquer tempo, em decisão fundamentada, cessando as circunstâncias que a motivaram, a teor do que preceitua o § 2º do art. 739-A. Tal possibilidade, no nosso entender, se aplica tanto ao caso em que o juiz deferiu os efeitos suspensivos, como também quando o indefere.

Assim, em que pese nosso posicionamento ser minoritário, entendemos que, uma vez demonstrada a relevância do fundamento do direito aduzido pelo embargante, o requisito de manifesto perigo de dano grave de difícil ou incerta reparação já restará caracterizado pela simples possibilidade do embargante ter seus bens alienados a terceiros, a justificar a concessão dos efeitos suspensivos, via de regra condicionada à penhora, mas não necessariamente. *“Admite-se, porém, a outorga desse efeito, independentemente da garantia, como ato de direção do processo pelo juiz, que não pode permitir que a execução se converta em medida punitiva do executado, nem sempre responsável pelo inadimplemento da obrigação refletida no título”*,²⁸⁴ obrigação esta que pode vir a ser desconstituída, inclusive. É claro, todavia, que a dispensa da penhora é medida excepcional.

3.2.5.1. Deferimento do efeito suspensivo aos embargos à execução

Recebidos os embargos, o exequente será ouvido no prazo de 15 (quinze) dias, e não mais no prazo de 10 (dez) dias. A seguir, o juiz julgará imediatamente o pedido ou

283 Antônio Pereira Gaio Júnior. Embargos do executado na reforma da execução por título extrajudicial: Lei 11.382/2006. **Revista de Processo**, vol. 162, p. 117.

284 Sérgio Bermudes. Embargos à penhora na execução de título extrajudicial. **Revista da Escola Nacional de Magistratura**, vol. 2, n. 5, abr. 2008, p. 32.

designará audiência de conciliação, instrução e julgamento, proferindo sentença no prazo de 10 (dez) dias.

Ressalte-se que, em sendo deferido o efeito suspensivo e não sendo modificada essa decisão, então os atos expropriatórios ficarão suspensos até o julgamento dos embargos, à exceção, todavia, da efetivação dos atos de penhora e avaliação dos bens previstas no art. 739-A, § 6º. Em todo caso, nenhum ato que importe efetiva expropriação do bem do devedor poderá ser levado a cabo.

Caso o efeito suspensivo diga respeito apenas a parte do objeto da execução, então esta prosseguirá quanto à parte restante. Do mesmo modo, a concessão de efeito suspensivo oferecidos por um dos executados não suspenderá a execução contra os que não embargaram, quando o respectivo fundamento disser respeito exclusivamente ao embargante.

3.2.5.2. Indeferimento do efeito suspensivo aos embargos

Em não sendo conferido efeito suspensivo aos embargos à execução, dar-se-á continuidade ao processo executivo, o que será objeto de nosso exame a partir de agora.

3.2.5.2.1. A penhora

O juiz, ao determinar a citação do executado, impõe a este o dever de pagar a dívida em três dias. Antes da publicação da Lei 11.382/2006 a ordem era pra que ela fosse paga no prazo de 24 (vinte e quatro) horas ou nomeado bens à penhora, nos termos do antigo art. 655, do CPC. Agora com a nova disciplina, é facultado ao credor indicar, na inicial da execução, bens a serem penhorados, ao passo que o oferecimento de bens pelo executado só se dará na hipótese em que o Oficial não encontrar bens passíveis de penhora.

Isto porque, em não sendo realizado o pagamento dentro do prazo estabelecido, o oficial de justiça, munido da segunda via do mandado, procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação,²⁸⁵ lavrando-se o respectivo auto, e de tais atos, intimando o executado na mesma oportunidade. Caso ele não seja localizado para esta intimação, o

285 A teor do que determina o art. 680, do CPC, a avaliação será feita pelo Oficial de justiça, ressalvada a aceitação do valor estimado pelo executado; caso sejam necessários conhecimentos especializados, o juiz nomeará avaliador, fixando-lhe prazo não superior a 10 (dez) dias para entrega do laudo.

oficial certificará detalhadamente as diligências realizadas, caso em que o juiz poderá dispensar a intimação ou determinar novas diligências.

Não encontrando o devedor nem bens para penhorar, o oficial de justiça arrastar-lhe-á tantos bens quantos bastem para garantir a execução, sendo que nos 10 (dez) dias seguintes à efetivação do arresto, o oficial de justiça procurará o devedor três vezes em dias distintos; não o encontrando, certificará o ocorrido. Competirá, então, ao credor, dentro de 10 (dez) dias, contados da data em que foi intimado do arresto, requerer a citação por edital do devedor. Findo o prazo do edital, terá o devedor o prazo de 3 (três) dias, convertendo-se o arresto em penhora em caso de não-pagamento.

Em não sendo localizados bens passíveis de penhora, o juiz poderá, de ofício ou a requerimento do exequente, determinar, a qualquer tempo, a intimação do executado para indicá-los, o que caracteriza verdadeira obrigação do executado, a quem incumbe, inclusive, a exibição de prova da propriedade do bem indicado e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como a abstenção de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora, sob pena de tal ato ser considerado atentatório à dignidade da justiça.

A esse propósito, o art. 600 elenca como atentatórios à dignidade da Justiça os atos do executado que: (i) frauda a execução; (ii) se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos; (iii) resiste injustificadamente às ordens judiciais; e, (iv) intimado, não indica ao juiz, em 5 (cinco) dias, quais são e onde se encontram os bens sujeitos à penhora e seus respectivos valores.

Frise-se, por oportuno, que caracterizada alguma dessas hipóteses, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução. A pena poderá ser relevada pelo juiz, se o devedor se comprometer a não mais praticar quaisquer dos atos definidos no artigo antecedente e der fiador idôneo, que responda ao credor pela dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios.

A penhora observará a ordem de preferência contida no art. 655, observado, ainda, o preceito contido no art. 620, no sentido de que quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o

devedor. Em todo caso, a penhora deverá incidir em tantos bens quanto bastem para o pagamento do principal atualizado, juros, custas e honorários advocatícios.

A nova lei regulamentou, outrossim, a possibilidade de penhora sobre aplicação em depósito ou aplicação financeira, bem como sobre o faturamento de empresa executada, o que vem de encontro com o posicionamento que já vinha sendo acatado pela jurisprudência.

Realizada a penhora, que será consubstanciada em laudo nos termos do art. 655, do CPC, e após realizada eventual substituição nos termos em que previsto pelo próprio Código, terão início os atos expropriatórios dos bens do devedor que foram penhorados, a fim de satisfazer o crédito do exequente. Neste ponto, cumpre observar que houvessem os embargos sido recebidos com efeito suspensivo, após a penhora e consequente avaliação dos bens, nenhum outro ato poderia se realizar, enquanto pendente tais efeitos. Não sendo este o caso, examinemos o procedimento de expropriação.

3.2.5.2.2. A expropriação de bens do devedor

Se antes a expropriação consistia: (I) na alienação de bens do devedor; (II) na adjudicação em favor do credor; ou (III) no usufruto de imóvel ou de empresa, a Lei 11.382/2006, alterou a redação do artigo 647, do Código de Processo Civil, acrescentando outras hipóteses e mesmo alterando as já existentes. Assim, com a nova redação, foram acrescidas as possibilidades de alienação por iniciativa do particular (novo inciso II) e alienação em hasta pública (novo inciso III) em substituição à antiga redação contida no inciso I. Também o inciso II ganhou uma terminologia mais apropriada, ao substituir *credor* por *exequente*, ampliando ainda o rol das pessoas a favor de quem se procede a adjudicação, àquelas mencionadas no novo artigo 685-A (também objeto do diploma alterador). Assim, a nova redação do art. 647, do CPC, resta disposta nos seguintes termos:

Art. 647. A expropriação consiste:

- I – na adjudicação em favor do exequente ou das pessoas indicadas no § 2º do art. 685-A desta Lei;
- II – na alienação por iniciativa particular;
- III – na alienação em hasta pública;
- IV – no usufruto de bem móvel ou imóvel.

A adjudicação — A adjudicação em favor do exequente encontra-se disciplinada pelo art. 685-A e seguintes do CPC, e é permitida desde que ele ofereça preço não inferior ao da avaliação. Em sendo o valor do crédito inferior ao valor dos bens, o adjudicante depositará de imediato a diferença, ficando esta à disposição do executado; se superior, a execução prosseguirá pelo saldo remanescente.

Idêntico direito pode ser exercido pelo credor com garantia real, pelos credores concorrentes que hajam penhorado o mesmo bem, pelo cônjuge, pelos descendentes ou ascendentes do executado, sendo que, havendo mais de um pretendente, proceder-se-á entre eles à licitação; em igualdade de oferta, terá preferência o cônjuge, descendente ou ascendente, nessa ordem. No caso de penhora de quota, procedida por exequente alheio à sociedade, esta será intimada, assegurando preferência aos sócios.

Decididas eventuais questões, o juiz mandará lavrar auto de adjudicação. A adjudicação considera-se perfeita e acabada com a lavratura e assinatura do auto pelo juiz, pelo adjudicante, pelo escrivão e, se for presente, pelo executado, expedindo-se a respectiva carta, se bem imóvel, ou mandado de entrega ao adjudicante, se bem móvel.

A alienação por iniciativa particular — Não realizada a adjudicação dos bens penhorados, o exequente poderá requerer sejam eles alienados por sua própria iniciativa ou por intermédio de corretor credenciado perante a autoridade judiciária, a teor do que prescreve o novo art. 685-C. O juiz fixará o prazo em que a alienação deve ser efetivada, a forma de publicidade, o preço mínimo, as condições de pagamento e as garantias, bem como, se for o caso, a comissão de corretagem. A alienação será formalizada por termo nos autos, assinado pelo juiz, pelo adjudicante, pelo escrivão e, se for presente, pelo executado, expedindo-se carta de alienação do imóvel para o devido registro imobiliário, ou, se bem móvel, mandado de entrega ao adquirente.

A alienação em hasta pública — Não requerida a adjudicação e nem realizada a alienação particular do bem penhorado, será expedido o edital de hasta pública, nos termos do art. 686, do CPC. A arrematação far-se-á mediante o pagamento imediato do preço pelo arrematante ou, no prazo de até 15 (quinze) dias, mediante caução.²⁸⁶ Se o exequente vier a arrematar os bens, não estará obrigado a exhibir o preço; mas, se o valor dos bens exceder o

286 Tratando-se de bem imóvel, o art. 690 prevê a possibilidade de pagamento em prestações, contanto que ao menos 30% (trinta por cento) seja pago à vista, e o restante garantido por hipoteca sobre o próprio imóvel.

seu crédito, depositará, dentro de 3 (três) dias, a diferença, sob pena de se tornar sem efeito a arrematação e, neste caso, os bens serão levados a nova praça ou leilão à custa do exequente. Não serão aceitos lance que, em segunda praça ou leilão, ofereça preço vil.

A arrematação constará de auto que será lavrado de imediato, nele mencionadas as condições pelas quais foi alienado o bem. Assinado o auto pelo juiz, pelo arrematante e pelo serventuário da justiça ou leiloeiro, a arrematação considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável, ainda que os embargos do executado venham a ser julgados procedentes, sendo que as únicas hipóteses em que a arrematação restará prejudicada são aquelas elencadas no § 1º do art. 694 do CPC. Esta alteração visa imprimir segurança ao arrematante, como bem observa Luiz Antônio Guerra:

Esta é uma providência, de fato, inteligente e segura. O arrematante, via de regra, terceiro interessado, que nada tem a ver com a execução, convocado a lançar, oferece lance e consagra-se vencedor. Muitas vezes impõe-se a sacrifícios para dar conta de lançar e pagar o preço na arrematação. Portanto, não pode, posteriormente, sofrer admoestação, por conta de eventual procedência dos embargos opostos pelo devedor.²⁸⁷

Na hipótese em que o bem for alienado em leilão público, efetuado o leilão, lavrar-se-á o auto, que poderá abranger bens penhorados em mais de uma execução, expedindo-se, se necessário, ordem judicial de entrega ao arrematante. A ordem de entrega do bem móvel ou a carta de arrematação do bem imóvel será expedida depois de efetuada ou prestadas as garantias pelo arrematante.

O usufruto — É lícito ao credor, antes de realização da praça, requerer-lhe seja atribuído, em pagamento do crédito, o usufruto do imóvel penhorado, o que será deferido pelo juiz, se for menos gravoso ao executado e eficiente para o recebimento do crédito. Ouvido o executado, o juiz nomeará perito para avaliar os frutos e rendimentos do bem e calcular o tempo necessário para o pagamento da dívida. Após manifestação das partes sobre o laudo, proferirá o juiz decisão; caso deferido o usufruto de imóvel, ordenará a expedição de carta para averbação no respectivo registro.

Decretado o usufruto, perde o executado o gozo do móvel ou imóvel, até que o exequente seja pago do principal, juros, custas e honorários advocatícios. O usufruto tem eficácia, assim em relação ao executado como a terceiros, a partir da publicação da decisão

287 Novo processo de execução brasileiro: alterações introduzidas pela Lei 11.382, de 6.12.2006: a quase ordinarização do processo de execução, **BDJur**, p. 26.

que o conceda, de forma que, se o imóvel estiver arrendado, o inquilino pagará o aluguel diretamente ao usufrutuário, salvo se houver administrador.

3.2.5.2.3. *Remissão*

Cumpra observar que, antes de adjudicados ou alienados os bens, pode o executado, a todo tempo, remir a execução, pagando ou consignando a importância atualizada da dívida, mais juros, custas e honorários advocatícios, consoante prevê o art. 651, do CPC.

3.2.5.2.4. *Embargos à arrematação, à alienação e à adjudicação*

Além dos embargos à execução, poderá o executado, nos termos do art. 746, do CPC, e no prazo de 5 (cinco) dias, contados da adjudicação, alienação ou arrematação, oferecer embargos fundado em nulidade da execução, ou em causa extintiva da obrigação, desde que superveniente à penhora. Porque os embargos à execução têm prazo sujeito à preclusão, as questões que não puderam ser deduzidas naquela via poderão ser alegados agora, conforme bem salientado por Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Exatamente porque o objetivo destes novos embargos é permitir a discussão de questões que não puderam ser deduzidas nos embargos à execução, deve-se dar interpretação ampliativa à exigência legal de que os fundamentos sejam supervenientes à penhora. Na realidade, pode-se alegar nos embargos à arrematação, à adjudicação ou à arrematação, qualquer questão que não tenha sido possível deduzir nos embargos à execução. Assim, mesmo temas anteriores à penhora poderão integrar a causa de pedir dos segundos embargos. Bastará que se prove que a questão não foi ventilada nos embargos do executado por razão justa – a exemplo do desconhecimento do fato ou da inviabilidade de sua prova para que se permita que a alegação seja feita nesta nova via.²⁸⁸

Oferecidos embargos, poderá o adquirente desistir da aquisição,²⁸⁹ hipótese em que o juiz deferirá de plano o requerimento, com a imediata liberação do depósito feito pelo adquirente. Como explica J. E. Carreira Alvim, “*essa regra buscar resguardar os interesses do candidato à aquisição da coisa, pois mesmo simples embargos podem se arrastar por anos, na justiça, sem previsão de término*”.²⁹⁰

Em razão disso, o valor depositado pelo Arrematante, em juízo, não deve ser entregue ao exequente, enquanto pendente o prazo para oferecimento de embargos. Evita-

288 Luiz Guilherme Marinoni; Sérgio Cruz Arenhart. **Execução**, p. 458.

289 Note-se que a desistência não está condicionada ao resultado dos embargos.

290 **Nova execução de título extrajudicial**, p. 229.

se, com isso, o complexo procedimento para reaver o quantum entregue ao credor, no caso de desistência pelo arrematante.

Neste caso, entendendo o Juiz que os embargos sejam manifestamente protelatórios, imporá multa ao embargante, não superior a 20% (vinte por cento) do valor da execução, em favor de quem desistiu da aquisição. Comentando essa multa, Antônio Pereira Gaio Júnior entende ser ela aplicável ainda que não haja desistência, “*tendo em vista que só a grave atitude manifesta protelatória do executado-embargante já é motivo suficiente para empreender tal comportamento impositivo do magistrado na aplicação da necessária sanção*”.²⁹¹

3.2.5.2.5. O pagamento ao credor

Conforme observa Candido Rangel Dinamarco, a execução entra na fase satisfativa “*quando, estando já em poder do juízo uma quantia em dinheiro (ou porque foi penhorada, ou porque obtida com a alienação do bem penhorado), chega o momento de entregá-la ao exequente, ou, se for o caso, a algum outro credor habilitado*”.²⁹²

A teor do que determina o art. 708, o pagamento ao credor, far-se-á, então, pela entrega do dinheiro, pela adjudicação dos bens penhorados ou pelo usufruto de bem imóvel ou de empresa.

O Juiz autorizará que o credor levante, até a satisfação integral de seu crédito, o dinheiro depositado para segurar o juízo ou o produto dos bens alienados quando: I – a execução for movida só a benefício do credor singular, a quem, por força da penhora, cabe o direito de preferência sobre os bens penhorados e alienados; II – não houver sobre os bens alienados qualquer outro privilégio ou preferência, instituído anteriormente à penhora. Ao receber o mandado de levantamento, o credor dará ao devedor, por termo nos autos, quitação da quantia paga, sendo que estando o credor pago do principal, juros, custas e honorários, a importância que sobejar será restituída ao devedor.

Concorrendo vários credores, o dinheiro ser-lhes-á distribuído e entregue consoante a ordem das respectivas prelações; não havendo título legal à preferência, receberá em primeiro lugar o credor que promoveu a execução, cabendo aos demais concorrentes

291 Embargos do executado na reforma da execução por título extrajudicial: Lei 11.382/2006, **Revista de Processo**, p. 130.

292 **Instituições de direito processual civil**, p. 681.

direito sobre a importância restante, observada a anterioridade de cada penhora. Os credores formularão, então, as suas pretensões, requerendo as provas que irão produzir em audiência; mas a disputa entre eles versará unicamente sobre o direito de preferência e a anterioridade da penhora. Findo o debate, o juiz decidirá.

Como bem se pode ver, em não sendo concedido efeito suspensivo aos embargos à execução, terá seguimento os atos expropriatórios de bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor, com a consequente adjudicação, alienação, usufruto ou levantamento do dinheiro depositado para segurar o juízo. Como bem pontua Araken de Assis, “*na alienação forçada se descortina negócio jurídico entre o Estado, que detém o poder de dispor, e o adquirente*”.²⁹³

É bem verdade que nem sempre a expropriação de bens do devedor se dará antes de proferida a sentença nos embargos. Por outro lado, são raríssimos os casos em que a sentença é proferida dentro do prazo previsto pelo art. 740, o que decorre, principalmente, do excesso de processos existentes para o número de julgadores existentes. Fato é que, em não sendo suspensos os embargos à execução, perfeitamente legítima a expropriação de bens do embargante, cuja execução, frise-se, é definitiva.

3.2.6. Julgamento dos embargos

Analisadas as hipóteses em que os embargos são recebidos com efeito suspensivo e sem este efeito e constatadas as implicações decorrentes de cada caso, cumpre-nos agora analisar os efeitos do julgamento dos embargos em caso de procedência e improcedência.

Observe-se que, na hipótese da sentença aplicar multa ou indenização decorrentes de litigância de má-fé, a cobrança será promovida no próprio processo de execução, em autos apensos, operando-se por compensação ou por execução.

3.2.6.1. Embargos improcedentes

Improcedentes os embargos, a execução segue seu curso e se ainda não houve expropriação do patrimônio do devedor em decorrência do curso do processo que ainda não possibilitou tal ato, agora ela terá curso próprio de execução definitiva.

293 **Manual da execução**, p. 702.

No entanto, na hipótese em que pendente apelação da sentença de improcedência dos embargos do executado, quando recebidos com efeito suspensivo, a execução considerar-se-á como sendo provisória, a teor do que determina o art. 587, do Código de Processo Civil. Ou seja, nesse caso, a execução terá seu curso, mas com as mesmas restrições e sujeições da execução da decisão provisória, conforme observam Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Neste caso, a execução não apenas se submete às restrições dos incisos do art. 475-O, como também se subordina aos §§ 2.º e 3.º deste mesmo artigo. A execução de título executivo extrajudicial, quando os embargos são recebidos com efeito suspensivo e julgados improcedentes, não permite “o levantamento de depósito em dinheiro e a prática de atos que importem alienação de propriedade” sem a prestação de “caução suficiente e idônea”. Ademais, nesta hipótese, a execução de título extrajudicial “corre por iniciativa, conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença [de improcedência dos embargos] for reformada, a reparar os danos que o executado haja sofrido” (art. 475-O, I, do CPC). Pela mesma razão, a execução “fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução [*rectius*: a sentença de improcedência dos embargos], restituindo-se as partes ao estado anterior e liquidados eventuais prejuízos nos mesmos autos, por arbitramento” (art. 475-O, II, do CPC).²⁹⁴

Caso os embargos, a par de serem julgados improcedentes, ainda sejam considerados manifestamente protelatórios, nos termos do art. 740, parágrafo único, o juiz imporá, em favor do exequente, multa ao embargante em valor não superior a 20% (vinte por cento) do valor em execução.

Deve-se tomar cautela, todavia, na aplicação desse dispositivo, de modo a impedir eventual limitação ao direito de defesa do executado. O caráter protelatório dos embargos precisa ser manifesto e inequívoco para a aplicação da multa em referência, consoante pondera Humberto Theodoro Junior:

Uma coisa, porém, deve ser ressalvada: não se pode aplicar a multa apenas porque os embargos foram rejeitados. O direito de embargar a execução corresponde à garantia de contraditório e ampla defesa, assegurada constitucionalmente. Para que seu exercício mereça punição é necessário que tenha sido praticado de forma abusiva, ou seja, contra os objetivos próprios do remédio processual utilizado, e apenas com o nítido propósito de embaraçar a execução.

A norma legal não se contenta em serem protelatórios os embargos, exige que sejam “manifestamente protelatórios”. Todos os embargos de alguma forma protelam a execução. O que justifica a repressão legal é não terem outro propósito senão o de embaraçar e protelar a execução. E este aspecto tem de ser

294 Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart. **Curso de processo civil**, vol 3: Execução, p. 455.

manifesto, ou seja, tem de estar visível impossível de ser negado ou ocultado, tem, em suma, de ser evidente ou notório. Erro de direito ou de fato, por si só, não é, em regra, suficiente para impor ao embargante a pecha de litigante de má-fé, sob pena de diminuir muito, ou mesmo anular, a garantia de ampla defesa assegurada constitucionalmente.²⁹⁵

3.2.6.2. Embargos procedentes

Situação diversa é a propiciada pela procedência dos embargos. Se a estes havia sido concedido efeito suspensivo, então não haverá grandes dificuldades eis que não terão sido realizados os atos de expropriação dos bens do devedor. Sobrevindo apelação nesta hipótese, o efeito suspensivo continua a surtir efeito, conforme salienta Elpidio Donizeti:

Se os embargos forem julgados procedentes, reconhecendo, por exemplo, a inexistência da dívida, o efeito suspensivo continua a surtir efeito durante o julgamento da apelação, impedindo a prática de qualquer ato expropriatório. Vale lembrar que a apelação interposta contra sentença que julga procedentes os embargos é dotada de efeito suspensivo (art. 520, V, *a contrario sensu*). Entretanto, mesmo afastada a imediata incidência do julgamento de procedência, o efeito suspensivo concedido aos embargos tem aptidão para paralisar a execução.²⁹⁶

Por outro lado, caso o mencionado efeito não tenha sido conferido, então alguns problemas podem surgir. Primeiramente, cumpre observar que, a teor do que prescreve o art. 694, do CPC, assinado o auto de arrematação, considerar-se-á perfeita, acabada e irretratável a arrematação, ainda que os embargos venham a ser julgados procedentes. Tal previsão encontra justificativa no sobreprincípio da segurança jurídica e, ainda, ao princípio da boa-fé do adquirente, conforme elucida Fabiano Carvalho:

A justificativa da atual sistemática, que impede o retorno do bem ao patrimônio do executado, está na garantia da segurança jurídica nos negócios que envolvam atos de transmissão da propriedade. A boa doutrina conclui que, “em respeito à segurança jurídica estabelecida pela confiança nos atos estatais, o arrematante não sofrerá prejuízo, mesmo que os embargos provoquem o reconhecimento de não sujeição do devedor ao crédito exequendo”. Além disso, o primado da certeza do direito confere previsibilidade, no sentido de que o terceiro adquirente sabe com antecedência necessária que os efeitos da decisão dos embargos não afetarão sua esfera jurídica. Acrescente-se, ainda, o argumento da boa-fé do terceiro adquirente.²⁹⁷

295 Humberto Theodoro Júnior. Alguns problemas pendentes de solução após a reforma da execução dos títulos extrajudiciais (Lei 11.382/2006). **Revista de Processo**, p. 23.

296 **Curso didático de direito processual civil**, p. 755.

297 Fabiano Carvalho. Decisão de procedência dos embargos à execução e a eficácia dos atos expropriatórios. **Revista de Processo**, p. 209.

No entanto, o mesmo dispositivo legal que atribui definitividade à arrematação, prescreve, em seu § 2º, o direito do executado haver do exequente o valor por este recebido como produto da arrematação; e, caso inferior o valor do bem, haverá do exequente também a diferença. Esta norma, contudo, *“não retira o dever de o exeqüente ressarcir o executado pelos danos que este último tiver sofrido nos exatos termos do art. 574 do CPC”*.²⁹⁸

Determina o supra citado art. 574 que o credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução. Nesse sentido, entendemos que os danos que o exequente suportará podem abranger, inclusive, danos de ordem moral, quando, por exemplo, no processo de execução é alienada uma joia de família, que a par do valor de mercado, apresenta, ainda, um significado emotivo indiscutível.

Caso o exequente seja o próprio adjudicante do bem, o retorno do bem adjudicado ao patrimônio do executado/embargante caracteriza-se como um direito potestativo deste, que poderá haver do exequente o valor da avaliação do bem adjudicado ou, ainda, o próprio bem. Afinal, *“se o exeqüente é o próprio adjudicante, não parece ser adequado, ao menos em tese, falar em segurança jurídica e, conseqüentemente, na impossibilidade do desfazimento da adjudicação”*.²⁹⁹

Igualmente, se mostra possível o provimento parcial dos embargos, hipótese em que o retorno do bem adjudicado ao patrimônio do devedor não será possível. Afinal, a procedência, ainda que parcial, demonstra que o ato expropriatório deveria ocorrer, para satisfazer o crédito devido. Nesse caso, o executado dever ser indenizado na medida da procedência parcial dos embargos.

Não há dúvidas, portanto, de que uma vez julgado procedentes os embargos, surge o direito do embargante de ser ressarcidos pelos prejuízos que teve com o prosseguimento da execução, os quais não se restringem aos danos materiais, mas abarcando, também, danos morais porventura existentes. No entanto, o Código de Processo Civil, embora preveja esse direito, não estabelece que a apuração do *quantum* devido se dará no mesmo processo, de

298 Fabiano Carvalho. Decisão de procedência dos embargos à execução e a eficácia dos atos expropriatórios, **Revista de Processo**, p. 211.

299 Idem, *ibidem*, p. 212.

forma que, dependendo do ato expropriatório que se verificou, será necessário um outro processo, a fim de se efetivar seu direito.

4. BREVE ANÁLISE SOBRE A RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA EXECUÇÃO INDEVIDA

Ao longo do presente trabalho, temos ressaltado a importância de uma interpretação sistemática das normas que integram o ordenamento jurídico a fim de que possamos harmonizar umas com as outras. Afinal, a interpretação só se completa quando a norma é contextualizada dentro do sistema.

Partindo desse pressuposto, mostra-se essencial uma incursão, ainda que breve, na responsabilidade que o Estado possui de indenizar o executado quando contra ele promove uma cobrança indevida. Longe de pretender esgotar o tema, a ideia aqui limita-se a realizar um apanhado de alguns pontos que se mostram importantes para a tarefa a que nos propusemos no presente estudo.

Interessa-nos, em particular, a responsabilidade do Estado em decorrência da possibilidade de que em sede de execução fiscal o suposto devedor tenha bens expropriados, em razão da não concessão de efeito suspensivo aos embargos por ele apresentados que, ao final, são julgados procedentes.

Diante dessa hipótese, o Estado possui o dever de indenizar? Em que medida? Como se dá a reparação do dano? São estas as questões que pretendemos abordar neste capítulo. Para tanto, faz-se pertinente a delineação dos fundamentos que impõem ao Estado a obrigação de indenizar os danos, de ordem material ou moral, causados no desempenho de suas atividades.

4.1. A evolução normativa da responsabilidade civil do Estado no direito constitucional brasileiro

A responsabilidade do Estado por danos causados no exercício de suas atividades foi objeto de uma pluralidade de entendimentos no curso do tempo: passando pelo conceito de “irresponsabilidade soberana” e maturando-se nos riscos integrais, até alcançar a responsabilidade objetiva, atualmente positivada na Constituição da República.

Inicialmente, endossava-se a ideia de completa irresponsabilidade do Estado, isentando-lhe integralmente de reparação por eventuais danos que viesse a causar. Esse entendimento remonta à época dos Estados absolutistas, apoiado no argumento da

soberania estatal, que justificaria todo e qualquer abuso, conforme bem observa Odoné Serrano Junior:

A doutrina marca uma fase inicial de irresponsabilidade total, típica dos regimes absolutistas, baseada em argumentos de uma pretensa infalibilidade e de que, ao se responsabilizar o Estado, encarnado na figura do soberano, estar-se-ia nivelando-o aos súditos, o que caracterizaria um atentado à soberania e à sua condição de representante de Deus na Terra. (...) Logo, as leis e as instituições existentes não funcionavam como instrumentos limitadores do poder real.³⁰⁰

Com o grito do Ipiranga, foi editada a Constituição de 1824, que mantinha a inviolabilidade da pessoa do Imperador, que não estava sujeita a responsabilidade alguma, e do Estado. Consagrava-se a teoria da irresponsabilidade do Estado, embora os empregados públicos fossem responsáveis pelos abusos e omissões praticados no exercício das suas funções, desde que presente a *culpa*.

Em 1891, a primeira Constituição da República conferiu o mesmo tratamento à matéria que havia sido dispensado pela Constituição do Império. Como observa Zulmar Fachin, “o Estado não respondia pelos danos causados por seus funcionários. Estes é que respondiam, pessoalmente, quando, embora exercendo uma função pública, lesassem direito de particular”.³⁰¹

Embora, todavia, a Constituição mantivesse a teoria da irresponsabilidade, ainda durante sua vigência, foi publicado o Código Civil, que, estabeleceu, em seu art. 15,³⁰² a responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público pelos atos que seus representantes nessa qualidade causassem a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito, resguardado o direito de regresso. Consagrou-se a *culpa* como elemento informador da responsabilidade do Estado.

No início da década de 30, em 1934, foi promulgada uma nova Constituição, que trouxe inovações no que diz respeito à responsabilidade patrimonial do Estado, mantendo,

300 A imputação de responsabilidade de reparar danos à Fazenda Pública e a questão do nexo causal, **Grandes temas da atualidade**, p. 466.

301 Evolução normativa da responsabilidade patrimonial do Estado no direito constitucional brasileiro, **Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional**, p. 100/101.

302 “Art. 15. As pessoas jurídicas de Direito Público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito em lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.”

entretanto, a culpa como fundamento. Atribuiu-se, por meio do art. 171,³⁰³ a responsabilidade solidária entre Fazenda Pública e o funcionário autor do ato lesivo, com a participação deste como litisconsorte passivo e, ainda, o direito de regresso contra o funcionário culpado, a ser exercido pela Fazenda Pública.

Em 10 de novembro de 1937, com o Estado Novo, foi revogada a Constituição de 1934, e, em seu lugar, instalou-se um regime eminentemente autoritário. Apesar disso, preservou-se a regra básica da responsabilidade patrimonial do Estado, suprimindo-se, contudo, o direito de regresso contra o funcionário culpado, que não mais era obrigado a figurar no pólo passivo da relação de reparação de danos movida contra o Estado. A culpa, todavia, continuava a ser o fundamento da responsabilidade estatal.

Posteriormente, com a Constituição de 1946, conhecida como a redemocratizadora, foi introduzida, normativamente, a teoria da responsabilidade objetiva, a teor do que prescrevia seu art. 194.³⁰⁴ Conforme observa Celso Antônio Bandeira de Mello, introduziu-se “a possibilidade de o Estado compor danos oriundos de atos lesivos mesmo na ausência de qualquer procedimento irregular de funcionário ou agente seu, à margem, pois, de qualquer culpa ou falta de serviço”.³⁰⁵

A Constituição de 1967, embora tenha instaurado uma ditadura de longa duração, manteve a responsabilidade do Estado, em seu art. 105,³⁰⁶ tal como formulado pela Constituição precedente, acrescentando, ainda, a possibilidade de regresso também na hipótese em que o funcionário agisse com dolo. Esta norma também foi repetida pela EC n. 1, de 17 de outubro de 1969, agora positivada no art. 107.

303 “Art. 171. Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos.

§ 1º. Na ação proposta contra a Fazenda Pública, e fundada em lesão praticada por funcionário, este será sempre citado como litisconsorte.

§ 2º. Executada a sentença contra a Fazenda, esta promoverá a execução contra o funcionário culpado.”

304 “Art. 194. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caber-lhes-á ação regressiva contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes.”

305 **Curso de direito administrativo**, p. 1013.

306 “Art. 105. As pessoas jurídicas de direito público respondem pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros.

Parágrafo único. Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo.”

Esta situação somente veio a ser reparada com a redemocratização do País, com o advento da Constituição de 1988. Finalmente, com o amadurecimento das instituições do Estado Democrático de Direito, vingou o constante e progressivo alargamento da responsabilidade do Estado perante os administrados, culminando na responsabilidade objetiva. Esse movimento de contínua dilatação da imputação de danos ao Estado é bem concatenado na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Admitida a responsabilidade do Estado já na segunda metade do século XIX, sua tendência foi expandir-se cada vez mais, de tal sorte que evolui de uma responsabilidade *subjetiva*, isto é, baseada na culpa, para uma responsabilidade *objetiva*, vale dizer, *ancorada na simples relação de causa e efeito entre o comportamento administrativo e o evento danoso*.³⁰⁷

O ideário que embasa a existência da responsabilização objetiva dos danos causados pelo Estado repousa na ideia de igualdade dos administrados perante os encargos públicos, onde todos contribuem igualmente para a manutenção equilibrada do todo, tornando justo que uns suportem os danos dos outros e vice-versa. Entendimento esse que é reforçado na citação de Jean Rivero:

A actividade administrativa exerce-se no interesse de todos; se os danos que daí resultam para alguns não fossem reparados, eles seriam sacrificados à colectividade, sem que nada pudesse justificar semelhante discriminação; a indenização reestabelece o equilíbrio afectado em seu detrimento.³⁰⁸

Tem-se, portanto, uma guinada radical no posicionamento doutrinário, legal e jurisprudencial no que concerne à margem de responsabilidade do Estado nos danos causados pelo exercício de sua atividade, responsabilidade esta consubstanciada no art. 37, § 6º: “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

No mencionado dispositivo está agasalhada a responsabilidade patrimonial do Estado em todas as suas dimensões, como bem observa Zulmar Fachin:

307 **Curso de direito administrativo**, p. 986.

308 **Direito administrativo**, p. 308.

Todas as entidades estatais e seus desmembramentos administrativos estão obrigados a indenizar o dano causado a terceiros por seus servidores. Esta responsabilidade independe da existência de culpa, eis que se adotou o princípio objetivo da responsabilidade pela atuação lesiva dos agentes do Estado.³⁰⁹

Convém observar, ainda, que o art. 5º, X, da Constituição da República assinalou mais um avanço, ao prever, expressamente, a responsabilidade por dano moral: “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Também o art. 43 do Código Civil contempla a responsabilidade civil do Estado, ao determinar que “as pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo”.

Nesse sentido e conforme bem sintetiza Hely Lopes Meirelles, a “*responsabilidade civil da Administração Pública é, pois, a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições ou a pretexto de exercê-las*”.³¹⁰

4.2. A responsabilidade objetiva da Administração Pública

Como vimos no item supra, a responsabilidade civil da Administração Pública ou do Estado passou por diversas fases ao longo da História do Brasil, até alcançar a fase atual, na qual a responsabilidade é objetiva, ou seja, independe da existência de culpa, daí resultando uma proteção mais ampla aos direitos do administrado, se comparada à responsabilidade privada em geral.

Chegou-se a essa posição com base nos princípios da equidade e da igualdade de ônus e encargos sociais. Afinal, se a atividade administrativa do Estado é exercida em prol da coletividade, nada mais justo do que essa coletividade responder por eventual ônus causado pelo Estado.

Como observa Alice Gonzáles Borges, a amplitude de tal proteção demanda “*que o cidadão lesado não seja obrigado, para ver respeitado o seu direito à reparação dos*

309 Evolução normativa da responsabilidade patrimonial do estado no direito constitucional brasileiro, **Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional**, p. 109.

310 **Direito administrativo brasileiro**, p. 647.

danos sofridos, a perquirir e demonstrar a existência da culpa de quem quer que seja – ônus que recai sobre o próprio Poder Público, através de ação regressiva”.³¹¹

A esse propósito, lançaram-se três subteorias acerca dessa responsabilidade objetiva: (i) a teoria da culpa administrativa; (ii) a teoria do risco administrativo; e, (iii) a teoria do risco integral.

A teoria da culpa administrativa representaria, segundo alguns doutrinadores, o primeiro estágio da transição entre a doutrina subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo, na medida em que a responsabilidade é auferida a partir da *falta do serviço*, que pode apresentar-se sob três modalidades: inexistência do serviço, mau funcionamento do serviço ou retardamento do serviço. Verificada uma dessas hipóteses, presume-se a culpa administrativa, surgindo, então, a obrigação de indenizar.³¹²

A natureza de tal teoria não é, todavia, pacífica na doutrina, havendo muitos autores que a consideram como eminentemente subjetiva e não objetiva. Perfilha desse entendimento Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, cujo ponto de vista é sintetizado por Sergio Cavalieri Filho:

Alguns autores não fazem distinção entre a culpa anônima e a responsabilidade objetiva, chegando, mesmo, a afirmar que são a mesma coisa. Estamos, neste ponto, com o professor Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, ao advertir que a responsabilidade por falta de serviço, falha de serviço ou culpa do serviço, seja qual for a tradução que se dê à fórmula francesa *faute du service*, não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, mas subjetiva, porque baseada na culpa do serviço diluída na sua organização, assumindo feição anônima ou impessoal. Responsabilidade com base na culpa, enfatiza o Mestre, e culpa do próprio Estado, do serviço que lhe incumbe prestar, não individualizável em determinado agente público, insuscetível de ser atribuída a certo agente público, porém no funcionamento ou não-funcionamento do serviço, por falta na sua organização. Cabe, neste caso, concluir o professor, à vítima comprovar a não-prestação do serviço ou a sua prestação retardada ou má-prestação, a fim de ficar configurada a culpa do serviço, e, conseqüentemente, a responsabilidade do Estado, a quem incumbe prestá-lo.³¹³

Celso Antônio Bandeira de Mello compartilha do mesmo posicionamento, ressaltando que nem mesmo a presunção de culpa é capaz de elidir o caráter subjetivo dessa responsabilidade, “*pois, se o Poder Público demonstrar que se comportou com diligência, perícia e prudência – antítese de culpa – estará isento da obrigação de*

311 A responsabilidade civil do Estado à luz do Código Civil: um toque de direito público, **Responsabilidade civil do Estado**, p. 21.

312 Hely Lopes Meirelles. **Direito administrativo brasileiro**, p. 649.

313 **Programa de responsabilidade civil**, p. 230.

indenizar, o que jamais ocorreria se fora objetiva a responsabilidade”.³¹⁴ Conclui o ilustre administrativista:

Há responsabilidade objetiva quando basta para caracterizá-la a simples relação causal entre um acontecimento e o efeito que produz. Há responsabilidade subjetiva quando para caracterizá-la é necessário que a conduta geradora de dano revele deliberação na prática do comportamento proibido ou desatendimento indesejado dos padrões de empenho, atenção ou habilidade normais (culpa) *legalmente exigíveis*, de tal sorte que o *direito em uma ou outra hipótese resulta transgredido*. Por isso é sempre responsabilidade por comportamento ilícito quando o Estado, devendo atuar, e de acordo com certos padrões, *não atua* ou *atua insuficientemente* para deter o evento lesivo.³¹⁵

A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige, aqui, qualquer falha no serviço ou culpa de seus agentes, sendo suficiente a lesão. Como bem observa Carlos Roberto Gonçalves:

(...) a responsabilidade civil desloca-se da noção de culpa para a idéia de risco, ora encarada como “risco-proveito”, que se funda no princípio segundo o qual é reparável o dano causado a outrem em consequência de uma atividade realizada em benefício do responsável; ora mais genericamente como “risco criado”, a que se subordina todo aquele que, sem indagação da culpa, expuser alguém a suportá-lo.³¹⁶

Ainda a este respeito, salienta Hely Lopes Meirelles que, embora a teoria do risco administrativo dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima para excluir ou atenuar a indenização. Ou seja, o Estado poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, oportunidade em que a Fazenda Pública poderá se eximir parcial ou totalmente da indenização.

Já a teoria do risco integral, pode ser considerada como uma modalidade extremada de risco em que não se admitem excludentes de responsabilidade, seja força maior ou culpa exclusiva da vítima ou de terceiro. Como pondera Othon de Azevedo Lopes:

O grande problema do risco integral é alargar de tal forma os critérios de imputação que transformam o responsável em segurador universal de danos indetermináveis num âmbito não delimitado. A imposição do risco integral a uma atividade acarreta-lhe um pesado ônus, que concretamente pode inviabilizá-

314 **Curso de direito administrativo**, p. 988.

315 *Idem*, p. 989.

316 **Responsabilidade civil**, p. 18.

la, gerando deveres não só acima do controle da própria conduta, mas muito acima de qualquer capacidade de gestão de risco e financeira.³¹⁷

Predomina, em nosso ordenamento jurídico, a concepção da teoria do risco administrativo,³¹⁸ cujos fundamentos e pressupostos serão objeto de nosso exame no próximo tópico.

4.2.1. Fundamentos e pressupostos da responsabilidade civil objetiva do Estado

São pressupostos da responsabilidade civil objetiva do Estado, a) uma ação através de um impulso de um agente; b) um dano anormal especial, como resultado lesivo; e c) o nexo causal entre a ação e o dano por ela causado. Cuidaremos de examinar tais

317 **Responsabilidade jurídica. Horizontes, teoria e linguagem**, p. 332.

318 Nesse sentido, válida se mostra a transcrição de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal a respeito do tema. Vejamos:

“Consoante dispõe o § 6º do artigo 37 da Carta Federal, respondem as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, descabendo concluir pela legitimação passiva concorrente do agente, inconfundível e incompatível com a previsão constitucional de ressarcimento – direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.” (RE 344.133, rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 09.09.2008, *DJE* de 14.11.2008);

“A responsabilidade civil do Estado, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.” (RE 113.587, rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 18.02.1992, *DJ* de 03.03.1992);

“A teoria do risco administrativo, consagrada em sucessivos documentos constitucionais brasileiros desde a Carta Política de 1946, confere fundamento doutrinário à responsabilidade civil objetiva do Poder Público pelos danos a que os agentes públicos houverem dado causa, por ação ou por omissão. Essa concepção teórica, que informa o princípio constitucional da responsabilidade civil objetiva do Poder Público, faz emergir, da mera ocorrência de ato lesivo causado à vítima pelo Estado, o dever de indenizá-la pelo dano pessoal e/ou patrimonial sofrido, independentemente de caracterização de culpa dos agentes estatais ou de demonstração de falta do serviço público. Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva, imputável a agente do Poder Público, que tenha, nessa condição funcional, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional (*RTJ* 140/636) e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal (*RTJ* 55/503 – *RTJ* 71/99 – *RTJ* 91/377 – *RTJ* 99/1155 – *RTJ* 131/417).” (RE 109.615, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 28.05.1996, *DJ* de 02.08.1996). No mesmo sentido: RE 481.110-AgR, rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 06.02.2007, *DJ* de 09.03.2007.

pressupostos, não sem antes, contudo, tecer alguns comentários acerca do sujeito obrigado à reparação e aquele a quem a reparação é devida.

4.2.1.1. Sujeito obrigado à reparação

A atribuição de responsabilidade ao Estado tem como primeiro pressuposto o reconhecimento de sua personalidade jurídica, que lhe confere o *status* de sujeito de direitos e obrigações jurídicas, capaz de emitir vontade e de se submeter às consequências daí advindas. No entanto, o Estado, por ser pessoa jurídica, não tem vontade nem ação, no sentido de manifestação psicológica e vida anímica próprias, de forma que sua vontade e ação se manifestam pela atuação daquelas pessoas que agem na qualidade de seus agentes, em uma relação de imputação direta dos atos destes ao Estado.

Como bem observa Odoné Serrano Junior, “*o que o agente quer, em qualidade funcional, pouco importa se bem ou mal-desempenhada, entende-se que o Estado quis. O que agente público fizer, agindo na qualidade de agente público, é o que o Estado fez. O querer do agente é o querer do próprio Estado*”.³¹⁹

Na esteira do que já lecionava Hely Lopes Meirelles, os agentes públicos “*são todas as pessoas incumbidas, definitiva ou transitoriamente, do exercício de alguma função estatal*”,³²⁰ de forma que para que a responsabilidade do Estado se concretize faz-se imprescindível que a conduta lesiva tenha ocorrido em razão da qualidade de agente público. Como ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello, “*se terceiros foram lesados, em razão de o autor ser funcionário, ocorreu o bastante para desenhar-se a hipótese de responsabilidade estatal*”.³²¹ Por outro lado, inexistindo qualquer nexo entre o dano e a qualidade de agente da pessoa que o provocou, não haverá que se falar em responsabilidade do Estado.

Exemplifiquemos para melhor ilustrar tais possibilidades. Se, por exemplo, um Procurador da Fazenda ajuíza uma execução fiscal contra pessoa que não possui qualquer responsabilidade pelo débito objeto de cobrança, eventual dano sofrido pelo contribuinte que teve contra si uma execução indevidamente ajuizada deve ser responsabilizado pelo

319 A imputação de responsabilidade de reparar danos à Fazenda Pública e a questão do nexo causal, **Grandes temas da atualidade**, p. 469.

320 **Direito administrativo brasileiro**, p. 75.

321 **Curso de direito administrativo**, p. 993.

Estado, na medida em que o ato que provocou o dano ocorreu em nome do Estado. Por outro lado, se este mesmo funcionário, em viagem de férias, colide seu veículo com o de outra pessoa, a responsabilidade por eventual dano causado não pode ser imputada ao Estado, eis que a qualidade de agente é indiferente para a caracterização do dano.

4.2.1.2. Sujeito beneficiário da reparação

O sujeito beneficiário da reparação é aquele que sofreu o dano anormal em razão da ação, omissiva ou comissiva, do agente. Como beneficiário da reparação, pode-se ter o particular, seja pessoa física ou jurídica, e mesmo uma pessoa jurídica de direito público, uma vez que a autonomia da organização político-administrativa, consagrada no art. 18 da Constituição da República, possibilita a reparação de uma pessoa jurídica de direito pública por outra.

4.2.1.3. Caracteres da conduta lesiva ensejadora da responsabilidade do Estado

A doutrina é pacífica no sentido de que a responsabilidade civil do Estado consiste no dever de indenizar prejuízos sofridos por terceiros em razão de ação ou omissão imputável ao Estado. Questiona-se, todavia, se a mera objetividade de uma conduta estatal lesiva a terceiro é suficiente para ensejar esta responsabilidade ou se faz-se necessário que o comportamento danoso seja viciado por culpa ou dolo.

Objetivando responder a esse questionamento, a doutrina majoritária tem feito uma distinção entre os atos comissivos, em que o comportamento do Estado provoca o dano; e, ainda, os omissivos, que Celso Antônio Bandeira de Mello³²² subdivide em duas possibilidades. A primeira delas é aquela em que por omissão do Estado, um evento alheio causa um dano que o Poder Público tinha o dever de evitar; trata-se da hipótese de falta de serviço, nas modalidades em que o serviço não funcionou ou funcionou tardiamente. Na segunda hipótese, também não é uma atuação do Estado que provoca o dano; no entanto, é por atividade dele que se cria a situação propiciatória do dano, porque expôs alguém a risco.

322 Curso de direito administrativo, p. 994.

4.2.1.3.1. Atos comissivos do Estado

Na hipótese de ato comissivo, inexistem dúvidas de que aplica-se a responsabilidade objetiva do Estado, seja o dano decorrente de uma conduta legítima ou não. Afinal, conforme salienta Celso Antonio Bandeira de Mello, “tanto numa como noutra hipótese o administrado não tem como se evadir à ação estatal. Fica à sua mercê, sujeito a um poder que investe sobre uma situação juridicamente protegida e a agrava”.³²³ Também Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que, no direito administrativo, a responsabilidade civil do Estado pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem a pessoas determinadas ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade.³²⁴

Neste tocante, impende notar a posição divergente de Marçal Justen Filho, para quem, não se pode admitir que “um ato jurídico conforme ao direito, praticado pelo Estado de modo regular e perfeito, acarrete sua responsabilização civil – exceto quando essa for a opção explícita de uma lei”.³²⁵

Em que pese a consideração do ilustre doutrinador, ousamos discordar, compartilhando do posicionamento esboçado pelos autores que o antecederam. A responsabilidade objetiva por danos advindos de atos lícitos é extraída do art. 37, § 6º, da Constituição Federal, que determina a responsabilidade do Estado sempre que sua ação causar danos a terceiros, sem fazer qualquer ressalva quanto aos prejuízos advindos de ato legítimo do Estado.

Um caso típico de responsabilidade do Estado por ato lícito diz respeito às obras públicas que impliquem desvalorização imobiliária. Um caso notório diz respeito à construção, na cidade de São Paulo, de viaduto ligando os bairros da zona sul e centro à zona leste. A mencionada obra, apelidada de “minhocão”, foi construída por cima de uma avenida, na qual havia vários prédios residenciais, que foram nitidamente afetados com a obra. Diversos proprietários de imóveis ali instalados sofreram prejuízo com a abrupta desvalorização, em razão da poluição sonora e visual provocada pela obra. Com efeito, o dano provocado pela ação do Estado, ainda que legítima, é ensejadora da sua responsabilidade civil.

323 **Curso de direito administrativo**, p. 995.

324 **Direito administrativo**, p. 561.

325 **A responsabilidade do Estado**, p. 232.

Assim, a mera conduta lesiva a bem jurídico garantido de terceiro é suficiente para, com base no princípio da igualdade, inerente ao Estado de Direito, ensejar a responsabilidade civil do Estado.

4.2.1.3.2. Atos omissivos do Estado

Em se tratando de uma ação omissiva do Estado, parte da doutrina distingue a responsabilidade de acordo com a natureza da omissão do Estado, qual seja, de dano que decorreu de uma omissão do Estado (falha no serviço) e de dano que, embora não seja efetuado pelo Estado, foi produzido em razão de situação por ele propiciada. Examinaremos brevemente tais hipóteses sem, contudo, adentrar em seus pormenores, por não ser objeto do presente trabalho o estudo da responsabilidade do Estado por ato omissivo, mas tão somente por ato comissivo.

No primeiro caso mencionado, em que há a falha do serviço, deveria, no entender de parte da doutrina, ser aplicada a teoria da responsabilidade subjetiva. Afinal, se o Estado não agiu, sua responsabilização só se justifica caso estivesse obrigado a impedir o dano causado, ou seja, se sua conduta omissiva constituir um comportamento ilícito (proveniente de negligência, imprudência ou imperícia ou com nítido propósito de violar a norma que o constituía em dada obrigação).

Celso Antonio Bandeira de Mello bem sintetiza essa hipótese:

Se o Estado, devendo agir, por imposição legal, não agiu ou o fez deficientemente, comportando-se abaixo dos padrões legais que normalmente deveriam caracterizá-lo, responde por esta incúria, negligência ou deficiência, que traduzem um ilícito ensejador do dano não evitado quando, de direito, deveria sê-lo. Também não o socorre eventual incúria em ajustar-se aos padrões devidos.

Reversamente, descabe responsabilizá-lo se, inobstante autuação compatível com as possibilidades de um serviço normalmente organizado e eficiente, não lhe foi possível impedir o evento danoso gerado por força (humana ou material) alheia.³²⁶

Na hipótese ora em exame a responsabilidade seria, então, subjetiva, de modo que o Estado só seria responsável pelos danos que não causou se tinha a obrigação de impedi-lo e não o fez. Um bom exemplo que demonstra isso é o caso das enchentes que vem ocorrendo, recentemente, no Sul do País. A princípio, não pode o Estado ser

326 **Curso de direito administrativo**, p. 998.

responsabilizado pelos danos provocados pelos fenômenos naturais. Diversamente, se os danos provocados por uma enchente decorreram de entupimento e sujeira dos bueiros de escoamento das águas, que impediram o escoamento da água, aí sim estará caracterizada a culpa do Estado a justificar sua responsabilização.

Frise-se, por oportuno, que nesses casos de responsabilidade subjetiva, admite-se a inversão do ônus da prova, sem o que o administrado ficaria em posição extremamente desvantajosa, ante a dificuldade ou mesmo impossibilidade de demonstrar que o serviço não se desempenhou como deveria. Assim, compete ao Estado provar a inexistência de culpa a ensejar sua responsabilidade.

Já em se tratando de casos em que o Estado propicia a situação da qual o dano depende, ainda que este não tenha sido originado por ato de agente estatal, tais casos, na lógica daqueles que diferenciam a omissão, assimilar-se-iam aos de danos produzidos pela própria ação do Estado e, por isso, ensejam a aplicação do princípio da responsabilização objetiva. Afinal, o risco a que terceiros são expostos pelo Estado não poderia deixar de ser assumido por quem os criou. Alguns exemplos dessas condutas omissivas que ensejariam a responsabilidade do Estado são do presidiário que é assassinado dentro do presídio, a fuga de internos de manicômios que realizem violência sobre bens ou pessoas sediadas nas imediações; a explosão de um paiol onde estejam armazenadas munições de guerra, dentre outros.

Em que pese as considerações da doutrina majoritária, entendemos que a responsabilidade é sempre objetiva, de modo que a questão restringe-se ao nexo causal existente entre a ação ou a omissão do Poder Público, por meio de seus agentes, e os danos sofridos pelo particular, cabendo ao Estado alegar e demonstrar a existência de alguma das causas excludentes de responsabilidade do Estado.

4.2.1.4. O dano indenizável

Como vimos, para que se impute ao Poder Público a responsabilidade objetiva, não se mostra necessário questionar se a atuação do Estado foi ou não legítima; relevante se mostra a verificação da perda da situação juridicamente protegida. Daí porque Othon de Azevedo Lopes afirma que nem todo dano prejuízo pode ser considerado um dano jurídico,

*“é necessário que o prejuízo seja qualificado por uma norma para que seja considerado injusto, caracterizando o dano jurídico”.*³²⁷

Gilmar Ferreira Mendes se manifesta no mesmo sentido:

Sob esse enfoque, a existência ou inexistência do dever de reparar não se decide pela qualificação da conduta geradora do dano (lícita ou ilícita), mas pela qualificação da lesão sofrida. Logo, o problema da responsabilidade resolve-se no lado passivo da relação, não em seu lado ativo. Importa que o dano seja ilegítimo, não que a conduta causadora o seja. Por isso, não basta para caracterizar a responsabilidade estatal a mera deterioração patrimonial sofrida por alguém. Não é suficiente a simples subtração de um interesse ou de uma vantagem que alguém possa fruir, ainda que legitimamente. Quatro são as características do dano indenizável: 1) o dano deve incidir sobre um direito; 2) o dano tem de ser certo, real; 3) tem de ser um dano especial; e, por último, 4) há de ocorrer um dano anormal.³²⁸

O dano deve incidir, portanto, sobre um *direito*. Ou seja, o dano deve atingir um bem que o sistema normativo preveja, que a ordem jurídica reconheça como garantido em favor de um sujeito. O dano deve, ainda, ser *certo* (e não apenas possível) e *especial*. Dano especial, como bem esclarecido por Celso Antonio Bandeira de Mello, *“é aquele que onera a situação particular de um ou alguns indivíduos, não sendo, pois, um prejuízo genérico, disseminado pela Sociedade. Corresponde a um agravo patrimonial que incide especificamente sobre certo ou certos indivíduos, e não sobre a coletividade”*.³²⁹

Por fim, o dano deve ser *anormal*, assim considerado *“aquele que extrapola os pequenos agravos inerentes à vida em sociedade, isto é, danos que não são comuns à vida social,”*³³⁰ de modo que um mero aborrecimento inerente à vida em sociedade não é suficiente a caracterizar o dano indenizável.

Frise-se, por oportuno, que o dano indenizável não se restringe ao dano patrimonial, mas também ao dano de natureza moral, que, em apertada síntese, pode ser caracterizado pela existência de um ilícito e de uma lesão a direito personalíssimo do ofendido, unidos pelo elo essencial do nexo causal. Assim, conforme ensina Francisco Amaral em referência a Orlando Gomes: *“Dano moral é a lesão a direito personalíssimo produzido ilicitamente*

327 **Responsabilidade jurídica. Horizontes, teoria e linguagem**, p. 297.

328 **Curso de direito constitucional**, p. 892.

329 **Curso de direito administrativo**, p. 1007.

330 Odoné Serrano Junior, A imputação de responsabilidade de reparar danos à Fazenda Pública e a questão do nexo causal, **Grandes temas da atualidade**, p. 472.

por outrem”,³³¹ como é o caso, por exemplo, do dano estético, à honra, à imagem, ao crédito e à liberdade, oriundos de um ato de um agente estatal.

4.2.1.5. O nexo de causalidade e as causas excludentes da responsabilidade civil do Estado

Com efeito, para que a responsabilidade civil do Estado seja caracterizada, não basta a existência de um comportamento (omissivo ou comissivo) e a existência de um dano indenizável; faz-se imperiosa a existência de um nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o dano causado.

Nesse sentido, afigura-se correto dizer que, em se tratando de responsabilidade objetiva, o Estado só se exime de responder se ausente o nexo entre seu comportamento, comissivo ou omissivo, e o dano, como é o caso, por exemplo, do exemplo mencionado linhas atrás referente à enchente provocada por força da Natureza – inexistente o nexo causal entre a conduta omissiva do Estado e o dano provocado pela enchente, inexistente a responsabilidade do Estado.

Levando-se em consideração que o nexo causal não restará verificado quando presente as excludentes da responsabilidade civil do Estado, faz-se importante o exame de tais hipóteses, que a doutrina tem distinguido em (a) culpa exclusiva da vítima; (b) culpa de terceiros; (c) caso fortuito ou força maior; (d) estado de necessidade.

Acerca da culpa exclusiva da vítima, observa Ana Cecília Rosário Ribeiro, que “*se o atuar positivo ou negativo da vítima, sozinho, determina a ocorrência do evento danoso, não há o nexo causal entre a conduta do agente estatal e o dano, não subsistindo o dever de reparar*”.³³² Por outro lado, se o agente estatal, de alguma forma, concorreu para o dano, então não se verifica a total exclusão da sua responsabilidade, devendo o Estado responder na medida de sua responsabilidade.

O mesmo raciocínio se aplica na culpa de terceiros; não concorrendo o Estado para o dano, inexistente o nexo causal a justificar o dever de indenizar. Diferente não é a situação de caso fortuito ou força maior, como é o caso de fenômenos naturais como dilúvios e enchentes, por exemplo. Em relação ao caso fortuito, entende Celso Antônio Bandeira de Mello que ele não teria o condão de elidir o nexo causal, uma vez que cuida-se

331 **Direito civil**, Introdução, p. 539/540.

332 **Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais**, p. 45.

de acidente cuja raiz é tecnicamente desconhecida. Não compactuamos com tal observação, todavia, por considerar que esta questão é matéria de prova alheia ao direito processual e não material. Aliás, há quem entenda as expressões força maior e caso fortuito como sinônimos³³³ e outros que consideram existente apenas uma diferença de grau, com idênticas consequências.³³⁴

Também o estado de necessidade é causa excludente da responsabilidade do Estado, uma vez que a atitude do agente, nessas condições, é justificável. Típico caso desses é aquele em que, agindo em legítima defesa, um policial, num confronto com bandidos, o mata.

Diante do que foi demonstrado, inexistem dúvidas de que o nexo de causalidade é elemento essencial à responsabilização do Estado por ato, comissivo ou omissivo, ensejador de dano indenizável, não se configurando o mesmo nas hipóteses de excludente de responsabilidade.

4.3. A indenização devida

Conforme restou patente do tópico anterior, ao Estado incumbe o dever de indenizar pelos danos causados no exercício de sua atividade. Matéria comum à responsabilização do Estado e dos particulares, a delimitação dos danos, em especial dos de ordem imaterial, compõe distinta controvérsia doutrinária e jurisprudencial.

A natureza exclusivamente reparatória da compensação por dano material objetiva a matéria em torno dos prejuízos comprovados, aí englobados tanto o danos emergentes quanto os lucros cessantes. Assim, na existência de um determinado dano causado pelo

333 Nesse sentido, são os ensinamentos de Francisco Amaral: “Caso fortuito e força maior são sinônimos na opinião doutrinária mais recente. Significam o fato necessário cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. A diferença que porventura se possa estabelecer entre essas expressões é a que decorre de considerar-se o caso fortuito como impedimento relacionado com a pessoa do devedor ou com sua empresa, enquanto a força maior é um acontecimento externo (fenômenos naturais, ocorrências políticas etc.)” (**Direito civil** – Introdução, p. 556).

334 Nessa linha, Silvio Venosa, citando Washington de Barros Monteiro: “Washington de Barros Monteiro (1979, v.4:331), após enfileirar em síntese, as distinções apresentadas na literatura, conclui que a força maior é aquele fato que resulta de situações independentes da vontade do homem, como um ciclone, um maremoto, uma tempestade; o caso fortuito é aquela situação que decorre de fato alheio à vontade da parte, mas proveniente de fatos humanos, como uma greve, uma guerra, um incêndio criminoso provocado por terceiros etc.” (**Direito civil: teoria geral** – Obrigações, p. 187).

Estado impera a necessidade de ajustada recomposição do destituído, inclusive do desgaste monetário em face do tempo.

A fim de elucidar a questão, vejamos um exemplo em que a caracterização do dano material se mostre de fácil percepção. Suponhamos que uma viatura de polícia, em uma perseguição policial, colide com o veículo de um taxista. Certo é que estamos diante de um dano indenizável, em que se encontra presente o nexo de causalidade entre a conduta dos agentes e o dano sofrido pelo taxista. Afinal, o prejuízo só surgiu em decorrência da colisão dos veículos. Diante de tal hipótese, o Estado terá que indenizar o taxista não só pelo reparo do veículo (dano emergente), mas também pelos dias em que ele ficou parado, sem poder trabalhar, em função do conserto de seu automóvel (lucros cessantes).

Suponhamos que, no acidente, o taxista sofreu danos estéticos. Também estes deverão ser indenizados pelo Estado. Ocorre que diferentemente do dano material, cuja quantificação é mais objetiva, o dano moral é imensurável. Não se pode medir o sofrimento de uma pessoa que teve o rosto desfigurado, por exemplo. Tampouco, o de uma pessoa que teve sua honra maculada ou de uma mãe que perdeu o filho assassinado no presídio.

A indenização, em se tratando de dano moral, tem, portanto, como objetivo, a extinção ou abrandamento da dor física ou moral e não a punição daquele que causou o dano, conforme bem pontua Humberto Theodoro Junior:

A maior ou menor repercussão social, a maior ou menor intensidade do dolo ou da culpa, são dados completamente irrelevantes no plano da responsabilidade civil. O valor da indenização a ser proporcionada à vítima deve ser absolutamente desvinculado da gravidade do ato cometido, porque sua função não é punir, mas apenas ressarcir.

Desde que o Estado de Direito isolou a responsabilidade penal da responsabilidade civil, para avocá-la inteiramente para si, a vítima perdeu, por completo, o direito de punir aquele que lhe causa prejuízos. A responsabilidade civil, para o ofendido, não é uma “questão de vingança” ou “punição”, mas apenas de “reparação”.³³⁵

Embora reconheça o caráter meramente reparador da indenização, no mesmo estudo, Humberto Theodoro pontua a imprescindibilidade de, na estimativa do dano moral, levar-se em consideração as condições sócio-econômicas da vítima e do ofensor, de modo a impedir o enriquecimento ilícito. Assim, a indenização por dano moral não tem valor pré-

335 **Dano moral**, p. 72/73.

fixado, mas fica ao sabor do Magistrado, que deve procurar recompor o prejuízo sofrido pelo lesionado, levando em consideração, sua condição econômica.

4.4. A responsabilidade do Estado pelo ajuizamento de execução fiscal indevida e consequente expropriação de bens pertencentes ao suposto devedor

4.4.1. A caracterização do dano

Ao longo do presente capítulo, vimos que a responsabilidade civil do Estado advém da relação de causalidade verificada entre uma ação (omissiva ou comissiva) do agente estatal e o dano indenizável. Cumpre-nos agora verificar a existência ou não de nexo causal entre o dano patrimonial e/ou moral ocasionado ao executado que tem, contra si, instaurada uma execução fiscal indevida.

A propósito, impende atentar para as considerações de Aparecido Hernani Ferreira:

O direito à indenização decorre da conduta ilícita da Fazenda Pública, lesiva do patrimônio, moral ou material, do contribuinte. Como qualquer outra pessoa, o contribuinte tem direito a que a Fazenda Pública seja obediente às leis na relação de tributação. Em outras palavras, tem direito a que a Fazenda Pública não adote na vivência da relação tributária nenhum comportamento contrário ao direito. Se adota, e se daquele comportamento ilícito seu decorre qualquer dano para o contribuinte, tem este o direito à indenização correspondente.³³⁶

Com efeito, se os particulares devem ser obedientes à legislação em vigor, com mais propriedade ainda o deve o Estado, tendo em vista, inclusive, o interesse público, que pressupõe o correto cumprimento da legislação. Diferente não é com a Fazenda Pública, ao promover a cobrança de créditos tributários, que deve certificar-se da legitimidade do título, bem como da responsabilidade daquele que figura na Certidão de Dívida Ativa. Erros não são permitidos, sob pena de caracterização da responsabilidade civil do Estado. Daí porque observa ainda Aparecido Hernani Ferreira que o Fisco pode provocar danos mesmo quando realiza a cobrança do tributo por meio próprio (execução fiscal), *“pois esse meio pressupõe a existência efetiva de crédito líquido e certo, de sorte que se é utilizado abusivamente pode esse abuso implicar dano indenizável”*.³³⁷

336 **Responsabilidade do Estado: reparação por dano moral e patrimonial**, p. 194.

337 *Idem*, p. 194.

Um típico exemplo de que o Estado pode vir a causar danos a um contribuinte por meio do ajuizamento de execução fiscal refere-se à cobrança de título nulo ou ainda à responsabilização de pessoa que não possui qualquer relação com o crédito objeto de cobrança. Nessa hipótese, a simples conduta de ajuizar execução fiscal desprovida de título legítimo ou em desfavor de quem não é responsável pelo crédito objeto de cobrança já caracteriza uma ofensa à reputação e bom nome da pessoa (seja ela física ou jurídica). Nesse sentido, aliás, é o posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende das ementas abaixo transcritas:

INSCRIÇÃO INDEVIDA NO CADIN – *DANO MORAL PRESUMIDO* – REDUÇÃO DO *QUANTUM* FIXADO PELO TRIBUNAL.

1. Havendo abstração de tese jurídica, inaplicável o teor da Súmula 7/STJ.
2. *A jurisprudência do STJ entende que a inscrição indevida em cadastros de proteção ao crédito, por si só, justifica o pedido de ressarcimento a título de danos morais, tendo em vista a possibilidade de presunção do abalo moral sofrido.*
3. Redução do valor fixado pelo Tribunal de origem.
4. Em virtude da situação fática abstraída nos autos faz-se necessária a redução do valor para R\$ 5.000,00 (cinco mil reais).
5. Agravo regimental parcialmente provido.
6. Recurso especial conhecido e, no mérito, parcialmente provido.
(AgRg no REsp 690230/PE, rel. Ministra Eliana Calmon, 2.^a Turma, julgado em 08.11.2005, DJ 19.12.2005, p. 346)

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. DANOS MORAIS. ARTIGO 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. SÚMULA 83/STJ. INDENIZAÇÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. Ação de Reparação de Danos Materiais e Morais ajuizada em desfavor da União, com fulcro nos artigos 37, § 6º, da CF, em face da indevida inscrição do nome do autor na dívida ativa, em cujo bojo restou reconhecida a conduta indevida da Administração Tributária, insindicável nesta Corte (Súmula 07/STJ).
2. *O ajuizamento indevido de execução fiscal poderá justificar o pedido de ressarcimento de danos morais, quando ficar provado ter ocorrido abalo moral.* Precedentes: REsp 773.470/PR, DJ 02.03.2007; REsp 974.719/SC, DJ 05.11.2007; REsp 1034434/MA, DJ 04.06.2008.
3. É inadmissível o recurso especial manejado pela alínea 'c' do permissivo constitucional quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. (Súmula 83/STJ).
4. Inequívoca a responsabilidade estatal, consoante a legislação infraconstitucional e à luz do art. 37, § 6º, da CF/1988, bem como escoreita a imputação dos danos morais, nos termos assentados pela Corte de origem, *verbis*: “(...) Verificado que contra o autor foi movida ação de execução fiscal para a cobrança do crédito tributário correspondente, em razão da indevida inscrição do seu nome em Dívida ativa, não há como desconsiderar a participação da União no dano causado ao demandante. No caso presente, o autor sofreu não só constrangimento, mas indignação e revolta ante o fato de ter sido processado por inscrição indevida de débito na Dívida ativa. Entendendo-se que ficou caracterizada a responsabilidade civil da União pelos danos morais causados ao autor, há de se verificar como pode ser compensado pelo fato. (...) Assim, fixo, a título de indenização por danos morais, o valor de R\$ 2.500,00, reconhecendo como indevida a indenização por danos materiais, na forma em que estabelecido na sentença, porquanto requereu o autor o ressarcimento decorrente dos prejuízos psíquicos sofridos. (...)”
5. A análise acerca da extensão

do prejuízo moral causado ao autor, devidamente analisada pela instância *a quo* para a fixação do quantum indenizatório, resta obstada pelo verbete sumular n. 7/STJ.

6. Recurso especial não conhecido.

(REsp 904330/PB, rel. Ministro Luiz Fux, 1.^a Turma, julgado em 16.10.2008, DJe 03.11.2008)

ADMINISTRATIVO – INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS – AJUIZAMENTO INDEVIDO DE AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL – DÉBITO PAGO ANTECEDENTEMENTE – DANO MORAL PRESUMIDO – ANÁLISE DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL: DESCABIMENTO – VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC – ALEGAÇÕES GENÉRICAS – SÚMULA 284/STF – TESES NÃO PREQUESTIONADAS – SÚMULA 282/STF – VERBA HONORÁRIA – REVISÃO: SÚMULA 7/STJ.

1. Descabe ao STJ, em sede de recurso especial, analisar possível ofensa a dispositivo constitucional.

2. Incide a Súmula 284/STF se o recorrente, a pretexto de violação do art. 535 do CPC, limita-se a fazer alegações genéricas, sem, contudo, indicar com precisão em que consiste a omissão, contradição ou obscuridade do julgado.

3. Considera-se não prequestionadas as teses em relação às quais o Tribunal não emitiu qualquer juízo de valor, aplicado-se o enunciado da Súmula 282/STF.

4. *O ajuizamento indevido de execução fiscal poderá justificar o pedido de ressarcimento de danos morais, quando ficar provado ter ocorrido abalo moral. Precedentes que dizem respeito à inscrição indevida em cadastros de proteção ao crédito e a protestos indevidos de título aplicados por analogia.*

5. A revisão do quantum fixado a título de verba honorária esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

6. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, improvido.

(REsp 773470/PR, rel. Ministra Eliana Calmon, 2.^a Turma, julgado em 15.02.2007, DJ 02.03.2007, p. 280 – RDDT vol. 140 p. 127)

A reparação extrapatrimonial de contribuintes submetidos indevidamente ao Cadastro de Inadimplentes também já foi objeto da inteligência doutrinária, deixando inegável que a sujeição ilegítima do contribuinte ao lento e desgastante processo de cobrança tributária é abalo inegável a sua personalidade, na medida em que afeta seu nome, sua reputação. Compassada é a conclusão de Célio Armando Janczeski em trabalho sobre o tema:

Não há dúvidas que o indevido cadastramento gera ofensa ao bom nome, fama, prestígio e reputação da pessoa (física ou jurídica), autorizando o arbitramento de indenização por dano moral, independente de prejuízo material, fixando-se o *quantum* mediante prudente arbítrio do juiz. (...) Afinal, o aforamento do processo judicial, especialmente a execução fiscal, assim como o irregular registro no Cadin, gera repercussão negativa à pessoa (física ou jurídica), ferindo sua credibilidade e respeitabilidade, abalando sua reputação e imagem, mesmo que não possa trazer prejuízo patrimonial ou prejuízo patrimonial demonstrável.³³⁸

Inquestionável, portanto, afigura-se a configuração do dano moral no caso de cobranças indevidas direcionadas ao contribuinte, seja em função da inexistência de dívida,

338 Dano moral pela exigência indevida de tributo, p. 58/59.

seja pela ilegitimidade do sujeito passivo. Não bastasse, todavia, a existência do dano moral, também o dano material será passível de ocorrência em sede de execução fiscal, caso prevaleça o entendimento de que os embargos à execução fiscal não mais possuem efeito suspensivo automático, com a oposição dos embargos à execução fiscal.

A prevalecer o posicionamento que vem sendo defendido pela Fazenda Nacional e por alguns magistrados, de que, com o advento da Lei 11.382/2006, os embargos à execução fiscal devem ser submetidos à disciplina estatuída pelo seu art. 739-A, e parágrafos, a concessão de efeito suspensivo à mencionada ação estará condicionada à presença de três requisitos, a saber: (i) relevante fundamento; (ii) manifesto perigo de grave dano de difícil ou incerta reparação; e, (iii) garantia da execução.

Partindo desse pressuposto, em não considerando presente algum dos requisitos supra listados, o Juízo da execução pode determinar o prosseguimento da execução fiscal, com a consequente expropriação de bens do suposto devedor, que em um momento posterior, pode vir a ter seus embargos julgados procedentes. Nessa hipótese, inquestionavelmente, restará caracterizado, não só o dano moral, como também o dano material. Agrava a situação o fato de que com o surgimento da Lei 11.382/2006, as alienações realizadas no curso da execução fiscal consideram-se perfeitas e acabadas com a assinatura do auto de arrematação, medida esta criada com o objetivo de proteger o terceiro adquirente de boa-fé.

Por outro lado, cuidando-se de ação de execução fiscal recebida com efeito suspensivo, o dano material será de difícil caracterização, na medida em que embora a penhora tenha se concretizado, não ocorrerá a expropriação do patrimônio do suposto devedor, a ensejar prejuízo material,³³⁹ caso a execução venha a ser considerada ilegítima.

Consideremos, a título de exemplo, que o suposto devedor tenha oferecido à penhora um apartamento de sua propriedade que estava locado. Em sendo conferido o efeito suspensivo aos seus embargos, então o executado continuará a receber os alugueres, e a Fazenda terá a garantia de que, ao final da demanda, restando vencedora, terá seu crédito satisfeito. Em não sendo concedido o citado efeito, todavia, antes que seja proferida decisão nos embargos, pode ocorrer de o citado imóvel ser alienado, de modo que, uma vez julgado procedentes seus embargos, o devedor deverá ser ressarcido pelos danos

339 Nesse sentido é o posicionamento de Rogério de Oliveira Souza, no artigo: A responsabilidade do credor pela execução, **Revista Doutrina Adcoas**, p. 314.

emergentes (aí entendendo-se o valor efetivo de avaliação do imóvel e não aquele pelo qual o imóvel foi alienado) e, ainda, pelos lucros cessantes (aluguéis que deixou de receber durante todo esse período).

Tal responsabilidade encontra previsão, inclusive, no próprio Código de Processo Civil, mais precisamente em seu art. 574, de acordo com o qual “o credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução”.

4.4.2. A liquidação da obrigação e as dificuldades enfrentadas pelo credor do Estado

Estabelecido o dever de indenizar, cumpre-nos analisar como se procederá à liquidação da obrigação. No entender de Marçal Justen Filho, o Estado tem o dever de promover espontaneamente a liquidação do dano, sob pena de caracterização de uma segunda infração. São deles as seguintes palavras:

Configurados os pressupostos da sua responsabilização civil, a remessa do interessado à via judicial configurará uma segunda infração pelo Estado a seus deveres. A primeira infração se consumou quando o Estado deu oportunidade à concretização do dano. A segunda ocorre quando se recusa a arcar com a responsabilização daí derivada. Aliás e nesse ponto, tem-se de reconhecer como ilegítimo o condicionamento do pagamento à quitação integral de eventuais pretensões do terceiro. Se estiverem presentes os pressupostos da responsabilização civil e tal for reconhecido pelo Estado, cabe-lhe promover a indenização correspondente. Eventualmente, haverá divergência com o particular lesado a propósito da extensão das perdas e danos. Nesse caso, o Estado tem o dever de pagar o valor que reputar adequado, mesmo se o particular se recusar a fornecer-lhe a quitação e anunciar intenção de demanda judicial. É que a divergência entre as partes se referirá à diferença a maior pretendida pelo particular: há um valor mínimo incontroverso, o qual tem de ser liquidado.

Se o Estado condicionar a liquidação da indenização à quitação, configura-se desvio de finalidade e abuso de poder. Logo, cabe-lhe observar o princípio da moralidade, o que exclui condutas tais como a ora descrita.³⁴⁰

Em que pese às observações do ilustre administrativista, com as quais, aliás, concordamos inteiramente, até mesmo porque o Estado deve ser o primeiro a cumprir suas leis, em decorrência do princípio da supremacia do interesse público, fato é que, na prática, dificilmente vemos o Estado *sponti* própria liquidando os prejuízos ocasionados por ele

340 A responsabilidade do Estado, p. 245.

ocasionados. Via de regra, compete ao suposto devedor e legítimo credor do Estado ajuizar uma nova ação, agora de indenização, para ter seu direito cumprido.

Não obstante o fato de o executado necessitar ajuizar uma nova ação para ser indenizado pelos prejuízos advindos da injusta execução que contra ele foi movida, cumpre atentar para uma particularidade própria das ações movidas contra a Fazenda Pública: ela possui uma execução própria, com rito diferenciado em relação à execução cível de forma geral.

Enquanto o executado em um processo de execução cível que teve seus bens expropriados indevidamente vê na sentença transitada em julgado que lhe reconheceu o direito à indenização um título executivo dotado de exequibilidade, o mesmo não se verifica em relação ao credor do Estado. Afinal, o credor de um particular poderá promover a execução de seus bens tanto quanto bastem para satisfazer o crédito devido. Já o credor do Estado não. Uma vez estabelecido o valor da reparação, o processo de execução contra a Fazenda Pública é bem diferente daquele a que ela faz *jus* para execução de seus créditos.

Com efeito, na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, I – o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal; II – far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito. Caso o credor seja preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o sequestro da quantia necessária para satisfazer o débito, hipótese esta que, na prática, dificilmente se verifica.

Outra não é a norma prevista na Constituição Federal, que acresce além das previstas pelo CPC, outras exigências para satisfação do crédito devido pelo Estado:

Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim.
§ 1º É obrigatória a inclusão, no orçamento das entidades de direito público, de verba necessária ao pagamento de seus débitos oriundos de sentenças transitadas em julgado, constantes de precatórios judiciais, apresentados até 1º de julho, fazendo-se o pagamento até o final do exercício seguinte, quando terão seus valores atualizados monetariamente. (*Redação da EC n. 30/00*)

§ 1º-A Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou invalidez, fundadas na responsabilidade civil, em virtude de sentença transitada em julgado

§ 2º As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados diretamente ao Poder Judiciário, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor, e exclusivamente para o caso de preterimento de seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito. (Redação da EC n. 30/00)

§ 3º O disposto no *caput* deste artigo, relativamente à expedição de precatórios, não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em lei como de pequeno valor que a Fazenda Federal, Estadual, Distrital ou Municipal deva fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação da EC n. 30/00)

Percebe-se, pois, que, via de regra, o Contribuinte que sofreu constrição patrimonial indevida, e que, porventura, teve seu patrimônio expropriado, por força do prosseguimento da execução só terá direito a receber eventual indenização pelo dano que isso lhe causou após o trânsito em julgado de decisão reconhecendo seu direito e; ainda, assim, terá que aguardar a requisição do pagamento pelo Presidente do Tribunal que tenha proferido a decisão, sendo que os precatórios precisam ser apresentados até 1º de julho de cada ano, para que o credor possa vir a receber o que lhe é devido até o final do exercício seguinte, observada a ordem cronológica de sua apresentação.

Tendo em vista, essa particularidade da execução contra a Fazenda Pública, Candido Rangel Dinamarco a qualifica como uma demanda impossível, uma *execução aparente*. São suas as seguintes palavras:

Uma conhecidíssima impossibilidade executiva de fundo político-institucional é a da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública (infra, n. 1.729). Essa “execução” é tão pobre de meios executivos, que não passa de uma execução aparente, visto como em princípio não inclui medida alguma de sub-rogação (penhora, alienação forçada de bens), regendo-se pelo sistema dos precatórios segundo as disposições contidas na Constituição Federal (art. 100) e no Código de Processo Civil (art. 730). O seqüestro do valor devido é medida que a ordem jurídica só admite em caso de o credor ter sido preterido na ordem de preferência resultante dos precatórios (art. 731) – e só nisso consistem as atividades propriamente executivas em face da Fazenda Pública.³⁴¹

Existe, é bem verdade, a possibilidade de requisição de pequeno valor, que todavia, igualmente se sujeita ao requerimento por parte do Presidente do Tribunal. Nesse sentido, observa Araken de Assis que “a EC 37/2002 definiu obrigação de pequeno valor, até que sobrevenha lei local dispondo em sentido contrário, no art. 87 do ADCT: quarenta

341 Cândido Rangel Dinamarco. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed., p. 95.

salários mínimos, perante as Fazendas dos Estados e do Distrito Federal; e trinta salários mínimos, perante as fazendas dos Municípios”.³⁴² A Lei Federal 10.259/2001,³⁴³ por sua vez, estabeleceu o valor de sessenta salários mínimos. Ultrapassados tais limites, imperiosa se faz a expedição de precatório.

Vê-se, portanto, que as dificuldades para o Contribuinte reaver da Fazenda Pública indenização em decorrência de perdas e danos por esta causados mostra-se inversamente proporcional aos privilégios que a Fazenda possui quando figura no polo ativo do executivo fiscal. E é com base nesse entendimento que caminharemos rumo ao próximo capítulo.

342 **Manual da execução**, p. 958.

343 “Art. 17, § 1º – Para os efeitos do § 3º do art. 100 da Constituição Federal, as obrigações ali definidas como de pequeno valor, a serem pagas independentemente de precatório, terão como limite o mesmo valor estabelecido nesta Lei para a competência do Juizado Especial Federal Cível (art. 3º, *caput*).”

“Art. 3º. Compete ao Juizado Especial Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças.”

5. O EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL APÓS O ADVENTO DA LEI 11.382/2006

5.1. Contextualização do problema

Como vimos em capítulo anterior, a Lei 11.382/2006 trouxe significativas inovações ao processo de execução por título extrajudicial, conferindo maior celeridade e efetividade ao citado processo. No campo da execução fiscal, a aplicação do citado diploma legal vem suscitando polêmica não só no âmbito doutrinário mas também judicial, o que, em última instância, vem causando verdadeiro sentimento de insegurança aos jurisdicionados, face à incerteza da norma a ser aplicada.

Frise-se, por oportuno, que, embora o presente trabalho restrinja o campo de abordagem à manutenção ou não dos efeitos suspensivos aos embargos à execução fiscal após o advento da Lei 11.382/2006, fato é que esta não é a única controvérsia gerada após as alterações promovidas por este diploma legal, cumprindo-nos mencionar, tão somente a título de exemplo, que até mesmo o termo inicial para oposição dos embargos à execução vem sendo objeto dos mais diversos entendimentos, havendo decisões em todos os sentidos: pela manutenção do prazo previsto no art. 16, da Lei 6.830,³⁴⁴ pela aplicação do prazo previsto no art. 738, do CPC,³⁴⁵ e até mesmo, pela conjugação das duas regras.³⁴⁶

Se a aplicação da Lei 11.382/2006 vem influenciando no modo de interpretar a Lei de Execuções Fiscais até mesmo em relação à matéria cujo regramento encontra-se expressamente previsto neste diploma legal, qual não é a polêmica quando se trata da concessão dos efeitos suspensivos aos embargos, matéria que, ao menos explicitamente, não é abordada pela Lei 6.830/1980.

344 Nesse sentido, é a decisão proferida nos autos das apelações 1999.61.10.000665-3, pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

345 A título de exemplo, cite-se a r. decisão proferida nos autos do processo 2008.03.00.042845-8, pela 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

346 Esse é o posicionamento que vem sendo adotado pelo juízo da 12ª Vara Federal de Execuções Fiscais de São Paulo. A título de exemplo, cite-se a decisão de recebimento da inicial, proferida nos autos da execução fiscal 2007.61.82.028886-6, na qual é concedido ao executado o prazo de trinta dias para oferecimento de embargos, a contar da citação. Ou seja, o prazo utilizado foi o da Lei de Execuções Fiscais, mas o termo inicial, aquele previsto pelo CPC.

Com efeito, são diversas as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais, tanto no sentido de que o novo art. 739-A, incorporado ao Código de Processo Civil pela Lei 11.382/2006 é aplicável à execução fiscal, quanto em sentido contrário, isto é, de que tal aplicação não se justifica.

No âmbito jurisprudencial, aqueles que condicionam a concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal ao preenchimento dos requisitos previstos do art. 739-A, do CPC, aduzem, principalmente, que a Lei 6.830/1980 seria omissa quanto à regulamentação desse efeito, de modo que, diante de tal lacuna, aplicar-se-ia, subsidiariamente, as regras previstas no CPC, *in casu*, o citado art. 739-A.³⁴⁷ Outros vão além e argumentam que, além da omissão, diante desse novo contexto de incentivo à efetiva satisfação dos créditos públicos e privados, seria incongruente, “*afastar a incidência do art. 739-A do CPC no âmbito da execução fiscal, que tem no pólo ativo o Poder Público, detentor da privilegiada prerrogativa de autoconstituir seus títulos de crédito e partir para a execução forçada de seus devedores.*”³⁴⁸

Já os Julgadores que consideram inaplicável o art. 739-A, do CPC, às execuções fiscais, baseiam-se no entendimento de que o efeito suspensivo dos embargos à execução decorre de uma leitura sistemática da própria lei de execuções fiscais que, em vários dispositivos (16 a 22 e 32, § 2º, por exemplo) menciona, implicitamente, a concessão de tal efeito.³⁴⁹ Alguns chegam a pontuar ainda que, em virtude da peculiaridade do crédito tributário, sem a concessão do citado efeito suspensivo “*não se viabiliza o contraditório, negando-se qualquer eficácia aos embargos à execução*”.³⁵⁰

Embora ainda seja muito cedo para afirmar que a jurisprudência já sedimentou posicionamento por uma ou outra orientação, já que a discussão é relativamente recente, a

347 Cite-se, a título de exemplo, os acórdãos proferidos nos julgamentos: do AI 2009.03.00.013441-8 (2ª Turma do TRF da 3ª Região); do AI 2008.03.00.047047-5 (6ª Turma do TRF da 3ª Região); do AI 932.260.5/5 (7ª Câmara de Direito Público do TJSP); do AgRgAI 2008.38.00.021445-4 (8ª Turma do TRF da 1ª Região); do Ag 2008.01.00.040257-6 (7ª Turma do TRF da 1ª Região), do AI 2007.04.00.005220-1 (1ª Turma do TRF da 4ª Região).

348 Trecho retirado do voto condutor do acórdão proferido pela 1ª Turma do TRF da 4ª Região, nos autos do AI 2009.04.00.015956-9/SC, da relatoria do Juiz Federal Jorge Antônio Maurique.

349 Cite-se, como exemplo, as decisões proferidas nos seguintes julgados: AI 878.033.5/7-00 e AI 706.438-5/4-00 (ambos proferidos pela 15ª de Direito Público do TJSP); AI 2009.03.00.006737-5 (6ª Turma do TRF da 3ª Região).

350 Trecho extraído do voto condutor do acórdão proferido quando do julgamento do AI 2008.03.00.041871-4/SP, pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região; relatora para o acórdão a Desembargadora Alda Basto.

Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela aplicabilidade do art. 739-A do CPC às execuções fiscais, quando do julgamento do Recurso Especial n. 1.024.129-PR, por considerar omissa a Lei 6.830/1980 quanto a essa matéria. Naquela oportunidade, o Ministro Herman Benjamin, relator do acórdão, posicionou-se no sentido de que a nova normatização do processo de execução visava à sua celeridade e eficácia, não podendo a Fazenda ser preterida em detrimento dos outros credores, no que foi acompanhado pela turma. Vejamos:

Não se trata de privilégios carecedores de razoabilidade, mas de prerrogativas que, sabidamente, foram conferidas com o propósito de dotar o Estado-Fisco (e não só ele) de meios mais céleres e eficazes para a recuperação de seus créditos. Percebe-se, em última instância, disfarçado desejo de inversão de valores: o legislador pretendeu conferir a todo e qualquer credor meios mais adequados para atingir o resultado efetivo do processo de execução. Seria paradoxal posicionar a Fazenda Pública, tão-somente por sua condição, em flagrante desvantagem em relação aos demais credores. Numa palavra, em pleno Estado Social, baseado na valorização do interesse público, colocar-se-ia o Erário em posição de desvantagem no confronto com o crédito privado.

Também a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional já se manifestou sobre o tema, por meio do Parecer PGFN/CRJ 1732/2007, defendendo que *“todas as regras do CPC que, não obstante tratamento expresso da LEF, forem mais benéficas à efetivação do crédito da Fazenda Nacional, devem ser aproveitadas pela execução fiscal”*.

Nesse ponto, todavia, faz-se preciso não perder de vista que a celeridade, embora alçada à categoria de princípio constitucional, não pode servir como justificativa para deixar de lado outros princípios caros ao ordenamento jurídico, como o são o princípio do contraditório e do devido processo legal, por exemplo. Nesse sentido, são os ensinamentos de Flávio Luiz Yarshell:

Garantias como as do contraditório e do devido processo legal (CF, art. 5º, LV e LIV) são pilares do estado Democrático e, a pretexto de se resolver o problema da morosidade (certo que gravíssimo), não se pode simplesmente criar outro (igualmente sério). Assim, tornar a prestação da justiça mais célere com o comprometimento das apontadas garantias constitucionais seria mais ou menos o mesmo que se pretender curar uma dor de cabeça pelo método da decapitação...³⁵¹

Como bem se vê, a questão é controversa e, ao contrário do que possa parecer a uma primeira vista, de difícil resolução. Se de um lado há quem defenda a omissão da lei

351 Flávio Luiz Yarshell. **Efetividade do processo de execução e remédios com efeito suspensivo**, p. 383.

especial e, ainda, a necessidade de que seja concedida uma maior celeridade e efetividade ao processo executivo, de outro, há os defensores da tese de que a Lei 6.830/1980, implicitamente, estabelece a obrigatoriedade de concessão do efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal sempre que embargada, sob pena de comprometimento à efetividade da decisão que posteriormente venha a ser proferida no processo de embargos, e de violação ao princípio do contraditório.

Essa polêmica que se instaurou demonstra a necessidade de um estudo aprofundado do tema, que nos permita contextualizar, dentro do sistema jurídico brasileiro, a norma que melhor se aplique ao caso, garantindo a efetividade da execução sem que isso implique uma limitação ao direito de defesa do executado.

Temos defendido, ao longo do presente estudo, que toda e qualquer interpretação do direito deve ser realizada com base em uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, interpretação esta que não se restringe ao âmbito do veículo introdutor da norma cuja aplicação de analisa, mas abarca todos os subsistemas que porventura possam relacionar-se com o objeto de estudo. Nesse sentido, tendo em vista que a matéria ora em exame diz respeito à aplicação de norma processual no âmbito da execução de crédito tributário, em que de um lado encontra-se o Estado e, de outro, um particular, não podemos analisá-la unicamente sob a ótica da lei de execução fiscal ou do código de processo civil. Precisamos ir além. Devemos examinar a questão, portanto, sob a ótica do direito processual civil, tributário e também do direito constitucional e administrativo, sem prejuízo de normas de outros ramos que porventura se mostrem aplicáveis.

Em decorrência da expressa previsão legal contida no art. 1º, da Lei 6.830/1980, no sentido de que eventuais omissões serão regidas pelo Código de Processo Civil, o primeiro ponto que deve ser analisado diz respeito à existência ou não de regulamentação dos efeitos suspensivos pela lei de execução fiscal. Em sendo constatada a supressão, então devemos realizar uma interpretação sistemática a fim de verificar se a aplicação do art. 739-A, do CPC, guarda ressonância com as demais normas contidas no ordenamento jurídico. De outra parte, em sendo possível, com base na própria Lei 6.830/1980 a criação de norma regulando o efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, então estaremos diante de um conflito de normas (norma especial anterior x norma geral posterior), que, como tal, deverá ser estudado.

Principiemos nosso estudo pela verificação dessa suposta omissão da Lei 6.830/1980 quanto à concessão dos efeitos suspensivos aos embargos à execução fiscal, o que só pode ser feito por meio de uma interpretação sistemática desse diploma legal, tarefa da qual nos ocuparemos a seguir.

5.2. O efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal na Lei 6.830/1980

Uma simples leitura da Lei de Execuções Fiscais nos permite concluir que, de fato, este diploma legal não possui nenhum dispositivo que preveja, expressamente, a concessão de efeitos suspensivos aos embargos à execução fiscal. Partindo, entretanto, da concepção de norma como a significação construída a partir da junção de um ou mais enunciados, faz-se imperioso analisarmos a viabilidade ou não de se construir, a partir do exame da Lei 6.830/1980 e da conjuntura em que ela está inserida, uma norma que determine a recepção dos embargos à execução fiscal com efeito suspensivo. Esta tarefa, todavia, depende de um exame minucioso e contextualizado do mencionado diploma legal.

A Lei de Execuções Fiscais rege a cobrança da dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias. Como já expusemos em capítulo anterior, a certidão de dívida ativa – CDA apresenta a particularidade de ser constituída unilateralmente pela Administração Pública, gozando da presunção de certeza e liquidez. Neste ponto, cumpre salientar, todavia, que essa presunção é relativa, podendo ser ilidida por prova inequívoca a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite, consoante resta previsto no art. 3º, parágrafo único,³⁵² da Lei 6.830/1980. Esse tema será objeto de uma análise mais aprofundada ao tempo oportuno. Por ora, fiquemos com essas noções.

Uma vez distribuída a execução, os autos serão encaminhados ao juiz, cujo despacho que deferir a inicial importará, inicialmente, em ordem para citação do executado para que, dentro do prazo de 5 (cinco) dias, (i) pague a dívida, com juros, multa de mora e encargos indicados na CDA, ou, (ii) garanta a execução. Verificando a possibilidade de que essa ordem não seja cumprida, o legislador cuidou de estabelecer outras providências a serem tomadas em caso de seu descumprimento. Assim, aquele despacho do juiz

352 “Art. 3º. A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez. Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.”

determina, sucessivamente, a penhora, no caso em que nem o pagamento nem a garantia sejam verificados; o arresto, caso o executado não tenha domicílio ou dele se oculte; o registro da penhora ou arresto; e, a avaliação dos bens penhorados ou arrestados.

Em garantia da execução, determina o art. 9º, do mencionado diploma legal, que o executado poderá: I – efetuar depósito em dinheiro, à ordem do juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária; II – oferecer fiança bancária; III – nomear bens à penhora (observada a ordem prevista no artigo 11); ou, IV – indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública. Ressalte-se, por oportuno, que a garantia da execução, por meio de depósito em dinheiro ou fiança bancária, produz os mesmos efeitos da penhora, consoante determina o § 3º,³⁵³ do citado art. 9º.

Nesse sentido, impende observar uma outra particularidade da LEF: conforme determina o § 2º, do seu art. 11,³⁵⁴ a penhora em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I, do art. 9º. Também o art. 21³⁵⁵ da Lei 6.830/1980, tratando da possibilidade de alienação antecipada³⁵⁶ dos bens penhorados, determina que o produto obtido será depositado em garantia da execução, nos termos previstos no art. 9º, I. Ou seja, nas hipóteses elencadas nos arts. 9, I; 11, § 2º; e 21, todos da LEF, e, ainda, sempre que a penhora recair em dinheiro, o valor em questão deverá ser depositado à ordem do juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure a atualização monetária.

Regulamentando os depósitos judiciais, a Lei 6.830/1980, em seu art. 32, § 2º, determina que tais importâncias só serão devolvidas ao depositante ou entregues à Fazenda Pública, mediante ordem do juízo competente, após o trânsito em julgado da decisão. A esse propósito, válida é a transcrição do mencionado dispositivo legal:

353 “§ 3º. A garantia da execução, por meio de depósito em dinheiro ou fiança bancária, produz os mesmos efeitos da penhora.”

354 Art. 11, “§ 2º. A penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I do artigo 9º.”

355 “Art. 21. Na hipótese de alienação antecipada dos bens penhorados, o produto será depositado em garantia da execução, nos termos previstos no artigo 9º, inciso I.”

356 Frise-se, por oportuno, que a alienação antecipada de que trata o mencionado art. 21 é aquela mesma a que se refere o art. 670, do CPC, ou seja, restringe-se às hipóteses em que: (i) os bens estão sujeitos a deterioração ou depreciação; ou, (ii) houver manifesta vantagem.

Art. 32. Os depósitos judiciais em dinheiro serão obrigatoriamente feitos:

I – na Caixa Econômica Federal, de acordo com o Decreto-lei n. 1.737, de 20 de dezembro de 1979, quando relacionados com a execução fiscal proposta pela União ou suas autarquias;

II – na Caixa Econômica ou no banco oficial da unidade federativa ou, à sua falta, na Caixa Econômica Federal, quando relacionados com execução fiscal proposta pelo Estado, Distrito Federal, Municípios e suas autarquias.

§ 1º. Os depósitos de que trata este artigo estão sujeitos à atualização monetária, segundo os índices estabelecidos para os débitos tributários federais.

§ 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.

Optou o legislador, neste ponto, por assegurar a satisfação do crédito tributário, sem, contudo, comprometer eventual decisão que acolha os fundamentos apresentados nos embargos à execução, inexistindo dúvidas, portanto, de que a Lei de Execução Fiscal veda, efetivamente, a realização de ato expropriatório que vise a conversão em renda da Fazenda Pública de valores depositados judicialmente.

A esse respeito, impende notar, ainda, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a nosso ver acertadamente, tem equiparado a fiança bancária ao depósito judicial para esses efeitos, conforme se percebe pela leitura do acórdão proferido quando do julgamento do REsp 1.033.545-RJ, da relatoria do Ministro Luiz Fux, cuja ementa transcrevemos abaixo:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. LEI 6.830/1980. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IMPROCEDENTE. FIANÇA BANCÁRIA. LEVANTAMENTO. CONDICIONADA AO TRÂNSITO EM JULGADO. EQUIPARAÇÃO. DEPÓSITO BANCÁRIO. TRATAMENTO SEMELHANTE PELO LEGISLADOR E JURISPRUDÊNCIA. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA.

1. O levantamento da fiança bancária oferecida como garantia da execução fiscal fica condicionado ao trânsito em julgado da respectiva ação.

2. A leitura sistemática da Lei n. 6.830/1980 aponta que o legislador equiparou a fiança bancária ao depósito judicial como forma de garantia da execução, conforme se depreende dos dispostos dos artigos 9º, § 3º, e 15, da LEF, por isso que são institutos de liquidação célere e que trazem segurança para satisfação ao interesse do credor.

3. O levantamento de depósito judicial em dinheiro depende do trânsito em julgado da sentença, nos termos do art. 32, § 2º, daquele dispositivo normativo. Precedentes: REsp 543442/PI, rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 21.06.2004; EREsp 479.725/BA, rel. Ministro José Delgado, DJ 26.09.2005.

4. *À luz do princípio ubi eadem ratio ibi eadem dispositio, a equiparação dos institutos – depósito judicial e fiança bancária – pelo legislador e pela própria jurisprudência deste e. Superior Tribunal de Justiça impõe tratamento semelhante, o que vale dizer que a execução da fiança bancária oferecida como garantia da execução fiscal também fica condicionado ao trânsito em julgado da ação satisfativa.*

5. Os embargos de declaração que enfrentam explicitamente a questão embargada não ensejam recurso especial pela violação do artigo 535, II, do CPC.

6. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

7. Recurso especial desprovido.

(REsp 1033545/RJ, rel. Ministro Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 28.04.2009, *DJe* 28.05.2009) (destacamos).

Assim, afora as hipóteses de dinheiro depositado judicialmente, também quando se tratar de fiança bancária a sua efetivação deverá aguardar o trânsito em julgado da decisão proferida nos embargos. Neste ponto surge uma outra questão a ser abordada: na eventualidade da Lei de Execução Fiscal não conter norma disciplinando o recebimento dos embargos e forem realizados atos de alienação do bem penhorado, pode a Fazenda Pública converter o valor obtido com essa alienação a seu favor?

A resposta a essa indagação é negativa. Com efeito, o produto dos bens alienados será depositado em juízo, de tal forma, que também neste caso incide o regramento previsto no já mencionado art. 32, § 2º. Ou seja, toda e qualquer entrega de dinheiro depositado em juízo está condicionada ao trânsito em julgado da decisão proferida nos embargos, à exceção, é claro, dos valores destinados ao pagamento de auxiliares da justiça.

E ainda que assim não fosse, inexistem motivos para que ao depósito em dinheiro seja dado um tratamento diferenciado em detrimento às outras formas de garantia da execução, uma vez que se a garantia da execução por meio de depósito em dinheiro e fiança bancária produz os mesmos efeitos da penhora, como determina o § 3º, do art. 9º, da LEF, então como se justificar que os primeiros modos de garantia tenham o condão de suspender a execução e este último não? Ora, tal possibilidade é logicamente impossível.

Entendimento em sentido contrário implica gritante vulneração ao princípio da isonomia. Perfilha desse posicionamento Octavio Campos Fischer:

Por via de consequência, se o depósito somente pode ser convertido em renda para Fisco ao final da demanda judicial, mesmo tratamento deve ser dado às demais formas de garantia da execução, sob pena de restar ofendido o princípio da igualdade, pois o contribuinte que tem condições de garantir a execução com depósito será beneficiado em relação àquele que apenas possui bens para serem nomeados à penhora!³⁵⁷

Conforme entendimento firmado em capítulo anterior, o tratamento diferenciado só se justifica quando presente vínculo de correlação lógica entre a peculiaridade diferencial

357 Octavio Campos Fischer. **Execução fiscal**, p. 669.

acolhida e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, o que não se observa no presente caso. Afinal, contribuintes que se encontram em idêntica situação, mas que garantiram a execução de modo diverso, terão um tratamento diferenciado: aqueles que efetuaram depósito judicial farão *jus* à suspensão da execução enquanto pendente os embargos de apreciação, ao passo que aqueles que nomearam bens à penhora, verão a execução ter seguimento. Frise-se, a propósito, que afora a inexistência de motivos que justifiquem o tratamento diferenciado a contribuintes que ofereceram a garantia em espécie, a a expropriação de bens nomeados à penhora é ainda mais grave do que a de dinheiro, pois este é facilmente recomposto, ao passo que o bem, a depender de sua natureza, não o é, o que realça a impossibilidade de tratamento diferenciado entre as formas de garantia da execução.

Logo, diante da análise dos artigos 9º, I e § 3º; 11, § 2º; 21 e 32, § 2º, todos da Lei 6.830/1980, resta inconteste que a lei de execução fiscal pressupõe, necessariamente, a paralisação da execução, enquanto pendentes de julgamento os embargos opostos pelo executado. Admitir o contrário implica nítida violação ao princípio da isonomia além de violação a todos os dispositivos legais citados.

Estabelecidos tais pontos, retornemos ao exame da citada lei, em cujo art. 16 encontra-se previsto o prazo de 30 (trinta) dias para oferecimento dos embargos, contados: I – do depósito; II – da juntada da prova da fiança bancária; III – da intimação da penhora. Mencionado dispositivo é expresso, ainda, quanto à impossibilidade de apresentação dos embargos antes de garantida a execução.

Aqui temos outra particularidade em relação às disposições previstas no Código de Processo Civil: o prazo para oferecimento dos embargos à execução fiscal é de 30 (trinta) dias a contar da intimação da penhora, que continua sendo pressuposto de admissibilidade dos embargos, ao passo que o prazo para apresentação dos embargos à execução cível é de 15 (quinze), a contar da citação, não funcionando a penhora, neste caso, como condição para propositura dos embargos.

Recebidos os embargos, o juiz mandará intimar a Fazenda, para impugná-los também no prazo de 30 (trinta) dias, designando, em seguida, audiência de instrução e julgamento, que poderá ser dispensada, caso os embargos versem sobre matéria de direito ou, versando sobre matéria de direito e de fato, a prova seja exclusivamente documental, conforme resta previsto no art. 17 e seu parágrafo único, da LEF.

Caso não sejam oferecidos embargos, a Fazenda Pública manifestar-se-á sobre a garantia da execução. Esta é a dicção do art. 18, da já citada lei, cuja interpretação nos permite concluir que, em sendo apresentados os embargos, a Fazenda Pública não será intimada a manifestar-se sobre a garantia. Ora, se ela não precisará se manifestar é porque nenhuma providência deve ser tomada até a apreciação dos embargos. Mais uma vez, conseguimos extrair da Lei de Execuções Fiscais um entendimento de que os embargos possuem efeito suspensivo.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado em relação ao art. 19,³⁵⁸ que prevê, na hipótese de ausência de embargos ou improcedência destes, a intimação do terceiro garantidor da execução, para, no prazo de 15 (quinze) dias, remir o bem, se a garantia for real; ou, pagar o valor da dívida, juros, multa de mora e demais encargos indicados na CDA, pelos quais se obrigou, se a garantia for fidejussória.

Conforme observa Humberto Theodoro Junior em relação ao garantidor real, essa remissão de que trata o citado art. 19 consiste em resgatar o bem “*mediante depósito em juízo de importância em dinheiro equivalente ao valor pelo qual se efetuou a penhora, isto é, o valor do termo de penhora ou da avaliação judicial, se houver*”.³⁵⁹ Se a intimação ao terceiro garantidor para remir os bens que ofereceu à penhora só se dá diante da inexistência de embargos ou da improcedência desses, é certo que o prosseguimento do ato de expropriação daquele bem só ocorrerá na verificação de alguma dessas hipóteses.

Igualmente aqui a lei é clara no sentido de que o prosseguimento da execução contra terceiros só se verifica na hipótese de não serem apresentados embargos ou estes restarem indeferidos, o que realça a vontade do legislador de que os embargos à execução fiscal sejam sempre recebidos com efeito suspensivo. Não é outro o posicionamento de Hugo de Brito Machado:

A Lei n. 6.830/1980 não alberga dispositivo a dizer expressamente que os embargos produzem efeito suspensivo. Entretanto, em seus arts. 18, 19, 24, inciso I, e 32, § 2º, deixa bastante clara a ocorrência desse importante efeito dos

358 “Art. 19. Não sendo embargada a execução ou sendo rejeitados os embargos, no caso de garantia prestada por terceiro, será este intimado, sob pena de contra ele prosseguir a execução nos próprios autos, para, no prazo de 15 (quinze) dias:

I – remir o bem, se a garantia for real; ou

II – pagar o valor da dívida, juros e multa de mora e demais encargos, indicados na Certidão de Dívida Ativa pelos quais se obrigou se a garantia for fidejussória.”

359 **Lei de Execução Fiscal**, p. 147.

embargos, o que nos autoriza a dizer que no âmbito da execução fiscal a interposição de embargos do executado produz efeito suspensivo automático.³⁶⁰

Seguindo o exame da legislação em apreço, os arts. 22 a 24³⁶¹ cuidam da possibilidade de arrematação e leilão dos bens penhorados, sendo que este último dispositivo, em seu inciso I, é expresso ao restringir a possibilidade de adjudicação do bem pela Fazenda Pública, antes do leilão, às hipóteses em que a execução não for embargada ou que os embargos forem rejeitados. Ou seja, por um raciocínio às inversas, se conclui que em sendo apresentados embargos à execução fiscal, a Fazenda Pública só poderá adjudicar os bens penhorados após o julgamento de improcedência daqueles, julgamento este que se apresenta como condição para a própria realização do leilão. Nunca antes disso.

Diante da análise empreendida, podemos chegar a algumas conclusões:

- I. A penhora é pressuposto de admissibilidade dos embargos à execução fiscal;
- II. O depósito ou penhora em dinheiro, ainda que fruto de alienação antecipada ou não, bem como a fiança bancária só poderão ser levantados pelo credor, após o trânsito em julgado da decisão que indefere os embargos à execução fiscal, conforme determinam os artigos 9º, I; 11, § 2º; 21; 32, § 2º, todos da Lei 6.830/1980;
- III. A teor do que determina o art. 9º, § 3º, da LEF, o depósito em dinheiro e a fiança bancária produzem os mesmos efeitos da penhora, inclusive no que tange à possibilidade de prosseguimento da execução com a oposição dos embargos;
- IV. Ainda que assim não fosse, a expropriação de bens penhorados mostra-se contrária ao princípio da isonomia;

360 Hugo de Brito Machado. Embargos à execução fiscal: prazo para interposição e efeito suspensivo, **Revista Dialética de Direito Tributário**, p. 53.

361 “Art. 24. A Fazenda Pública poderá adjudicar os bens penhorados:

I – antes do leilão, pelo preço da avaliação, se a execução não for embargada ou se rejeitados os embargos;

II – findo o leilão:

a) se não houver licitante, pelo preço da avaliação;

b) havendo licitantes, com preferência, em igualdade de condições com a melhor oferta, no prazo de 30 (trinta) dias.

Parágrafo único. Se o preço da avaliação ou o valor da melhor oferta for superior ao dos créditos da Fazenda Pública, a adjudicação somente será deferida pelo Juiz se a diferença for depositada, pela exequente, à ordem do Juízo, no prazo de 30 (trinta) dias.”

- V. A Fazenda Pública só deve se manifestar sobre a penhora, bem como adjudicar bens penhorados antes do leilão, caso não sejam oferecidos embargos ou na hipótese de rejeição destes;
- VI. Também o terceiro garantidor da execução só será intimado para remir os bens oferecidos, diante da rejeição dos embargos ou na hipótese destes não serem oferecidos.

Tendo em vistas as conclusões a que chegamos, não podemos compactuar com aqueles que consideram a Lei de Execução Fiscal omissa. Afinal, partindo de uma interpretação sistemática do mencionado diploma legal e dos enunciados construídos a partir dele, podemos construir, com tranquilidade, norma jurídica determinando o recebimento dos embargos à execução fiscal com efeito suspensivo, bastando, para tanto, a garantia da execução. Ou seja, embora inexista enunciado prescritivo expresso determinando a concessão de tal efeito, podemos extraí-la da leitura sistemática dos artigos 9º, I e § 3º; 11, § 2º; 18; 19; 21; 24; e, 32, § 2º, da Lei 6.830/1980. E mais: a norma não só é construída como sua desobediência implica vulneração ao princípio da igualdade.

Dessa forma, a situação que ora nos é apresentada é outra, completamente distinta da que se verificaria caso concluíssemos pela efetiva omissão da LEF. Se de um lado, este diploma normativo impede a realização de qualquer ato expropriatório após recebidos os embargos, o que implica a automática concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, por outro lado, o CPC, com as alterações promovidas pela Lei 11.382/2006 permite tal conduta, ao aceitar a possibilidade de recebimento dos embargos à execução sem efeito suspensivo. Saliente-se, ainda, que o recebimento neste caso não está condicionado ao oferecimento de garantia, ao passo que naquele, esta exigência é inafastável.

Vislumbramos, então, a existência de duas normas distintas para regular o recebimento e processamento dos embargos à execução, conforme o tipo de execução em curso:

Norma	Norma construída a partir da leitura do CPC	Norma construída a partir da Lei 6.830/1980
Classificação	Norma Geral e Posterior	Norma Especial e Anterior
Conteúdo da Norma D ($f \rightarrow q$)	Dado o fato de que o executado foi citado em processo executivo para pagar em três dias a dívida consubstanciada no título executivo, então é permitido o ajuizamento de embargos à execução, que devem ser recebidos sem efeitos suspensivos, a menos que presentes, cumulativamente, a relevância do fundamento e o manifesto perigo de grave dano de difícil ou incerta reparação, conquanto que a execução esteja garantida.	Dado o fato de que a execução fiscal ajuizada contra o executado está garantida (por penhora, depósito em dinheiro ou fiança bancária), é permitido o ajuizamento de embargos que devem ser recebidos com efeito suspensivo.
Antecedente - f (fato jurídico)	Citação do executado para pagar, em 3 dias, a dívida consubstanciada no título executivo	Intimação do executado sobre a garantia da execução fiscal
Consequente - q	Deve ser o recebimento e processamento dos embargos sem a concessão de efeito suspensivo, a menos que presentes, cumulativamente, a relevância do fundamento e o manifesto perigo de grave dano de difícil ou incerta reparação, ainda assim conquanto que a execução esteja garantida.	Deve ser o recebimento e processamento dos embargos com efeito suspensivo

Examinando as citadas normas, poderíamos dizer que, a uma primeira vista, nenhum conflito se faz presente, na medida em que tanto os antecedentes quanto os consequentes de ambas as normas são distintos. No entanto, não podemos deixar de verificar que elas regulam uma mesma conduta, qual seja, o recebimento dos embargos à execução, restando, portanto, caracterizada, uma antinomia do tipo total-parcial, em que de um lado temos uma norma geral posterior e, do outro, uma especial anterior.

Importante ressaltar, ainda, a impossibilidade de análise em separado dos enunciados que dispõem sobre a necessidade ou não de garantia para oferecimento dos embargos e aqueles que tratam dos efeitos a serem concedidos quando do recebimento dos embargos, pois somente a partir da junção de tais enunciados é que podemos construir a norma que disciplina o recebimento dos embargos à execução. Ademais, eles encontram-se inseridos dentro de um mesmo contexto e como tais devem ser interpretados.

Desta forma, ou bem temos uma norma especial regulando o recebimento dos embargos à execução fiscal, ou a norma geral regula essa conduta, afastando a aplicação daquela. A opção pela aplicação de uma ou outra, é bem verdade, cabe ao intérprete, que deverá valer-se dos critérios para solucionar antinomias de segunda ordem.

5.3. Solução da antinomia de segunda ordem: critério cronológico x critério da especialidade

Em capítulo anterior, estabelecemos critérios a serem adotados em casos tais quais o presente, em que se verifica, de um lado, uma norma geral posterior e, de outro, uma norma especial anterior. Frisamos a necessidade de se examinar as razões que levaram o legislador a conferir um tratamento diferenciado, a fim de verificar se elas subsistem após o advento da nova norma geral e posterior. Para que procedamos a esse exame, todavia, impende analisar, inicialmente, o contexto em que a norma geral posterior foi criada e sua finalidade, para que, então, seja possível verificar as particularidades da relação jurídica entre o Estado e o particular para, finalmente, solucionar a antinomia.

5.3.1. Finalidade da Lei 11.382/2006

Da leitura da Lei 11.382/2006 vemos, com clareza, que seu principal objetivo é conferir maior efetividade e celeridade ao processo de execução, reprimindo as condutas que caracterizem mera protelação. Nesse sentido, foi incluída, ao art. 739, a possibilidade de rejeição liminar dos embargos que forem considerados manifestamente protelatórios. Do mesmo modo, também o art. 740, em seu parágrafo único, prevê a imposição de multa de até 20% (vinte por cento) do valor em execução, a favor do exequente, caso configurado esse manifesto intuito protelatório dos embargos.

Seguindo esse mesmo objetivo, a teor do que determina o novo art. 739-A, os embargos não mais produzem o efeito de suspender a execução. Essa opção do legislador brasileiro, conforme salienta Candido Rangel Dinamarco, “*tem o declarado objetivo de propiciar a aceleração da tutela executiva, evitando as demoras decorrentes de oposições oferecidas com o único objetivo de retardá-la*”.³⁶²

362 Instituições de direito processual civil, p. 819.

Também Cássio Scarpinella Bueno atenta para a eficiência que se pretendeu atribuir ao processo executivo por meio das alterações legislativas:

Um dos pontos mais marcantes da Lei n. 11.382/2006 com relação a criar condições de uma execução mais *eficiente*, em que as atitudes do executado não signifiquem, invariavelmente, obstáculos à prática dos atos executivos, está no art. 739-A.³⁶³

Com efeito, dúvidas não há de que a Lei 11.382/2006 objetiva conferir maior eficiência e celeridade ao processo executivo, afastando eventuais óbices apresentados pelos executados, com o único intuito de protelar o feito. No entanto, ciente da possibilidade do embargante ter seus embargos julgados procedentes, após ter seus bens expropriados de seu patrimônio, o legislador tratou de manter a redação do art. 574, do CPC, disposto nos seguintes termos:

Art. 574. O Credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução.

Não obstante tal previsão, a Lei 11.382/2006, conferindo nova redação ao art. 694, do CPC, tratou de salvaguardar o direito do arrematante, ainda que os embargos venham a ser julgados procedentes, de forma que uma vez assinado o auto de arrematação, esta considerar-se-á perfeita e acabada. No entanto, visando resguardar também o direito do embargante, o legislador tratou de acrescentar o § 2º³⁶⁴ ao citado artigo, com o intuito de deixar claro o dever do exequente de restituir, não só o valor recebido com o produto da arrematação, como ainda eventual diferença apurada entre o valor do bem e valor pelo qual este foi arrematado.

A nosso ver, diante da existência do art. 574, tal previsão nem mesmo se faria necessária, mas entendemos que sua inclusão se deve à intenção do legislador de deixar claro ao exequente que este deverá assumir todos os riscos de eventual expropriação dos bens do devedor, antes de julgados os embargos. Daí porque observa Luiz Fux, que essa não suspensividade “*permite ao exequente alcançar o ponto culminante da execução, sob*

³⁶³ **Curso sistematizado de direito processual civil**, 3, p. 522.

³⁶⁴ “§ 2º. No caso de procedência dos embargos, o executado terá direito a haver do exequente o valor por este recebido como produto da arrematação; caso inferior ao valor do bem, haverá do exequente também a diferença.”

o risco judiciário de julgados procedentes os embargos sem efeito suspensivo, arcar o exequente com perdas e danos (art. 694, § 2º, do CPC)”.³⁶⁵

Bem se vê, que embora confira ao exequente a possibilidade de uma execução mais célere, o Código de Processo Civil prevê a sua responsabilização no caso de a execução vir a ser considerada indevida, ou seja, em sendo dado provimento aos embargos apresentados pelo suposto devedor, surgirá, automaticamente, o direito deste ser ressarcido pelos danos, materiais e morais, porventura decorrentes da injusta execução.

5.3.2. Particularidades da relação Estado-exequente x particular-executado

Estabelecidos tais pontos, faz-se preciso o exame das particularidades da execução fiscal, relação jurídica que apresenta, de um lado, o Estado-Credor e, de outro, o particular-devedor, a fim de que analisemos se os privilégios conferidos a este último no processo de embargos se justificam face à nova sistemática processual civil.

5.3.2.1. A presunção de certeza e liquidez da CDA e sua implicação prática

Um primeiro ponto que deve ser observado quando se trata dessa relação entre o Estado-exequente e o particular-executado é a própria CDA, título executivo de que se vale a Fazenda para cobrança do crédito tributário. Como já dissemos anteriormente, ela goza de presunção de certeza e liquidez, o que implica dizer que o executado que pretender questionar o próprio título deve fazer prova inequívoca de suas alegações, o que, muitas vezes, demanda extensa dilação probatória.

Em função disso, via de regra, a relevância dos fundamentos deduzidos pelo executado em seus embargos não poderá ser auferida de plano, o que não quer dizer, todavia, que ela inexistia. Essa possibilidade já foi apontada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, nos autos do Agravo de Instrumento n. 2007.03.00.034157-9, da relatoria do Desembargador Lazarano Neto, que em voto condutor assim se manifestou:

E não se alegue, ao reverso, com a aplicabilidade do novel art. 739-A, § 1º, do CPC, ao permitir que o juiz, a requerimento do embargante, atribua efeito suspensivo aos embargos quando estiverem presentes, simultaneamente, a relevância dos fundamentos (*fumus boni iuris*) e a possibilidade de dano ao

365 O novo processo de execução, p. 419.

executado (*periculum in mora*). É que o primeiro dos requisitos acima é virtualmente impossível de se verificar nos casos concretos, tendo em vista, justamente, a presunção de liquidez e certeza de que goza a CDA, a qual, note-se, tem o efeito de prova pré-constituída (CTN, art. 204, *caput*), só podendo ser afastada através de prova inequívoca (art. 3º, parágrafo único, da Lei n. 6.830/1980 e art. 204, parágrafo único, do CTN), própria da cognição exauriente.³⁶⁶

Um típico e recorrente caso em que essa situação se verifica diz respeito ao gerente de determinada empresa inadimplente com a Seguridade Social, que, teve seu nome incluído na CDA como responsável tributário. Em que pese o art. 135, do CTN, determinar que a atribuição dessa responsabilidade só se justificaria na hipótese em que o suposto responsável tenha agido com excesso de poderes ou com infração de lei, contrato social ou estatuto, o INSS vinha, até pouco tempo, aplicando o disposto no então art. 13,³⁶⁷ da Lei 8.620/1993 (agora revogado pela Lei 11.941/2009), sem, contudo, apurar a ocorrência de algum daqueles requisitos. Isso se dava em virtude do artigo usado como fundamento não condicionar a responsabilidade àquelas hipóteses previstas no art. 135 do CTN.

Fato é que diante dessa aplicação equivocada do mencionado art. 13, várias pessoas foram chamadas a responder por execuções fiscais – muitas vezes de valor vultoso –, na qualidade de responsável tributário, sem, na verdade, restar caracterizado algum dos requisitos previstos no art. 135 do CTN. No entanto, dada a presunção *juris tantum* de liquidez e certeza de que goza a CDA, a jurisprudência³⁶⁸ vem se manifestando no sentido de que cabe aos executados a prova negativa de que não agiu com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatuto. Não raro, essa prova negativa só é possível por meio de extensa dilação probatória, de forma que, ao tempo da propositura dos embargos a demonstração do “relevante fundamento”, de que trata o § 1º do art. 739-A fica prejudicada.

Diversamente da CDA, os outros títulos executivos extrajudiciais não possuem essa presunção de certeza e liquidez, de modo que a aferição, por parte do juiz, da relevante fundamentação se mostra mais fácil ou, em outros termos, não condicionada à existência

366 Processo 2007.03.00.034157-9, AI 297090, 6ª Turma, DJF3 16.02.2009, p. 553.

367 “Art. 13. Os acionistas controladores, os administradores, os gerentes e os diretores respondem solidariamente e subsidiariamente, com seus bens pessoais, quanto ao inadimplemento das obrigações para com a Seguridade Social, por dolo ou culpa.”

368 Nesse sentido: REsp 1103679/SC e 978.854/MG, ambos da 2ª Turma do STJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques; REsp 1110925/SP, 1ª Seção do STJ, rel. Min. Teori Albino Zavascki; entre outros.

de prova inequívoca. Como bem se vê, essa peculiaridade própria do título executivo que embasa a execução fiscal apresenta implicações significativas no âmbito do processo de execução, as quais necessitam ser apreciadas quando da análise do conflito normativo.

5.3.2.2. Efeitos da penhora na execução fiscal e a Certidão de Débito positiva com efeito de negativa

Também a penhora, com já foi salientado anteriormente, apresenta peculiaridade quando se trata de execução fiscal, estando esta condicionada à efetivação daquela. Como observa Leandro Paulsen, “*a presunção que milita em favor do título executivo justifica a exigência de garantia da execução como condição de admissibilidade dos embargos*”.³⁶⁹ Ou seja, a exigência de garantia como pressuposto de admissibilidade dos embargos decorre da posição privilegiada do crédito público, o único que possui presunção de certeza e liquidez, posto que constituído unilateralmente.

A penhora assume, portanto, uma função primordial, na medida em que assegura a satisfação do crédito executado, por meio da constrição de bens do devedor, possibilitando a este a sua defesa por meio da oposição de embargos. Note-se que, em se tratando de Executivo Fiscal, a satisfatividade do crédito exequendo é ainda maior dado que a Fazenda Pública não está sujeita ao concurso de credores.

Integralmente garantida a execução, o devedor fica livre de sofrer restrição patrimonial indesejada, pois que deverão ser suspensos quaisquer mandados de penhora e avaliação. Afinal, diante da segurança do juízo, inexistem razões para que o executado sofra ainda mais restrições em seu patrimônio.

De igual modo, se o crédito – cuja legitimidade se discute em sede de embargos – já está garantido, não há porque o embargante ser tratado da mesma forma que um devedor omissor, que sequer ofereceu alguma garantia. Afinal, embora a segurança do juízo não equivalha ao pagamento, sua realização assegura a efetivação deste, ainda que em um momento posterior. Daí porque determina o art. 9º, § 3º, da Lei de Execução Fiscal que a garantia da execução por meio depósito em dinheiro ou fiança bancária produz os mesmos efeitos da penhora, quais sejam, garantia da execução e, ainda, impossibilidade de

³⁶⁹ **Direito processual tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência**, p. 333.

expropriação dos bens do devedor enquanto pendente o trânsito em julgado da decisão que julga os embargos nos termos em que explicitado alhures.³⁷⁰

Reconhecendo a certeza da realização do crédito propiciada pela garantia da execução, o legislador tratou também de conceder o direito à obtenção de certidão positiva de débito com efeito de negativa àqueles que se encontram em uma das hipóteses previstas no art. 206, do CTN, disposto nos seguintes termos:

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

A fim de que possamos compreender, em sua plenitude, o artigo supra citado, cumpre-nos trazer à baila também o art. 205, responsável por regular a emissão de certidão negativa de débito:

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

Com efeito, a certidão negativa de débito, como o próprio nome sugere, atesta que o requerente não possui débitos com o Poder Público. Nesse sentido, o art. 206, do CTN, ao permitir a concessão de certidão com os mesmos efeitos que aquela, equipara o contribuinte em mora àquele que está quite com suas obrigações tributária, conforme bem observa Bruno Batista da Costa Oliveira:

Com efeito, ao garantir a execução fiscal (mediante penhora, depósito ou fiança bancária), o contribuinte em mora, do qual alguns direitos eram tolhidos – pela sua própria condição de devedor do Fisco, que o impede de obter a Certidão Negativa de Débitos – passa a ser tratado como idôneo pagador, mesmo existindo contra ele cobrança executiva que, lembremos, é presumida certa e líquida. Em outros termos, garantida a execução, será o devedor merecedor da

370 Por ter sido desenvolvido em item anterior, limitaremos-nos, neste momento, a trazer a questão à baila sem, entretanto, repetir os argumentos outrora esposados.

Certidão Positiva de Débitos, com Efeitos de Negativa, que lhe permitirá exercer os mesmos direitos do contribuinte que está quite com suas obrigações fiscais.³⁷¹

Esses direitos a que o mencionado autor se refere diz respeito, por exemplo, à possibilidade do executado participar de licitações do governo (Lei 8.666/1993),³⁷² bem como, em se tratando de pessoa jurídica, de contratar com o Poder Público, ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, a teor do que determina o art. 195, § 3º,³⁷³ da Constituição da República. Ou seja, de posse de uma certidão positiva com efeito de negativa, o executado poderá até mesmo receber benefícios fiscais, como se a inadimplência não existisse.

Neste particular, cumpre ressaltar que a razão desse tratamento diferenciado decorre de uma percepção por parte do legislador de que, por mais que o título executivo apresente grande probabilidade do direito pleiteado, a certeza³⁷⁴ só virá com a decisão proferida nos embargos, sendo que, qualquer que seja ela, eventual cumprimento do crédito estará resguardado. Isto é, embora o pagamento não tenha sido consumado, sabe o legislador que, em sendo mantida a exigência, esta providência se dará. Tudo é questão de tempo. E mais: tem plena consciência o legislador de que o título executivo extrajudicial embora postergue o processo de conhecimento não o dispensa, mas o elenca como uma faculdade do devedor, que, sentindo-se injustiçado, pode valer-se dos embargos para demonstrar a ilegitimidade da cobrança realizada.

Em função dessa peculiaridade, há quem defenda que a garantia provoca uma alteração no plano material do direito que não pode ser ignorada processualmente, daí porque estaria ela apta a propiciar a suspensão da execução. Defende esse entendimento, Bruno Batista da Costa Oliveira, para quem

371 Bruno Batista da Costa Oliveira. Efeitos do oferecimento de garantia na execução fiscal: análise da questão à luz do disposto no art. 206 do Código Tributário Nacional, **Revista Dialética de Direito Tributário**, p. 20.

372 A Lei 8.666/1993 condiciona a participação nas licitações à apresentação, por parte do interessado, de comprovante de regularidade fiscal, que, via de regra, é a Certidão Negativa de Débito ou a Positiva com efeito de Negativa.

373 “Art. 195, (...) § 3º. A pessoa jurídica em débito com o sistema da seguridade social, como estabelecido em lei, não poderá contratar com o Poder Público nem dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios.”

374 Essa certeza a que nos referimos também se aplica à Certidão de Dívida Ativa. Isso porque embora ela goze de presunção de certeza e liquidez, essa presunção é relativa. À medida que o título extrajudicial passa a ser questionado por meio de embargos, caberá ao Estado-juiz a apreciação dos fundamentos colacionados e a confirmação ou não do crédito objeto de execução.

(...) o devedor terá o mesmo direito – ao menos no que diz respeito aos efeitos da inadimplência junto ao Fisco – que o contribuinte em dia com suas obrigações. Assim, até que se profira sentença a respeito da exeqüibilidade, ou não, daquele título, o procedimento de execução há de aguardar, de onde se confirma o pretendido efeito suspensivo da garantia na execução fiscal.

(...)

Ora, a construção jurisprudencial é bem clara no sentido que o próprio devedor não precisa aguardar a ação executiva do Erário para oferecer a garantia, com vistas a conseguir a almejada certidão; não faz sentido, ao admitir-se o raciocínio vertente, que a garantia prestada nesses moldes possa ser imediatamente expropriada em favor da exeqüente. A garantia mostra-se nitidamente nesse caso como instrumento do devedor (e não da credora fazendária), utilizado como protetor de seus direitos.³⁷⁵

Outros entendem que a concessão de certidão positiva com efeito de negativa teria o condão de reforçar a possibilidade de suspensão do processo executivo. Filia-se a esse posicionamento, Marcelo de Almeida Horácio:

Ora, se o Código Tributário Nacional estabelece tal previsão, possibilitando ao contribuinte a obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa, em razão da penhora efetiva no curso do processo executivo, naturalmente, tal hipótese evidencia a segurança conferida ao crédito tributário, ensejando ao Fisco a plena possibilidade de sua satisfação, e, surtindo efeitos semelhantes à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, amenizando a força expropriatória da execução em andamento, o que reforça a possibilidade de suspensão do processo executivo no âmbito fiscal.³⁷⁶

Por outro lado, pondera Flavia Almeida Pita³⁷⁷ que o prosseguimento da execução a que falta os requisitos autorizadores de sua suspensão (de acordo com o § 1º do art. 739-A do CPC) não impede o executado de obter a certidão positiva com efeito de negativa, daí porque não seria ela, e tampouco a penhora, suficiente para obstaculizar o prosseguimento da execução fiscal.

De fato, o prosseguimento da execução não tem o condão de impedir a emissão de Certidão Positiva com Efeito de Negativa, eis que o pressuposto dessa é a garantia do juízo. Por outro lado, todavia, não podemos desconsiderar a regra contida no art. 206, do CTN, que, inquestionavelmente, realizou, em uma certa medida, a equiparação do devedor que garantiu a execução ao contribuinte que encontra-se com suas contas em dias.

375 Bruno Batista da Costa Oliveira. Efeitos do oferecimento de garantia na execução fiscal: análise da questão à luz do disposto no art. 206 do Código Tributário Nacional. **Revista Dialética de Direito Tributário**, p. 23.

376 Marcelo de Almeida Horacio. Considerações sobre a Aplicação da Lei 11.382/2006, no Âmbito Fiscal e a Necessidade de Atribuição de Efeito Suspensivo aos Embargos. **Conteúdo Jurídico**.

377 Flavia Almeida Pita. A execução fiscal diante da nova disciplina da execução cível. **Revista de Processo**, p. 189.

Consideramos, todavia, que esse efeito provocado pela segurança do juízo não tem o condão de, por si só, suspender a execução, eis que inexistente previsão legal para tanto. Aliás, caso oferecida a penhora e não embargada a execução, os atos expropriatórios terão seguimento normalmente, o que ressalta a impossibilidade deste ato suspender o processo executivo.

Concluímos, portanto, que a penhora afigura-se como pressuposto de admissibilidade dos embargos à execução fiscal, possuindo o condão de equiparar o devedor ao contribuinte em dia com suas obrigações, ao menos no que diz respeito aos efeitos da inadimplência junto ao Fisco. Não possui ela, entretanto, a aptidão para suspender, sozinha, a execução fiscal; para tanto, ela depende da apresentação de embargos à execução, nos termos em que prevê os arts. 9º, § 3º, e 32, § 2º, ambos da LEF.

5.3.2.3. Possibilidade de o Estado utilizar o dinheiro depositado em juízo

Outra especificidade observada na relação entre Estado e Contribuinte existente no âmbito da execução fiscal relaciona-se aos valores depositados em juízo. Embora a conversão em renda da União fique condicionada ao trânsito em julgado da decisão proferida nos embargos à execução (art. 32, § 2º, da LEF), à Fazenda é permitida a movimentação de tais valores.

A Lei 9.703/1998, que dispõe sobre os depósitos judiciais e extrajudiciais de tributos e contribuições federais é expressa no sentido de que tais depósitos serão repassados pela Caixa Econômica Federal para a Conta Única do Tesouro Nacional, independentemente de qualquer formalidade (art. 1º, § 2º).

O mesmo entendimento é encampado pelas Leis 11.429/2006 e 10.819/2003, que, ao tratarem dos depósitos judiciais de tributos, no âmbito dos Estados e do Distrito Federal, e dos Municípios, respectivamente, também regulamenta o repasse de parte dos valores depositados em juízo.

Observe-se assim, que mesmo diante da suspensão da execução pela oposição de embargos, a Fazenda Pública tem o direito de movimentar os valores depositados em juízo. Esse privilégio, que nenhum outro credor possui, pode ser caracterizado, ainda, como um

verdadeiro empréstimo, sem ônus, enquanto pendentes de apreciação os embargos à execução fiscal.

5.3.2.4. Responsabilidade do Estado por perdas e danos: o ressarcimento

Outra peculiaridade que deve ser observada diz respeito aos efeitos decorrentes de eventual decisão que julgue procedentes os embargos. Com efeito, o art. 574, do CPC, de aplicação subsidiária à execução fiscal, determina que o credor deverá ressarcir ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação que deu lugar à execução.

Em se admitindo a não suspensividade dos embargos à execução fiscal, na hipótese de o executado ter bens expropriados para satisfazer suposto crédito tributário, consubstanciado em CDA, e a sentença de embargos vir a ser julgada procedente após a efetivação desses atos de expropriação, o Estado deverá responder por perdas e danos, inclusive de ordem moral, conforme demonstramos no capítulo anterior.

No entanto, se ao particular se aplica a norma prevista no art. 591, do CPC, no sentido de que “*o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei*”, o mesmo não se diga em relação à Fazenda Pública, cujos bens são revestidos dos atributos da inalienabilidade e impenhorabilidade.

Assim, a execução contra a Fazenda Pública será processada por um rito especial, previsto nos arts. 730 e 731, do CPC, no qual inexistente qualquer medida sub-rogatória do Estado-juiz e que culminará, ao final, na expedição de precatório, consoante prevê a Constituição da República, em seu art. 100. Nesse sentido, é de conhecimento público e notório que, na prática, os credores do Estado passam anos e anos a espera de receber seus direitos; muitos, inclusive, falecem antes de ter seu crédito efetivado.

Como bem observa Candido Rangel Dinamarco, a execução regida pelo art. 100 da Constituição nem chega a ser uma verdadeira execução forçada, porque não atinge os bens públicos. Aliás a única medida coercitiva prevista é o sequestro, mas ainda assim, desde que o credor tenha sido preterido no seu direito de preferência.

Logo, resta inquestionável a diferença de tratamento que se dá à Fazenda Pública quando esta se encontra no pólo passivo da execução, de forma que admitir a efetivação de atos expropriatórios em sede de execução fiscal caracteriza, inegavelmente, um eminente perigo de dano de difícil ou incerta reparação para o executado-embargante.

5.3.2.5. O interesse público na execução fiscal

Outro ponto que deve ser analisado ao se tratar de toda e qualquer relação que envolva o Estado diz respeito ao interesse público, que também deve ser observado no processo executivo. Nessa linha, contrariamente ao que se verifica na maioria dos processos executivos, salienta Alexandre Rego que:

O processo de execução fiscal não se resume a uma busca desenfreada e inconstitucional de satisfação do direito do credor sobre o devedor. O Estado, quando atua na recuperação judicial de seus créditos, deve levar em conta os reflexos sociais de seus atos e respeitar os princípios e regras que protegem os cidadãos.³⁷⁸

Essa afirmação decorre do fato de que o interesse público não se confunde com o interesse do Estado,³⁷⁹ pois este último, como bem observado por Celso Antônio Bandeira de Mello, “*pode ter, tanto quanto as demais pessoas, interesses que lhe são particulares, individuais, e que, tal como os interesses delas, concebidas em suas meras individualidades, se encarnam no Estado enquanto pessoa*”.³⁸⁰ Ocorre que tais interesses “particulares” do Estado não são admitidos pelo ordenamento jurídico, na medida em que tendo sido ele concebido para a realização de interesses públicos, só poderá defender seus próprios interesses se coincidentes com a realização daqueles.

Assim, ao abordarmos o tema da execução fiscal, não podemos pressupor que o interesse público seja simplesmente o interesse arrecadatório do Estado, de modo a justificar a busca da efetivação do crédito tributário a todo custo. Embora tal satisfação atenda sim, pelo menos a uma primeira vista, ao interesse público, certo é que os meios a serem utilizados para tanto devem ser tais que garantam a satisfação do crédito, sem, contudo, provocar prejuízos desnecessários. Daí porque salienta Rodrigo Dalcin Rodrigues que:

378 Alexandre Rego. **Processo de execução fiscal**, p. 51.

379 A propósito, ver item 2.1.1.5 retro.

380 **Curso de direito administrativo**, p. 65.

(...) o interesse público visado pela Lei 6.830/1980 é que o processo de execução fiscal observe os procedimentos nela fixados. A observância desses procedimentos, com a efetiva e eficiente análise dos fatos e do direito litigioso, é o meio hábil e lícito a conferir celeridade ao processo de execução, e alcançar a finalidade de responsabilizar o patrimônio dos devedores para satisfação dos créditos da Fazenda Pública.³⁸¹

Diante do quanto exposto, cumpre-nos, neste momento, analisar se a não-suspensividade dos embargos à execução fiscal atende ao interesse público. Para tanto, faz-se imprescindível a aplicação do princípio da proporcionalidade, por meio do qual analisaremos a adequação e a necessidade da medida que se pretenda adotar (recebimento dos embargos à execução fiscal sem concessão de efeito suspensivo), para, ao final, ponderar se os benefícios trazidos superam o ônus imposto.

O exame da adequação e necessidade dos embargos serem recebidos sem efeito suspensivo pode ser melhor apreciado por meio de uma comparação entre esta hipótese e aquela em que os embargos são recebidos com efeito suspensivo. Vejamos.

Partindo da ideia de prevalência da Lei 6.830/1980, efetivada a garantia e embargada a execução, nenhum outro ato de constrição do patrimônio do executado se fará possível, enquanto pendentes de apreciação os embargos. Ao final, em sendo estes julgados improcedentes, eventual garantia em dinheiro será convertida em renda da União. Caso tenha sido oferecidos bens à penhora, caberá à Fazenda adjudicá-los ou, então, os mesmos serão alienados, pagando-se em seguida a Credora. Por outro lado, em sendo os citados embargos considerados procedentes, a penhora será cancelada e o crédito extinto. Nenhum prejuízo, a princípio, seria suportado por qualquer das partes, à exceção de eventual dano que o simples ajuizamento da execução indevida tenha causado ao executado, o que, todavia, não é a regra.

Por outro lado, se admitirmos a não suspensividade dos embargos à execução fiscal, então a situação será distinta. Afinal, os atos expropriatórios terão seguimento, podendo ocorrer que a execução seja satisfeita antes mesmo do julgamento dos embargos. Diante dessa possibilidade, caso seja proferida decisão final por sua improcedência, nenhum prejuízo será suportado por qualquer das partes, uma vez que a execução já terá sido satisfeita.

381 Rodrigo Dalcin Rodrigues. Análise da suspensão da execução fiscal sob o prisma dos fatos, da finalidade das leis, da sua aplicação razoável e da coerência do ordenamento. **Revista Dialética de Direito Tributário**, p. 86.

No entanto, na hipótese destes embargos serem julgados procedentes, o prejuízo, tanto ao Estado quanto ao particular, é evidente. Afinal, este terá sido expropriado de seus bens para suportar crédito inexistente. Em alguns casos, pode ocorrer de o bem penhorado ser infungível, de forma que a impossibilidade de o executado reavê-lo é reduzida. Alie-se a isso o fato de que, visando proteger o interesse de terceiro de boa-fé, a arrematação é considerada perfeita e acabada, mesmo que procedentes os embargos. Ou seja, o bem expropriado não retornará ao patrimônio do então devedor e agora credor.

Em função disso, surgirá o dever do Estado ressarcir o particular pelos danos (materiais e morais) que este sofreu, o que implicará um novo processo de conhecimento, e, posteriormente, de execução, nos termos em que demonstramos no capítulo antecedente. A celeridade na satisfação do crédito que serviria de fundamento para justificar o não recebimento dos embargos com seu efeito suspensivo acabaria ocasionando o surgimento de um novo processo, de modo que nada teria adiantado a não-suspensividade. Para completar, o particular, que teve seus bens expropriados, seria ressarcido por meio de precatório, que, como é público e notório, apresenta uma longa fila de espera.

Aliás, cumpre observar que, por mais que o recebimento efetivo possa demorar um pouco mais do que se aos embargos não houvesse sido conferido efeito suspensivo, na hipótese em que este efeito é concedido, o valor do débito continuará sofrendo a incidência de juros de mora e correção monetária, conforme determina o art. 9º, § 4º,³⁸² da LEF. Ou seja, ao tempo da efetiva expropriação nenhum prejuízo será arcado pelo Estado. Por outro lado, na hipótese em que o crédito esteja garantido por depósito em juízo, a Fazenda Pública poderá movimentar esse dinheiro, como se propriedade sua fosse.

Comparando as duas hipóteses (recebimento dos embargos com e sem efeito suspensivo), vemos que ambas são adequadas, na medida em que atingem o fim pretendido – satisfação do crédito. No que tange à exigibilidade da medida, vemos que a não concessão de efeito suspensivo não se mostra necessária visto que a sua concessão representa meio menos gravoso para alcance dos fins almejados. Não obstante, percebe-se claramente que o benefício por ela trazido (maior celeridade na efetivação do crédito tributário) não supera os prejuízos que tal medida possa vir a causar.

382 “§ 4º. Somente o depósito em dinheiro, na forma do artigo 32, faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora.”

Diante do exposto, a não-concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal pode até satisfazer ao interesse secundário do Estado, mas, com certeza, não atende ao interesse público.

5.3.2.6. A Constituição unilateral do crédito tributário e o princípio da ampla defesa e contraditório e do devido processo legal

Por fim e não menos importante cumpre observar para uma particularidade do processo de execução fiscal que, em um exame superficial, não é observada. O título executivo extrajudicial, conforme demonstramos em capítulo próprio, tem o condão de postergar o processo de conhecimento, mas nunca de desconsiderá-lo. É bem verdade que ele é eventual, na medida em que fica condicionado à vontade legítima³⁸³ do executado opor-se à execução.

Embora essa característica do título executivo seja inerente a todos os títulos extrajudiciais, uma particularidade em relação à certidão de dívida ativa deve ser novamente observada neste momento: ela constitui o único título extrajudicial que não prescinde, necessariamente, de um ato de vontade do executado. Ou seja, ela pode ser – e geralmente o é – constituída unilateralmente pelo Estado.

Tal particularidade serve a demonstrar uma maior necessidade de observância dos princípios do devido processo legal e da ampla defesa e contraditório. Afinal, embora detenha a presunção de legitimidade, há uma maior fragilidade da CDA no sentido de que a possibilidade de que ela venha a representar algum equívoco se afigura maior, em razão da sua constituição se dar por ato unilateral.

Nesse sentido, ao se admitir o prosseguimento da execução fiscal e consequente expropriação de bens do patrimônio do executado, antes de apreciados os embargos opostos pelo executado, restará nitidamente caracterizado a violação ao direito do devido processo legal e ao princípio do contraditório, na medida em que bens serão expropriados sem que analisada a defesa do suposto devedor.

383 É bem verdade que o executado pode, sem possuir direito, instaurar o processo incidental de embargos à execução. Ocorre que para casos como este, foi prevista a aplicação de multa quando protelatórios os embargos. Daí porque consideramos que a *vontade legítima* é qualificada pela crença em um direito por parte do executado.

5.3.3. Solução da antinomia apresentada

Realizado um exame acerca da intenção da Lei 11.382/2006, bem como observadas as particularidades inerentes à relação Estado x particular no processo de execução fiscal, cumpre-nos agora verificar se tais particularidades justificam a manutenção da norma especial anterior em detrimento da norma geral posterior.

Linhas gerais, podemos sintetizar as especificidades da relação jurídica entre o Estado e o particular nos seguintes termos:

- (i) A presunção de certeza e liquidez da CDA impede, em muitos casos, a demonstração, pelo devedor, da “relevância do fundamento” de seus embargos, na medida em que a presunção só é elidida por meio de prova inequívoca, o que, não raramente, demanda extensa dilação probatória.
- (ii) A penhora, não obstante garantir a satisfação do crédito tributário, equipara o devedor inadimplente ao contribuinte que se encontra em dia com suas obrigações tributárias;
- (iii) A garantia da execução, por meio de depósito em dinheiro ou fiança bancária, produz os mesmos efeitos da penhora, de forma que se a expropriação daquelas modalidades está condicionada ao trânsito em julgado, com razão também a expropriação de patrimônio oferecido em penhora o deve ser;
- (iv) A Fazenda Pública é a única credora que pode fazer uso do dinheiro depositado em juízo, enquanto suspensa a execução;
- (v) A reparação, pelo Estado, dos danos causados ao executado, em função de indevida execução é cheia de particularidades, caracterizando um processo extremamente prejudicial ao credor do Estado;
- (vi) O recebimento dos embargos à execução fiscal sem efeito suspensivo não atende ao interesse público; e
- (vii) A expropriação de bens do executado sem apreciação dos embargos à execução caracteriza ofensa ao devido processo legal e ao princípio do contraditório e ampla defesa, especialmente se considerarmos que a CDA é constituída unilateralmente.

Por outro lado, a norma obtida pela nova redação do Código de Processo Civil objetiva conferir uma maior celeridade ao processo de execução fiscal, ao mesmo tempo em que impede a protelação do feito por meio de embargos apresentados unicamente com esse intuito.

Resta-nos examinar, então, se as particularidades acima apresentadas justificam a manutenção da norma construída a partir da Lei 6.830/1980, por meio da qual resta determinada a obrigatoriedade de que uma vez oferecido algum bem em garantia à execução fiscal, surge o direito do executado-embargante ter seus embargos recebidos com efeito suspensivo.

Demonstramos, em item anterior, que tal norma é obtida a partir da contextualização de inúmeros enunciados contidos naquele diploma. No entanto, como nosso objetivo naquele momento se restringia à verificação de eventual omissão da Lei 6.830/1980, não adentramos ao exame dos motivos que levam à criação desta norma. Ocorre que, a partir do momento em que examinamos as particularidades existentes na relação entre o Estado-exequente e o particular-executado, esta motivação fica evidente.

Claro está que a presunção de certeza e liquidez da CDA impede, em muitos casos, que o Estado-juiz, ao deparar-se com embargos no qual se contesta a própria certidão, verifique a relevância dos fundamentos que embasam a ação, uma vez que faz-se imperiosa a prova inequívoca do direito alegado. Dessa forma, condicionar a concessão de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal à presença desse requisito mostra-se uma atitude muito temerária, que poderá provocar uma avalanche de processos por perdas e danos, o que acabará congestionando, ainda mais, os nossos Tribunais.

Por outro lado, se mesmo na execução cível já consideramos que a mera possibilidade de um bem penhorado ser alienado, de forma irreversível, a terceiros já caracterizaria grave dano de incerta ou difícil reparação, com mais propriedade ainda aplicamos esse entendimento às execuções fiscais. Afinal, a indenização devida pelo Estado em caso de procedência dos embargos será de difícil efetivação.

Esta é uma das principais razões que motivaram o legislador a determinar a concessão automática de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, impedindo, por exemplo, a conversão em renda dos valores depositados em juízo antes de transitada em

julgado a decisão proferida nos embargos. Corrobora com nosso entendimento Leonardo José Carneiro da Cunha:

Na verdade, há uma peculiaridade na relação entre o particular e a Fazenda Pública que impõe tal regime: convertido o dinheiro em renda para a Fazenda Pública, o particular somente poderia reavê-lo por demanda própria, submetida à sistemática do precatório. Tal situação revela-se bastante prejudicial ao particular. Então, até para protegê-lo, instituiu-se esse regime de a conversão em renda somente ser feita após o trânsito em julgado.³⁸⁴

Assim, em um primeiro momento, verificamos (i) a impossibilidade legal de constatação, por parte do juízo competente, do requisito “relevância do fundamento” previsto no § 1º do art. 739-A do CPC, quando os embargos questionarem o próprio título executivo; e, (ii) a ocorrência do perigo da demora sempre que houver a possibilidade de expropriação efetiva, a favor da fazenda, de um bem do suposto devedor.

O § 1º do art. 739-A prevê a exigência de três requisitos para a concessão de efeito suspensivo aos embargos: relevância do fundamento, perigo de dano grave de difícil ou incerta reparação e garantia da execução. Os dois últimos, como visto, se verificam sempre, ao passo que o primeiro é, muitas vezes, de impossível constatação, face à presunção de liquidez e certeza de que se reveste a CDA. Tal fato, por si só, já basta para afastar a aplicação da norma geral posterior em detrimento da norma especial anterior.

Não bastasse isso, cumpre observar que o próprio legislador pretendeu equiparar o devedor inadimplente ao contribuinte quite com suas obrigações tributárias, o que, se examinado isoladamente, nada diz quanto aos efeitos dos embargos, em uma análise sistemática demonstra a necessidade de se reconhecer que a garantia já atende ao interesse público, enquanto não apreciada a ação incidental de embargos à execução. Ou seja, não faz sentido que o Estado e o particular corram riscos desnecessários em prol de uma maior efetividade na satisfação de crédito exequendo, quando, ao final da demanda ambos sairão satisfeitos, dentro do possível, é óbvio. Ora, a pretexto de uma celeridade estéril, não é justo que cidadão uno suporte dano indevido, em favor momentâneo de arrecadação ilegítima, provocando inequívoco desequilíbrio entre iguais.

384 Leonardo José Carneiro da Cunha. Novas reflexões sobre os embargos à execução fiscal: desnecessidade de prévia garantia do juízo e casos de efeito suspensivo automático, **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, p. 60.

Com a concessão automática de efeito suspensivo, minimiza-se a possibilidade do Estado vir a responder por prejuízos causados a terceiros, movimentando, novamente, todo um aparato estatal, aumentando as ações propostas. O deferimento de tal efeito garante, outrossim, a efetividade da decisão a ser proferida nos embargos à execução fiscal. Afinal, como bem pondera Flávio Luiz Yarshell,

(...) quando se suprime o efeito suspensivo dos remédios processuais e se libera a atuação dos meios executivos, o sistema passa – aliás, como sempre – a trabalhar com probabilidades. Assim, enquanto se atua concretamente o direito reconhecido na decisão sujeita a um meio impugnativo desprovido de efeito suspensivo (dando-se andamento à execução dita “provisória”), também se aguarda o desfecho da demanda de impugnação (recursal ou não). E esse confronto é inevitável porque a prática de atos executivos – a depender de até onde se chegue – poderá comprometer a utilidade da decisão proferida ao ensejo da medida de impugnação, tornando-a inócua.³⁸⁵

O conflito que nos é apresentado não pode, pois, ser solucionado de outra forma que não pela manutenção da norma especial anterior em detrimento da norma geral posterior, justamente em razão das especificidades que regem a relação entre o Estado e o Contribuinte. Entender de outra forma implica manifesta vulneração dos princípios da igualdade, da prevalência do interesse público sobre o particular e, inclusive, do princípio da razoável duração do processo, na medida em que a adoção da norma posterior acabaria por implicar uma maior demora para resolver o conflito decorrente da execução fiscal, no qual se inclui aquele referente ao próprio embargo à execução.

E nem se argumente que a inaplicabilidade do art. 739-A às execuções fiscais darão ensejo à oposição de embargos à execução com o intuito protelatório. Afinal, o Código de Processo Civil, após o advento da Lei 11.382/2006, contém diversas normas, ressalte-se, acrescentadas em boa hora e em nada incompatíveis com o processo de execução fiscal, que reprimem a apresentação de tais embargos.

Nesse sentido, uma vez verificada a apresentação de embargos à execução fiscal com o intuito meramente protelatório, o juiz pode rejeitá-los liminarmente e, ainda, aplicar multa de até 20% (vinte por cento) do valor da execução. Acresça-se a isso o fato de que tal multa pode ser cobrada no próprio processo de execução, o que lhe garante uma maior efetividade.

385 Flávio Luiz Yarshell. **Efetividade do processo de execução e remédios com efeito suspensivo**, p. 385.

Assim, cuidou o legislador de estabelecer normas a fim de reprimir essa conduta indesejável de apresentação de embargos com propósito protelatório, não se podendo conceber a ideia, defendida por alguns, de que a não-suspensividade aos embargos visa reprimir a apresentação de embargos protelatórios. Ora, para isso já existem várias normas, sendo inadmissível que o embargante de boa-fé seja penalizado por eventuais litigantes de má-fé.

Ademais, vige no sistema jurídico brasileiro o princípio da menor onerosidade ao executado de forma que diante da possibilidade da execução se dar de modo menos gravoso ao executado, não existem razões a justificar a não concessão de efeito suspensivo automático.

Por fim, realizando-se uma interpretação teleológica da Lei 11.382/2006 impende notar que sua Exposição de Motivos acaba com qualquer dúvida porventura ainda existente quanto à aplicação do art. 739-A aos embargos à execução fiscal, ao consignar que *“quanto à execução contra a Fazenda Pública, as propostas serão objeto, posteriormente, de outro projeto de lei, e assim também será objeto de projeto em separado a execução fiscal, que igualmente merece atualização”*.

Ou seja, o legislador, atento às especificidades inerentes à relação jurídico-tributária instaurada entre o particular e a Fazenda, que justificam a manutenção da norma especial determinando a concessão automática de efeito suspensivo sempre que apresentados embargos à execução fiscal, tratou de explicar que as modificações por ele promovidas não têm o intuito de alterar o processo de execução fiscal.

Assim, por qualquer ângulo que se analise a questão, resta indubitável a prevalência da norma especial anterior em detrimento da norma geral posterior.

CONCLUSÕES

O objeto do presente trabalho objetiva, em última instância, verificar se a concessão automática de efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal subsiste após o advento da Lei 11.382/2006, que promoveu significativas alterações no Código de Processo Civil, especialmente na disciplina da execução cível de títulos executivos extrajudiciais.

Em razão do estudo desenvolvido, chegamos a algumas conclusões, que merecem ser pontuadas. Senão, vejamos:

1.1 A Lei 11.382/2006 alterou a sistemática dos embargos à execução cível, de tal modo que, pelo diploma processual civil, não mais se afigura necessária a garantia da execução como pressuposto para oposição dos embargos, cujo termo inicial é a citação;

1.2 Também a sistemática de recebimento dos embargos à execução cível de título extrajudicial foi alterada, de forma que, a partir do advento da nova lei, os embargos não são mais recebidos com efeito suspensivo. Admite-se, todavia, excepcionalmente, a concessão de tais efeitos, conquanto presentes os requisitos do *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, e, ainda assim, desde que a execução esteja garantida;

1.3 Objetivando conceder segurança ao terceiro de boa-fé, as alienações judiciais consideram-se perfeitas e acabadas após a assinatura do auto de arrematação, mesmo que proferida decisão julgando procedentes os embargos;

1.4 O exeqüente deverá ressarcir o executado dos danos que este sofreu, quando a sentença passada em julgado declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução, aplicando-se o mesmo raciocínio ao Estado que figurar no polo ativo da execução fiscal;

1.5 A Lei 11.382/2006 tem por objetivo precípuo conferir maiores celeridade e efetividade ao processo executivo, bem como afastar a apresentação de embargos com intuito meramente protelatório.

2. A responsabilidade civil do Estado pelos atos de seus agentes encontra-se expressamente prevista no art. 36, § 6º, da Constituição da República, devendo ele

responder por quaisquer prejuízos, seja de índole material ou moral, que o particular vier a sofrer em decorrência de ato comissivo ou omissivo imputado ao Estado.

3. Em se tratando de execução fiscal, faz-se importante as seguintes conclusões:

3.1 A penhora é pressuposto de admissibilidade dos embargos à execução fiscal;

3.2 O depósito ou penhora em dinheiro, ainda que fruto de alienação antecipada ou não, bem como a fiança bancária, só poderão ser levantados pelo credor, após o trânsito em julgado da decisão que indefere os embargos à execução fiscal;

3.3 A teor do que determina o art. 9º, § 3º, da LEF, o depósito em dinheiro e a fiança bancária produzem os mesmos efeitos da penhora, inclusive no que tange à possibilidade de prosseguimento da execução com a oposição dos embargos;

3.4. A Fazenda Pública só deve se manifestar sobre a penhora, bem como adjudicar bens penhorados antes do leilão, caso não sejam oferecidos embargos à execução ou na hipótese de rejeição destes;

3.5 Também o terceiro garantidor da execução só será intimado para remir os bens oferecidos, diante da rejeição dos embargos ou na hipótese destes não serem oferecidos;

3.6 Ainda que os artigos 18, 19 e 22 a 24 nada dispusessem sobre a impossibilidade de expropriação dos bens penhorados, antes do julgamento dos embargos, tal conduta estaria obstada em razão do princípio da isonomia.

4. As conclusões listadas no item supra torna claro que a Lei 6.830 não é omissa quanto à existência de regra, disciplinando o recebimento dos embargos à execução fiscal com efeito suspensivo.

5. Levando-se em consideração que há existência de antinomia de segunda ordem quando se verifica um conflito entre critérios, tal como a existência de duas normas conflitantes, uma geral e posterior e, outra, especial anterior, resta configurada tal antinomia no caso ora em discussão, na medida em que o intérprete, partindo tanto da Lei 6.830/1980 (especial e anterior) quanto da Lei 11.382/2006 (geral e posterior) pode construir duas normas distintas, disciplinando o recebimento dos embargos à execução de forma contrária:

5.1 O conflito verificado entre uma norma especial anterior e outra geral posterior se resolve mediante a análise das duas normas em questão, bem como da particularidade

que ensejou o tratamento diferenciado, de modo que, havendo motivos para justificar a manutenção do tratamento diferenciado conferido pela norma anterior especial, esta deve prevalecer em detrimento da geral posterior. Por outro lado, caso inexistir correlação entre o tratamento diferenciado e a especificidade apresentada, então deve prevalecer esta última norma.

6. A relação entre o Estado e o particular na execução fiscal apresenta diversas particularidades, a seguir delineadas:

6.1 A presunção de certeza e liquidez da CDA dificulta, em muitos casos, a demonstração, pelo devedor, da “relevância do fundamento” de seus embargos, na medida em que a presunção só é elidida por meio de prova inequívoca, o que, não raramente, demanda extensa dilação probatória;

6.2. A penhora, não obstante garantir a satisfação do crédito tributário, equipara o devedor inadimplente ao contribuinte que se encontra em dia com suas obrigações tributárias;

6.3. A garantia da execução, por meio de depósito em dinheiro ou fiança bancária, produz os mesmos efeitos da penhora, de forma que se a expropriação daquelas modalidades está condicionada ao trânsito em julgado, com razão também a expropriação do patrimônio oferecido em penhora o deve ser;

6.4 A Fazenda Pública é a única credora que pode fazer uso do dinheiro depositado em juízo, enquanto suspensa a execução, dinheiro este, frise-se, que ainda não lhe pertence;

6.5 Eventual reparação, pelo Estado, dos danos causados ao executado, em função de execução indevida, implicará a instauração de um novo processo de conhecimento, ao qual se sucederá um processo executivo especial, que culminará com a expedição de precatório em favor do “novo” credor, cuja resolução poderá demorar anos;

6.6 O recebimento dos embargos à execução fiscal sem efeito suspensivo não atende ao interesse público;

6.7 A expropriação de bens do executado sem apreciação dos embargos à execução caracteriza ofensa ao devido processo legal e ao princípio do contraditório e da ampla

defesa, especialmente se considerarmos que a constituição da Certidão de Dívida Ativa se dá de forma unilateral pelo Estado-credor.

7. Tendo em vista as particularidades inerentes à relação estabelecida entre o Estado e o particular no campo da execução fiscal acima mencionadas, não se mostra possível o recebimento dos embargos à execução fiscal sem que seja conferido o efeito suspensivo, de modo que deve ser afastada a aplicação da norma geral em detrimento da especial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AMARAL, Francisco. **Direito civil**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- ALVES, Eliana Calmon. O princípio da proporcionalidade aplicado às resoluções dos conflitos com a Administração Pública. **BDJur**. Disponível no site: <<http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/376>>. Acesso em 14 maio 2009.
- ALVIM, J. J. Carreira; e CABRAL, Luciana G. Carreira Alvim. **Nova execução de título extrajudicial**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.
- ARAÚJO, Clarice Von Oertzen de. **Semiótica do direito**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.
- ARAÚJO, Francisco Fernandes de. **O abuso do direito processual e o princípio da proporcionalidade na execução civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- ASSIS, Araken de. **Manual da execução**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.
- ATALIBA, Geraldo. **Hipótese de incidência tributária**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- _____. **República e Constituição**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- AVILA, Humberto. **Sistema constitucional tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. **Teoria da igualdade tributária**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- AZEVEDO, Henrique Machado Rodrigues; e MITRE, Felipe Lobato de Carvalho. A impossibilidade da chamada aplicação subsidiária do artigo 739-A do Código de Processo Civil às execuções fiscais. **Revista Dialética do Direito Tributário**, n. 160, p. 39, São Paulo, jan. 2009.
- BALEEIRO, Aliomar. **Limitações constitucionais ao poder de tributar**. 7. ed. atual. por Misabel Abreu Machado Derzi. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BARBOSA, Rafael Vinheiro Monteiro. A natureza jurídica dos embargos do devedor de acordo com o atual estágio da “ciência” processual brasileira. **Revista de Processo**, n. 168, p. 9-52, São Paulo, fev. 2009.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**, São Paulo: Saraiva, 1996.
- _____. Prefácio à obra **Interesses públicos vs. interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Daniel Sarmento (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. São Paulo: Celso Bastos, 2002.
- BECKER, Alfredo Augusto. **Carnaval tributário**. 2. ed. São Paulo: Lejus, 1999.

- BERMUDES, Sérgio. Embargos à penhora na execução de título extrajudicial. **Escola Nacional da Magistratura**, vol. 2, n. 5, p. 28-33, Brasília, abr. 2008.
- BINNENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 10 jan. 2009.
- BOAVENTURA, Bruno Jose Ricci. A solução das antinomias jurídicas aparentes inseridas na consolidação das leis. **Boletim de Direito Administrativo (BDA)** doutrina – pareceres – jurisprudência – legislação – tribunais de contas (decisões e orientações), n. 9. São Paulo: NDJ, 2008.
- BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico**. São Paulo: Ícone, 1995.
- _____. **Teoria do ordenamento jurídico**. 10. ed. Brasília: Ed. UnB, 1999.
- BORGES, Alice Gonzalez. A responsabilidade civil do Estado à luz do Código Civil: um toque de direito público. In: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 17-36.
- _____. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 15.
- BORGES, José Souto Maior. Contraditório e o processo judicial tributário. **Justiça tributária**. São Paulo: Max Limonad, 1998, 559-566p.
- BOSCHI, Fabio Bauab. Conflito de normas constitucionais. **Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política**, ano 1, vol. 4, p. 38-74 (atual **Revista de Direito Constitucional e Internacional**). São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, jul.-set. 1993.
- BUENO, Cássio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil: tutela jurisdicional executiva**, 3. São Paulo: Saraiva, 2008.
- CAMARA, Helder Moroni. Os embargos à execução e as principais inovações trazidas pela Lei 11.382/2006. **A nova execução de títulos extrajudiciais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.
- CARNELUTTI, Francesco. **Instituições do processo civil**. São Paulo: Classic Book, 2000.
- CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CARVALHO, Fabiano. Decisão de procedência dos embargos à execução e a eficácia dos atos expropriatórios. **Revista de Processo**, n. 165, p. 210-212, São Paulo, nov. 2008.
- CARVALHO, Iuri Mattos de. O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado: parâmetros para uma reconstrução. **Revista Diálogo Jurídico**, n. 16, Salvador, maio-jun.-jul.-ago. 2007. Disponível no site: <http://www.direitopublico.com.br>. Acesso em 05 ago. 2008.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. **Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- _____. **Direito tributário, linguagem e método**. São Paulo: Noeses, 2008.

- _____. O papel discursivo dos princípios na retórica jurídico-tributária (Conferência). **Revista de Direito Tributário**, n. 101, p. 15, São Paulo, 2007.
- _____. O princípio da segurança jurídica no campo tributário (Conferência). **Revista do Direito Tributário**, n. 94, p. 21-31, São Paulo, 2005.
- CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de responsabilidade civil**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- COELHO, L. Fernando. **Lógica jurídica e interpretação das leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- CONRADO, Paulo César. **Processo tributário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.
- CUNHA, Leonardo José Carneiro. Novas reflexões sobre os embargos à execução fiscal: desnecessidade de prévia garantia do juízo e casos de efeito suspensivo automático. **Revista Dialética de Direito Processual (RDDP)**, n. 62, p.57-60, São Paulo, maio 2008.
- DELGADO, José Augusto. A supremacia dos princípios nas garantias processuais do cidadão. In: ALMEIDA FILHO, Agassiz de; e CRUZ, Daniele da Rocha (Coord.). **Estado de Direito e direitos fundamentais: homenagem ao jurista Mário Moacyr Porto**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 319-338. Disponível no site: <<http://bdjur.stj.gov.br/jspui/handle/2011/3232>>. Acesso em 10 jul. 2008.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- _____. **Nova era do processo civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- DINIZ, Maria Helena. **Conflito de normas**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- _____. **Lei de Introdução no Código Civil brasileiro interpretada**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 18. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- _____. O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo. **JAM Jurídica: Administração Pública, Executivo & Legislativo, Administração Municipal**, vol. 13, n. 9, p. 32-45, set. 2008.
- DONIZETI, Elpídio. **Curso didático de direito processual civil**. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 774-755.
- ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. 8. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- FACHIN, Zulmar. Evolução normativa da responsabilidade patrimonial do Estado no direito constitucional brasileiro. In: _____. **Responsabilidade patrimonial do Estado por ato jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 97-117.
- FALCÃO, Raimundo Bezerra. **Hermenêutica**. São Paulo: Malheiros, 2004.
- FERRARA, Francesco. **Interpretação e aplicação das leis**. Coimbra: Arménio Amado, 1963.

- FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- FERREIRA, Aparecido Hernani. **Responsabilidade do Estado: reparação por dano moral e patrimonial**. Campinas: Servanda, 2006.
- FISCHER, Octavio Campos. Execução fiscal. **Revista Forense**, vol. 397, ano 104, p. 663-672, Rio de Janeiro, maio-jun. 2008.
- FRANÇA, R. Limongi. **Hermenêutica jurídica**. 8. ed. São Paulo, 2008.
- FUX, Luiz. **O novo processo de execução (cumprimento da sentença e a execução extrajudicial)**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- GADAMER, Hans-Georg. **Hermenêutica em retrospectiva**. 2. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. Embargos do executado na reforma da execução por título extrajudicial: Lei 11.382/2006. **Revista de Processo**, n. 162, p. 117-124, São Paulo, ago. 2008.
- GAMA, Tácio Lacerda. **Competência tributária – fundamentos para uma teoria da nulidade**. São Paulo: Noeses, 2009.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo constitucional em marcha – Contraditório e ampla defesa em cem julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo**. São Paulo: Max Limonad, 1985, p. 7.
- GUASTINI, Riccardo. Antinomias y lagunas. **Jurídica**. Anuário del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, México, n. 29, p. 437-450, 1999. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/29/cnt/cnt22.pdf>>. Acesso em: 17 maio 2009.
- GUERRA, Luiz Antonio. Novo processo de execução brasileiro: alterações introduzidas pela Lei 11.382, de 6.12.2006: a quase ordinarização do Processo de Execução. **BDJur**, Brasília, DF. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/9878>>. Acesso em: 10 jul. 2009.
- GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e direitos fundamentais**. São Paulo: Celso Bastos, 1999.
- GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- HORACIO, Marcelo de Almeida. Considerações sobre a Aplicação da Lei 11.382/2006, no âmbito fiscal e a necessidade de atribuição de efeito suspensivo aos embargos. **Conteúdo Jurídico**, jan. 2009. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.22671>>. Acesso em: 16 maio 2009.
- JAKOBSON, Roman. **Linguística e comunicação**. 24. ed. São Paulo: Cultrix, 2007.

- JANCZESKI, Célio Armando. Dano moral pela exigência indevida de tributo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 52, p. 55-59.
- JUSTEN FILHO, Marçal. A responsabilidade do Estado. In: FREITAS, Juarez. **Responsabilidade civil do Estado**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 226-248.
- _____. **Curso de direito administrativo**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.
- LARAIA, Ricardo Regis. Sistema jurídico e antinomias de normas. **Cadernos de Teoria Geral do Direito**. Curitiba: Juruá, 2000.
- LIEBMAN, Enrico Tulio. **Embargos do executado (oposições de mérito no processo de execução)**. São Paulo: Bookseller, 2003.
- _____. **Processo de execução**. São Paulo: Saraiva, 1980.
- LONG, M.; WEIL, P.; BRAIBANT, G.; DEVOLVÉ, P.; e GENEVOIS, B. **Lês grans arrêts de la jurisprudence administrative**. 11. ed. Paris: Dalloz.
- LOPES, Othon de Azevedo. **Responsabilidade jurídica. Horizontes, teoria e linguagem**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- MACHADO, Hugo de Brito. Embargos à execução fiscal: prazo para interposição e efeito suspensivo. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 151, p. 49-58.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007. vol. 3 – Execução.
- _____; e ARENHART, Sérgio Cruz. A distinção entre condenação e título executivo extrajudicial e sua consequência sobre as variações procedimentais das suas execuções. In: _____. **Execução**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 419-425.
- MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial)**. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2003.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de direito processual civil**. Campinas: Millennium, 2000.
- MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 9. ed. Rio de Janeiro, 1979.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- _____. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MORCHON, Gregório Robles. **O direito como texto: quatro estudos de teoria comunicacional do direito**. São Paulo: Manole, 2005.

- _____. **Teoría del derecho (fundamentos de la teoría comunicacional del derecho)**. Madrid: Civitas, 1998.
- MOUSSALLEM, Tárek Moysés. **Fontes do direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2006.
- MUKAI, Toshio. **Direito administrativo sistematizado**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.
- NEVES, Marcelo. **Teoria da inconstitucionalidade das leis**. São Paulo: Saraiva, 1998.
- NOGUEIRA, Rubem. **Curso de introdução ao estudo do Direito**. São Paulo: Noeses, 2007.
- NORONHA, João Otávio de. O direito do contribuinte de oferecer precatórios em garantia da execução fiscal e a sua equiparação a dinheiro, na visão do STJ. **BDJur**, Brasília, 13 mar. 2009. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/20200>>. Acesso em: 17 maio 2009.
- OLIVEIRA, Bruno Batista da Costa. Efeitos do oferecimento de garantia na execução fiscal: análise da questão à luz do disposto no art. 206 do Código Tributário Nacional. **Revista Dialética de Direito Tributário (RDDT)**, n. 160, p. 15-42, jan. 2009.
- PAULSEN, Leandro. **Direito processual tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do direito civil. Introdução ao direito civil constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- PITA, Flavia Almeida. A execução fiscal diante da nova disciplina da execução cível. **Revista de Processo**, n. 169, p. 189-190, São Paulo, mar. 2009.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcante. **Comentários ao Código de Processo Civil**, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. t. IX e XI.
- RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.
- REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 3. ed. São Paulo: Saraiva.
- REGO, Alexandre. **Processo de execução fiscal**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.
- RIBEIRO, Ana Cecília Rosário. **Responsabilidade civil do Estado por atos jurisdicionais**. São Paulo: LTr, 2002.
- RIVERO, Jean. **Direito administrativo**. Coimbra: Almedina, 1981.
- RODRIGUES, Rodrigo Dalcin. Análise da suspensão da execução fiscal sob o prisma dos fatos, da finalidade das leis, da sua aplicação razoável e da coerência do ordenamento. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 153, p. 77-86, São Paulo, jun. 2008.
- ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2. ed. São Paulo: Edipro, 2007.
- SANTAELLA, Lucia. **A percepção: uma teoria semiótica**. São Paulo: Hacker, 2001.
- SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

- SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, vol. 1-3.
- SEGUNDO, Hugo de Brito Machado; e MACHADO, Raquel Cavalcanti Ramos. A reforma no CPC e a suspensão da execução fiscal pela oposição dos embargos. **Revista Dialética de Direito Tributário**, n. 151, p. 59-66.
- SERRANO JÚNIOR, Odoné. A imputação de responsabilidade de reparar danos à Fazenda Pública e a questão do nexo causal. In: _____. **Grandes temas da atualidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 465-488.
- SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. Requisitos necessários para realizar a execução. **Curso de processo civil**. 5. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, 2 vols.
- _____; e GOMES, Fabio. **Teoria geral do processo civil**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SOUZA, Rogério de Oliveira. A responsabilidade do credor pela execução. **Revista Doutrina Adcoas**, n. 10, p. 314-318, São Paulo, out. 2001.
- SZKLAROWSKY, Leon Frejda. A Lei de Execução Fiscal – o contencioso administrativo e a penhora administrativa. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, vol. 9, n. 3, p. 37-57, Brasília, jul.-set. 1997.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Alguns problemas pendentes de solução após a reforma da execução dos títulos extrajudiciais (Lei 11.382/2006). **Revista de Processo**, n. 156, p. 23, São Paulo, fev. 2008.
- _____. **Curso de direito processual civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- _____. **Dano moral**. 5. ed. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2007.
- _____. **Lei de Execução Fiscal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- TOMÉ, Fabiana Del Padre. **A averbação de bens prevista no art. 615-A do Código de Processo Civil e suas implicações na disciplina das execuções fiscais**. Artigo inédito.
- _____. **A prova no direito tributário**. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2008.
- TÔRRES, Heleno Taveira. Conflitos de fontes e de normas no direito tributário – o princípio de segurança jurídica na formação da obrigação tributária. **Teoria geral da obrigação tributária, estudos em homenagem ao Professor José Souto Maior Borges**. São Paulo: Malheiros, p. 111-160, ago. 2005.
- VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral**. 2. ed. São Paulo: Atlas: 1994. vol. 2.
- VILANOVA, Lourival. **As estruturas lógicas e o sistema do direito positivo**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2005.
- _____. _____. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1977.
- _____. **Causalidade e relação no direito**. 4. ed. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais.

_____. Sobre o conceito do direito. **Escritos jurídicos e filosóficos**. São Paulo: IBET, 2003, vol. 1.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; MEDINA, Jose Miguel Garcia; e WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Breves comentários à nova sistemática processual civil** 3. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

_____; TALAMINI, Eduardo; e ALMEIDA, Flávio Renato Correia de. **Curso avançado de processo civil**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

XAVIER, Alberto. **Do lançamento no direito tributário brasileiro**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

YARSHELL, Flávio Luiz. **Efetividade do processo de execução e remédios com efeito suspensivo**. Série Processo de Execução. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001, p. 383-385.