

VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

JEAN CARLOS DIAS

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

JOSÉ ANTÓNIO MARTINS LUCAS CARDOSO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - FMU - São Paulo

Diretor Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

Representante Discente: Prof. Dr. Abner da Silva Jaques - UPM/UNIGRAN - Mato Grosso do Sul

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - SKEMA/ESDHC/UFMG - Minas Gerais

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UFERSA - Rio Grande do Norte

Prof. Dr. Fernando Passos - UNIARA - São Paulo

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Claudia Maria Barbosa - PUCPR - Paraná

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Profa. Dra. Daniela Marques de Moraes - UNB - Distrito Federal

Comunicação:

Prof. Dr. Robison Tramontina - UNOESC - Santa Catarina

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto - UPM - São Paulo

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Profa. Dra. Sandra Regina Martini - UNIRITTER / UFRGS - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Claudia da Silva Antunes de Souza - UNIVALI - Santa Catarina

Eventos:

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - FDF - São Paulo

Profa. Dra. Norma Sueli Padilha - UFSC - Santa Catarina

Prof. Dr. Juraci Mourão Lopes Filho - UNICHRISTUS - Ceará

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP - Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Jean Carlos Dias; José Antônio Martins Lucas Cardoso; Lucas Gonçalves da Silva – Florianópolis: CONPEDI, 2024.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-892-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direitos. 3. Garantias fundamentais. VII Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2024 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



VII ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

O VII Encontro Virtual do CONPEDI sob o tema "A pesquisa jurídica na perspectiva da transdisciplinaridade", com a divisão dos já tradicionais Grupos de Trabalho, do qual tivemos a honra de Coordenamos o de Direitos Fundamentais e Democracia I.

No GT encontram-se as pesquisas desenvolvidas nos Programas de Mestrado e Doutorado do Brasil, com artigos selecionados por meio de avaliação por pares, objetivando a melhor qualidade e a imparcialidade na divulgação do conhecimento e formação do estado da arte na área dos Direitos Fundamentais e Democracia.

Valorosas contribuições teóricas e relevantes inserções na realidade brasileira emanam da reflexão trazida pelos professores, mestres, doutores e acadêmicos de todo o Brasil e do mundo. Os artigos mostram um pouco do impacto da Era Digital e as Políticas Públicas, com suas implicações na ordem jurídica brasileira, na contemporaneidade.

Temas sensíveis, nosso GT com 19 (dezenove) artigos apresentados, mostra pesquisas e abordagens sobre:

Teoria Geral

ISADORA SILVA SOUSA, ALDENILSON DE SOUSA OLIVEIRA, NEWTON PEREIRA RAMOS NETO, Quem é o povo? Uma análise jurídica do acesso à justiça aos imigrantes brasileiros à luz da teoria de Friedrich Müller

LUÍS FELIPE PERDIGÃO DE CASTRO, DENISE VIEIRA FEITOSA H. LIMP , LEONARDO DA SILVA GUIMARÃES, Direitos fundamentais, repressão estatal e raça: reflexões sobre racismo estrutural como mecanismo de seletividade jurídica

DANIEL FERREIRA DANTAS, WALKIRIA MARTINEZ HEINRICH FERRER, Titularidade dos direitos fundamentais: reflexões contemporâneas

LIANE FRANCISCA HÜNING PAZINATO, LUCAS PEREIRA CARVALHO DE BRITO MELLO, A garantia do juízo: como barreira ao exercício do contraditório, do direito de defesa e da justiça social

LUCAS RIBEIRO DE FARIA , LUCAS GONÇALVES DA SILVA, Julgamento virtual de ações penais originárias no STF: caso dos atos praticados em 08 de janeiro de 2023 à luz do direito fundamental de defesa

A Sociedade da informação e a protecção da intimidade da vida pessoal e familiar

PRISCILA SILVA ARAGAO, DANIEL BARILE DA SILVEIRA, ANTONIA LADYMILLA TOMAZ CARACAS BANDEIRA, A proteção de dados e o princípio da publicidade na esfera das serventias extrajudiciais

PRISCILA SILVA ARAGÃO, DANIEL BARILE DA SILVEIRA, A sociedade da informação e a proteção de dados pessoais como diferencial competitivo

WALLACY DE BRITO ROCHA, LUÍS FELIPE PERDIGÃO DE CASTRO, Regulações de redes e mídias sociais no brasil: um panorama de conteúdos e dissensos nos projetos de lei

CLERISTON ADONAI DOS SANTOS, LUCAS GONÇALVES DA SILVA, LUCAS RIBEIRO DE FARIA, Divulgação dos benefícios fiscais recebidos por pessoas jurídicas: análise da constitucionalidade à luz dos princípios de direito fundamental

Direitos de liberdade na esfera económica

DIRCEU PEREIRA SIQUEIRA, ANDRYELLE VANESSA CAMILO POMIN, LORENA AQUINO PRADELLA, O direito fundamental à livre iniciativa enquanto um direito da personalidade

NICKAELLY VALLESCKA SILVA SOARES DINIZ, JASON SOARES DE ALBERGARIA NETO, Os princípios do direito empresarial

Direitos Sociais

NEWTON PEREIRA RAMOS NETO, ALDENILSON DE SOUSA OLIVEIRA, ISADORA SILVA SOUSA, A acessibilidade como direito fundamental da pessoa com deficiência: uma análise à luz da teoria dos direitos fundamentais na constituição federal de 1988

CRISTIANO DINIZ DA SILVA, LORANY SERAFIM MORELATO, MALCON JACKSON CUMMINGS, A efetividade da busca ativa na promoção do direito fundamental

à convivência família de crianças e adolescentes: estudo de caso das adoções viabilizadas pelo "a.dot"

LINO RAMPAZZO , FÁBIA DE OLIVEIRA RODRIGUES MARUCO , ZEIMA DA COSTA SATIM MORI, A interdisciplinaridade como efetivação dos direitos da criança e do adolescente em situação de vulnerabilidade social

BRUNA BALESTEIRO GARCIA, Aproximações ao tema dos direitos da criança e do adolescente e aos impactos que surgem por ocasião do desacolhimento institucional por maioridade

VITÓRIA VALENTINI MARQUES, LUIZ ALBERTO PEREIRA RIBEIRO, As transmutações do direito fundamental à educação: da origem à judicialização da educação inclusiva

MICHELE SILVA PIRES , NELSON DE REZENZE JUNIOR, A educação ambiental na transversalidade da educação básica: uma análise do plano estadual de educação de minas gerais

TALISSA MACIEL MELO, A garantia do direito fundamental de acesso à justiça em meio aos conflitos ambientais

ALEXANDRE HERRERA DE OLIVEIRA, Direitos fundamentais e da personalidade diante da ausência de saneamento básico

Assim como foi seguramente um momento ímpar a Coordenação do GT, organizando a apresentação dos trabalhos, acreditamos que tem valor científico positivo, ao leitor ou leitora, a experiência de aprofundar o pensamento daqueles que souberam cativar para este momento, o solitário momento da leitura e da meditação, para colocar à prova as várias teses defendidas naqueles dias do CONPEDI.

Divulgar a produção científica colaborativa socializa o conhecimento e oferece à sociedade nacional e internacional o estado da arte do pensamento jurídico contemporâneo aferido nos vários centros de excelência que contribuíram no desenvolvimento pessoal e profissional dos autores e autoras do presente Livro.

Por fim, nossos agradecimentos ao CONPEDI pela honra a que fomos laureados ao coordenar o GT e agora, pela redação do Prefácio, que possui a marca indelével do esmero,

da dedicação e o enfrentamento a todas as dificuldades que demandam uma publicação de qualidade como o presente.

Florianópolis, julho de 2024.

Prof. Dr. Jean Carlos Dias - CENTRO UNIVERSITÁRIO DO PARÁ

Prof. Dr. José António Martins Lucas Cardoso - Politécnico de Lisboa

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UNIVERSIDADE FEDERAL DE SERGIPE

A GARANTIA DO JUÍZO: COMO BARREIRA AO EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO, DO DIREITO DE DEFESA E DA JUSTIÇA SOCIAL

THE GUARANTEE OF JUSTICE: AS A BARRIER TO THE EXERCISE OF THE COUNTERCLAIM, THE RIGHT OF DEFENCE AND SOCIAL JUSTICE

Liane Francisca Hüning Pazinato ¹
Lucas Pereira Carvalho De Brito Mello ²

Resumo

O objetivo do presente artigo é demonstrar que a necessidade de garantia do juízo para opor embargos á execução figura como barreira ao exercício do direito do contraditório, do direito de defesa e da justiça social. A garantia do juízo está esculpida expressamente no artigo 16, §1º da Lei 6.830/80. O direito ao contraditório e ao exercício do direito de defesa são direitos garantias fundamentais com previsão expressa no texto da Constituição Federal de 1988, que em seu artigo 5º inciso LV assegura aos litigantes o contraditório e ampla defesa. Sendo assim, exigir qualquer tipo de contraprestação para o executado apresentar sua defesa trata-se de uma violação dos direitos fundamentais do contribuinte, pois o direito de defesa é inerente aos litigantes. A Lei de Execução Fiscal encontra-se em descompasso em relação ao Código de Processo Civil em vigor à própria Constituição de 1988, devendo ser repensada para garantir o equilíbrio entre a execução fiscal e os direitos constitucionais dos contribuintes. A metodologia utilizada para desenvolvimento do presente artigo será análise bibliográfica e análise documental jurisprudencial e legislativa.

Palavras-chave: Política tributária, Garantia do juízo, Direito de defesa, Justiça social, Sustentabilidade fiscal

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to demonstrate that the need to guarantee justice in order to oppose enforcement embargoes constitutes an obstacle to the exercise of the right of contradiction, the right to defence and social justice. The guarantee of justice is expressly enshrined in article 16, paragraph 1, of Law 6.830/80. The right to contradiction and the exercise of the right of defence are fundamental guaranteed rights expressly provided for in the text of the Federal Constitution of 1988, which in its article 5, paragraph LV, assures the litigants the contradictory and broad defense. It is therefore a violation of the fundamental rights of the taxpayer to demand any kind of compensation for the defendant to defend himself, since the right of defence is inherent to the litigants. The Tax Enforcement Act is at

¹ Pós-Doutora na Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS (2013). Mestre em Direito – UFSC (2000).

² Mestrando em Direito e Justiça Social - FURG, pós-graduando em Prática Jurídica Social – FURG, Especialista em Advocacia Tributária – EBRADI (2021) e Bacharel em Direito - PUCRS (2020).

odds with the Code of Civil Procedure in force in the 1988 Constitution itself and must be reconsidered to ensure the balance between tax enforcement and the constitutional rights of taxpayers. The methodology used for the development of this article will be bibliographic analysis and jurisprudential and legislative documentary analysis.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Tax policy, Guarantee of judgment, Right of defense, Social justice, Fiscal sustainability

INTRODUÇÃO

O objetivo do presente artigo é demonstrar que a necessidade de garantir o juízo para opor embargos à execução fiscal, acaba por criar uma barreira ao exercício pleno do contraditório, do direito de defesa e efetivação da justiça social. Trazendo grande disparidade social ao permitir a defesa plena somente para quem tem poder econômico.

Justifica-se o presente artigo pela necessidade de Garantir o Juízo para opor embargos a execução fiscal, obrigação expressa no art. 16, § 1º da Lei 6.830/80, previsão que nasce em consonância ao art. 995 do Código de Processo Civil em vigor a época (Decreto-Lei nº 1.608, de 18 de setembro de 1939).

Que mesmo com o advento do atual Código de Processo Civil Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, não prevendo qualquer necessidade de garantir do juízo para opor embargos, a Lei de Execução Fiscal, específica para o caso, manteve-se intocável. Em se tratando de débitos fiscais, ainda há expressa obrigação de garantir o juízo.

A necessidade de garantir o juízo como requisito para admissibilidade de embargos à execução fiscal, traz uma barreira econômica para o exercício de defesa. Os embargos à execução fiscal é o principal instrumento defensivo do contribuinte contra as intenções do Estado, exigir uma contraprestação do executado para apresentar sua defesa fere mandamentos constitucionais de igualdade, ampla defesa, contraditório, acesso ao judiciário, justiça social e sustentabilidade fiscal.

Para tanto, se desenvolverá o artigo em cinco tópicos, sendo: diferenciação entre execução comum e execução fiscal; histórico da garantia do juízo; exercício de defesa e acesso à justiça como justiça social, subdividido em o direito ao contraditório e ampla defesa, sustentabilidade e o processo executório fiscal; embargos a execução como principal defesa do contribuinte, subdividido em exceção de pré-executividade como único meio de defesa possível; e, por fim, o posicionamento do superior tribunal de justiça

A metodologia utilizada para desenvolvimento do presente artigo será análise bibliográfica e análise documental de jurisprudência e legislação.

1. DIFERENCIAÇÃO ENTRE EXECUÇÃO COMUM E EXECUÇÃO FISCAL

Inicialmente é necessário distinguirmos a execução dita comum regrada pelo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015) e a execução fiscal instituída em Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980). A diferença primordial entre as execuções está relacionada aos tipos de créditos que estão sendo cobrados e aos procedimentos legais que serão adotados.

A execução comum é disciplinada pelo Código de Processo Civil e conforme art. 783 do referido código destina-se a execução de obrigação certa, líquida e exigível, podendo ser promovida pelo o Ministério Público, nos casos previstos em lei; o espólio, os herdeiros ou os sucessores do credor, sempre que, por morte deste, lhes for transmitido o direito resultante do título executivo; o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe for transferido por ato entre vivos; o sub-rogado, nos casos de sub-rogação legal ou convencional, conforme expressamente previsto no art. 778 do Código de Processo Civil.

Por outro lado, a execução fiscal destina-se a satisfação qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei a União, os Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e respectivas autarquias, sendo, os débitos, considerados Dívida Ativa da Fazenda Pública, conforme expressamente previsto no art. 1º e. 2º da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980).

Para ambas as execuções, o executado poderá se opor à execução através de embargos, sendo que independente de penhora, depósito ou caução quando da execução comum conforme art. 914 do Código de Processo Civil, mas em execução fiscal é inadmissíveis os embargos antes de garantida a execução disposição do art. 16, §1º da Lei de Execuções Fiscais. A garantia do juízo nem sempre foi privilégio da Execução Fiscal, antes era regra, hoje se mantém somente para Execução Fiscal para benefício da fazenda pública.

2. HISTÓRICO DA GARANTIA DO JUÍZO

A evolução do Código de Processo Civil foi inevitável, principalmente para que houvesse uma adequação ao texto constitucional e aos princípios esculpido na constituição cidadã de 1988, tendo em vista que ao manter a exigência de garantia do juízo quando dos embargos à execução violava não só os princípios constitucionais, mas todo o ordenamento jurídico.

A garantia do juízo em procedimento executório possui origem do ordenamento do Código de Processo Civil de 1939, tal código encontra-se revogado, por consequência, em uma equação lógica, deveria abolir dispositivos replicados do código revogado e atualizar a Lei de Execuções Fiscais para coadunar com novo código de processo civil, o que não ocorreu. A Lei de Execução Fiscal, ainda exige, expressamente a necessidade de garantir o juízo.

Exigir a garantia do juízo não foi um privilégio esculpido somente para o poder público, em 1980 a regra geral era a prévia garantia do juízo em qualquer natureza de execução, Da Cunha (2016, p. 452) descreve: “Quando da edição da Lei 6.830/1980, essa era uma regra geral, aplicável a qualquer execução. Em qualquer execução [...], a apresentação de embargos dependia, sempre, da prévia garantia do juízo”.

A previsão da garantia do juízo era expressa no texto do artigo 1.008 do Código de Processo Civil de 1939, dispondo que “não serão admissíveis embargos do executado antes de seguro o juízo pela penhora ou depósito da coisa, objeto da condenação, ou de seu equivalente” (Brasil, 1939).

O Código de Processo Civil de 1973 unificou todos os procedimentos de execução fiscais e cíveis, o artigo 737 tinha a seguinte redação “Não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo” (Brasil, 1973), a Lei de Execuções Fiscais é datada de 1980 e reproduziu o artigo 737 do Código de Processo Civil em vigor no seu artigo 16, §1º. Ocorre, que a Lei nº 11.382/2006 revogou o artigo 737 incluindo a possibilidade de realização de embargos independente da realização de garantia do juízo.

Com a entrada do Código de Processo Civil de 1973 (Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973) e com advento da Lei 11.382/2006 a necessidade de garantir o juízo foi abolida do código, mesmo com a edição do Código de Processo Civil de 2015 prevendo a possibilidade de opor embargos independentemente da garantia do juízo, a Lei de Execução Fiscal continuou com sua redação original, mantendo como requisito de admissibilidade a devida e integral garantia do juízo.

É inequívoco que o procedimento fiscal se encontra ultrapassado em relação ao Código de Processo Civil de 2015, bem como a própria ordem constitucional de 1988, a qual prevê entre tantos princípios, o princípio do acesso à justiça, bem como o princípio do devido processo legal.

Ainda, não há que se falar na aplicabilidade da Lei de Execuções Fiscais por ser lei específica aos casos de execução fiscal, pois é evidente que o artigo 16, §1º da referida lei, não fora recepcionado pela Constituição Federal de 1988, contudo continua vigente para benefício do poder estatal e da política fiscal brasileira.

Entende-se que o tributo é de fato necessário para manutenção da administração pública e para buscar um equilíbrio social através da distribuição de renda, mas não pode ser em detrimento da parcela mais vulnerável da sociedade.

O tributo, em linhas gerais, decorre da soberania de determinada nação e de sua necessidade de contraprestação do que foi pago aos cofres públicos. A prestação de serviços públicos, assim como a manutenção de seu patrimônio, é um dever do Estado. A função de tributar confunde-se muitas vezes com a própria função social estatal, uma vez que está intrinsecamente unida às ideias de justiça social e distributividade. Essa função relativa ao tributo é chamada de função social do tributo, uma vez que se presta a atender às questões da coletividade. Como você sabe, a Constituição Federal estipula em seu texto que o bem-estar social e a promoção de políticas públicas são deveres do Estado. E é por meio da arrecadação dos tributos que tais deveres podem ser cumpridos. (Eltz, Duarte e Portella, 2018, p. 289).

Embora a necessidade social do tributo, não se pode suprimir direitos fundamentais em prol do êxito da execução fiscal, o avanço dos dispositivos normativos com o tempo, passaram a trazer um ideal social, sendo assim, a evolução já deveria ter alcançado, também, a Lei de Execução Fiscal, não havendo motivos para se manter um dispositivo retrógado que retira do contribuinte o direito constitucional da ampla defesa em prol do erário público.

3. EXERCÍCIO DE DEFESA E ACESSO À JUSTIÇA COMO JUSTIÇA SOCIAL

Exercer o direito de defesa e ter acesso à justiça independentemente de possuir recursos financeiros é direito fundamental e traz a ideia de justiça social. Ainda, necessário apontar que a Constituição Federal, expressamente garante no art. 5 no inciso LXXIV que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos” (Brasil, 1988).

O direito ao exercício de defesa está esculpido no rol dos direitos e garantias fundamentais, especificamente no artigo 5º inciso LV da Constituição Federal, que dispõe “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Brasil, 1988).

A exigência de garantia com requisito de admissibilidade de embargos em execução fiscal é uma afronta direta ao dispositivo constitucional. É extremamente necessário que todo acusado, ou executado, nesse caso, ter o direito a resposta contra qualquer acusação que lhe é dirigida, com isso, poderá utilizar-se de todos os meios admitidos em direito.

Neste mesmo sentido, mas em outros procedimentos, o Supremo Tribunal Federal, em observância ao direito constitucional ao acesso à justiça firmou a Súmula Vinculante nº 21 o entendimento que “é inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo” (STF, 2009), bem como editou a Súmula Vinculante nº 28 que “é inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário” (STF, 2010).

O acesso à justiça pressupõe a inexistência de quaisquer barreiras ou pressupostos para o exercício da prestação jurisdicional, segundo o IBGE (2022) a pobreza atingiu 31,6% da população, ou seja, a existência de requisito econômico como barreira ao exercício de defesa é retirar a possibilidade de cerca de 67,8 milhões de pessoas de exercer suas defesas de um ataque estatal.

A exigência de garantia para exercer o direito de defesa põe em xeque a própria justiça social desenhada pela constituição de 1988, que busca garantir que todos da sociedade tenham acesso igual a recursos, oportunidades e direitos básicos, independentemente de sua origem, gênero, etnia, orientação sexual ou qualquer outra característica. A justiça social busca eliminar as disparidades sociais para promover uma sociedade mais justa e inclusiva. Criar uma barreira econômica é permitir que somente uma parcela da sociedade possa exercer o direito de defesa quando tratamos de execução fiscal.

A Constituição Federal, na busca de uma justiça social limitou o poder de tributar, prevendo no art. 150 “sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios” (Brasil, 1988), inciso II do referido dispositivo “instituir tratamento desigual entre contribuintes em razão de ocupação profissional

ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos” (Brasil, 1988). Ou seja, há comando expresso ao Sistema Tributário Nacional que proíbe tratamento desigual entre os contribuintes.

A garantia de igualdade vem expresso em nossa constituição através de princípio no artigo 5º, inciso I, da Constituição Federal de 1988. A Constituição Federal é categórica em garantir a igualdade de todos perante a lei, ocorre que a Lei de Exceções Fiscais traz uma grande disparidade no tratamento daqueles que sofrem uma execução fiscal ao exigir a garantia do juízo para opor embargos à execução fiscal.

3.1. DIREITO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA

O direito ao contraditório e ampla defesa possuem base em nossa Constituição Federal, especificamente no artigo 5º, LV, que assegura “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Brasil, 1988), na prática se extrai desse dispositivo o direito de se defender com a produção de provas, ser ouvido e ter conhecimento sobre o processo e as alegações da parte contrária.

O contraditório e ampla defesa no processo judicial ou administrativo é direito fundamental do executado enfrentar as alegações impostas contra si, trazendo, assim, o devido equilíbrio entre as partes, não podendo exigir uma contraprestação pecuniária para apresentar a defesa cabível.

Nesse sentido leciona Julio Fabbrini Mirabete:

Dos mais importantes no processo acusatório é o princípio do contraditório (ou da bilateralidade da audiência), garantia constitucional que assegura a ampla defesa do acusado (art. 5.º, LV). Segundo ele, o acusado goza do direito de defesa sem restrições, num processo em que deve estar assegurada a igualdade das partes. A garantia do contraditório abrange a instrução lato sensu, compreendendo, as alegações e os arrazoados das partes. Diz bem J. Canuto Mendes de Almeida: “A verdade atingida pela justiça pública não pode e não deve valer em juízo sem que haja oportunidade de defesa ao indiciado. É preciso que seja o julgamento precedido de atos inequívocos de

comunicação ao réu: de que vai ser acusado; dos termos precisos dessa acusação; e de seus fundamentos de fato (provas) e de direito. Necessário também é que essa comunicação seja feita a tempo de possibilitar a contrariedade: nisso está o prazo para conhecimento exato dos fundamentos probatórios e legais da imputação e para a oposição da contrariedade e seus fundamentos de fato (provas) e de direito.” Assim, a garantia do contraditório abrange a instrução lato sensu, incluindo todas as atividades das partes que se destinam a preparar o espírito do juiz, na prova e fora da prova. Compreende, portanto, as alegações e os arrazoados das partes (Mirabete, 2004, p. 44).

O princípio do contraditório exige duas situações, sendo (i) direito a informação e (ii) direito de impugnar, ou seja, o contribuinte necessariamente tem que estar ciente as intenções da fazenda pública e ter a possibilidade de insurgir-se contra esta. A ampla defesa, por sua vez, difere-se do contraditório, pois essa dá ao executado o direito de utilizar-se de todos meios necessários para provar o alegado contra este, nesse sentido Hugo de Brito Machado, ensina:

O contraditório é uma forma de assegurar-se a ampla defesa, e por isto, sob certo aspecto, com ela se confunde. Por contraditório entende-se o procedimento no qual tudo o que de relevante é praticado no processo por uma das partes deve ser do conhecimento da parte contrária. Sobre o que diz o autor deve ser ouvido o réu, e vice-versa. [...] Ampla defesa quer dizer que as partes tudo podem alegar que seja útil na defesa da pretensão posta em juízo. [...] Por outro lado, a parte há de comportar-se dentro de limites razoáveis ao exercer sua defesa, não devendo abusar dessa garantia praticando atos inúteis, apenas para protelar o andamento do processo. Assim, a produção de uma prova que diga respeito a fato irrelevante, por exemplo, deve ser indeferida, porque evidente a sua inutilidade (Machado, 2010, p. 488).

A ampla defesa e o contraditório são princípios basilares para nosso ordenamento jurídico. Para alcançarmos a ampla defesa na Lei de Execução Fiscal se faz necessário retirar toda e qualquer exigência de garantia para admissibilidade do contribuinte apresentar sua defesa.

Nesse sentido, Segundo assevera:

É muito importante ter em mente que tais princípios não existem para “privilegiar sonegadores”, como preconceituosamente pensam alguns. São, na verdade, fruto da longa evolução da ciência jurídica através dos séculos,

consistindo em uma das mais elementares garantias do cidadão. Deve-se partir da premissa, de veracidade incontestável, de que partes e julgadores são falíveis. Não apenas por dolo, mas muitas vezes por erro. São humanos. E a única maneira de fazer com que não prevaleça uma acusação equivocada, uma autuação infundada, uma demanda improcedente etc., é assegurando às partes interessadas o direito ao contraditório e à ampla defesa. Enfim, é através da ampla defesa e do contraditório que se reduzem a níveis aceitáveis as possibilidades de erro na aplicação do Direito (Segundo, 2024, p. 32).

Inegável, que a exigência de contraprestação pecuniária para apresentação de defesa, retira do executado a ampla defesa e o contraditório, haja vista que os embargos à execução fiscal é o principal meio de defesa, sem a garantia do juízo, o executado terá, por única via, defender-se através de Exceção de Pré-Executividade, peça defensiva absurdamente restrita em comparação com os embargos.

3.2. SUSTENTABILIDADE E O PROCESSO EXECUTÓRIO FISCAL

A ideia de sustentabilidade trazida em nossa constituição de 1988, aponta para necessidade de equidade e controle fiscal, no sentido de que as políticas fiscais devem ser moldadas de forma que não de distingue e onere ainda mais os grupos mais vulneráveis, em prol do equilíbrio das contas estatais.

Para Juarez Freitas, a sustentabilidade:

Trata-se do princípio constitucional que determina, independentemente de regulação legal, com eficácia direta e imediata, a responsabilidade do Estado e da sociedade pela concretização solidária do desenvolvimento material e imaterial, socialmente inclusivo, durável e equânime, ambiente limpo, inovador, ético e eficaz ciente, no intuito de assegurar, preferencialmente de modo preventivo e precavido, no presente e no futuro, o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, consonância hemostática como bem de todos (Juarez, 2011, p. 40).

Exigir contraprestação pecuniária para o contribuinte exercer o direito de defesa, aponta para a insustentabilidade fiscal brasileira, que suprime direitos de garantias fundamentais em prol da arrecadação e manutenção da máquina pública.

O tributo nasce com a finalidade de manutenção da administração pública e equilíbrio social, a partir da distribuição de renda, mas essa justificação não serve como salvo conduto para suprir direito e garantias fundamentais.

4. EMBARGOS A EXECUÇÃO COMO PRINCIPAL DEFESA DO CONTRIBUINTE

Os embargos à execução fiscal é a principal peça defensiva do contribuinte no processo de execução fiscal em que pretende a Fazenda Pública satisfazer uma dívida em que o poder público é credor.

Neste sentido, Humberto Júnior:

O executado pode se defender contra a execução, em vários momentos e através de diferentes meios impugnativos. O primeiro e mais amplo deles são os embargos à execução, que são oponíveis logo no princípio dos atos executivos, ou seja, nos trinta dias após a segurança do juízo (LEF, art. 16) (Júnior, 2022, p. 116).

O artigo 16, §2º da Lei 6.830/80 prevê que “No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite” (Brasil, 1980).

Para James Marins:

[...] à execução promovida pela Fazenda Pública, prevê a Lei nº 6.830/80 os embargos à execução fiscal. Como já visto, não merece prosperar o magistério que busca centrar nos embargos a única possibilidade de defesa na execução. No entanto, é de se reconhecer que a única forma de se exercitar uma substancial defesa na execução fiscal se dá por meio da oposição de embargos, que permitem ampla discussão, superando os limites impostos pela exceção de pré-executividade. Por fundar-se a execução fiscal em título extrajudicial, a matéria que pode ser argüida pela via dos embargos se afigura

ampla, ensejando, por exemplo, suscitar dúvidas quanto à constitucionalidade da lei, regularidade do Processo Administrativo, entre quaisquer matérias de mérito. Daí ser seu espectro mais amplo que o da exceção de pré-executividade. Porém, para bem compreender os embargos à execução fiscal se faz imprescindível situá-los na sistemática processual. Tradicionalmente, o vocábulo embargos enseja duas acepções: uma eminentemente recursal, como no caso dos embargos de declaração e infringentes, e outra que se identifica como o conceito de ação acessória. (Marins, 2005, p. 677).

A execução fiscal é regida por lei específica, possibilitando ao executado dois meios de defesa, sendo a exceção de pré-executividade e os embargos à execução fiscal, ocorre que em sede de pré-executividade há uma restrição probatória servindo apenas para comunicar o juízo da existência de óbice ao prosseguimento da execução fiscal.

Por sua vez, os embargos à execução fiscal é uma ação autônoma que possibilita amplos poderes e dilação probatória, em embargos o executado deverá alegar toda matéria de defesa, requerer provas e juntar aos autos documentos e rol de testemunhas o que não é permitido em exceção de pré-executividade.

Importa salientar que o juízo ao receber os embargos a execução poderá: indeferir a petição inicial, dar improcedência liminar do pedido, ou decadência do direito ou de prescrição da pretensão, ou seja, o juízo somente dará seguimento ao andamento dos embargos à execução se tiver, o contribuinte, o mínimo de razão ao pleito, evitando, assim, a instauração de contraditório inútil ou meramente protelatório.

Necessário, salientar que os em embargos à execução não possuem o condão de atribuir, automaticamente, efeito suspensivo aos atos executórios e nem poderá ser concedido pelo Juízo *ex officio*, ou seja apenas pode ser avaliada o efeito suspensivo quando houver requerimento expresso do embargante/executado. Não há qualquer prejuízo para execução fiscal respeitar o contraditório e a ampla defesa, tendo em vista que não suspenderá o feito, sem que o executado tenha o mínimo de razão.

4.1. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE COMO ÚNICO MEIO DE DEFESA POSSÍVEL

Não tendo o contribuinte forças econômicas, para garantir o juízo e exercer a defesa plena, terá que socorrer-se da exceção de pré-executividade, que deve ser objetiva e clara e sem necessidade de dilação probatória, não podendo assim, trazer aos autos da execução todos os argumentos necessários para sua defesa.

Até porque o STJ ao julgar o REsp n. 1.110.925/SP, definiu requisitos que deverá ser atendido para peça defensiva ser cabível, sendo um requisito de ordem material e formal. No que tange ao material deverá a exceção versar sobre questão de ordem pública, no campo do formal, a exceção de pré-executividade não poderá depender de dilação probatória.

Com o entendimento, o STJ editou a Súmula 393, que aponta “A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória” (SÚMULA 393, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 07/10/2009). O contribuinte é compelido a “pagar” para produzir a prova que poderá anular o próprio lançamento fiscal.

5. POSICIONAMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça em 2015 seguiu arrisca a disposição da Lei de Execução Fiscal em não admitir embargos à execução fiscal sem garantia do juízo, em atenção ao princípio da especialidade.

Em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/73, a nova redação do art. 736, do CPC dada pela Lei n. 11.382/2006 - artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos - não se aplica às execuções fiscais diante da presença de dispositivo específico, qual seja o art. 16, § 1º da Lei n. 6.830/80, que **exige expressamente a garantia para a apresentação dos embargos à execução fiscal** (REsp 1.272.827/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 31.5.2013).

Em 2019 houve um grande avanço na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça quando o Ministro GURGEL DE FARIA, relator, julgou Recurso Especial nº 1487772SE, que entendeu por mitigar a exigência de garantia do juízo para apresentação de embargos. Afirmando que nossa constituição, resguarda a todos o direito de acesso ao Poder Judiciários, contraditório e ampla defesa mitigando, assim, a obrigatoriedade de garantia do juízo para opor

embargos a execução. Ainda, nos mesmos autos, o Ministro relator, asseverou que adotando tese contrária iria garantir o direito de defesa ao “rico” e negar o direito de defesa ao “pobre”.

A exigência de garantia do juízo para admissibilidade de embargos a execução fiscal é essencialmente inconstitucional. A Lei de Execução Fiscal protege o erário público e ultrapassa os direitos e garantias individuais ao criar barreira econômica para apresentação de defesa.

Com a entrada em vigor da Lei nº 11.382/2006 o Código de Processo Civil deixou de exigir a garantia do juízo como requisito de admissibilidade para opor embargos a execução e mesmo, sem a exigência de garantia, o processo executório não deixou de produzir efeitos para satisfação do crédito.

Importa salientar, que o simples fato de opor embargos não suspenderá o processo executório, desde que seja atribuído efeito suspensivo, o que será analisado, caso a caso pelo juízo. Ou seja, oportunizar ao contribuinte opor Embargos à Execução, não dificultará ao erário público satisfazer seu débito e respeitará todo ordenamento e trará sustentabilidade ao processo executório fiscal.

CONCLUSÃO

A garantia do juízo nasceu na Lei de Execuções Fiscais após a reprodução de uma norma já sucumbida pelo ordenamento jurídico, por não haver espaço ou admissibilidade para normas e dispositivos que não coadunam com o sistema normativo em vigor. Mas para benefício do erário, a Lei de Execuções Fiscais, manteve-se intacta na exigência de garantia do juízo.

A Constituição Federal de 1988, apontam pela inconstitucionalidade da exigência de garantia do juízo, além do direito à defesa, da igualdade, do acesso à justiça, a constituição prevê expressamente o direito a ampla defesa, todos atingidos frontalmente para manter as benesses concedidas para Fazenda Pública.

Exigir qualquer contraprestação do contribuinte para apresentar defesa ao processo de execução fiscal fere, veementemente, os direitos e garantias fundamentais esculpidos na Constituição Federal de 1988. O parágrafo 1º do artigo 16 da Lei de Execuções Fiscais ainda

se encontra em pleno vigor, mas deve ser revisto pelo legislador para não abrir espaço para o ativismo judicial.

Neste entendimento, o código de processo civil superveniente deixou de exigir tal contraprestação, mas infelizmente para malefício do hipossuficiente e para benefício do erário público a Lei de Execução Fiscal manteve a exigência de garantia do juízo em seu texto.

Garantir ao contribuinte o acesso ao poder judiciário, podendo exercer a ampla defesa e o contraditório é elemento essencial para buscar uma justiça social e da sustentabilidade fiscal. Ocorre que não há interesse político em tirar o grande benefício do poder estatal, pois a máquina pública tem que ser custeada, mesmo que para tal objetivo tenham que restringir os direitos e garantias fundamentais dos contribuintes.

Perigoso para nosso sistema democrático de direito ter um dispositivo datado de 1980, anterior a Constituição Federal de 1988, sendo contra as disposições expressas do texto constitucional.

Retirar a previsão de necessidade de garantir o juízo para opor embargos há execução não esvaziará o processo de execução fiscal, tendo em vista, que o processo de execução de débitos ditos “comuns” não se esvaziou quando em 2006 fora alterado o código de processo civil retirando a necessidade de garantia.

Embargos a Execução é ação autônoma, sendo assim, não terá o condão de, automaticamente, atribuir efeito suspensivo ao processo de execução fiscal, sendo assim, retirar a previsão da necessidade de garantia não trará qualquer prejuízo ao erário público, pelo contrário, dará importante passo para sustentabilidade fiscal, trazendo uma ideia de equidade fiscal.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição, de 5 de outubro de 1988 (Constituição da República Federativa do Brasil). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 10/03/2024.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.608, de 18 de setembro de 1939 (Código de Processo Civil). Disponível em < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/1937-1946/De11608.htm> Acesso em: 10/03/2024.

BRASIL. Decreto-Lei n.5.869, de 11 de janeiro de 1973 (Código de Processo Civil). Disponível < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869.htm> Acesso em: 10/03/2024.

BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980 (Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências). Disponível <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6830.htm> Acesso em: 10/03/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 21. Data de Aprovação Sessão Plenária de 29/10/2009. Fonte de publicação DJe nº 210 de 10/11/2009, p. 1; DOU de 10/11/2006, p. 1. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula769/false>> Acesso em: 10/03/2024.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 28. Data de Aprovação Sessão Plenária de 03/02/2010. Fonte de publicação DJe nº 28 de 17/02/2010, p. 1; DOU de 17/02/2010, p. 1. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/seq-sumula777/false>> Acesso em: 10/03/2024.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 393. Data de Aprovação Sessão Plenária de 23/09/2009. Fonte de publicação DJe 07/10/2009. Disponível em: <<https://processo.stj.jus.br/SCON/pesquisar.jsp?b=SUMU&sumula=393>> Acesso em: 10/03/2024.

DA CUNHA, Leonardo Carneiro. Fazenda Pública em Juízo. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ELTZ, Magnum K F.; DUARTE, Melissa F.; PORTELLA, Mariana; et al. Constituição e tributação. Porto Alegre: Sagah, 2018. *E-book*. ISBN 9788595024052. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788595024052/>. Acesso em: 29/03/2024.

FREITAS, Juarez. Sustentabilidade Direito ao Futuro. Belo Horizonte. Editora Fórum, 2011.

JÚNIOR, Humberto T. Lei de execução fiscal. São Paulo: Editora Saraiva, 2022. *E-book*. ISBN 9786553620209. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786553620209/>. Acesso em: 23/03/2024.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de Direito Tributário. 31ª Ed. Revista, Atualizada e Ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial). 4ª Ed. Revista, Atualizada e Aumentada. São Paulo: Dialética, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 16.ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SEGUNDO, Hugo de Brito M. Processo Tributário. São Paulo: Grupo GEN, 2024. *E-book*. ISBN 9786559776030. Disponível em:

<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786559776030/>. Acesso em: 23/03/2024

SÍNTESE DE INDICADORES SOCIAIS - 2023. Agência IBGE, 2023. Disponível https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/media/com_mediaibge/arquivos/070903d82038130a93f0374ada39f81d.pdf. Acesso em: 20/05/2024.

STJ. Agravo Regimental em Recurso Especial n. 1516732 TO 2015/0036592-9. Relator Ministro HERMAN BENJAMIN. Julgamento: 26/05/2015.

STJ. Recurso Especial n. 1487772 SE, Relator Ministro GURGEL DE FARIA, Julgamento: 28/05/2019.

STJ. Recurso Especial n. 1.110.925 SP, Relator Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Julgamento 22/04/2009.