

AS MODIFICAÇÕES TRAZIDAS AOS ARTIGOS 736 E 739 DO CPC PELA LEI Nº 11.382/06, E OS REFLEXOS NAS EXECUÇÕES FISCAIS

Telma Maria Santos
Juíza Federal - 4ª Vara / SE

Versa sobre os reflexos das modificações trazidas pela Lei nº 11.382/06 ao processo de execução fiscal, no que diz respeito, mais precisamente, à exigência de garantia para o oferecimento dos embargos e à suspensão da execução pertinente.

I – INTRODUÇÃO

A Lei nº 11.382/06 trouxe importantes e contundentes modificações ao processo de execução regulado pelo Código de Processo Civil e, pelo fato da utilização subsidiária deste Estatuto Processual, a Execução Fiscal, que é regida pela Lei nº 6.830/80, também experimentou os efeitos da alteração legislativa.

De início, há que ressaltar que a execução contra a Fazenda Pública não sofreu qualquer alteração.

Três pontos dos mais relevantes, quais sejam, penhora, recebimento dos embargos e a suspensão da execução merecem realce, em face da inseparabilidade deles antes da modificação ora em comento, exceto em relação à execução contra a Fazenda Pública, regulada pelos artigos 730 e 731, do Código de Processo Civil.

II – DESENVOLVIMENTO

Para efeito comparativo visual, releva a transcrição dos artigos revogados e dos que estão em vigor, atinentes ao tema objeto desta reflexão.

Em primeiro lugar, os artigos revogados:

Art. 737. Não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo:

- I - pela penhora, na execução por quantia certa;
- II - pelo depósito, na execução para entrega de coisa.

Art. 739. O juiz rejeitará liminarmente os embargos:

(...)

§ 1º Os embargos serão sempre recebidos com efeito suspensivo.

Na seqüência, a nova redação dada pela Lei 11.382/2006, aos artigos 736 e 739 do Código de Processo Civil:

Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

Neste diapasão, necessário trazer à baila a dicção do artigo 16, da Lei de Execução Fiscal (6.830/80):

Lei 6.830/80. Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

- I - do depósito;
- II - da juntada da prova da fiança bancária;
- III - da intimação da penhora.

§ 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.

Posta a disposição acima, é de se observar, porque objeto de análise neste artigo, que na Lei supracitada não há qualquer referência acerca de efeito suspensivo, motivo pelo qual, por força do disposto no artigo art. 1º, da LEF, aplicava-se, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

Anteriormente à entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006, portanto, o art. 739, § 1º do CPC, que previa o efeito suspensivo obrigatório da execução, em decorrência do recebimento dos embargos, era o fundamento para que, também na Execução Fiscal, o prosseguimento da execução fosse obstado uma vez

recebidos os embargos. Nenhuma controvérsia pairava, uma vez que nos dois diplomas legais (Leis 5.869/73 e 6.830/80), a penhora, que era condição *sine qua non* para o recebimento dos embargos, salvo quando a execução se operava em face da Fazenda Pública, justificava a suspensão do processo executivo. Entretanto, o cenário mudou radicalmente com o advento da Lei nº 11.382/2006. Os reflexos desta mudança repercutem de forma ainda não pacífica no âmbito das execuções fiscais.

A antiga redação do CPC, conforme salientado alhures, impunha a exigência de garantia para recebimento de embargos à execução. Por outro lado, compensava esse ônus com o bônus de atribuir, automaticamente, efeito suspensivo à execução. Em outras palavras, o executado, para ver suspenso o processo executivo enquanto discutia a dívida, era forçoso valer-se de embargos, mediante garantia do juízo.

Em vigor desde 1980, a Lei de execuções fiscais (LEF) contém norma específica sobre a necessidade de garantia do débito para admissão de embargos, mas tomava emprestada do CPC, repita-se, a norma que dispunha acerca do efeito suspensivo dos mesmos. Tais regras, portanto, eram correlativas, e só dessa forma podem ser entendidas.

As recentes alterações legislativas no Código de Processo Civil foram tão profundas que modificaram as bases sobre as quais se fixavam as regras da execução. Eis que o legislador ordinário densificou o princípio da razoabilidade ao compensar a ausência de suspensão automática com o recebimento dos embargos independentemente de penhora.

Contudo, no rito da execução fiscal, que não prevê a suspensão automática dos embargos, e que se valia do revogado art. 739, § 1º, subsiste a exigência de garantia¹. Quebrou-se aquela regra de relativo equilíbrio processual entre o credor e o devedor, que redundava numa quase “paridade das armas” processuais, indispensáveis para evitar que uma das partes ficasse em excessivo desequilíbrio em relação à outra, eis que o credor público possui prerrogativas processuais, para muitos justificáveis por estarem buscando, em juízo, créditos que reverterão para a sociedade.

¹ Lei 6.830/80. Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I - do depósito;

II - da juntada da prova da fiança bancária;

III - da intimação da penhora.

§ 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução.

É provável que a lei de execuções fiscais vindoura corrija o descompasso gerado. Por ora, entretanto, há de se resolver o que Maria Helena Diniz denomina de “*antinomia de segundo grau*”, *em razão de conflito entre os critérios da especialidade e cronológico*²:

Realmente, os critérios de solução de conflitos não são consistentes, daí a necessidade de a doutrina apresentar metacritérios para resolver antinomias de segundo grau e, apesar de terem aplicação restrita à experiência concreta e serem de difícil generalização, são de grande utilidade.

(...) Em caso de antinomia entre o critério de especialidade e o cronológico, valerá o metacritério *lex posterior generalis non derogat priori speciali*, segundo o qual a regra de especialidade prevaleceria sobre a cronológica. A meta-regra *lex posterior generalis non derogat priori speciali* não tem valor absoluto, tendo em vista certas circunstâncias presentes. Não há regra definida, pois, conforme o caso, haverá supremacia ora de um, ora de outro critério. (Original sem grifo).

(...) Em caso extremo de falta de um critério que possa resolver a antinomia de segundo grau, o *critério dos critérios* para solucionar o conflito normativo seria o do *princípio supremo da justiça*: entre duas normas incompatíveis dever-se-á escolher a mais justa.

(...) O juiz resolve não o conflito entre as normas, mas o caso concreto submetido à sua apreciação, mediante um ato de vontade que o faz optar pela aplicação de uma das disposições normativas. Só o legislador é que poderia eliminá-lo.

(...) Entre duas normas plenamente justificáveis, deve-se opinar pela que permitir a aplicação do direito com sabedoria, justiça, prudência, eficiência e coerência com seus princípios³.

Conquanto, em regra, uma norma geral posterior não revogue norma especial anterior, existem determinadas circunstâncias em que, para a própria harmonia e sentido dos cânones do ordenamento jurídico, tal regra é abandonada em prol da coerência e da preservação da essência do sistema normativo. Cor-

² Respectivamente, *lex specialis derogat legi generali* e *lex posterior derogat legi priori*.

³ DINIZ, Maria Helena. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil*, 19ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 90-92.

responde a uma forma de autoproteção desse mesmo sistema, que não toleraria, incólume, tamanha perplexidade. O próprio “equilíbrio reflexivo”, nas palavras de John Rawls, que guia um cidadão comum para o senso de justiça, não poderia, então, deixar de apontar, para o aplicador do direito, a busca da solução menos ofensiva ao constitucionalismo posto. Eis as palavras deste filósofo do Direito:

Para explicar a noção de equilíbrio reflexivo partimos da idéia (incluída na noção de pessoas livres e iguais) de que os cidadãos são capazes de razão (*teoria e prática*), assim como têm senso de justiça. Nas condições normais da vida humana, essas capacidades desenvolvem-se gradualmente, e, com a maturidade, são exercidas em vários tipos de juízos de justiça aplicados a todo tipo de assunto da estrutura básica da sociedade às ações particulares e ao caráter das pessoas na vida cotidiana. O senso de justiça (como forma de sensibilidade moral) envolve uma faculdade intelectual, já que seu exercício na elaboração de juízos convoca as faculdades da razão, imaginação e julgamento.

(...). Juízos refletidos são aqueles proferidos quando as condições são favoráveis ao exercício de nossas faculdades da razão e senso de justiça: ou seja, sob condições em que parecemos ter a capacidade, a oportunidade e o desejo de fazer um julgamento correto (...).⁴

Evidentemente que em relação ao Magistrado, em cujas mãos o constituinte entregou o poder-dever de julgar, mais do que o desejo de fazer um julgamento sustentável dentro dos parâmetros jurídicos constitucionais, exige-se o comprometimento com tal postura, sob pena de não se legitimar perante o Estado Democrático de Direito.

A decantada supremacia do interesse público sobre o interesse particular, que justifica várias posturas legislativas em favor da Fazenda Pública, não pode ser invocada além de um limite tolerável pelo tecido constitucional que veste todo o ordenamento jurídico de uma Nação.

Outrossim, não se pode confundir interesse público secundário com interesse público primário. O último diz com o respeito que o administrador é obrigado a ter, por imposição constitucional, com os princípios da legalidade, mora-

⁴ RAWLS, John. *Justiça como equidade, uma reformulação*; organizado por Erin Kelly; tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003, pp. 40/41.

lidade, impessoalidade, entre outros. Tal interesse não se confunde e jamais deve se confundir com o que o Prof. Talamini denominou de “interesse pragmático da Administração”, ou mero interesse secundário. Segundo o doutrinador acima, o “*interesse de que o agente público deve buscar a satisfação não é, simplesmente, o interesse da Administração como sujeito jurídico em si mesmo (‘interesse secundário’), mas sim, o ‘interesse coletivo primário’, formado pelo complexo de interesses prevalentes da coletividade*” (Renato Alessi, *Sistema institucional del diritto amministrativo italiano*. Milão: Giuffrè, 1953, p. 151-152).⁵

O Professor Leonardo Greco, ao comentar sobre “*as garantias fundamentais do devedor*”, pontua:

(...) em consequência das garantias fundamentais do processo sinteticamente mencionadas acima, mais numerosos são os direitos de que deve gozar o devedor, porque em face dele e sobre o seu patrimônio incidirão os atos coativos da execução. Tais direitos se configuram desde o processo administrativo fiscal, gerador do título executivo, a certidão da dívida ativa.⁶

Resta indubitado que a aplicação do princípio da supremacia do interesse público, quando dentro da razoabilidade, patenteia-se como mais um mecanismo de zelo para com os interesses sociais. Entretanto, o que se tem criticado é o que Éderson Garin Porto denomina de “*aplicação desmesurada do referido axioma*”, e isto se observa, principalmente, em sede de execução fiscal, conforme também apontado por este doutrinador:

Explicitadas com maior veemência são as críticas acerca da supremacia do interesse público sobre o particular aplicadas no âmbito do processo de execução fiscal, tendo em vista a complacência do legislador para o fisco, bem como as graves consequências próprias do processo de execução que repercutem no patrimônio do contribuinte. Como ressalta Ban-

⁵ TALAMINI, Eduardo. *Cabimento da arbitragem envolvendo sociedades de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado*. Revista de Processo, n. 119. p. 151-171, jan. 2005, p. 163.

⁶ GRECO, Leonardo. *As garantias fundamentais no processo de execução fiscal*. Texto disponibilizado para o Módulo 12 do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Processual Público, promovido pela Universidade Federal Fluminense em convênio com o Conselho da Justiça Federal.

deira de Melo: “Da conjugação da posição privilegiada (a) com a posição de supremacia (b) resulta a exigibilidade dos atos administrativos – o ‘droit du préalable’ dos franceses – e, em certas hipóteses, a executoriedade muitas vezes até com recurso à compulsão material sobre a pessoa ou coisa, como a chamada execução de ofício”.⁷

Na verdade, o aparelhamento de que dispunha a Fazenda Pública, anteriormente à entrada em vigor da Lei 11.382/2006, já era suficiente até para o mais ferrenho defensor das prerrogativas conferidas pelo legislador ao ente público.

Contrabalançar a exigência da penhora de bens para o recebimento dos embargos com a suspensão do processo executivo apenas refletia a lógica do razoável, porque não teria sentido o devedor ter um bem penhorado, embargar a execução e esta continuar os seus trâmites, culminando com a arrematação ou com a adjudicação de tal bem. Outrossim, também se reveste de sensatez jurídica equacionar a ampliação do direito de defesa através do recebimento dos embargos independentemente de penhora, com a vedação da suspensão automática da execução. Esta é a regra atual para as execuções comuns.

O fato de a Lei de execução fiscal exigir a penhora para embargar e não prever a suspensão do feito executivo, que, repise-se, tinha fundamento no revogado artigo 739, § 1º, deve levar o aplicador do direito a uma profunda reflexão das conseqüências trazidas pela novel redação insculpida no art. 739-A desacompanhado do efeito suspensivo automático: é justo, razoável e lógico que se continue exigindo do devedor, na execução fiscal, a segurança do juízo para embargar? A resposta negativa se impõe, e a doutrina de Maria Helena Diniz já referida traz a justificativa: “*A meta-regra lex posterior generalis non derogat priori speciali não tem valor absoluto, tendo em vista certas circunstâncias presentes*”. As circunstâncias presentes no tema objeto desta análise, nutridas pela razoabilidade, princípio este originado do direito anglo saxão que “*importa em algo negativo, em rejeição a uma forma de agir que é repelida pelo senso comum das pessoas*”⁸ também justificam a resposta negativa.

⁷ PORTO, Edson Garin. *Manual de Execução Fiscal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005, pp 22/23.

⁸ SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos Fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p.104.

III – CONCLUSÃO

De fato, é desarrazoado deixar de reconhecer ao executado a suspensão da execução e continuar impingindo-lhe o gravame da penhora para discussão do débito em embargos, já que, em contrapartida, não se pode atribuir efeito suspensivo automaticamente, porque atualmente inexistente qualquer norma desse teor no ordenamento jurídico. Ao contrário, o art. 739-A, § 1º, do CPC, aplicado supletivamente aos executivos fiscais, é claro ao afirmar os requisitos para que os embargos sejam recebidos com o efeito suspensivo:

Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.
§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. (...)

Consoante o preceptivo acima, o juiz poderá receber os embargos atribuindo-lhes o almejado efeito suspensivo, total ou apenas em relação à parte do objeto da execução (§3º), se cumpridos os requisitos do §1º do mesmo artigo, que são:

- a) requerimento do embargante;
- b) relevantes fundamentos;
- c) perigo de grave dano de difícil ou incerta reparação;
- d) existência de garantia da dívida.

Nesse ínterim, parece ser indubitoso que o caminho mais consentâneo com a ordem jurídica estatuída, inclusive com o princípio da razoabilidade, é aplicar integralmente o regramento do Código de Processo Civil, ou seja, não conceder automaticamente efeito suspensivo aos embargos, mas recebê-los, ainda que não esteja seguro o juízo.

BIBLIOGRAFIA

- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil, 19ª ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.
- GRECO, Leonardo. As garantias fundamentais no processo de execução fiscal. Texto disponibilizado para o Módulo 12 do Curso de Pós-Graduação *lato sensu* em Direito Processual Público, promovido pela Universidade Federal Fluminense em convênio com o Conselho da Justiça Federal.
- PORTO, Edson Garin. Manual de Execução Fiscal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2005.
- RAWLS, John. Justiça como equidade, uma reformulação; organizado por Erin Kelly; tradução Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- SCHÄFER, Jairo Gilberto. Direitos Fundamentais: proteção e restrições. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2001.
- TALAMINI, Eduardo. Cabimento da arbitragem envolvendo sociedades de economia mista dedicada à distribuição de gás canalizado. Revista de Processo, n. 119. p. 151-171, jan. 2005.

