

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS
DA EXECUÇÃO FISCAL E DA EXECUÇÃO
CONTRA A FAZENDA PÚBLICA**

**CONSTITUTIONAL BASIS OF TAX FORECLOSURE
AND OF FORECLOSURE AGAINST THE TREASURY**

CHARLEY TEIXEIRA CHAVES¹

Diretor acadêmico Faculdade São Francisco de Piumhi, Brasil
charleychaves@hotmail.com

RESUMO: Este artigo foi desenvolvido com o objetivo de compreender a Execução Fiscal e a Execução contra a Fazenda Pública, nos moldes democráticos implantados pela Constituição de 1988, abrangendo a importância do devido processo constitucional em sua expansividade Constitucional. O procedimento executivo, apesar da sua variabilidade em face aos demais procedimentos, não retira a incidência do devido processo constitucional. Assim, seria incorreto falar que no procedimento executivo não se aplica o princípio do contraditório, bem como os da ampla defesa e da isonomia. A própria Constituição não faz distinção entre Processo e Procedimento, também não poderia o legislador infraconstitucional fazê-lo, consoante se lê do art. 5º, LV, da CR/88.

PALAVRAS-CHAVE: Contraditório; devido processo constitucional; Execução Fiscal e Execução contra a Fazenda Pública.

¹ Outras informações: <<http://lattes.cnpq.br/9540786558735514>>

ABSTRACT: This article was developed with the aim of understanding foreclosure against Tax and Public Finance, in the manner implemented by the democratic Constitution of 1988, covering the importance of Due Process Constitutional its expansiveness. The foreclosure procedure, despite its variability, in relation to other procedures, does not cease the incidence of the Constitutional Due Process. Thus, it would be incorrect to say that the foreclosure procedure shall not be applied in the principles of the contradiction, adversarial system, the legal defense and equality. The Constitution itself makes no distinction between proceedings and procedures. The legislator could not do it in the common law, as the article 5, subsection IV, of Brazilian Constitution reads.

KEY WORDS: Contradictory; due constitutional process; performance: Audit and foreclosure against the State.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Processo constitucional. 2.1. O devido processo constitucional. 2.2. Mitigações e exceções do contraditório e da isonomia. 3. Execução fiscal e execução contra a Fazenda Pública. 3.1. Especificidades da cognição na execução? 3.2. Prerrogativas e privilégios inconstitucionais. 3.3. Execução contra a Fazenda Pública. 4. Conclusões. 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

Inúmeras são as confusões e os privilégios ocorridos nos “processos” executivos Fiscal e contra a Fazenda Pública, em face de uma incompreensão da importância da Constituição da República de 1988, que implantou o modelo democrático participativo e expansivo a todo o ordenamento jurídico. Deixa-se claro que não há a intenção de se esgotar aqui todo conhecimento que merece o tema, pois, pelo fato de o trabalho em pauta se tratar de artigo acadêmico, não alcançaremos esse fim, tendo em vista que muitos dos temas aqui presentes poderiam se transformar em dissertações ou até mesmo em teses.

Verifica-se que, quando a Fazenda é “autora” do Procedimento Executivo Fiscal, ela abarca inúmeros privilégios desproporcionais,

porém, quando “ré”, ocorre o inverso, há em seu favor um protecionismo injustificado que merece críticas epistemológicas. “Perceptível que nenhuma das diferenciações como econômicas, estruturais e/ou físicas do aparelhamento das instituições, justificam a disparidade entre as partes”. (CHAVES, 2011, p. 1.122).

Todo esse trabalho fora desenvolvido com o objetivo de compreender a Execução Fiscal e a Execução contra a Fazenda Pública, nos moldes democráticos implantados pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CR/88), abrangendo a importância do Devido Processo Constitucional em sua expansividade Constitucional.

Também é importante a distinção feita por Elio Fazzalari entre Processo e Procedimento, a qual nos auxiliará para expurgar equívocos seculares.

Ressalta-se que este estudo não se fecha em conceito imutável, que poderá ser refutado ou auxiliar os operadores do Direito numa nova perspectiva, qual seja, a do Devido Processo Constitucional. Observa-se, novamente, que não é nossa pretensão analisar detalhadamente todo o procedimento executivo.

A realização deste trabalho também se justifica sob o enfoque da aplicação do Direito e das Normas Constitucionais, pois visa procurar soluções democráticas adequadas para o conflito existente entre as determinações constitucionais e a norma infraconstitucional.

2. Processo constitucional

2.1. O devido processo constitucional

Ítalo Andolina e Giuseppe Vignera trouxeram três características gerais do modelo Constitucional do Processo Civil na Itália: *expansividade, variabilidade e perfectibilidade*, que refletem e colaboram para a compreensão constitucional do processo. Como alerta Leal:

Atualmente, pelas características da *expansividade, variabilidade e perfectibilidade* do processo, não há falar em Processo constitucional e outro infraconstitucional, de vez que é este forma ju-

ridicamente fundada naquele dentro de um modelo institucional constitucionalizado e unificado por princípios, garantias e institutos que lhe são qualificativos. (LEAL, 2004, p. 50, grifo nosso).

A expansividade corresponde à supremacia da norma constitucional, na hierarquia das fontes, como vinculadora e irradiadora de toda fisionomia dos procedimentos criados pelo legislador (o Povo através dos seus representantes), como o Devido Processo Legislativo, mas sempre em harmonia com o modelo democrático constitucional. Significa dizer que a norma constitucional expande a sua vinculação ao ordenamento jurídico, pois dela se extrai a principiologia estruturante do Estado. A supremacia da norma constitucional esboça a sua imperatividade, ela é responsável pela estruturação do Estado, de suas funções e atribuições, da distribuição de competência, dos processos de elaboração das normas jurídicas, do “Processo Legislativo”, de garantias e deveres dos cidadãos e dos princípios que deverão ser afetos ao Direito (normas infraconstitucionais). Tudo isso demonstra que o campo de irradiação e o efeito validador do ordenamento jurídico imposto pela Constituição são amplos, via de consequência, expansivos.

A *variabilidade*, outra característica apontada por Andolina e Vignera (1990), imprime as diversas formas necessárias criadas pelo legislador para atender a objetivos diversos, porém, sem se distanciar do modelo constitucional. O Estado atribui sua função a diversos órgãos, outorgando competência para exercício das funções, como Legislativa, Executiva e Judicial. Nelas são inseridas uma variedade de procedimentos com finalidades particulares e próprias, mas sem se desmembrar de sua raiz, ou seja, do Devido Processo Constitucional. (CHAVES, 2008).

Importantes são os ensinamentos de Leal, os quais apontam que

[...] a jurisdição é UNA, por isso não é penal, civil, especial, comum – o procedimento é que pode apresentar características *variadas* como penal, civil, especial e o *Processo é único* para reger todos os Procedimentos. (LEAL, 2004, p. 235).

Por isso, o procedimento judicial assume categorias variáveis como: procedimento de conhecimento, de execução, cautelar, especial e extravagante (LEAL, 2004, p. 252), todos regidos, vinculados e criados pelo Devido Processo Constitucional, que é sempre jurisdicional.

Verifica-se que o procedimento executivo, um dos temas deste trabalho, apesar da sua variabilidade em relação a outros, qual seja, a de satisfação de direitos acertados, não retira a incidência do Devido Processo Constitucional. Assim, é incorreto afirmar que no procedimento executivo não se aplica o princípio do contraditório, bem como os da ampla defesa e da isonomia.

Assim, a característica da *perfectibilidade* significa que a norma infraconstitucional deve-se adequar ao modelo constitucional. Isso retira qualquer tentativa inconstitucional de criar leis que contrariem a Constituição. Todos os procedimentos devem-se adequar (aperfeiçoar) à estrutura regida pelo Devido Processo Constitucional (ANDOLINA; VIGNERA, 1990, p. 14-15).

Inadmissíveis são as tentativas reformistas (STRECK, 2006, p. 163.) e inconstitucionais, que pretendem adaptar a Constituição às recentes normas infraconstitucionais. Na realidade, o conteúdo da norma infraconstitucional é que deve ser adaptado ao modelo constitucional e nunca o inverso, sendo aquele sempre fiscalizado processualmente – controle preventivo – (Devido Processo Legislativo) por todos (controle difuso ou concreto).

O *Devido Processo Constitucional* corresponde, para Rosemiro Pereira Leal, à interligação do Direito Constitucional Processual – principiologia para formação eidética do processo, isto é, “*substantive due process*, princípios processualizados em sentido moderno”; agrega a procedimentalidade (procedimentalidade para operacionalizar esses princípios) e o “Direito Processual Constitucional (*procedural due process*) – procedimentos legais – expansividade – ações constitucionais e similares, procedimentos dos Códigos” (LEAL, 2004, p. 232), sendo denominados, hoje, de *devido processo legal* (conjunto de ações constitucionais para se operacionalizar em esses princípios).

O Devido Processo Legal é um meio necessário para instrumentalidade e operacionalidade desses princípios. Faz-se necessário agregar, também, uma teoria da procedimentalidade, consoante defendido por Fazzalari.² Assim, o Devido Processo Constitucional corresponde ao

[...] *substantive due process + procedural due process of law* constitucionalizados – fonte do ‘Processo Jurisdicional’ que é sempre Constitucional no Estado de Direito Democrático. (LEAL, 2004, p. 232)

Lembra ainda Leal que o Processo não é apenas um agrupamento de princípios (se fosse só princípio seria apenas um instituto), mas um agrupamento de outras operacionalidades, como o direito ao advogado, ‘Devido Processo Legal’ (agrupamento de institutos e princípios), acesso à Jurisdição³ ou ao Direito⁴. Portanto, o processo designa uma:

² A compreensão do procedimento, dentro da ótica do Processo como procedimento em contraditório, passa a ser entendida como sequência de atos preparatórios de um provimento; aqui se incluem provimento judicial, legislativo e administrativo. O princípio constitucional do contraditório é visto como garantidor da lógica argumentativa explanada no processo discursivo e que legitima a decisão enquanto decisão participada. Com efeito, mostra-se incompatível a decisão isolada, fruto da consciência do magistrado e ligada a valores subjetivos como quer a escola instrumentalista. “Com Fazzalari, foi possível um salto epistemológico que retirou a decisão da esfera individualista, prescritiva e instrumental da razão prática do decisor” (LEAL, 2002, p. 27.)

³ Corresponde ao acesso à atuação dos conteúdos da lei e não à atuação pessoal dos juízos ou dos agentes Estatais. Legitima-se pela compreensão do que seja isonomia. “O espaço-político (isegoria) de criação do direito só será continente democrático se já assegurados os conteúdos processuais dialógicos da isonomia, que são a isotopia, a isonomia e a isocrítica em que haja, portanto, em sua base decisória, igualdade de todos perante a lei (isotopia), igualdade de todos na interpretação da lei (isomenia) e igualdade de todos para criar, alterar ou substituir a lei (isocrítica)” (LEAL, 2004, p. 72.)

⁴ Interessante é a expressão adotada pelo processualista Fernando Horta Tavares, que, ao utilizar “Acesso ao Direito” ao invés de “Acesso à Justiça”, utilizou uma justificativa convincente; argumentou que a expressão “Acesso ao Direito” “se enquadra melhor à ideia do Estado de Direito calcado na observância do Princípio da Reserva Legal como norteador das relações jurídicas”. E prossegue explicando que “Acesso ao Direito” deve ser “entendido como o conjunto de princípios estruturados constitucionalmente para garantir não só o acesso do Cidadão aos tribunais e demais órgãos estatais como também e, além disso, que este direito se exerce segundo o conteúdo definido pelos demais princípios configuradores do Devido Processo”. (TAVARES *apud* OLIVEIRA; MACHADO, 2009, p. 266).

[...] instituição constitucionalizada que se define pela conjunção dos princípios jurídicos da ampla defesa, da isonomia, do contraditório e do instituto do devido processo legal, para assegurar a produção, o exercício, o reconhecimento ou a negação de direitos alegados e sua definição pelos *provimentos* nas esferas Judiciárias, Legislativa e Administrativa. (LEAL, 2004, p. 220).

Nesse diapasão, a produção, a atuação e a aplicação do direito na democracia só se validam no espaço estatal discursivo do Devido Processo Constitucional como o lugar de sua legitimidade originária em suas vertentes dos Devidos Processos Legislativo e Legal. (LEAL, 2002, p. 139).

2.2. Mitigações e exceções do contraditório e da isonomia

Observa-se que, como comentado alhures, os procedimentos executivo fiscal e contra a Fazenda Pública são regidos pelo Devido Processo Constitucional, conquanto observada sua variabilidade, que não pode nunca contrariar a Constituição.

O princípio do contraditório preexiste no procedimento executivo, sendo inadmissível qualquer redução, exceção, mitigação ou exclusão. As normas infraconstitucionais devem adaptar-se ao modelo constitucional, evitando-se que sejam instituídos privilégios em favor de uma das partes.

Não se pode deixar de afirmar que não existe cognição no “processo” de execução, porém, em face das suas peculiaridades, a cognição será mais restrita do que acontece no procedimento de conhecimento. Madeira destaca que:

Não obstante se consiga perceber a presença da cognição nos processos de execução e cautelar, a atividade cognitiva é bem menos notada nessas duas modalidades, haja vista as suas peculiaridades. (MADEIRA, 2008, p. 201).

A desculpa de não existir contraditório na execução fiscal deve-se ao fato de o Direito já estar pré-acertado (jurissatisfativa), é o mesmo que ignorar a compreensão do que representa tal princípio.

O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a condizente oportunidade de igualdade de tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei.

Contudo, cabe distinguir uma confusão que obscurece a compreensão do contraditório e do seu conteúdo, como bem explica Gonçalves, *in verbis*:

O contraditório não é o ‘dizer’ e o ‘contradizer’ sobre matéria controvertida, não é a discussão que se trava no processo sobre a relação de direito material, não é a polêmica que se desenvolve em torno dos interesses divergentes sobre o seu conteúdo do ato final. Essa será a sua matéria, ou seu conteúdo possível. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a igual oportunidade de igual tratamento, que se funda na liberdade de todos perante a lei. (GONÇALVES, 2001, p. 127, grifo nosso).

Não se realiza o contraditório pelas peças gráficas encaminhadoras de pretensão e de resistência. A garantia de participação se funda na liberdade,

[...] não é a contestação gráfica o ato de excepcionar expressamente a ação do autor, mas a liberdade de as partes desdizerem ou não, de resistirem ou não, a pretensões divergentes. (LEAL, 2005, p. 44).

Por oportuno, pede-se vênia para se discordar daqueles que, mesmo defendendo a presença de contraditório na execução, fazem-no de forma reduzida ou atenuada. O contrário senso afirma que o contraditório é amplo, trata-se de igualdade de oportunidade no procedimento e não é necessário que se fale da imprescindibilidade da discussão do seu conteúdo material para materializá-lo. O contraditório ultrapassa as expectativas de discussão sobre determinado conteúdo, “podendo, até mesmo, exercer a liberdade de nada dizerem (silêncio), embora tendo direito-garantia de se manifestarem” (LEAL, 2004, p. 167); efetiva-se, assim, a garantia do contraditório, exercido pela liberdade de manifestar-se ou não, logicamente respondendo pelo ônus processual de seus atos.

O juiz tem o dever de informar e de garantir que a informação seja dada, para que a parte, querendo, possa intervir. E quando se diz querendo, pretende-se realçar que *a parte jamais poderia ser obrigada a vir praticar os atos processuais que lhe são destinados, podendo optar por suportar os eventuais ônus de sua omissão*. (GONÇALVES, 2001, p. 162, grifo nosso).

O contraditório é a garantia da participação das partes, não qualquer participação, mas aquela em simétrica igualdade de armas, e é a garantia da qual usufruem as partes, pois estão em jogo os interesses delas. Apesar de conflitantes, como muito bem resume Fazzalari, são as partes, os “interessados e os contra-interessados”⁵, os únicos sujeitos do processo que serão atingidos na universalidade de seus direitos, de forma imperativa, através do provimento final. Por isso, a instituição de diferenciação não pode ser construída pelo legislador ordinário; mesmo criados por lei, os privilégios e as prerrogativas, conferidos legalmente para a Fazenda Pública, devem ser adaptados ao Devido Processo Constitucional.

Muitos acreditam que o contraditório se realiza apenas via Embargos de Devedor, processo autônomo, na expressão de Liebman, ação incidente (2003). Veja que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não delimitou a qual processo (leia-se procedimento) deve ser assegurado o contraditório. Na verdade, a partir da leitura do art. 5º, LV, CR/88 se extrai a presença do contraditório em todos os processos, inclusive no executivo. Assim, tal artigo expressa os seguintes dizeres: “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*”. Por conta da Constituição da República o exercício do contraditório é imprescindível em todo processo, tanto no executivo quanto no administrativo, e não apenas por “ação” de embargos ou impugnação (cumprimento de sentença) fora da execução, mas de forma “endoprocessual”, isto é, dentro do procedimento executivo. O contraditório é facultativo para as partes, mas obrigatório para

⁵ Para Fazzalari o procedimento é o Gênero do qual o processo é Espécie. Tem o processo o marco identificado no contraditório, na sua ausência preexiste apenas o gênero, o procedimento. Cf. Fazzalari (2006, p. 120-121). Nesse sentido, Gonçalves (2001, p. 129-130).

todos os procedimentos, representando, assim, um dever do julgador em garanti-lo.

O Estado, através de um suposto interesse público, cria situações de inferioridade do particular em relação a si, o que é admitido dentro do paradigma democrático. Ainda se compreende igualdade como uma fórmula “aritmética”, na qual a igualdade serve para se igualarem os iguais e se desigualarem os desiguais.

O direito deve ser assegurador de igualdade de realização construtiva do procedimento sem disparidade. Estas são as salutares críticas apontadas por Leal:

A asserção de que há de se dar tratamento igual a iguais e desigual a desiguais é tautológica, porque, na estruturação do procedimento, o dizer e contradizer, em regime de liberdade assegurada em lei, não se operam pela distinção jurisdicional do economicamente igual ou desigual. O direito ao Processo não tem conteúdos de criação de direitos diferenciados pela disparidade econômica das partes, mas é direito assegurador de igualdade de realização construtiva do procedimento. (LEAL, 2008, p. 98).

Por seu turno, o legislador preferiu criar um procedimento próprio para cobrança de dívida ativa da Fazenda Pública, que na realidade é uma execução por quantia certa, porém regulada pela Lei nº 6.830/80, “traçando regras próprias, algumas que desproporcionalmente beneficiam o Fisco e que, por isso, devem ter sua constitucionalidade examinada com rigor”. (WAMBIER, 2002, p. 413).

A rigor, a eliminação desses privilégios é essencial para se adequar o processo ao postulado constitucional do art. 5º, CR/88. (CHAVES, 2011, p. 1.122).

O legislador não pode criar parâmetros que tenham como diferencial o interesse público. O Direito só encontra legitimidade se produzido no recinto do processo, caso contrário, ele é ilegítimo. No Estado Democrático não se trabalha direito inato, tem-se direito a partir do momento em que uma legislação cria esse direito. Eles não brotam

de uma subjetividade e não são direitos que reconhecem uma subjetividade prévia da existência deste direito, porque o recinto da criação do direito é o processo. (CHAVES, 2008).

São esclarecedoras as palavras de Leal, pois,

[...] no direito democrático, o que não é provido pelo *devido processo legislativo* fiscalizável processualmente por todos (*devido processo legal*) não é juridicamente existente. (LEAL, 2002, p. 38, grifos no original).

A Teoria do direito democrático apenas é concebida, na contemporaneidade, numa esfera de processualidade, porque a construção do direito deve se dar pelo atendimento dos princípios do contraditório, da ampla defesa e da isonomia (LEAL, 2002).

Alerta Leal (2008) que, na base constituinte do direito democrático, existe a necessidade de se implantar primeiro um regulamento da fala (texto legal), já que deve ser aprovado um texto legal para se estabelecer os critérios de formação de vontade e de opinião, não podendo haver vontades e opiniões espontâneas. Deve-se adotar a principiologia do processo para reger o debate sobre a criação de direitos. Essa criação do direito não pode vir de uma fala sábia, prodigiosa ou de um discurso vazio. A lei democrática deve passar pelo instituto do devido processo na base de sua construção.

Na teoria processual os critérios de formação de vontade e de opinião não brotam naturalmente da inteligência humana sem o peso da autoridade, do carisma e do mítico. Apenas adquiriremos uma “neutralidade deontológica” (HABERMAS, 1997) a partir do momento em que se instalar, para formação de vontades e opiniões, um critério, o do devido processo.

A Fazenda Pública tem recebido tratamento diferenciado nas duas execuções, na parte em que é interessada (execução fiscal) e na parte contra-interessada, (execução contra a Fazenda Pública) ocorrendo violação da simétrica paridade e da isonomia.

A isonomia é princípio-norma que rege a atuação dos sujeitos do processo quanto à igualdade argumentativa na formação do discurso estrutural do procedimento de produção e aplicação do direito, não se admitindo uma ISONOMIA (igualdade discursiva dos sujeitos do processo por vinculação normativa a idênticos princípios legais) que estivesse numa realidade diversa da estrutura procedimental, porque, a se *considerar uma igualdade ou desigualdade extra-sistemático-processual, esta seria psíquica, física, cultural, estética, ideológica ou econômica não isonomicamente juridificada e não acolhível no arcabouço da teoria processual do direito democrático* (processo instituinte, constituinte e constitucional de direito). (LEAL, 2005b, p. 81-82, grifo nosso).

Leal realça que

[...] em países de formação estatista rígida, como o Brasil, o ente público ou paraestatal goza de prazos privilegiados, colocando os interesses do Estado acima dos direitos dos cidadãos, como se o Estado, com feições de Leviatã, não estivesse sob comando do ordenamento jurídico e fosse dono do destino das pessoas. (LEAL, 2008, p. 183).

Deflui-se da participação dos interessados na atividade preparatória do provimento, em simétrica paridade de armas, a construção democrática do provimento final, requisito indispensável e viabilizador da sua validade, mesmo na execução.

3. Execução fiscal e execução contra a Fazenda Pública

3.1. Especificidades da cognição na execução

Afirmou Madeira (2008), conforme citado outrora, que a cognição também se encontra no procedimento de execução. A justificativa da ausência do contraditório na execução fiscal pelo fato de o direito já se encontrar pré-acertado (jurissatisfativa) é inadequada. O contraditório é a igualdade de oportunidade no processo, é a condizente oportunidade de igualdade de tratamento que se funda na liberdade de todos perante a lei. A cognição passa pelos princípios

institutivos do processo, entre eles temos o contraditório, a ampla defesa e a isonomia. Mostra-se perceptível que o procedimento de execução não é indiferente aos princípios institutivos.

Madeira explica o conceito atual de cognição:

No atual paradigma constitucional, a cognição pode ser conceituada como instituto jurídico regido pelos princípios diretivos da função jurisdicional e institutivos do processo, que permite a valoração e valorização compartilhada dos argumentos e provas estruturados no procedimento e retratados fisicamente nos autos (cartulares ou eletrônicos), cujo exercício resulta na elaboração dos provimentos. (MADEIRA, 2008, p. 213).

O procedimento de execução, de acordo com sua variabilidade, objetiva a satisfação do direito de um credor materializado por um título executivo, já que o direito foi anteriormente acertado por um procedimento de conhecimento (Título Executivo Judicial⁶), por determinação legal ou por vontade das partes (Título Executivo Extrajudicial). Ocorre que, na Execução Fiscal, a cobrança da dívida ativa⁷ alicerça-se no título executivo criado pela Fazenda Pública, ainda que o título prescindia de requisitos como o da certeza, o da liquidez e o da exigibilidade. Corrobora o entendimento Araken ao explicar que,

[...] *certo* o crédito, constante do título, quando não há dúvida sobre sua existência; *líquido*, quando insuspeito seu objeto; e *exigível*, quando inexistem objeções contra sua atualidade”. (ASSIS, 2002, p. 926)

⁶ O acerto do direito propiciará os atos executivos através da fase procedimental do cumprimento de sentença (processo sincrético).

⁷ Dívida ativa é, pois, o crédito da Fazenda Pública regularmente inscrito no órgão e feito por autoridades competentes, posteriormente ao esgotamento do prazo final para pagamento fixado por lei ou por decisão final, em processo administrativo regular. Esta dívida, regularmente inscrita, goza da presunção relativa de certeza e liquidez, que pode ser elidida por prova irretorquível a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

O art. 3º⁸ da Lei nº 6.830/80 (LEF) determina que o título executivo da execução fiscal regularmente inscrita goze da presunção de certeza e liquidez, sendo sua presunção relativa e podendo ser ilidida por prova.

A certeza do direito já acertado não é absoluta e gira em torno do título que pode ser ilidido por vícios, ausência de um dos seus atributos (certeza, liquidez e exigibilidade) entre outras situações.

Ao contrário do que ocorre com os demais títulos extrajudiciais que são formados pela manifestação de vontades das partes, daí a certeza do Direito, o título executivo extrajudicial – Certidão da Dívida Ativa (CDA) – não se constitui dessa maneira. Ele não tem como característica de sua constituição a bilateralidade, sua formação ocorre *unilateralmente*⁹, sem a participação do contribuinte devedor do tributo, resultando, assim, em uma execução inconstitucional, caso se acredite que a partir dela não se possa discutir o acerto do direito criado unilateralmente por uma das partes. Mesmo existindo procedimentos administrativos, normalmente ineficientes, não são observados princípios como do contraditório, da ampla defesa ou da isonomia, princípios “mínimos” para se dar legitimidade à formação de uma certeza do direito, já que pregamos não só princípios, mas a observância do Devido Processo Constitucional, conforme alhures comentado.

⁸ Art. 3º, Lei nº 6.830/1980: “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”.

⁹ “Muitos, infelizmente, ainda não se habituaram a examinar as questões jurídicas a partir da Constituição, e alguns até chegam a sustentar que constitui uma falsa questão a de saber se determinado direito tem, ou não, fundamento constitucional. Assim é a questão de saber se a Constituição Federal de 1988 assegura ao contribuinte o processo administrativo fiscal como instrumento de acerto da relação tributária. O que se quer com ela saber é se existem normas na Constituição Federal de 1988, suficientes para a configuração do direito subjetivo do contribuinte, ao processo administrativo, como instrumento de acerto de sua relação com o Estado fisco. Em outras palavras, a essa questão consiste em saber se o legislador ordinário pode suprimir, simplesmente, o processo de acerto tributário, permitindo que o lançamento do tributo se faça unilateralmente, sem participação do sujeito passivo da obrigação tributária”. MACHADO, Hugo de Brito. Algumas questões do processo administrativo tributário. *Estudos doutrinários*, 31 mar. 1999. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 16 jul. 2006.

O título, no caso a CDA, deve obedecer a determinados elementos, sob pena de ofender os princípios do contraditório e da ampla defesa. Nesse sentido, o artigo 2º, do § 5º ao 8º, da Lei nº 6.830/1980 (LEF), estabelece alguns requisitos:

§ 5º- O Termo de Inscrição de Dívida Ativa deverá conter:

I – o *nome do devedor, dos co-responsáveis* 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 como o respectivo fundamento legal e o termo inicial para o cálculo;

V – a data e o número da 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.

§ 6º- *A Certidão de Dívida Ativa conterá os mesmos elementos do Termo de Inscrição e será autenticada pela autoridade competente.*

§ 7º- O Termo de Inscrição e a Certidão de Dívida Ativa poderão ser preparados e numerados por processo manual, mecânico ou eletrônico.

§ 8º- *Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.* [grifo nosso].

A transparência e a clareza são determinantes dos títulos de crédito, incluindo a CDA. Não se admite nenhuma surpresa para as partes. Os requisitos formais devem ser claros para possibilitar a ampla defesa:

Sem a consignação de dados concretos e compreensíveis, a CDA subtrai ao juiz controle do processo e, ao executado, o exercício da ampla defesa. O controle do processo, em qualquer dos seus aspectos, torna-se inviável porque os elementos fundamentais da execução fiscal são a inicial e a CDA, nos termos do art. 6º da Lei nº 6.830/80. A defesa do executado fica cerceada porque a ele são apresentados documentos que informam valores diversos daqueles que se quer cobrar ou contendo dados incompreensíveis. (CHIMENTI *et al.*, 2002, p. 64).

Como explica Theodoro Júnior: “O título estará perfeito, para fins executivos, quando tiver condições de revelar quem deve, o que deve e quando se terá de realizar o *quantum* devido”. (2004, p. 18).

Ressalta Nunes que: “o contraditório constitui uma verdadeira garantia de *não surpresa* que impõe ao juiz o dever de provocar o debate acerca de todas as questões”. (NUNES, 2004, p. 51). Não se pode suprimir o processo de acerto tributário sem participação dos interessados.

Para tanto, o título CDA deveria refletir o que se apurou no Procedimento Administrativo:

Não pode o ente arrecadador buscar o acerto de seu crédito após ter instruído título e dado início à execução. O título executivo para ser válido, leia-se gerar presunção de liquidez e certeza, deve espelhar fielmente o que se apurou no procedimento administrativo – que a seu turno deve ter sido realizado em absoluta adstrição à lei, material, formal e, em certos casos, processual – sob pena de ineficácia da execução e nulidade do título. Se não for regular o procedimento administrativo não haverá presunção de certeza impossibilitando qualquer pretensão executória por parte do Fisco. (MARINS, 2006, p. 53).

O que nos impressiona é a possibilidade da substituição da CDA ou emenda no *iter* procedimental fiscal, consoante se lê do art. 2º, § 8º, da LEF. O art. 203 do Código Tributário Nacional repete esse privilégio dado à Fazenda Pública, permite a substituição da CDA no curso da execução fiscal [*sic*]. Assim,

[...] a CDA pode ser substituída ou emendada até o julgamento, em primeira instância, da execução ou dos embargos opostos a ela. Não havendo qualquer sentença, o limite para a substituição ou emenda da CDA é a lavratura do auto de arrematação ou adjudicação dos bens. (CHIMENTI *et al.*., 2002, p. 65).

No entanto, prevalece a ideia da formação *unilateralmente do título*, sem a participação do contribuinte devedor do tributo, resultando, assim, em uma execução inconstitucional, sem se acreditar que nela não se possa discutir o acertamento do direito criado unilateralmente por uma das partes, em observância aos princípios como do contraditório, da ampla defesa ou da isonomia, princípios “mínimos” para que se possa dar legitimidade à formação de uma certeza do Direito.

Ao permitir a substituição da certidão por uma diversa, equipara-se a alteração de um dos elementos da ação: pedido ou causa de pedir, situação que contraria os *princípios processuais*. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 26).

A tentativa de colocar um possível contraditório posterior à formação do título não legitimaria a sua substituição. “Substituída ou emendada a CDA, reabre-se para o executado um prazo equivalente a 30 (trinta) dias para a oposição de embargos à execução” (CHIMENTI *et al.*., 2002, p. 65). A surpresa já existiu. A violação do contraditório ocorreu. Fica visível que o procedimento administrativo fiscal não funciona como acertamento da relação tributária, sua substituição ou emenda podem ser feitas em juízo [*sic*]. Por isso, a imprescindibilidade da observância do contraditório e da ampla defesa.

Torna-se inadmissível concluir que o procedimento executivo fiscal seja apenas de caráter satisfativo, sem a presença do contraditório, uma dívida inquestionável via procedimento de *pura execução forçada*. Daí a razão da presunção relativa da liquidez e da certeza da CDA. Admite-se prova em contrário. Questionável é aceitar, dentro da sistemática da LEF, que a Certidão de Dívida Ativa pode ser substituída, bem como se pode admitir redirecionamento contra o sócio-gerente, mesmo que não conste o seu nome na CDA.

Outras situações ocorrem no procedimento executivo que prescindem de acerto participativo, isto é, construído de forma participada, como na avaliação e no redirecionamento de execução, em que a certeza é afetada por falta de um dos pressupostos de constituição do título.

Existem julgados, no sentido de que poderá ser redirecionada a execução contra o responsável tributário, ainda que o seu nome não conste na Certidão de Dívida Ativa (CDA). Verifica-se que a Fazenda vem pretendendo acerto a responsabilidade de terceiros ou coobrigados no procedimento executivo fiscal, “que não figuraram no processo administrativo e contra quem não se formou o título executivo, que é a Certidão de Dívida Ativa” (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 38). Recordase que tanto o art. 3º como o art. 2º, § 3º, mencionam que o título CDA será apurado por órgão competente, bem como seus requisitos: liquidez e certeza. O art. 202 do Código Tributário Nacional e o art. 2º, § 5º, inciso I, da LEF colocam como requisito do termo de inscrição a individualização do devedor e corresponsáveis.

Por isso Humberto Theodoro alerta que a corresponsabilidade não pode ser uma escolha unilateral, *in verbis*:

[...] a co-responsabilidade tributária não pode, em regra, *decorrer de simples afirmação unilateral da Fazenda no curso da execução fiscal. Reclama, como é curial, apuração pelos meios legais, e só depois do indispensável acerto do fato que a tiver gerado é que a responsabilidade do estranho poderá ser havida como líquida e certa*. Isto, como é óbvio, nunca poderá ser feito depois da penhora, no bojo da execução forçada já em curso, já que a certeza é pressuposto de admissibilidade da própria execução, devendo anteceder-lhe obrigatoriamente. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 39, grifo nosso).

Silva Pacheco nos previne que “a falta do nome invalida o termo, equivalendo à falta de devedor conhecido e determinado” (PACHECO, 1981, p. 3). Com efeito, é necessário saber se o executado é devedor responsável, dentro da estrutura procedimental vigente pela dívida, pois prescinde de acerto anterior pelas vias cognitivas próprias.

A jurisprudência do STF tem entendido que, para viabilizar o redirecionamento da execução, mesmo que o nome do sócio responsável não conste na certidão da dívida ativa, é indispensável que a respectiva petição simplesmente descreva, como causa para redirecionar, uma das situações caracterizadoras da responsabilidade subsidiária do terceiro pela dívida do executado. Mas, se já constar o nome do co-devedor no título, autoriza-se desde logo o redirecionamento¹⁰, sendo pacífico esse entendimento pelos Tribunais. Indispensável é a inscrição prévia do débito da sociedade também em nome do sócio-gerente¹¹.

Todavia a corresponsabilidade tributária, mesmo não apurada antes da inscrição da Dívida Ativa, prescinde da observância de requisitos legais, consoante se vê da leitura do art. 135, III, do Código Tributário Nacional, ou seja, *resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto*. Tais requisitos não podem ser simplesmente alegados pela Fazenda, eles necessitam de acerto feito de forma participada.

Nesse sentido, já decidiu o TJMG:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO. INCLUSÃO DOS SÓCIOS. ART. 135, INCISO III, CTN. LIMITES DA RESPONSABILIZAÇÃO. DISSOLUÇÃO IRREGULAR DA SOCIEDADE. INOCORRÊNCIA. I – O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio da empresa, somente é cabível quando ficar demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração de lei, contrato social ou estatutos, ou ainda na hipótese de dissolução irregular da sociedade, devidamente comprovada. Precedentes do STJ e TJMG. II – A mera certidão do oficial de justiça informando que não fora localizada a empresa executada no endereço indicado e/ou a não-localização de bens a penhorar não caracteriza *per se* dissolução irregular da sociedade. AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.0024.04.230648-0/001 – COMARCA DE BELO HORIZONTE.

¹⁰ BRASIL, 1982.

¹¹ Salvo, é claro, os sucessores, para quem a transmissão do débito é automática e objetiva, sem reclamar nenhum acerto judicial ou administrativo.

Depende da Fazenda a comprovação de que o sócio agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, consoante determina o art. 135 do CTN:

A Primeira Seção da E. Primeira Turma/STJ, no julgamento do Resp 648624 (MG) – j. em 05.12.2006 – estatuiu ‘... entendimento no sentido de que: (a) se a execução fiscal foi promovida apenas contra a pessoa jurídica e, posteriormente, foi redirecionada contra *sócio-gerente* cujo nome não consta da Certidão de Dívida Ativa, cabe ao Fisco comprovar que o sócio agiu com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto, nos termos do art. 135 do CTN; (b) se a execução fiscal foi promovida contra a pessoa jurídica e o sócio-gerente, cabe a este o ônus demonstrar que não incorreu em nenhuma das hipóteses previstas no mencionado art. 135; (c) se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, o ônus da prova também compete ao sócio, em virtude da presunção relativa de liquidez e certeza da referida certidão’.

MINAS GERAIS. Tribunal De Justiça Do Estado De Minas Gerais. Agravo De Instrumento 1.0024.04.230648-0/001. Relator: Dês. Fernando Botelho. Belo Horizonte, 23 de outubro de 2008. Minas Gerais, Belo Horizonte, 12 nov. 2008.

No entanto, o entendimento majoritário ainda [*sic*] é que os sócios-gerentes

[...] podem ser citados – e ter seus bens penhorados – independentemente de processo judicial prévio para a verificação inequívoca das circunstâncias de fato, aludidas no art. 135, *caput*, do CTN, matéria essa que, no entanto poderá ser discutida amplamente, em embargos de executado. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 40)

Concluiu-se que contra a sociedade, não se localizando os bens desta, basta requerer o redirecionamento contra o sócio-gerente para ser citado em nome próprio, devendo a Fazenda unicamente deixar claros e precisos os requisitos que caracterizou na inicial, relegando qualquer apuração prevista no art. 135, *caput* CTN e desconsiderando o próprio título CDA como fundamentador do procedimento executivo [*sic*]. Cabe lembrar que o título CDA

representa um pressuposto processual para o desenvolvimento adequado do procedimento executório. “A CDA deve refletir de forma idônea o que se apurou no procedimento administrativo”. (MARINS, 2006, p. 53).

A inclusão do sócio-gerente (redirecionamento da execução) deve passar pelo Devido Processo Constitucional, não é possível a responsabilização automática do sócio-gerente pelas dívidas da empresa. O redirecionamento da execução deve passar pelo Devido Processo Constitucional (acertamento), comprovando o disposto no art. 135, III, do CTN, isto é, atuação com excesso de poderes, infração de lei, contrato social, estatutos ou ainda na hipótese de dissolução irregular da sociedade.

Ressalta-se que o redirecionamento da execução fiscal sem esses requisitos é passível de agravo de instrumento.

Torna-se berrante que a defesa, nesse molde, possa ser feita apenas por embargos. Ora, se o procedimento executivo é colocado como meio de acertamento para a Fazenda, nada melhor que admitir a ampla participação endoprocedimental para apurar a incidência ou não dos requisitos do art. 135 do CTN, os quais não caracterizaram ou provaram a responsabilidade dos sócios; assim não haveria certeza e o título não seria exigível. Em regra, a execução forçada não poderia cair sobre os bens daqueles cuja certeza não esteja caracterizada para se justificar qualquer satisfação. A simples inadimplência não caracteriza infração legal, mesmo porque a obrigação de recolher o tributo na data do respectivo vencimento, a impontualidade ou a inadimplência é da pessoa jurídica, não do sócio-gerente ou do diretor.

Antes, cabe esclarecer que título executivo não é requisito para o exercício do direito de ação. O direito de ação é incondicionado e garantido constitucionalmente. Mesmo sem a presença de um título, a parte terá direito “incondicional de movimentar a jurisdição”. (LEAL, 2004, p. 121). O agir em juízo, nas palavras de Aroldo Plínio,

[...] não pode se condicionar ao prévio reconhecimento da existência do direito alegado. Significa dizer que a existência do di-

reito para o qual se pleiteia a tutela pode ser confirmado ou negado pelo provimento. (GONÇALVES, 2001, p. 165).

O artigo 5º, XXXV, da CR/88, em consonância ao defendido, estabelece que a lei não excluirá da apreciação do “Poder” Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Entender o redirecionamento de execução, nos moldes previstos pela Lei nº 6830/80, responsabilizando um terceiro “ou um coobrigado que não figuraram no procedimento administrativo e contra quem não se formou o título executivo”, é reduzir uma melhor compreensão da Execução Fiscal apenas para satisfação; se o responsável tributário estiver a reclamar o acerto e o título, isso não será condição para o exercício do direito de ação; admitindo-se a execução forçada sem título executivo e, conseqüentemente, sem a certeza jurídica da obrigação que se intenta realizar no próprio procedimento (legitimadora do procedimento e legitimada após a definição das partes), surgem, assim, os poderes, faculdades e deveres que competem ao sujeito individualizado na participação do it. do provimento. Na petição, peça gráfica encaminhadora da pretensão, é que se esgota e se opera o direito de ação, instaurando-se, assim, o procedimento. O direito de ação assegurado constitucionalmente

[...] (liberdade-legal e fundamental de ativar o juízo) abstrato, público, autônomo e irrestrito, ao contrário do que entendia Liebman, já está inteiramente exercido, podendo-se repetir em tantas ocasiões quantas forem as ações provocadas. (LEAL, 2005, p. 43).

Relata Humberto Theodoro que

[...] o devido processo legal é garantia que deve ser observada em favor de todos aqueles que venham a figurar como partes, seja no processo de conhecimento, seja no de execução”. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 50).

É preocupante para o Estado Democrático de Direito que aqueles que venham a sofrer decisões, sejam patrimoniais, sejam restritivas

de liberdade, não participem da sua formação. Se acreditássemos em procedimento sem contraditório, unilateral, com interesse apenas satisfativo, reconheceríamos a inaplicabilidade do Devido Processo Legal, presente no art. 5º, inciso LIV, que estabelece: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Mesmo que o direito esteja acertado, não cabendo mais discussão, a execução forçada deve, ainda sim, primar pelo respeito e aplicação do Devido Processo Constitucional, dentro da sua *expansividade, variabilidade e perfectibilidade*, para que não ocorra agressão abusiva ao patrimônio de devedor, bem como para que se preserve a dignidade da contraparte “devedora”, não a transformando em um “acusado” sem direito a nada, a não ser pagar de qualquer forma, pois a “culpa” (inadimplência) impede que seja observada uma expropriação digna e constitucional.

Portanto, “na execução deve ser possibilitada a discussão preventiva das partes sobre qualquer questão a ser analisada [...]” (NUNES, 2004, p. 50). Nas situações em que não se obteve uma declaração de certeza ou não houve um acerto prévio, os atos procedimentais ou até a própria pretensão podem ser resolvidos, ainda que no próprio procedimento executivo, com observância do devido processo.

Entendemos, ainda, que a *penhora* não viola o Devido Processo Legal, pois sua finalidade é separar, individualizar e apreender bens para determinado ato procedimental futuro, qual seja, a desapropriação. Nas palavras de Liebman,

[...] visa também conservar os bens assim individuados na situação em que se encontram, evitando que sejam escondidos, deteriorados ou alienados em prejuízo da execução em curso. (LIEBMAN, 2003, p. 149).

Na penhora não se pode dizer que a contraparte (devedor) foi privada de seus bens sem o devido processo ou não foram “assegurados *o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*”. (art. 5º, IV, CF). A consequência da penhora é, “pois, meramente processual e consiste em imprimir a responsabilidade

na coisa apreendida de forma tal que a coisa continue sujeita à execução, quaisquer que sejam os atos realizados pelo executado a seu respeito”. (LIEBMAN, 2003, p. 153). A contraparte *não perde a propriedade da coisa com a penhora*, seus direitos são preservados. Obsta-se, apenas, que os bens sejam disponibilizados ou alienáveis enquanto não se finda o procedimento executório.

O problema, a nosso ver, concentra-se no depósito e na retirada do bem da “contraparte”, do exercício do uso e do gozo da coisa, sem o Devido Processo Legal, mesmo que provisoriamente. Normalmente, é nomeado o próprio executado como depositário, respondendo pelas coisas em sua custódia. O que se deve evitar, em observância do devido processo, é a expropriação do bem. Verifica-se que a penhora gera preferência à parte interessada (exequente) em face de outros credores, mas não lhe dá a propriedade, apenas o direito de levá-lo à hasta pública. Coloca-se que a penhora pode ser feita a qualquer momento do *iter* procedimental, não sendo ela condição para a observância do Devido Processo Constitucional nem garantia do juízo para o exercício dos embargos à execução, na expressão de Liebman (2003, p. 153) ação incidente do executado, sob pena de negar o princípio da ampla defesa e criar condições inexistentes para o exercício ao direito-de-ação; como comentado alhures, isso é incondicional¹².

Cabe esclarecer que o chamado *ARRESTO* (nomenclatura incorreta, deve ser chamado de *PRÉ-PENHORA*) (ASSIS, 2002, p. 585-586) trata de providência de índole cautelar. Seu fim é preservar parte do patrimônio capaz de responder pela dívida, colocando-o a salvo de desvios, ocultações, dilapidações. Realiza-se antes da citação da parte contra interessada, por conseguinte, lavra-se auto de “arresto”. A pré-penhora seguida da citação se converte em penhora.

¹² Independente da exigência contida no art. 16, § 3º, da LEEF, ele defende não ser possível que se exija garantias de juízo para o exercício dos embargos do devedor. Entendemos que a penhora pode ser feita em qualquer momento do percurso procedimental, o que não pode haver é a expropriação sem conclusão do Devido Processo.

3.2. Prerrogativas e privilégios inconstitucionais¹³

Muitos dos temas aqui tratados poderiam ser alvo de dissertações ou até mesmo de teses. Dessa forma, não temos a pretensão de esgotá-los, principalmente pelo fato de este artigo se tratar de trabalho elaborado a partir de uma monografia. Assim, faremos algumas digressões sem exaurir os temas.

Nossa ênfase será em algumas análises de diferenciação, isso por motivos metodológicos e pela inviabilidade espacial, em alguns parâmetros, tendo a Fazenda Pública e o Juízo Executivo como focos primordiais, dentro das atuais previsões legais.

A Lei nº 6.860 (LEF), em seu art. 25, *caput*, ao estabelecer a intimação dos advogados das partes, exige que a intimação do representante da Fazenda seja sempre pessoal, enquanto a do executado continuará normalmente sendo feita de forma impressa; essa prerrogativa também se estende aos embargos fiscais. O despropósito do legislador em criar discriminação normativa, ferindo o princípio da isonomia e o tratamento igual das partes, fundamentado por *deficit* estrutural do Estado, não justifica tamanha diferença. O tratamento deve ser uno e é imperativo que haja observação durante todo o percurso procedimental do devido processo. Sem se considerarem os direitos fundamentais, as partes “estarão sempre em níveis de uma *desigualdade ilegal* que as impedem de debater e pretender, no espaço-tempo procedimental, direitos em condições argumentativas isonômicas” (LEAL, 2005b, p. 79).

Ao executado, no momento de substituição de bens, previsto no art. 15 da LEF, apenas é permitida a substituição dos bens em casos restritos, isto é, por depósito em dinheiro ou fiança bancária, enquanto a Fazenda é franqueada em termos amplíssimos, independente da ordem enumerada no artigo 11 da LEF. Aqui se observa a importância do Devido Processo. Pode ocorrer que a parte interessada (Fazenda) utilize a prerrogativa do art. 15 da LEF para substituir bens já penhorados proporcionais ao valor da dívida por

¹³ Inconstitucionais ou não *recepcionadas*, no caso da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

outros bens, de acordo com seu “interesse”, sem justificativa, como se ela mantivesse um “poder discricionário de escolha dos bens do devedor para garantir a execução fiscal” (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 117). A substituição pela Fazenda, dos bens penhorados, ignora a ordem elencada no art. 11,¹⁴ nega a participação discursiva para construção da decisão que defere ou não a substituição e coloca outros bens do devedor em situações de risco, sendo certo que, anteriormente, tal material fora aceito e, ainda, consubstancia um entendimento no qual o juiz seria mero prolator dos pedidos da Fazenda, “uma vez que a disposição legal não faz qualquer referência à motivação do pedido ou à possibilidade de o juiz indeferi-lo”. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 117), violando o disposto no art. 93, IX, da CR/88.

Veja-se que a Fazenda tem a prerrogativa de cancelar a inscrição ilegal de Dívida Ativa, mesmo depois de ajuizada a execução, sem ônus para as partes, afrontando flagrantemente o princípio da isonomia entre elas (art. 26, da LEF), pois os motivos que ensejaram o pedido do cancelamento da inscrição de Dívida Ativa devem ser demonstrados. Esses privilégios consubstanciam o entendimento sobre os procedimentos de formação da Dívida Ativa, que são falhos, a ponto de isentar, antes da decisão de primeira instância e sem oposição de embargos, as partes, ou se deveria dizer, a Fazenda Pública. Porém a Fazenda não antecipa as despesas processuais; consoante se lê no artigo 39 da LEF, ela é isenta “do pagamento de custas e emolumentos”, no mesmo sentido verifica-se a previsão do art. 27 da CPC.

A Fazenda pode ainda substituir o título no percurso do procedimento executivo por outro título sem a participação da contraparte (executado). Como bem colocado por Araken de Assis,

[...] é admissível corrigir ou substituir o título, alterando a *causa petendi* da respectiva demanda executória. Aliás, modificar a

¹⁴ Art. 11. A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem: I – dinheiro; II – título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa; III – pedras e metais preciosos; IV – imóveis; V – navios e aeronaves; VI – veículos; VII – móveis ou semoventes; e VIII – direitos e ações.

certidão implica, em geral, regenerar a própria inscrição, da qual aquele é retrato fiel. (ARAKEN, 2002, p. 924-925).

Para Humberto Theodoro Júnior (2004, p. 26),

[...] não se pode permitir a substituição da certidão por outra substancialmente diversa porquanto tal providência equivaleria a alterar o pedido ou a *causa petendi*, o que repugna os princípios do direito processual.

O que não se pode é admitir que a substituição prevista no art. 2º, § 8º, da Lei nº 6.830/80, mesmo assegurando à contraparte a devolução do prazo para embargos, seja utilizada como mecanismo de correção da certidão “defeituosa”, já que, se ela foi constituída sem observância do Devido Processo Constitucional, já se mostra, assim, eivada de vícios e sua substituição ou emenda, unilateralmente, não corrigem defeitos que dependam da participação democrática dos seus protagonistas.

O art. 11, § 3º, da LEE, estabelece que, sempre que a Fazenda Pública requerer, o Juiz ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda Pública exequente, em qualquer fase do processo, sem dar ao contrainteresado a oportunidade de participar do pedido de Remoção. A decisão (provimento) não pode consistir em ato isolado, legitimando-se, unicamente, a autoridade que o proferiu. Cabe às partes, em conjunto com o Juiz, a preparação do provimento e a produção das provas, em observância do contraditório.

Apenas as decisões fundamentadas, construídas com a participação dos interessados, coadunam com o modelo democrático. Por isso a fundamentação das decisões é uma garantia que se amolda, indiscutivelmente, ao paradigma do Estado de Direito Democrático.

Outro ponto que viola a garantia constitucional do contraditório corresponde à formação e à apresentação do laudo. Verifica-se que, ocorrendo a impugnação da avaliação, pelo contrainteresado,

ou pelo interessado (Fazenda Pública), antes de publicado o edital de leilão, o Juiz ouve a outra parte e nomeia avaliador oficial para proceder à nova avaliação dos bens penhorados. Apresentado o laudo, o Juiz decidirá de plano sobre a avaliação (art. 13, § 3º, da LEF). O provimento judicial não pressupõe prévia manifestação das partes sobre o conteúdo do laudo, fazendo com que elas fiquem reféns do entendimento e da valoração do laudo dado pelo Juiz. Por ser obscura a fase de avaliação, sendo mitigada a participação na construção do laudo, apontam-se prejuízos inimagináveis à parte contraintressada, pois o art. 24, I, da Lei nº 6.830/80, outorga à Fazenda o direito de adjudicar os bens penhorados pelo preço da avaliação “antes do leilão”. Por isso a importância da avaliação com observância do contraditório, para que não ocorram manobras irreais do valor dos bens penhorados e se causem prejuízos à contraparte.

Aponta-se mais uma prerrogativa injustificada à Fazenda. Findo o leilão, à Fazenda se afigura lícito, mesmo havendo proponente vitorioso, o direito de resolver o remate, configurando-se inovadora a hipótese de “dissolução do negócio”, através do exercício do direito de preferência conferido pelo art. 24, II, “b”, no prazo de 30 (trinta) dias. Neste caso, o preço da adjudicação é o “da melhor oferta”, ou seja, equivale ao lance vitorioso. Mas para a Fazenda, mesmo havendo licitante vitorioso, o prazo do direito de preferência é de 30 (trinta) dias. Deve-se aguardar o transcurso desse prazo contado a partir da data do leilão, conforme art. 24, parágrafo único, da LEF.

Problema estrutural é a confecção e a assinatura do auto de arrematação, que será lavrado de imediato (art. 693 do CPC). Ocorrendo a assinatura, estará perfeita, acabada e irretratável a arrematação (art. 694 do CPC). Percebe-se que, em face do art. 24, parágrafo único, da LEF, deve-se aguardar a assinatura do auto de arrematação pelo prazo de 30 (trinta) dias, para que possa a Fazenda manifestar sua preferência, nas mesmas condições do arrematante, confusão que se agrava quanto ao pedido de remição da execução (art. 651 do CPC) ou de remição de bens (art. 787 do CPC – *revogado* pela Lei nº 11.382, de 2006), ambos admissíveis a qualquer tempo até a assinatura do auto. São providenciais os comentários de Araken de Assis, que tenta fazer uma melhor interpretação da sistemática

lacunosa da LEF e das dúvidas ocasionadas pelo art. 24 da Lei de Execução Fiscal:

Àquelas dúvidas se acrescentará uma terceira, que é a superveniência tanto do requerimento para remir, quanto da ação de resgate, cumulativamente com a postulação da Fazenda para adjudicar.

Por outro lado, a remição do bem, que em nada prejudicará o crédito da Fazenda, preferirá a arrematação e a adjudicação, porquanto menos gravosa ao executado. PRINCÍPIO DO MENOR SACRIFÍCIO DO EXECUTADO.

Enquanto não for assinado o auto de arrematação, descabe expedir carta ou imitar o arrematante na posse da coisa. Se, por descuido, isto ocorrer, deverá o arrematante ser desapossado pelas vias ordinárias. (ASSIS, 2002, p. 983).

Assim sendo, caso a execução forçada objetive a satisfação do crédito do devedor, mesmo sendo realizada de outra forma, ela não gera prejuízos para a Fazenda, a qual receberá o montante exato da dívida. Prejuízos ocorreriam se a preferência elencada no art. 24 da LEF obstasse tanto a remição da execução (art. 651 do CPC) quanto a remição da dívida (art. 787 do CPC – *revogado* pela Lei nº 11.382, de 2006), pois os bens servem como garantia do pagamento, o qual, ocorrendo, implica a liberação dos bens. Injustificado é não aceitar a remição por aqueles legitimados legais, com intuitos “outros”, vinculados ao patrimônio do devedor. Seria como se se afirmasse que a execução fiscal teria o objetivo de perseguir um bem do devedor a todo custo, mesmo que ele ou alguém quite o que era devido. Sabe-se que o patrimônio do devedor responde por seus débitos e dele procuram-se retirar os recursos necessários à satisfação do credor, isso quando não há o pronto pagamento. Percebe-se que a finalidade da execução não é o bem em si, mas o pagamento do que se devia.

3.3. Execução contra a Fazenda Pública

De um lado temos uma execução cheia de prerrogativas e privilégios para o exequente, melhor dizer, para a Fazenda (execução fiscal),

do outro lado, em posição diversa, temos a execução contra a Fazenda Pública, com procedimento divergente dos demais, uma vez que os bens do Estado são impenhoráveis; não há penhora nem citação para se pagar. Cria-se uma proteção ao Estado, que nunca cumpre as decisões de forma espontânea, transparecendo, assim, uma “inaceitável imunidade” em relação ao cumprimento das condenações judiciais, porque com grande facilidade as pessoas jurídicas de direito público se furtavam ao cumprimento dessas condenações e contra essa violação do direito do credor e da isonomia dos procedimentos, não existindo sanções rápidas e eficazes para o cumprimento.

Não são outras as explicações que Araken de Assis oferece acerca dos privilégios do Estado:

Anima o Estado brasileiro, às vezes, certo espírito caviloso, que avulta no tratamento diferenciado conferido, de um lado, ao crédito da Fazenda Pública, e, de outro, ao crédito contra a Fazenda. Investiu-se o Estado, na primeira hipótese, de procedimento especial dotado de inúmeras e radicais simplificações, algumas duvidosas no merecimento e beliscando a constitucionalidade, e no qual os expedientes hábeis à rápida realização do crédito, princípio comum a toda execução, se mesclam a privilégios descabidos. (ASSIS, 2002, p. 904).

Enquanto exequente, o Estado pugna pela rapidez do recebimento do seu crédito, porém, como executado, o Estado é lastimoso, burocrático e lento. O pagamento é feito via precatório, observando-se a ordem cronológica do seu pagamento e a preferência que a lei determina para algumas situações (“pequeno valor”).

Com efeito, fora comentado anteriormente, no item 2.2, que o argumento do “interesse público” não justifica criar procedimentos distintos para a mesma modalidade de execução. A Fazenda Pública tem recebido tratamento diferenciado nas duas execuções, na execução em que é parte interessada (execução fiscal) e naquela em que é parte contra interessada (execução contra a Fazenda Pública), ocorrendo, assim, violação da simétrica paridade e da isonomia.

Resta concluir que é “perceptível que nenhuma das diferenciações como econômicas, estruturais e/ou físicas do aparelhamento das instituições justificam a disparidade entre as partes” (CHAVES, 2011, p. 1.122).

Não são outras as palavras de Rômulo Eugênio de Vasconcelos Alves, *in verbis*:

O argumento de que o Estado representa o interesse público – e que o tratamento diferenciado justifica-se pela insuficiência de seus defensores – é insustentável em sua gênese, pois o *interesse público maior é o atendimento aos ditames e princípios constitucionais e não à criação de fórmulas de exceção*, além de que a insuficiência de defensores do Estado, se existe, é fato cuja responsabilidade é do próprio Estado, não cabendo esse alegar deficiência provocada por si próprio.

Ademais, há que se entender que, apesar da clara e justa prevalência de interesse público sobre o privado, não cabe imaginarmos privilégios à Fazenda Pública, tendo em vista que *qualquer discriminação seria inconstitucional por afronta ao princípio da isonomia jurídica*. (ALVES, 2005, p. 52, grifo nosso).

Transformar e colocar como ponto diferencial do tratamento dado ao particular (povo) e ao Estado o “interesse público”, o qual representa o Estado, é dizer que, para o Estado, as leis não se aplicam, quando se aplicam, isso ocorre de formas diferentes dos demais procedimentos, assim, a isonomia destes é afetada. Destarte, “no Estado Democrático de Direito nenhuma pessoa natural ou jurídica, incluindo óbvio o próprio Estado, está imune ao cumprimento da lei” (CUNHA, 1999, p. 81). O art. 5º, II, da CR/88, não exclui o Estado da obrigatoriedade do cumprimento da lei.

É curial enfatizar que o pilar da democracia é o povo, “instância global da atribuição de legitimidade democrática” (MÜLLER, 2003, p. 60), instrumentalizado pela sua participação e fiscalização ampla e irrestrita dos seus próprios interesses, na formação de opinião e vontade, bem como no próprio destino do Estado.

Coloca-se que muitos defendem que não haveria necessidade de se falar em execução contra a Fazenda Pública, pois faltam os caracteres próprios da execução como penhora e todos os atos subsequentes interligados, por serem os bens públicos impenhoráveis, bem como o executado não ser citado para pagar, apenas convocado para se defender (embargos) sem garantia de juízo, o que pugnamos para todos os procedimentos executivos, mas com a paralisação da expropriação até a conclusão do Devido Processo. A majoritária “doutrina brasileira considera que, não existe propriamente execução contra a Fazenda Pública, ou trata-se de execução ‘indireta’, ‘imprópria’ (não há execução forçada)”. (CUNHA, 1999, p. 69).

Vejamos o que Theodoro Júnior pronuncia:

Na verdade, há tão-somente uma execução imprópria, na espécie, cujo procedimento é, sinteticamente, o seguinte: a) seja judicial ou não o título executivo, a citação da Fazenda será feita sem comunicação de penhora, limitando-se à convocação para opor embargos em dez dias (art. 730, *caput*); b) não havendo a oposição de embargos, ou sendo estes rejeitados, o juiz através do presidente do Tribunal Superior, expedirá a requisição de pagamento, que tem o nome de precatório. O juiz de primeiro grau não requisita diretamente o pagamento, mas dirige-se, o requerimento do credor, ao tribunal que detém a competência recursal ordinária (Tribunal de Justiça, Tribunal Regional Federal etc.), cabendo ao respectivo presidente formular a requisição à Fazenda Pública executada (art. 730, n. I); [...] d) O pagamento será feito ao credor na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito (Código de Processo Civil, art. 730, n. II); e) Se o credor for preterido no seu direito de preferência, mediante pagamento direto pela Fazenda a outro exequente, poderá requerer ao presidente do tribunal que expediu a ordem de pagamento que, depois de ouvido o chefe do Ministério Público (Procurador-Geral da Justiça, ou equivalente), ordene o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito (Código de Processo Civil, art. 731); f) Esse seqüestro, segundo melhor entendimento doutrinário, não é voltado diretamente contra a Fazenda, porque, sendo seus bens impenhoráveis, são também inseqüestráveis. Dirige-se contra o credor que tenha recebido pagamento fora da ordem legal, atingido as importâncias irregularmente em-

bolsadas. O Supremo Tribunal Federal, no entanto, em decisão de seu Pleno, já admitiu a possibilidade de que tal seqüestro pudesse recair diretamente sobre as rendas da Fazenda Pública infratora, em quantidade suficiente para satisfazer o crédito executando. (THEODORO JÚNIOR *apud* WAMBIER, 2002, p. 389).

Importante questionamento consiste em pensar que a impenhorabilidade dos bens públicos não é absoluta, podendo se aplicar o procedimento executivo próprio sem privilégios. Defluisse que as empresas públicas, “que são totalmente constituídas com bens do Estado que as cria, teriam um patrimônio público”. Todavia, a Constituição de 1988 declara que as empresas públicas se sujeitarão ao regime jurídico próprio das empresas privadas, “o que abrange a penhorabilidade de seus bens”. (CUNHA, 1999, p. 110-111). Consequentemente, verifica-se que, apesar de as empresas públicas serem constituídas por bens dos Estados, estas não são impenhoráveis. Lásaro Cândido aponta também como penhoráveis os bens dominicais, aqueles sobre os quais o Estado exerce domínio. São bens que constituem o patrimônio da União, dos Estados, dos Municípios, mas não afetados a uma destinação pública específica.

Realmente, alguns bens públicos (bens dominicais, por exemplo) não têm utilização específica e imediata pela coletividade, razão por que em relação a tais bens não se pode aplicar a mesma regra para justificar a intangibilidade que deve continuar gozando os demais bens públicos. (CUNHA, 1999, p. 116).

O artigo 101 do Código Civil dispõe que os bens públicos dominicais podem ser alienados, desde que observadas as exigências da lei, sendo assim, eles são alienáveis e consequentemente penhoráveis, não se impedindo que o bem passe do patrimônio do devedor ao do credor, por motivo da execução forçada, isto é, pelo procedimento comum para execução, sem privilégios outros. Situação interessante é a que acontece em países cuja penhorabilidade é permitida ou privada dos bens públicos:

Uma outra solução, igualmente protetiva dos direitos dos credores, começou a surgir em alguns outros países, como a Itália,

a Espanha, Portugal e a Argentina, que, limitando a impenhorabilidade dos bens públicos, admitem a penhora de bens dominicais do Estado e de receitas públicas não vinculadas ao exercício de atividades essenciais. Em Portugal, os bens dos corpos administrativos, as coisas do seu domínio privado, podem ser penhoradas, desde que não estejam afetadas a um fim de utilidade pública. Na Espanha, em 1998, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade do Regulamento das Fazendas Locais que proibia genericamente a penhora de bens públicos, fosse ou não do patrimônio disponível. Na Argentina, se o Estado se tornar remisso, poderão ser penhorados bens públicos de utilização privada. No Direito Italiano, não são impenhoráveis o dinheiro público e os créditos inscritos em balanço, salvo os originários de relações de direito público, como tais entendidas as resultantes de atos cumpridos no exercício de poderes de império da administração; os créditos públicos de origem privada, que não têm uma destinação pública previamente estabelecida. (SILVA, 1999, p. 49).

O precatório, instituto tipicamente brasileiro, encontrou amparo constitucional pela primeira vez no art. 182 da Carta Magna de 1934, a qual “instituiu procedimento especial em relação aos pagamentos devidos pela Fazenda Pública”. (CUNHA, 1999, p. 34). O precatório surgiu como solução para o cumprimento das decisões judiciais, pois “o Poder Executivo gozava de certa imunidade em relação ao cumprimento regular de condenações judiciais”, sob alegação de que um “poder” não poderia interferir no outro, ou seja, “como poderes autônomos e independentes, é inconcebível a ‘ingerência’ de um Poder sobre o outro” (CUNHA, 1999, p. 33). As demais Constituições mantiveram a presença do precatório: de 1937 (art. 95), 1946 (art. 204), 1967 (art. 112), Emenda Constitucional de 1969 (art. 117) e na atual Carta Política (1988), em seu art. 100, inclusive com a redação da Emenda Constitucional nº 30, de setembro de 2000, e Emenda da Constitucional nº 62, de 2009.

O art. 100, após a Emenda Constitucional nº 62/2009, passou a vigorar com a seguinte redação:

Art. 100. Os pagamentos devidos pelas Fazendas Públicas Federal, Estaduais, Distrital e Municipais, 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 1º Os débitos de natureza alimentícia compreendem aqueles decorrentes de salários, vencimentos, proventos, pensões e suas complementações, benefícios previdenciários e indenizações por morte ou por invalidez, fundadas em responsabilidade civil, em virtude de sentença judicial transitada em julgado, e serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, exceto sobre aqueles referidos no § 2º deste artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 2º Os débitos de natureza alimentícia cujos titulares tenham 60 (sessenta) anos de idade ou mais na data de expedição do precatório, ou sejam portadores de doença grave, definidos na forma da lei, serão pagos com preferência sobre todos os demais débitos, até o valor equivalente ao triplo do fixado em lei para os fins do disposto no § 3º deste artigo, admitido o fracionamento para essa finalidade, sendo que o restante será pago na ordem cronológica de apresentação do precatório. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 3º O disposto no caput deste artigo relativamente à expedição de precatórios não se aplica aos pagamentos de obrigações definidas em leis como de pequeno valor que as Fazendas referidas devam fazer em virtude de sentença judicial transitada em julgado. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 4º Para os fins do disposto no § 3º, poderão ser fixados, por leis próprias, valores distintos às entidades de direito público, segundo as diferentes capacidades econômicas, sendo o mínimo igual ao valor do maior benefício do regime geral de previdência social. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 5º 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 dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 6º 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 integral e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para os casos de preterimento de seu direito de precedência ou de não alocação orçamentária do valor necessário à satisfação do seu débito, o sequestro da quantia respectiva. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 7º O Presidente do Tribunal competente que, por ato comissivo ou omissivo, retardar ou tentar frustrar a liquidação regular de precatórios incorrerá em crime de responsabilidade e responderá, também, perante o Conselho Nacional de Justiça. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 8º É vedada a expedição de precatórios complementares ou suplementares de valor pago, bem como o fracionamento, repartição ou quebra do valor da execução para fins de enquadramento de parcela do total ao que dispõe o § 3º deste artigo. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 9º No momento da expedição dos precatórios, independentemente de regulamentação, deles deverá ser abatido, a título de compensação, valor correspondente aos débitos líquidos e certos, inscritos ou não em dívida ativa e constituídos contra o credor original pela Fazenda Pública devedora, incluídas parcelas vincendas de parcelamentos, ressalvados aqueles cuja execução esteja suspensa em virtude de contestação administrativa ou judicial. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 10. Antes da expedição dos precatórios, o Tribunal solicitará à Fazenda Pública devedora, para resposta em até 30 (trinta) dias, sob pena de perda do direito de abatimento, informação sobre os débitos que preenchem as condições estabelecidas no § 9º, para os fins nele previstos. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 11. É facultada ao credor, conforme estabelecido em lei da entidade federativa devedora, a entrega de créditos em precatórios

para compra de imóveis públicos do respectivo ente federado. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 12. A partir da promulgação desta Emenda Constitucional, a atualização de valores de requisitórios, após sua expedição, até o efetivo pagamento, independentemente de sua natureza, será feita pelo índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança, e, para fins de compensação da mora, incidirão juros simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança, ficando excluída a incidência de juros compensatórios. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 13. O credor poderá ceder, total ou parcialmente, seus créditos em precatórios a terceiros, independentemente da concordância do devedor, não se aplicando ao cessionário o disposto nos §§ 2º e 3º. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 14. A cessão de precatórios somente produzirá efeitos após comunicação, por meio de petição protocolizada, ao tribunal de origem e à entidade devedora. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 15. Sem prejuízo do disposto neste artigo, lei complementar a esta Constituição Federal poderá estabelecer regime especial para pagamento de crédito de precatórios de Estados, Distrito Federal e Municípios, dispondo sobre vinculações à receita corrente líquida e forma e prazo de liquidação. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

§ 16. A seu critério exclusivo e na forma de lei, a União poderá assumir débitos, oriundos de precatórios, de Estados, Distrito Federal e Municípios, refinanciando-os diretamente. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 62, de 2009).

Então, a base inicial do precatório surgiu como solução para o cumprimento das decisões judiciais proferidas contra o “Poder” Executivo, que gozava certa imunidade no cumprimento regular de condenações judiciais, “blindado” pela ideia de que um “Poder” não poderia interferir no outro, isto é, não se admitia a “ingerência” de um “Poder” sobre o outro. A concepção “Poder” pode ser esclarecida a partir de Montesquieu, que lançou sua famosa trilogia

acerca da divisão das funções dos poderes do Estado, sem que nada tenha mencionado em relação à “separação de poderes”. O autor defendeu o equilíbrio entre os poderes exercidos pelo Estado e dizia que “para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder” (DIAS, 2004, p. 68). Não se deve falar em vários poderes do mesmo Estado. O Poder é uno e emana do POVO. Na realidade a expressão “separação de poderes”, atribuída a Montesquieu, não foi empregada uma única vez por ele. Nesse contexto, a visão tripartite, separação de “Poderes”, deve ser compreendida como *separação de funções*.

[O] Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário – só podem ser compreendidos, segundo concepção doutrinária mais atual, como sistemas ou complexos de órgão aos quais as normas da Constituição atribuem competências para o exercício das qualificadas funções fundamentais do Estado. (DIAS, 2004, p. 74).

O precatório constitui um grande dilema representante da morosidade do cumprimento das decisões, o que nos faz lembrar a peregrinação para atendimento médico pelo próprio Estado (SUS). Lado outro, criam-se mecanismos para agilizar os procedimentos, promovem-se celeridade e rapidez dos procedimentos, enquanto o Estado não é sequer tocado pelas Reformas Processuais. (CHAVES, 2011).

Com a Emenda Constitucional nº 37/2002, proibiu-se o fracionamento do valor executado e a expedição de precatório complementar ou suplementar, conforme art. 100, § 8º, da CR/88 – incluído pela EC nº 62/2009; tal fato representa técnica de dominação, permitindo que a parte interessada abra mão de seu direito para se beneficiar do procedimento Requisição de Pequeno Valor (RPV). Dispensa-se a expedição de precatórios para o pagamento de “pequeno valor¹⁵” quando a parte renuncia ao excedente. Essa inovação Constitucional cria dilema quanto ao recebimento dos valores, ferindo o princípio da isonomia.

¹⁵ Até sessenta salários mínimos, conforme a Lei nº 10.259/2001, art. 17, § 1º, c/c art. 3º (Requisição de Pequeno Valor – RPV).

Uma vez que os precatórios são regidos por peculiaridades burocráticas, estes devem ser apresentados até o dia 1º de julho, para então ser incluídos no orçamento da entidade, podendo ser pagos até o final do exercício seguinte (art. 100, § 5º, CR/88), transformando-se em mecanismo lento, enquanto para os pequenos valores as atividades são priorizadas e mais rápidas. Imagine-se a seguinte situação: dois particulares, por fatos idênticos, obtêm uma condenação contra a Fazenda Pública, todavia, com valores distintos, uma vez que um deles teve menores danos e o valor encontra-se dentro do limite previsto como de “pequeno valor”, não se submetendo ao precatório. Já o outro terá que subjugá-lo à via demorada do precatório ou poderá abdicar de parte do seu direito reconhecido por sentença até os limites que enquadrem no “pequeno valor” e receber por esse procedimento mais célere. (WAMBIER, 2002, p. 382). Por fim, o procedimento de “pequeno valor” cria tratamento diferenciado para fatos e direitos idênticos, que podem se diferenciar apenas nos montantes a serem pagos, fato que estimula a renúncia de direito, em face da demora e da burocracia do precatório.

Max Weber (1983), preocupado com ações e condutas, diagnosticou e denominou “os três tipos puros de dominação legítima”. O uso da técnica de dominação tem um objetivo histórico-social. A primeira das dominações é a dominação carismática, fundamentada nas virtudes pessoais e quase sobrenaturais de um indivíduo admirado por todos: o exercício da liderança de um indivíduo sobre os demais. A segunda, a dominação tradicional, baseia-se em algum componente da tradição da sociedade, consuetudinária, e, por fim, a dominação legal ou racional se funda na legalidade formal, ou seja, na escrituração do direito que permite identificação de uma racionalidade. No caso em tela, a dominação legal, em virtude da burocracia que se subordina ao estatuto legal, cujo direito de mando está legitimado por uma regra escriturada imposta, faz com que aqueles que escolhem um mecanismo lento, para alívio do Estado, acabam por renunciar ao seu direito para receber mais rápido.

Habermas explica como a técnica de dominação se perpetua:

Determinados fins e interesses da dominação não são outorgados à técnica apenas ‘posteriormente’ e a partir de fora – inserem-se já na própria construção do aparelho técnico; a técnica é, em cada caso, um projeto histórico-social; nele se projeta o que cada sociedade e os interesses nela dominantes pensam fazer com os homens e com as coisas. (HABERMAS, 2001, p. 47).

Não se deve falar em escolha da parte interessada, pois se trata de mecanismo de dominação legal, que não dá alternativa, principalmente em um país como o nosso, cheio de problemas econômicos e desigualdade social. Cabe colocar que muitas das vezes a imprescindibilidade em receber os valores não resulta em outra escolha senão a de renunciar a parte do direito reconhecido por uma decisão condenatória em face do Estado. Pode ser que os valores a serem recebidos sejam para pagar despesas e tratamentos médicos, que podem ter como fato gerador o ilícito praticado pelo próprio Estado, “optando-se”, assim, por renunciar ao excedente para adequar o montante ao valor conceituado como de “pequeno valor”, em face da necessidade urgente do recebimento e pela demora das vias normais. O Estado cria duas vias para recebimento de valores, fruto de condenações. Uma é o precatório e a outra, o de “pequeno valor” (técnica de dominação legal), agindo nessa última como se fosse um “agiota” que, ao emprestar dinheiro, cobra juros abusivos daquele que não tem alternativa. Observa-se que o beneficiado por tal renúncia não é aquele cidadão que optou por receber “rápido” para atender suas necessidades. Veja-se que é “rápido” em relação ao procedimento extremamente lento que é o precatório.

Neste contexto, não há como se falar em “vontades”, mas sim em submissão. Como bem comentado por Leal, “se os direitos fundamentais não forem executados judicialmente, nunca se poderá falar num piso de igualdade para incluídos e excluídos como ponto de partida ao reconhecimento cognitivo, por igual tempo de argumentação processual (ISONOMIA).” (LEAL, 2005, p. 79).

4. Conclusões

Ao cabo deste estudo, impõe-se concluir que o Processo é único para reger todos os Procedimentos. O procedimento executivo, apesar da sua variabilidade, em face dos demais procedimentos, não retira a incidência do Devido Processo Constitucional. Assim, é incorreto falar que no procedimento executivo não se aplica o princípio do contraditório, bem como os da ampla defesa e da isonomia. A própria Constituição não faz distinção entre processos e não poderia o legislador infraconstitucional fazê-lo, consoante se vê no art. 5º, IV. Extrai-se a presença do contraditório em todos os processos, inclusive o processo executivo, “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*”. Os exercícios do contraditório e da ampla defesa são imprescindíveis em todo o processo, tanto no executivo quanto no administrativo e não apenas por “ação” de embargos externos à execução, mas “endoprocessual”, isto é, dentro do procedimento executivo.

O art. 5º, LIV, da CR/88, estabelece que: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Mesmo que o direito esteja acertado, na execução forçada deve-se ainda primar pela aplicação do Devido Processo Constitucional, dentro da sua *expansividade, variabilidade e perfectibilidade*, para que não ocorra agressão abusiva ao patrimônio de devedor, bem como para preservar a dignidade da contraparte “devedora”, não a transformando em “acusada” sem direito a nada, a não ser pagar de qualquer forma, pois a “culpa” (inadimplemento) impede que seja observada uma expropriação digna e constitucional.

Ao Devido Processo Legal é atualmente atribuída a grande responsabilidade de ser um princípio fundamental, ou seja, sobre ele repousam todos os demais princípios constitucionais. A garantia do Devido Processo Legal evoluiu para um conceito de bases isonômicas e não mais se funda na separação das classes sociais. O Devido Processo Legal representa uma garantia do povo frente ao Estado, isto é, assegurará um Processo Devido de forma participada

com observância dos princípios constitucionais. O Devido Processo Legal é instituto constitucional que coexiste com os princípios da ampla defesa, do contraditório e da isonomia e que impede a formação unilateral do título executivo (CDA).

Fica claro que os princípios do contraditório e da ampla defesa não são excluídos do procedimento executivo.

Por fim, o procedimento executivo reivindica uma compreensão constitucional, pelo Devido Processo Constitucional, garantindo que o próprio Estado observe as mesmas regras do processo construídas isonomicamente para todos.

A execução que tem como parte o Estado é cheia de prerrogativas e privilégios inconstitucionais, em posição de contraparte, a Fazenda Pública (execução contra a Fazenda Pública), com procedimento diverso dos demais, desfruta do privilégio que os bens do Estado são impenhoráveis, não há penhora nem sequer a citação para se pagar. Cria-se uma proteção ao Estado que nunca cumpre, de forma espontânea, as decisões, instala-se uma “inaceitável imunidade” do Estado em relação ao cumprimento das condenações judiciais, porque, com grande facilidade, as pessoas jurídicas de direito público se furtavam ao cumprimento dessas condenações e a contra essa violação do direito do credor e da isonomia dos procedimentos, não existindo sanções rápidas e eficazes para o cumprimento do débito.

5. Referências bibliográficas

ANDOLINA, Ítalo; VIGNERA, Giuseppe. *Il modello costituzionale del processo civile italiano*: corso di Lezioni. Torino: Giappichelli, 1990.

ALVES, Rômulo Eugênio de Vasconcelos. *Execução fiscal e objeção de executividade*. São Paulo: IOB Thomson, 2005.

ASSIS, Araken. *Manual do processo de execução*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Processo e constituição: o devido processo legal. *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, Belo Horizonte, n. 25, 1982.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 97.612-4. Relator: Min. Soarez Muñoz. Brasília, DF, 8 out. 1982.

CHAVES, Charley Teixeira. As principais teorias sobre a natureza jurídica do processo e a problemática da efetividade no campo do direito processual civil. In: CASTRO, João Antônio Lima; TEIXEIRA, Fernanda Fernandes Lippi. *Direito processual: coletânea de artigos*. Belo Horizonte: PUC Minas, Instituto de Educação Continuada, 2004. p. 36-59.

_____. *Ação penal, instituição popular do ministério público e o conceito de Parte na construção do provimento processual penal no direito democrático*. 2008. 255 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, 2008.

_____. Eliminar a distinção de prazos para os sujeitos processuais. Findar com os prazos denominados de impróprios e criar mecanismo para observância dos prazos procedimentais. In: LEAL, Rosemiro Pereira (Coord.); ALMEIDA, Andréa Alves de (Org). *Comentários críticos à exposição de motivos do CPC de 1973 e os motivos para a elaboração de um novo CPC*. Franca: Lemos e Cruz, 2011. v. 1.

_____. Charley Teixeira. Ministério Público como instituição permanente popular: os sujeitos processuais no direito democrático. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

CHIMENTI, Ricardo Cunha *et al.* *Lei de execução fiscal comentada e anotada*: Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

CUNHA, Lásaro Cândido da. *Precatório: origens, fundamentos e mecanismo da execução por quantia certa contra a Fazenda Pública*. Belo Horizonte, 1999. Dissertação (Mestrado).

DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Responsabilidade do estado pela função jurisdicional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

FAZZALARI, Elio. *Instituições de direito processual*. Campinas: Bookseller, 2006.

GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: Aide, 1992.

_____. *Técnica processual e teoria do processo*. 2. ed. Rio de Janeiro: Aide, 2001.

GRECO, Leonardo. *O Processo de Execução*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. Vol. II.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. I e II.

_____. *Técnica e ciência como ideologia*. Lisboa: Edições 70, 2001.

LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria geral do processo: primeiros estudos*. 2. ed. Porto Alegre: Síntese, 1999.

_____. *Hermenêutica constitucional a partir do Estado de Direito Democrático*. Estudos continuados de teoria do processo. São Paulo: Síntese, 2001. 2 v.

_____. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002.

_____. *Teoria geral do processo*. 5. ed. São Paulo: Thomson-IOB, 2004.

_____. Teoria da defesa no processo civil. In: *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005a.

_____. Isonomia processual e igualdade fundamental a propósito das retóricas ações afirmativas. In: *Relativização inconstitucional da coisa julgada*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005b.

_____. *Teoria geral do processo*. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Bestbook, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. Algumas questões do processo administrativo tributário. *Estudos doutrinários*. 31 mar. 1999. Disponível em: <<http://www.hugomachado.adv.br>>. Acesso em: 16 jul. 2006.

MARINS, James. Fundamentos do processo tributário e execução fiscal. *Caderno de Direito Tributário*: EMAGIS – 2006. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/upload/editor/rom_Marins_Web.pdf>. Acesso em: 25 mar. 2010.

MADEIRA, Dhenis Cruz. *Processo de conhecimento & cognição*. Curitiba: Juruá, 2008.

MOREIRA, Luiz. *Fundamentação do Direito em Habermas*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

MÜLLER, Frederich. *Quem é o povo? A questão fundamental da democracia*. 3 ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.

NUNES, Dierle José Coelho. O princípio do contraditório. *Boletim Técnico*: revista da Escola Superior de Advocacia OAB/MG: Belo Horizonte, v. 1, n. 1, jan./jun. 2004.

OLIVEIRA, Allan Helber. Acesso à justiça: a qual justiça? In: GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos (Org.). *Lições de cidadania*. Brasília, DF: OAB, 2003.

PACHECO, José da Silva. *Comentário à nova lei da execução fiscal*. (Lei n. 6.830, de 22.9.1980). São Paulo: Saraiva, 1981.

PELLEGRINI, Flaviane de Magalhães Barros. O processo, a jurisdição e a ação sob a ótica de Elio Fazzalari. *Virtuajus*: revista eletrônica da Faculdade Mineira de Direito da PUC Minas, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, ago. 2003. Disponível em: <http://www.fmg.pucminas.br/Virtuajus/Prod_Docente_Ano2.html>. Acesso em: 3 dez. 2004.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. *Execução contra a Fazenda Pública*. São Paulo: Malheiros, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e consenso*: constituição, hermenêutica e teorias discursivas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TAVARES, Fernando Horta. Acesso ao direito, duração razoável do procedimento e tutela jurisdicional efetiva nas constituições brasileira e portuguesa: um estudo comparativo. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. *Constituição e processo*: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Lei de execução fiscal*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. *Curso avançado de processo civil*: processo de execução. 5. ed. ver., atual., ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. v. 2.

WEBER, Max. Três tipos puros de dominação legítima. In: *Sociologia*. Organização de Gabriel Cohn e coordenação de Florestan Fernandes (Grandes Cientistas Sociais, 13). São Paulo: Ática, 1983.

Artigo enviado em: 02/08/2011

Artigo aprovado em: 03/04/2012

DOI: 10.5935/1809-8487.20120002