

**A EXIGÊNCIA DE GARANTIA PRÉVIA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL:
O CAMINHO DA LEGALIDADE À INCONVENCIONALIDADE**
*THE REQUIREMENT OF PRIOR GUARANTEE IN THE MOTION TO STAY TAX
ENFORCEMENT: THE PATH FROM LEGALITY TO UNCONVENTIONALITY*

Luiz Felipe Rossini

Doutorando e mestre pela Universidade Nove de Julho. Especialista em Processo Civil pela Escola Paulista da Magistratura. Graduado em Direito pela Universidade Mackenzie. Professor de Direito Civil, Processo Civil e Teoria Geral do Direito. Assistente Judiciário no Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. São Paulo (Brasil).

E-mail: profelipe.rossini@gmail.com.

Lattes:

Rubens Ferreira Jr.

Doutorando, mestre e especialista pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUCSP. Professor de Direito Tributário e Constitucional da Universidade São Judas Tadeu. Advogado da Advocacia Ubirajara Silveira. São Paulo (Brasil).

E-mail: rubensjr@aus.com.br.

Lattes:

Submissão: 01.11.2021.

Aprovação: 03.04.2022.

RESUMO

O presente trabalho tem por base a discussão acerca da inconstitucionalidade e não-recepção pela atual Constituição Federal de dispositivos da Lei 6.830/80 que consideram a prévia penhora ou prestação de garantia como requisito para a apresentação de embargos à execução fiscal. Questiona-se se a exigência está de acordo com o sistema processual, sob a ótica das normas do sistema processual como um todo, as regras específicas do CPC e o tratamento dado pela Constituição Federal no que tange a princípios como o acesso à justiça e o contraditório e a ampla defesa.

PALAVRAS-CHAVE: Execução fiscal. Acesso à justiça. Processo civil constitucional.

ABSTRACT

This study is based on the discussion about the unconstitutionality and non-receptivity of some articles of the Law 6.830/80 by the current Federal Constitution that consider the prior seizure or the provision of guarantee as a requirement for the motion to stay tax enforcement. It is questioned whether this requirement is in accordance with the procedural system, from the perspective of the procedural system as a whole, the specific rules of the Brazilian Code of Civil Procedure and the constitutional approach in regards to principles such as the access to justice and the guarantee of the adversarial process and a full defense.

KEYWORDS: Tax enforcement. Access to justice. Constitutional Civil Procedure.

INTRODUÇÃO

Polêmica é a disposição contida no artigo 16 da Lei 6.830/80, que exige, para apresentação de embargos à execução fiscal, a prévia penhora ou garantia do juízo pelo devedor-executado.

Este trabalho abordará a questão relativa à constitucionalidade da norma, bem como sua recepção pela atual Constituição Federal a partir do estudo do modelo constitucional de processo adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A relevância do tema é tamanha, pois guarda estreita relação com princípios basilares do processo civil, como o contraditório e a ampla defesa, e com o direito fundamental de acesso à justiça e, em última análise, com o direito constitucional de propriedade.

No primeiro tópico será tratado o chamado processo civil constitucional, por meio de uma análise do processo sob a ótica das diretrizes emanadas do legislador constituinte e hoje reproduzidas no próprio Código de Processo Civil.

Será analisado, em especial, o conteúdo da garantia constitucional do acesso à justiça, enquanto instrumento de efetivação da isonomia e prestação da devida tutela jurisdicional, e não como simples garantia de acesso ao Judiciário.

Ainda ligado ao processo civil constitucional e à garantia do acesso à justiça, proceder-se-á ao estudo dos princípios do contraditório e da ampla defesa, verdadeiros alicerces do processo civil, bem como de sua limitação pela vedação do abuso de Direito.

O segundo tópico considera o tratamento dado pelo Código de Processo Civil aos meios de defesa no processo de execução por meio dos embargos, com enfoque na questão da prévia garantia do juízo no decorrer da história.

Em seguida, ainda com relação à garantia do juízo, analisam-se as ações que têm por objeto a discussão sobre créditos tributários e o entendimento materializado na Súmula Vinculante nº 28.

Por fim, será estudada a exigência da prévia garantia estampada na Lei de Execuções Fiscais e a sua dissonância com o modelo processual e os princípios constitucionais de observância obrigatória.

Esta pesquisa se pauta no método hipotético dedutivo, sendo baseada em pesquisa bibliográfica, de doutrinas e artigos, e na interpretação sistemática da legislação.

1. PROCESSO CIVIL CONSTITUCIONAL

Discute-se muito na doutrina, nos dias de hoje, acerca da adoção, pelo nosso ordenamento jurídico, de um modelo constitucional de processo civil, no qual a aplicação e a interpretação das normas processuais devem ocorrer sob a ótica dos princípios e garantias de natureza constitucional (COUTO; MEYR-PFLUG, 2012, p. 3). Conforme preceitua Cândido Rangel Dinamarco (2013a, p. 182/188, 193/198), há grande número de disposições garantistas de cunho processual e instrumentos processuais destinados a tutelar liberdades individuais. Na mesma senda, Cássio Scarpinella (2008, p. 2) informa sobre a necessidade de construção de um processo civil constitucional.

Já em 1975, Ada Pellegrini Grinover (1975, p. 2), citando Liebman, alertava sobre a necessidade de adoção de um processo civil conforme os ditames constitucionais:

Hoje, acentua-se a ligação entre constituição e processo, no estudo concreto dos institutos processuais, não mais colhidos na esfera fechada do processo, mas no sistema unitário do ordenamento jurídico: é esse o caminho, ensina Liebman, que transformará o processo, de simples instrumento de justiça, em garantia de liberdade.

Na atual codificação, os artigos 1º e 12 informam as chamadas “normas fundamentais de Processo Civil”. Nos dizeres de Alexandre Luna da Cunha e Luana Pedrosa de Figueiredo Cruz (2017, p. 25), formam a chamada “parte geral da parte geral” do Código de Processo Civil de 2015. Parte da doutrina (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2016, p. 142) entende que se tratam de verdadeiros compromissos a serem aplicados por todos os aplicadores do Direito, atrelados à isonomia, à tutela tempestiva dos direitos e à administração da justiça, com vieses democráticos, possibilitando o contraditório e a devida fundamentação.

A esse fenômeno das normas processuais previstas expressamente na Constituição Federal, Nelson Nery Junior (2016, p. 54) denomina de “Direito Constitucional Processual”, que é formado pelo conjunto de textos normativos de Direito Processual encartados na Constituição Federal. Ao lado deste, há a regulamentação da denominada jurisdição constitucional, constituída pelos já mencionados instrumentos para tutela das liberdades e direitos fundamentais. A este segundo grupo, o autor denomina de “Direito Processual Constitucional, frisando não implicar, porém, novo ramo do Direito Processual, mas de elementos formadores da unidade processual.

As normas constitucionais são repetidas no texto processual, conferindo maior coesão e unicidade no tratamento do processo, a exemplo do artigo 1º do CPC, que correlaciona diretamente a Constituição e a norma infraconstitucional. *Ad argumentandum*, o CPC faz o

óbvio: declarar que sua validade é extraída do texto Constitucional, em uma espécie de “lembrete ao intérprete” (WAMBIER; et. al., 2015, p. 56), para que analise sempre as normas sob o seu fundamento de validade, qual seja, a própria Constituição, sendo de diretriz obrigatória a sua aplicação.

Para fins de análise da garantia do juízo, alguns princípios são basilares para o acesso à justiça, como o contraditório e a ampla defesa, o que se passa a abordar.

1.1 A GARANTIA CONSTITUCIONAL DO ACESSO À JUSTIÇA

Segundo Ada Pellegrini Grinover¹, durante o tempo no qual ao Estado não competia a resolução dos conflitos por meio do poder-dever de dizer o direito, os indivíduos exerciam a chamada autotutela, buscando a justiça através dos meios ao seu alcance. Faziam prevalecer, muitas vezes, a vontade do mais forte, com predomínio da força física em detrimento da razão jurídica.

No século XVII, em especial após a difusão da Teoria da Repartição dos Poderes, de Montesquieu, o Estado trouxe para si a atribuição exclusiva de resolver os conflitos por meio da jurisdição.

Por um lado, o Estado retirou dos particulares a possibilidade da autotutela, mas passou a ter a obrigação de socorrer aqueles que sofram ameaça ou violação de direitos.

A mesma autora (GRINOVER, 2007, p. 13) entende que “o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional foi assim se afirmando em todos os Estados modernos, indicando ao mesmo tempo o monopólio estatal na distribuição da justiça (*ex parte principis*) e o amplo acesso de todos à referida justiça (*ex parte populi*)”.

O acesso aos tribunais não se exaure com a movimentação da máquina judiciária, constitui direito fundamental o desenvolvimento do processo de forma a assegurar às partes o direito a uma solução justa para seus conflitos, inclusive com medidas satisfativas, com todas as garantias do devido processo legal e de ampla participação dos interessados (GRINOVER, 2007, p. 14).

Deste dever do Estado, de prestar a tutela necessária aos que dela necessitam, decorre a garantia do acesso à justiça.

¹ “Nas fases primitivas da civilização dos povos, quando ainda inexistiam leis gerais e abstratas ou um órgão estatal que, com soberania e autoridade, garantisse o cumprimento do direito, quem pretendesse alguma coisa que outrem o impedisse de obter haveria, com sua própria força e na medida dela, tratar de conseguir, por si mesmo, a satisfação de sua pretensão. Tratava-se da autotutela, naturalmente precária e aleatória, que não garantia a justiça, mas a vitória do mais forte, astuto ou ousado” (GRINOVER, 2007, p.13).

A EXIGÊNCIA DE GARANTIA PRÉVIA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL: O CAMINHO DA LEGALIDADE À INCONVENCIONALIDADE

O conteúdo dessa garantia sofreu alterações no decorrer do tempo, como ensina Mauro Cappelletti (1988, p. 9):

Nos estados liberais “burgueses” dos séculos dezoito e dezenove, os procedimentos adotados para solução dos litígios civis refletiam a filosofia essencialmente individualista dos direitos, então vigorante. Direito ao acesso à proteção judicial significava essencialmente o direito *formal* do indivíduo agravado de propor ou contestar uma ação. A teoria era a de que, embora o acesso à justiça pudesse ser um “direito natural”, os direitos naturais não necessitavam de uma ação do Estado para sua proteção. Esses direitos eram considerados anteriores ao Estado; sua preservação exigia apenas que o Estado não permitisse que eles fossem infringidos por outros. O Estado, portanto, permanecia passivo, com relação a problemas tais como a aptidão de uma pessoa para reconhecer seus direitos e defendê-los adequadamente, *na prática*. Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a justiça e suas instituições – não era preocupação do Estado. A justiça, como outros bens, no sistema do *laissez-faire*, só podia ser obtida por aqueles que pudessem enfrentar seus custos; aqueles que não pudessem fazê-lo eram considerados os únicos responsáveis por sua sorte. O acesso formal, mas não efetivo à justiça, correspondia à igualdade, apenas formal, mas não efetiva. (Grifos do autor)

No período mencionado pelo autor (séculos XVIII e XIX), prevalecia o que se conhece por primeira dimensão dos direitos humanos, marcada pelas liberdades públicas negativas, que visam a garantir a liberdade do indivíduo perante o Estado, impedindo o abuso de poder contra o cidadão, com nítido caráter individualista.

Sobre a exclusão de alguns indivíduos dos direitos de primeira dimensão, Vladimir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano (2010, p. 146) relembram que a igualdade era apenas formal, tomando como exemplo a situação de escravos, desconsiderados como homens livres e iguais, que não titularizavam direitos, assim como a própria Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, originária da Revolução Francesa, não contemplou as mulheres como passíveis de direitos.

Em um segundo momento, entre os séculos XIX e XX, a segunda dimensão dos direitos humanos exigiu uma atuação positiva do Estado, que não deveria apenas abster-se de determinadas práticas para preservação da liberdade do indivíduo (primeira dimensão), mas também atuar mediante prestações positivas de cunho social². Esse desenvolvimento confluiu

² “Os anos que precederam a Constituinte foram marcados pela pauta de facilitação do acesso à justiça e de abertura das instituições judiciárias para a “litigiosidade latente”, assim entendida como a gama de conflitos sociais que, em razão dos obstáculos de acesso ao sistema oficial, acabam sujeitos à autotutela, ocasionando o aumento da violência nas comunidades marginalizadas. É também nesse período de ambiente de abertura política e de emergência de movimentos sociais que a reivindicação de direitos sociais, questionando a intensa desigualdade social e a exclusão da grande maioria da população quanto a direitos básicos como saúde e

A EXIGÊNCIA DE GARANTIA PRÉVIA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL: O CAMINHO DA LEGALIDADE À INCONVENCIONALIDADE

para o Estado de Bem-estar Social, reforçada a importância do acesso à justiça como reflexo da isonomia³.

Aliás, a correlação entre isonomia e acesso à justiça é salientada por Cappelletti, segundo o qual “o acesso à justiça pode ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (ASPerti, 2017, p. 12).

O acesso à justiça – enquanto meio de utilização de serviço público - não se restringe a direito puramente individual, mas insere-se também como direito social, estabilizador social que deve ser assegurado não apenas aos cidadãos, mas a todas as pessoas que necessitarem dessa prestação, com previsão constitucional expressa no 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, bem como no artigo 8º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José)⁴.

Com relação ao Pacto de San José, cumpre expor que o Brasil, por ser seu signatário, estaria sujeito ao chamado controle de convencionalidade caso vislumbrado impedimento de acesso ao Poder Judiciário, sejam quais forem as razões determinantes para tanto. Cabe, assim, aos Poderes Judiciário e Legislativo atuar para afastar atos ou leis inconventionais, seja pela via difusa ou concentrada de controle⁵. Aliás como bem aponta Robert Alexy (1999, p. 55-66), em matéria de direitos fundamentais, não é lícita nem mesmo ao legislador a discricionariedade de promover tratamento diverso daquele estampado em tratados internacionais.

O controle de convencionalidade das normas, muitas vezes relegado pelos aplicadores do direito, foi objeto inclusive da recentíssima Recomendação nº 123 do Conselho Nacional de Justiça, de 07 de janeiro de 2022, que adverte sobre a necessidade de respeito aos tratados

educação. A pauta, naquele momento, era a ampliação desses direitos e o estabelecimento de instrumentos que viabilizassem sua efetivação, de modo a superar a incapacidade do Judiciário de responder adequadamente à complexidade dos conflitos sociais então identificados” (ASPerti, 2017, p. 2).

³ Bobbio já salientava a necessidade não apenas de proteção, mas também de acesso aos direitos fundamentais (cf. BOBBIO, 2004, p. 25.)

⁴ Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

⁵ Neste sentido, Glasenapp e Ramos entendem que: “No que diz respeito ao controle de convencionalidade este deverá ser realizado nos moldes do controle de constitucionalidade, mas tendo como parâmetro as normas jurídicas previstas em tratados internacionais de direitos humanos. Isto significa dizer que tanto o Poder Legislativo pode fazer tal controle de forma prévia, em meio ao trâmite do processo legislativo, bem como o Poder Judiciário pode realizá-lo de forma posterior nas modalidades difusa e concentrada.

Assim, a inconventionabilidade superveniente deve ser observada pelo Poder Judiciário quando, em meio à realização do controle de convencionalidade, observar que determinada lei ou ato normativo encontra-se em desacordo com os ditames dos direitos humanos” (GLASENAPP; RAMOS, 2020, p. 185).

internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja signatário, não podendo o julgador eximir-se da realização do controle de convencionalidade das normas internas⁶.

Há de se notar, que o acesso à justiça, mesmo que não possuísse previsão expressa, é imbricado ao princípio da isonomia, razão pela qual, por quaisquer prismas que se analise, será considerado como cláusula pétrea. Nesse contexto, Rossini (2021, p. 32), expõe que:

A partir de tal visão, o direito do acesso à justiça deixa de ser um direito individual, daqueles que possuem discernimento da violação de um direito qualquer, bem como recursos necessários para provocação do Poder Judiciário, para ser uma garantia estendida a todos os cidadãos, como um corolário da igualdade, o instrumento hábil a reparar qualquer injustiça ou violação de direito.

O acesso à justiça está intimamente ligado ao princípio da igualdade, pois não há para o exercício do mesmo, condicionantes de caráter pessoal ou social, buscando sempre o legislador a facilitação do acesso, através de instrumentos como a gratuidade para aqueles que não têm condições de arcar com as custas de um processo, ou mesmo a criação da Defensoria Pública.

O acesso à justiça, justamente por se tratar de princípio, e tendo por postulado a isonomia em seu aspecto material, não pode servir apenas a uma classe, categoria ou gênero de pessoas. Tem por pressuposto universalidade em todos os seus aspectos, não se vislumbram aspectos elitistas ou sectários frente a tal direito, o contrário implicaria em ofensa ao contraditório e à ampla defesa, como se verá a seguir.

1.1.1 Princípios do contraditório e da ampla defesa

O princípio do contraditório sempre esteve expresso em nossas Constituições Federais no decorrer da história, desde a primeira Constituição republicana, de 1824, passando inclusive por aquelas vigentes em períodos ditatoriais, como as de 1937 e 1967. Atualmente possui previsão no artigo 5º, inciso LV⁷, da Constituição da República, sendo que tanto o direito de ação como o de defesa consubstanciam manifestações deste princípio.

Para os fins deste trabalho, importa a decomposição do princípio em seus dois aspectos: a garantia formal de participação, de ser ouvido, e a dimensão substancial de poder influenciar

⁶ Art. 1º Recomendar aos órgãos do Poder Judiciário:

I – a observância dos tratados e convenções internacionais de direitos humanos em vigor no Brasil e a utilização da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), bem como a necessidade de controle de convencionalidade das leis internas.

⁷ BRASIL. Constituição 1988, Art. 5º, LV: “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”.

a decisão da autoridade, judicial ou administrativa. Tal visão já é sedimentada de forma exauriente pela doutrina, como pontua Nelson Nery Junior (2016, p. 245):

Por contraditório deve entender-se, de um lado, a necessidade de dar conhecimento da existência da ação e de todos os atos do processo às partes, e, de outro, a possibilidade de as partes reagirem aos atos que lhes sejam desfavoráveis. [...] Os contendedores têm direito de deduzir suas pretensões e defesas, de realizar as provas que requereram para demonstrar a existência de seu direito, em suma, direito de serem ouvidos paritariamente no processo em todos os seus termos.

Até mesmo nas matérias de ordem pública, cognoscíveis de ofício pelo juiz, o contraditório deve ser observado, pois conhecer de ofício não tem o mesmo significado de decidir sem ouvir os interessados, sendo vedada, inclusive, a chamada decisão-surpresa.

De outra banda, a ampla defesa é intimamente ligada à garantia do contraditório, o que significa permitir às partes a dedução de suas alegações, seja na condição de autor, exercendo e demonstrando sua pretensão, seja como réu, em defesa, tanto em processos judiciais em qualquer esfera, como em processos administrativos⁸, não existindo limites de procedimento ou fase.

Embora já se tenha discutido se o contraditório deveria se fazer presente em ações de execução, hoje é pacífico o entendimento de que tal resposta deve ser afirmativa. Em que pese ser a execução sempre fundada em um título executivo dotado de certeza, liquidez e exigibilidade, o juiz é chamado a decidir a todo momento, sendo diversas as alegações possíveis: irregularidade na formação do título, erro no cálculo do *quantum debeatur*, impenhorabilidade de determinados bens, excesso de penhora, anterior quitação ou outro meio de extinção das obrigações, prescrição, ilegitimidade, dentre outras tantas questões. Em todas as hipóteses, devem ser assegurados o contraditório e a ampla defesa⁹, sob pena nulidade da decisão ou inconstitucionalidade/não recepção de norma que a impeça.

⁸ Sobre tal análise Mendonça Jr expõe que: “[...] são figuras conexas, sendo que a ampla defesa qualifica o contraditório. Não há contraditório sem defesa. Igualmente é lícito dizer que não há defesa sem contraditório. [...] O contraditório é o instrumento de atuação do direito de defesa, ou seja, esta se realiza através do contraditório” (MENDONÇA JR., 2001, p. 55).

⁹ Dinamarco (2013a, p. 224) já ressaltava a importância do contraditório como corolário da justiça, neste teor: “Não há processo sem decisão alguma, não há decisão sem prévio conhecimento e não há conhecimento legítimo sem contraditório. Por isso, também no processo ou fase executiva está presente o trinômio pedir-alegar-provar, ao cabo de cuja realização o juiz decide. A vigente constituição federal não permite duvidar da inclusão desse processo ou fase na garantia do contraditório (art. 5º, inc. LV) e isso é democraticamente correto porque não só as atividades inerentes à cognição e decisão da causa produzem resultados capazes de atingir o patrimônio das pessoas: as executivas o atingem sempre, sendo que a execução por dinheiro produz o gravíssimo resultado consistente na expropriação do bem penhorado. Sendo a participação indispensável fator legitimante da imposição dos resultados do exercício do poder, seria ilegítimo privar o executado de participar da execução –

1.1.2 Do abuso de Direito

Existem três teorias sobre o abuso de direito: subjetivista, objetiva e mista. A teoria subjetivista tem como inspiração critérios relacionados à volatilidade do ator processual, alcançando suas bases no início do século XX, na França. Decorre diretamente do elemento volitivo, ou seja, da vontade de agir com abuso do direito de acesso ao Judiciário. Segundo Helena Najjar Abdo (2007, p. 38), esta teoria ainda se subdividiria em duas veredas, a primeira levaria em conta apenas a volatilidade da pessoa que comete o abuso do processo, já na segunda além deste critério do elemento volitivo, seria necessário o proveito econômico ou a utilidade. Ademais, este ato também deve estar previsto em lei.

A teoria objetiva, como leciona Pedro Baptista Martins (1997, p. 170), não considera a vontade da parte no processo, mas, sim, critérios objetivos de aferição, como por exemplo a inobservância da finalidade social e econômica do processo e a inexistência de razões legítimas para a prática do ato e o exercício irregular ou anormal de direito, correlacionado diretamente com a boa-fé objetiva e existindo critérios objetivos para sua aferição, tendo em vista o estado do processo e a conduta com vieses à “eticidade racional”¹⁰.

Por fim, a teoria mista, segundo Helena Najjar (2007, p. 39-40) sob a análise de Louis Josserand, propôs a união das duas teorias, ao considerar que o abuso de direito, do “espírito do Direito”, decorre de dois critérios: “motivo legítimo” (subjetivo) e “função social” (objetiva). Destarte, o abuso do direito relativo ao acesso ao Judiciário decorre de motivo ilegítimo e quebra da função social do acesso ao Poder Judiciário, como base do próprio Estado de Direito.

Assim, o argumento que em execução fiscal os embargos à execução denotariam eternização da lide ou ainda retrocesso à eficiência não prospera, pois “a eficiência é princípio que se soma aos demais princípios impostos à Administração, não podendo sobrepor-se a nenhum deles, especialmente ao da legalidade, sob pena de sérios riscos à segurança jurídica e ao próprio Estado de Direito” (ZANELLA DI PIETRO, 2011, p. 85), valendo ressaltar que a autora refere neste trecho a Administração de forma lata, abarcando não apenas o Poder Executivo como também o Legislativo e o Judiciário.

simplesmente sujeitando-se aos atos do juiz e suportando inerte o exercício do poder sobre os bens de sua propriedade ou posse”.

¹⁰ Habermas afirma que quanto mais racional é o homem, maior a sua moral, porque teria condições de analisar axiologicamente e empaticamente o outro (HABERMAS, 1997, passim).

Igualmente não prospera o argumento de que o contribuinte possuiu o rito inteiro do processo administrativo fiscal para se insurgir e, por não o fazer, o direito restaria precluso. Tal alegação, além de totalitária, mitiga o direito fundamental de acesso ao Judiciário e implicaria perversão das premissas veiculadas na atual doutrina constitucionalista do processo, conforme se analisa a seguir.

2. DEFESAS DO EXECUTADO NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL E A PRÉVIA GARANTIA DO JUÍZO

Tradicionalmente, o direito de defesa nas ações executivas sempre foi exercido por meio dos embargos, independentemente da natureza do título a embasar a execução.

Importante alteração, entretanto, foi introduzida em nosso ordenamento pela Lei 11.232/05, ainda sob a vigência do Código de Processo Civil de 1973, lei esta que promoveu profundas mudanças no diploma processual, ao instituir a figura do processo sincrético.

A partir da minirreforma feita pela lei 11.232/05, em um mesmo processo apura-se quem tem o direito, em fase de conhecimento, e busca-se a satisfação na fase de cumprimento da sentença. Desde a crise de certeza do direito até a efetiva satisfação, trata-se de um único processo.

Há dois procedimentos distintos de execução: o cumprimento da sentença, quando se trata de título executivo judicial, e a execução propriamente dita dos títulos extrajudiciais, e, em cada um dos procedimentos, há um meio próprio para a defesa do executado. A análise *in lume* correlaciona-se a este último tipo de execução, já que a Administração Pública, em sua função tributante, é o único ator processual com o condão de emitir título executivo extrajudicial – certidão de dívida ativa (artigo 784, IX, do Código de Processo Civil) - independentemente da vontade do sacado e, por esta razão, não se operaria a primeira hipótese relativa ao processo sincrético.

Não restam dúvidas de que o contraditório se faz presente na fase de execução, e não somente no processo (ou fase) de conhecimento como outrora se imaginou.

Não há atividade judicial que prescindia da cognição. O que se tem de fazer é adequar o grau de cognição à tarefa que se espera ver cumprida pelo Poder Judiciário. Se se busca a certeza, a cognição tem de ser tanto mais exaustiva quanto possível; se se busca segurança, uma medida que atenuie os riscos da demora do processo, a cognição não pode ser tão exaustiva, sob pena de comprometer a própria utilidade da medida; se se pretende a execução, a cognição judicial não deve abarcar, ao menos inicialmente, questões que digam respeito à formação do título, mas, necessariamente, envolverá as

A EXIGÊNCIA DE GARANTIA PRÉVIA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL: O CAMINHO DA LEGALIDADE À INCONVENCIONALIDADE

questões que dizem respeito à efetivação da obrigação, ou seja, os pressupostos de admissibilidade e a sobrevivência da obrigação executada. (DIDIER; et. al., 2012, p. 42-43)

Em todas as situações, o exercício do contraditório e da ampla defesa é assegurado independentemente de prévia garantia do juízo.

Tal tratamento diminuiu muito a utilidade do meio de defesa denominado pela doutrina de exceção ou objeção de pré-executividade, utilizado com frequência para alegação de matérias de ordem pública ou que dependiam tão somente de prova documental quando se exigia a prévia penhora para defesa do executado. A fim de se evitar uma injustiça, de exigir garantia de quem tinha evidente razão, a doutrina criou a figura da exceção de pré-executividade. Hoje, não havendo necessidade de garantia, as alegações são feitas dentro da própria impugnação.

A grande utilidade das objeções de pré-executividade, que foi responsável pela implantação da linha pretoriana simpática à sua admissão no sistema, é a possibilidade de serem manejadas como meio destinado a evitar a penhora; elas são, porém, admissíveis mesmo depois de superado o prazo para embargar, sempre com a ressalva de que deixem de sê-lo quando a matéria alegada já houver sido suscitada nos embargos, quer eles estejam pendentes, quer já julgados em definitivo (*ne bis in idem*). No atual sistema, em que os embargos do executado também podem ser suscitados antes da penhora, sendo também correta (embora polêmica) a tese de que isso também se dá com a impugnação à execução por título judicial, é provável que a utilização da exceção de pré-executividade antes da penhora caia praticamente em desuso ou que, salvo em casos excepcionais, venham os tribunais a repeli-la. (DINAMARCO, 2009c, p. 854)

Quando se tratar de execução de título executivo extrajudicial, a defesa é exercida através dos embargos à execução, meio de defesa do executado por excelência.

Diferentemente da impugnação ao cumprimento da sentença e sua natureza de incidente processual dentro de um processo sincrético, os embargos configuram verdadeira ação autônoma, embora sua matéria seja vinculada à execução. Os embargos à execução são distribuídos e o embargado é citado, e não apenas intimado para a apresentação de contestação aos embargos.

A cognição no plano horizontal é muito mais ampla do que na impugnação ao cumprimento de sentença, pois se o título foi formado extrajudicialmente, não houve um processo de conhecimento anterior, razão pela qual é a primeira oportunidade de o executado manifestar-se processualmente.

A EXIGÊNCIA DE GARANTIA PRÉVIA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL: O CAMINHO DA LEGALIDADE À INCONVENCIONALIDADE

Art. 917. Nos embargos à execução, o executado poderá alegar:
I - inexecutabilidade do título ou inexigibilidade da obrigação;
II - penhora incorreta ou avaliação errônea;
III - excesso de execução ou cumulação indevida de execuções;
IV - retenção por benfeitorias necessárias ou úteis, nos casos de execução para entrega de coisa certa;
V - incompetência absoluta ou relativa do juízo da execução;
VI - qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.

Da simples leitura do dispositivo legal, depreende-se que o legislador formulou um rol exemplificativo e uma hipótese genérica no inciso VI, permitindo a discussão de qualquer matéria passível de discussão em uma ação de conhecimento não contemplada até o momento.

O contraditório é exercido de forma plena, de modo que as partes podem se valer de todos os meios de prova admitidos.

Os embargos são julgados por sentença, que pode determinar o prosseguimento da execução, extingui-la ou modificar atos praticados no bojo da ação.

A necessidade de prévia garantia do juízo para apresentação dos embargos também já havia sido afastada com a edição da Lei 11.382/06, cujo tratamento foi confirmado pelo atual Código de Processo Civil, em seu artigo 914: “O executado, *independentemente de penhora, depósito ou caução*, poderá se opor à execução por meio de embargos” (grifo nosso).

Outra semelhança entre os embargos e a impugnação ao cumprimento de sentença é a exigência de prévia garantia para atribuição de efeito suspensivo aos embargos¹¹. Ou seja, em ambos a regra é a desnecessidade da garantia para a defesa, mas sua indispensabilidade para a concessão de efeito suspensivo.

Há de se frisar a vantagem da dispensa da prévia garantia também para o credor autor da execução ou do cumprimento da sentença, pois o prazo para apresentação de defesa flui, na impugnação ao cumprimento, do decurso do prazo de 15 dias para pagamento voluntário e nos embargos à execução, da juntada do mandado de citação devidamente cumprido, de forma que haverá, muitas vezes, a instrução probatória e a decisão acerca da defesa, antes mesmo da localização de bens a serem penhorados. Quando o prazo fluía apenas a partir da realização da penhora, não raro era a situação na qual o devedor ocultava seus bens e apenas a partir de uma

¹¹ CPC. “Art. 919. Os embargos à execução não terão efeito suspensivo.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando verificados os requisitos para a concessão da tutela provisória e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”.

eventual localização e formalização da penhora começava a fluir o prazo para apresentação dos embargos, seguindo-se a instrução para posterior julgamento.

Posto isso, concluímos que a dispensa da prévia garantia do juízo para apresentação de impugnação ao cumprimento de sentença, bem como para a oposição de embargos à execução, além de importante instrumento para preservação do contraditório e da ampla defesa, também pode ser considerada um significativo meio de busca pela economia processual e duração razoável do processo.

3. EXIGÊNCIA DE PRÉVIA GARANTIA NA LEI 6.830/80 E A SÚMULA VINCULANTE 28

Feito este retrospecto a respeito dos direitos fundamentais do jurisdicionado/pessoa humana, convém analisar especificamente a questão da exigência prévia de garantia ao juízo em sede de execução fiscal. Sob tal enfoque, a Lei de Execuções Fiscais, Lei 6830/80, é taxativa ao estabelecer em seu artigo 16, §1^o¹², que é condição de admissibilidade da ação em questão a prévia garantia do juízo.

Conforme expõe Barbosa Moreira (1997, p. 17-29), um processo efetivo deve dispor, além de instrumentos de tutela jurisdicional, da utilização das mesmas, para que se possibilite exame exauriente pelo juízo, prestigiando o acesso à justiça.

É inexcusável a relevância do direito de ação, sendo bastante assertivas as explanações de Cassio Scarpinella Bueno ao enfatizar que:

[...] só faz sentido compreender a ação como direito subjetivo público, isto é, exercitável contra o próprio Estado ou, mais corretamente para a dogmática constitucional de hoje, como direito fundamental. Direito, é o que basta evidenciar por ora, de romper a inércia do Poder Judiciário para pedir tutela jurisdicional com vistas a reparar lesão ou imunizar ameaça a direito afirmado seu. Importa, portanto, verificar que a ação nada mais é do que um direito, dentre outros tantos, típicos de um Estado Constitucional, exercitado contra o Estado, aqui contra o Estado-juiz: um direito de alguém dirigir-se à parcela judiciária do Estado para pedir tutela jurisdicional de um direito seu, que, na perspectiva de quem pede ao Estado-juiz a tutela jurisdicional, já se apresenta lesionado (a dívida venceu e não foi paga pelo devedor) ou na iminência de o ser (o fornecedor evidencia a sua não disposição de entregar equipamentos adquiridos pelo consumidor no prazo ajustado). É direito exercitável contra o mesmo Estado que, historicamente, vedou que as pessoas fizessem “justiça” pelas próprias mãos, que vedou a “autotutela” e que, por isso mesmo, tem o dever de tutelar, de proteger, os direitos

¹² Lei 6830/80 “Art. 16 - O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados: [...] § 1º - Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução”.

A EXIGÊNCIA DE GARANTIA PRÉVIA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL: O CAMINHO DA LEGALIDADE À INCONVENCIONALIDADE

lesionados ou ameaçados, prestar, portanto, tutela jurisdicional a quem a merecer. (SCARPINELLA BUENO, 2020, p. 281)

Quando o Estado falha em tal prestação, impossibilitando ao jurisdicionado o acesso à justiça, seja de forma direta ou indireta, o particular se acha no Direito de fazer justiça com as próprias mãos e agir de forma contrária ao Direito, uma vez que este não o dá guarida sob quaisquer prismas. Abominação que contraria o próprio pacto social e fraudava a distribuição da justiça inerente à função jurisdicional e a apaziguação social inerente ao Direito.

Sob tal equalização, foi editada a Súmula Vinculante nº 28¹³, tendo como precedente base a ADI 1.074-3/DF, julgada em 28 de março de 2007, relatada pelo Ministro Eros Grau, na qual se analisava a necessidade ou não de depósito prévio para a propositura de ação. Naquela época, suscitou-se, inclusive a ação anulatória prevista no artigo 38 da Lei 6830/80, que taxativamente previa a necessidade de depósito prévio, e alegou-se que, mesmo antes da Constituição da República, o extinto Tribunal Federal de Recursos, conforme a Súmula 247¹⁴, já estabelecia que depósito prévio não constituía condição para a ação anulatória. Curiosamente a súmula do finado TFR tinha por base o acesso à justiça por parte dos jurisdicionados.

O problema se instaura ao se analisar a natureza jurídica dos embargos à execução, que conforme entendimento consolidado na jurisprudência e na doutrina, possui natureza jurídica de ação, a despeito de ser atrelada à execução fiscal, sendo patente sua autonomia, conforme abordamos ao tratar das defesas do executado no processo civil.

Com base tão somente no exposto acima, já seria sofrível a interpretação de que na ação anulatória seria dispensável o depósito como condição da ação, mantendo-se, no entanto, nos embargos à execução fiscal, sem se cogitar lesão aos mencionados princípios constitucionais. Flávia Almeida Pita¹⁵, aludindo à alteração legislativa do revogado Código de Processo Civil quanto à desnecessidade do depósito prévio, todavia, pugnou pela não

¹³ “É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário”.

¹⁴ Não constitui pressuposto da ação anulatória do débito fiscal o depósito de que cuida o art. 38 da Lei 6.830/1980”.

¹⁵ “A nova redação do art. 736 hoje diz, muito diretamente, que ‘o executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos’. Em sentido oposto, o art. 16, § 1o, da Lei n. 6.830/80 continua afirmando que ‘não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução’. O termo a quo da contagem do prazo para embargar (que, na execução fiscal é de 30 dias, mais alargado, portanto, que no Código de Processo Civil, que hoje prevê prazo de 15 dias, nos termos do art. 738) continua sendo, portanto, a intimação da penhora (ou o depósito, ou a juntada da prova da fiança bancária, se for o caso). A sobrevivência da regra especial, portanto, parece não poder ser posta em dúvida” (PITA, 2009, p. 160).

A EXIGÊNCIA DE GARANTIA PRÉVIA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL: O CAMINHO DA LEGALIDADE À INCONVENCIONALIDADE

aplicabilidade dessa sobre os embargos à execução fiscal, tendo em vista o princípio da especialidade.

Ocorre que, mesmo antes do atual Código de Processo Civil, Leonardo José Carneiro da Cunha¹⁶ já havia se manifestado pela desnecessidade do depósito prévio como supedâneo dos embargos à execução fiscal, sob o argumento de que à época da criação da Lei de Execuções Fiscais, a regra do CPC demandava a garantia do juízo, havendo mera reprodução dos dizeres do antigo código, sem que se tratasse, portanto, de regra especial.

A despeito de toda a carga axiológica inerente à necessidade do acesso irrestrito à justiça, no julgamento do recurso especial nº 1.272.827/PE¹⁷, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, submetido ao rito dos recursos repetitivos, a Primeira Seção sedimentou orientação segunda a qual:

[...] 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. 4. A Constituição Federal de 1988, por sua vez, resguarda a todos os cidadãos o direito de acesso ao Poder Judiciário, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, CF/88), tendo esta Corte Superior, com base em tais princípios constitucionais, mitigado a obrigatoriedade de garantia integral do crédito executado para o recebimento dos embargos à execução fiscal, restando o tema, *mutatis mutandis*, também definido na Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.127.815/SP, na sistemática dos recursos repetitivos. 5. Nessa linha de interpretação, deve ser afastada a exigência da garantia do juízo para a oposição de embargos à execução fiscal, caso comprovado inequivocamente que o devedor não possui patrimônio para garantia do crédito exequendo. 6. Nada impede que, no curso do processo de embargos à execução, a Fazenda Nacional diligencie à procura de bens de propriedade

¹⁶ “A exigência de prévia garantia do juízo para oposição dos embargos à execução – feita no § 1º do art. 16 da Lei n. 6.830/80 – não decorre de detalhes, vicissitudes ou particularidades da relação entre o contribuinte e a Fazenda Pública. Quando da edição da Lei n. 6.830/80, essa era uma regra geral, aplicável a qualquer execução. Em qualquer execução [...] a apresentação de embargos dependia, sempre, da prévia garantia do juízo. A Lei n. 6.830/80 cuidou, nesse ponto, de copiar, reproduzir, seguir a regra geral; a segurança prévia do juízo como exigência para o ajuizamento dos embargos era uma regra geral, e não uma regra que decorresse da peculiar relação havida entre o particular e a Fazenda Pública. À evidência, não se trata de regra especial criada pela legislação em atenção às peculiaridades da relação de direito material, mas de mera repetição, na lei especial, da regra geral antes prevista no CPC. Não incide, portanto, o princípio de que a regra geral posterior não derroga a especial anterior. Atualmente, revogada essa exigência geral, não há mais garantia do juízo para a oposição dos embargos, devendo deixar de ser feita tal exigência também na execução fiscal. Aqui, não se trata de norma geral atingindo norma especial, mas de norma geral atingindo norma geral. A norma não é especial por estar inserida num diploma legislativo extravagante ou específico, mas por retratar uma situação peculiar ou por estar inserida num regime jurídico próprio. [...] Não se deve, portanto, exigir mais a garantia do juízo para a apresentação dos embargos à execução fiscal” (CARNEIRO DA CUNHA, 2008, p. 57).

¹⁷ TEMA 526/STJ: “A atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor fica condicionada ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia; verificação pelo juiz da relevância da fundamentação (*fumus boni juris*) e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação (*periculum in mora*)”.

A EXIGÊNCIA DE GARANTIA PRÉVIA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL: O CAMINHO DA LEGALIDADE À INCONVENCIONALIDADE

do embargante aptos à penhora, garantindo-se posteriormente a execução. 7. Na hipótese dos autos, o executado é beneficiário da assistência judiciária gratuita e os embargos por ele opostos não foram recebidos, culminando com a extinção do processo sem julgamento de mérito, ao fundamento de inexistência de segurança do juízo. 8. Num raciocínio sistemático da legislação federal aplicada, pelo simples fato do executado ser amparado pela gratuidade judicial, não há previsão expressa autorizando a oposição dos embargos sem a garantia do juízo. 9. In casu, a controvérsia deve ser resolvida não sob esse ângulo (do executado ser beneficiário, ou não, da justiça gratuita), mas sim, pelo lado da sua hipossuficiência, pois, adotando-se tese contrária, “tal implicaria em garantir o direito de defesa ao “rico”, que dispõe de patrimônio suficiente para segurar o Juízo, e negar o direito de defesa ao “pobre”.

Há de se notar que, segundo o entendimento da Corte Superior, relega-se ao magistrado a análise sobre se o jurisdicionado teria ou não condições de arcar com os custos do processo. Caso não tenha, os embargos são admissíveis, caso contrário, não.

A solução tangencia o problema e tenta fazer jus a uma isenção da taxa processual para evitar a garantia ao juízo. Nesta esteira, a primeira crítica é que a “justiça gratuita” não se correlaciona com o depósito da parte, já que o depósito à época referia-se à garantia do crédito e não aos custos do processo, de modo que a solução, como coloquialmente se afirma, simplesmente “faria vênia com o chapéu alheio”.

De toda sorte, a possibilidade da justiça gratuita neste caso está positivada nos termos do artigo 98, §1º, inciso VII, do CPC, podendo ser veiculada nos embargos à execução fiscal, em que pese a deturpação do instituto.

Ocorre, porém, que a classe média – seguramente a mais afetada quando em questão encargos tributários – ficaria à margem dessa realidade, ao ensejo de dilapidação do patrimônio para possibilitar-se, eventualmente, defesa em processo que não raras vezes o contraditório foi cerceado.

Por fim, há de se ressaltar que deixar a critério do magistrado a análise da justiça gratuita, tem se revelado práxis no mínimo temerária, ainda mais em face de situações econômicas intermediárias.

Toda essa construção antecede o Código Processual Civil de 2015, em que os mandamentos de otimização e os vetores axiológicos cristalizavam-se preponderantemente na Constituição. O Novo Código perfaz critérios axiológicos muito mais densos, em atendimento à horizontalização dos direitos fundamentais, enquanto a Lei de Execuções Fiscais se instituía no período de vigência do regime militar brasileiro. A despeito de seu fundamento de validade extrair-se da Constituição da República, nos parece de duvidosa razoabilidade que a

A EXIGÊNCIA DE GARANTIA PRÉVIA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL: O CAMINHO DA LEGALIDADE À INCONVENCIONALIDADE

enunciação normativa relativa ao §1º do artigo 16 da Lei de Execuções Fiscais esteja em compasso com o diploma constituinte.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que o atual processo civil deve ser embasado nos ditames constitucionais, em especial nos direitos fundamentais, bem como nos direitos humanos previstos em tratados internacionais, dentre os quais há de se ressaltar o acesso à Justiça, o devido processo legal e o contraditório e a ampla defesa em seus aspectos formais e substanciais, uma rede emaranhada de princípios que legitimam a distribuição da justiça outorgada pelo Poder Constituinte aos poderes constituídos, em especial a função judicante.

O acesso à justiça é instrumento de aplicação dos direitos fundamentais em caráter multidimensional, que retira do particular a autotutela e se revela como instrumento de apaziguação social e alicerce do Estado de Direito.

Com a entrada em vigor da Constituição de 1988, o acesso à justiça foi estabelecido nas mais diversas áreas, na via administrativa, já que se aboliu o depósito recursal prévio, e na esfera jurisdicional, o que importa em patente não recepção das normas que contrariem dito princípio.

Ademais, após o Pacto de São José da Costa Rica, a limitação ou mitigação do acesso à justiça tornou-se inconveniente, já que em desacordo com o referido tratado.

Os embargos no processo de execução garantem o acesso à justiça e o contraditório sob o aspecto do direito de ação do autor e como instrumento de defesa do executado. Tolher esses direitos ou impor-lhes entraves implica patente lesão, além de claudicar a função judicante do Poder Judiciário e, por consequência, relativizarem-se as premissas do Estado de Direito, que possui como alicerces os mencionados princípios.

No que se refere à Lei de Execuções Fiscais, verifica-se que além não ter acompanhado a evolução do Código de Processo Civil, está em descompasso com o entendimento já sedimentado na doutrina há mais de uma década. Não se cogita o princípio da especialidade, visto que à época da elaboração da LEF, a regra da prévia garantia estava prevista no findo Código de 1973, em desarmonia axiológica com as próprias premissas do Código de Processo que aboliu sua exigência com a entrada em vigor da Lei 11.382/2006.

Outro ponto é que, pela Certidão de Dívida Ativa ser título executivo extrajudicial elaborado sem a vênua do sacado, não há até a sua formação e execução qualquer possibilidade de contraditório judicial, o que limitaria, mais uma vez, o acesso à Justiça.

A EXIGÊNCIA DE GARANTIA PRÉVIA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL: O CAMINHO DA LEGALIDADE À INCONVENCIONALIDADE

No mais, não se corrobora a alegação de possibilidade de ação anulatória na hipótese de estar em curso execução fiscal, uma vez que o instrumento processual mais adequado à execução seria, de fato, os embargos, carecendo de interesse na modalidade adequação/utilidade a ação anulatória no prazo para embargos e sendo matéria a ele afeta.

O fato é que o STJ aceita a ação anulatória quando a parte não tenha como garantir o juízo ou quando transcorrido o prazo para oposição dos embargos. Encontrou-se, assim, um meio tecnicamente inadequado para garantir o acesso à justiça, na tentativa de salvar o §1º do artigo 16 da LEF, manifestamente não recepcionado e inconveniente. Isso agrava a questão, uma vez que essa “solução” usurpa a função legiferante do Estado, desembocando em indevido ativismo judicial, à revelia dos direitos fundamentais dos contribuintes.

A outra saída apresentada pelo Judiciário, igualmente objeto de crítica, é a dispensa da prévia garantia quando se tratar de beneficiário da justiça gratuita, havendo confusão entre os institutos, misturando-se garantia da execução com taxas e despesas processuais, inclusive quanto à discricionariedade com que se analisa as hipóteses de hipossuficiência, discricionariedade esta que, como já mencionado, não pode irradiar efeitos sobre direitos fundamentais. Esta crítica é extensiva à letra do Código de Processo Civil, que em seu artigo 98, §1º, inciso VII, acaba por legitimar referida confusão.

Primando-se por uma interpretação sistêmica do ordenamento jurídico, unidade lógica e coesão, o artigo 16, §1º, da Lei 6830/80 deve ser afastado, por se mostrar em desacordo com os fundamentos constitucionais e previstos em tratados internacionais, bem como com os preceitos fundamentais do atual Código de Processo Civil. Atesta-se a não receptividade e a inconveniência da referida norma, que se afasta, por consequência, tanto do acesso à justiça quanto do próprio Estado de Direito.

REFERÊNCIAS

ASPERTI, Maria Cecília de Araújo. Litigiosidade repetitiva e a padronização decisória: entre o acesso à justiça e a eficiência do Judiciário. **Revista de Processo**, São Paulo, v. 263, 2017.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1988.

A EXIGÊNCIA DE GARANTIA PRÉVIA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL: O CAMINHO DA LEGALIDADE À INCONVENCIONALIDADE

CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo José. Novas reflexões sobre os embargos à execução fiscal: desnecessidade de prévia garantia do juízo e casos de efeito suspensivo automático. **RDDP**, n. 62, maio/2008.

CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil I**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1965.

COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Poder Judiciário, Justiça e Eficiência: Caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva? In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; MEZZAROBBA, Orides; COUTO, Mônica Bonetti; SANCHES, Samyra Haydêe Del Farra Napolini (coords). **Justiça e [o paradigma da] eficiência: celeridade processual e efetividade dos direitos**. v. 3. Coleção Empresa, Justiça e Sustentabilidade. Curitiba: Clássica, 2013.

COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Processo Civil e Constituição: Uma (Re)aproximação necessária. In: CONPEDI/UFF (org.). **Processo e jurisdição**. Florianópolis: FUNJAB, 2012. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=173f0f6bb0ee97cf> Acesso em: 13 de janeiro de 2022.

COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Poder Judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 63, dez. 2014c. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao063/MonicaCouto_SamantaMeyerPflug.html Acesso em: 13 de janeiro de 2022.

CUNHA, Alexandre Luna da; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo. Compreendendo o Novo CPC – uma breve análise das normas fundamentais. **Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil**, Porto Alegre, v. 76, jan. - fev. 2017.

DIDIER JR., Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. V 1. 15. ed. Bahia: Juspodivm, 2013.

DIDIER JUNIOR., Fredie; CARNEIRO DA CUNHA, Leonardo. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. 11. ed. Bahia: Juspodivm, 2016.

DIDIER JUNIOR., Fredie. BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 5. 4. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. I. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013a.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. III. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil**. v. IV. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2009c.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **A instrumentalidade do processo**. São Paulo: Malheiros, 2013d.

A EXIGÊNCIA DE GARANTIA PRÉVIA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL: O CAMINHO DA LEGALIDADE À INCONVENCIONALIDADE

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 3. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Os princípios constitucionais e o Código de Processo Civil**. São Paulo: José Bushatsky, 1975.

GRINOVER, Ada Pellegrini. A inafastabilidade do controle jurisdicional e uma nova modalidade de autotutela (parágrafos únicos dos artigos 249 e 251 do Código Civil). **Revista Brasileira de Direito Constitucional**, n. 10, jul./dez. 2007. Disponível em: <http://esdc.com.br/seer/index.php/rbdc/article/view/200/194>. Acesso em: 13 de janeiro de 2022.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia**: entre factividade e validade. v. I. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

LIEBMAN, Enrico Tullio. **Manual de Direito Processual Civil**. v. I. 2. ed. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco. São Paulo: Malheiros, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça** – Condicionantes legítimas e ilegítimas. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil comentado**. 2. ed. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2016.

MENDONÇA JR., Delosmar. **Princípios da ampla defesa e da efetividade no processo civil brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001.

NERY JR., Nelson. **Princípios do processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

PITA, Flávia Almeida. A execução fiscal diante da nova disciplina da execução cível. **RePro**, n. 169, mar/2009.

ROSSINI, Luiz Felipe. **A mutatio libelli aplicada ao processo civil**: a incessante busca pela efetividade da tutela jurisdicional. Belo Horizonte: Dialética, 2021.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. **O modelo constitucional do direito processual civil**: um paradigma necessário de estudo do direito processual civil e algumas de suas aplicações. 2008. Disponível em <http://www.scarpinellabueno.com/images/textos-pdf/016.pdf>. Acesso em: 13 de janeiro de 2022.

SCARPINELLA BUENO, Cássio. Curso Sistematizado de Direito Processual Civil 1 - Teoria geral do direito processual civil - parte geral do código de processo civil. Disponível em: Minha Biblioteca, (10th edição). Editora Saraiva, 2020. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553617784/pageid/10> > acesso em 28/11/2021

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. **Direitos Humanos**: conceitos, significados e funções. São Paulo: Saraiva, 2010.

A EXIGÊNCIA DE GARANTIA PRÉVIA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL: O CAMINHO DA LEGALIDADE À INCONVENCIONALIDADE

VARGAS, Jorge de Oliveira. Comentários à Parte Geral, Livro I – Das Normas Processuais Cíveis – Título Único – Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais – Capítulo I – Das Normas Fundamentais do Processo Civil. In: CUNHA, José Sebastião Fagundes (coord.). **CPC comentado**. São Paulo: Thomson Reuters/ RT, 2016.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; TORRES DE MELLO, Rogério Licastro. **Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil** – artigo por artigo. São Paulo: Thomson Reuters/RT, 2015.

ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.