

# EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA À LUZ DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

## *ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS FOR THE RECOVERY OF PUBLIC CREDIT IN LIGHT OF THE FEDERAL CONSTITUTION*

*Carlos Francisco Lopes Melo  
Procurador Federal  
Procuradoria Seccional Federal em Sobral-CE*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O atual modelo de execução fiscal adotado do Brasil; 1.1 Aspectos gerais da execução fiscal instituída pela Lei nº 6.830/1980; 1.2 A ineficácia do modelo de execução fiscal adotado no Brasil; 2 Modelos de execução fiscal administrativa alternativos à execução fiscal em vigor; 2.1 Pontos de identidade entre as principais propostas de execução fiscal administrativa; 2.2 Críticas aos projetos de lei de que propõem instituir a execução fiscal administrativa; 3 A execução fiscal administrativa sob a ótica constitucional; 3.1 A Teoria Geral da Divisão dos Poderes; 3.2 Administração e Jurisdição; 3.3 A auto-executoriedade dos atos administrativos e a autotutela administrativa; 3.3.1 Desapropriação como expressão da auto-executoriedade da administração pública; 3.4 A execução fiscal administrativa em face dos princípios da inafastabilidade do

Poder Judiciário e do devido processo legal; 3.5 Da ampla defesa na execução fiscal administrativa – os meios de defesa do executado no processo de execução fiscal administrativa; 4 Conclusão. Referências.

**RESUMO:** O presente artigo cuida de demonstrar a viabilidade constitucional da adoção da execução fiscal administrativa no Brasil, considerando-a como tal o procedimento pelo qual a Fazenda Pública credora realiza diretamente os principais atos de constrição patrimonial do devedor do débito inscrito em dívida ativa, independente da atuação do órgão jurisdicional. De início, são feitas críticas ao processo de execução fiscal em vigor e demonstrada sua ineficácia. Em seguida, apresentam-se os principais projetos e anteprojetos de lei já apresentados no Brasil, acerca do tema da execução fiscal administrativa. Por fim, o presente trabalho enfrenta os principais aspectos constitucionais que envolvem a execução fiscal administrativa, enquadrando os principais atos executórios da execução administrativa como expressão dos poderes da administração pública e demonstrando sua viabilidade constitucional, em face dos direitos fundamentais ao contraditório e à ampla defesa e dos princípios da separação dos poderes e da inafastabilidade do poder jurisdicional.

**PALAVRAS-CHAVE:** Execução Fiscal Administrativa. Viabilidade Constitucional. Auto Executoriedade dos Atos Administrativos. Contraditório e Ampla Defesa. Princípios da Separação dos Poderes e da Inafastabilidade do Poder Jurisdicional.

**ABSTRACT:** This paper looks to demonstrate the feasibility of adopting the constitutional procedure for the administrative collection of public credit in Brazil, considering it as such, the procedure whereby the exchequer creditor directly performs the principal acts of constriction of the debtor's assets, regardless the action of the court. At first, criticisms are made to the process of judicial recovery of force and demonstrated its ineffectiveness. Then we present the major bills already presented in Brazil, on the theme of administrative collection procedure. Finally, this paper faces major constitutional issues involving the administrative procedure for the recovery of public credit, framing the main enforceable acts of administrative collection powers as a species of government, showing its constitutional viability, given the fundamental right to due legal process and the principles of separation of powers and of non-obviation of jurisdiction.

**KEYWORDS:** Administrative procedure for recovery of public credit. Constitutional viability. Self-enforceability of administrative acts. Due process of law Principles of separation of powers and principle of non-obviation of jurisdiction.

## INTRODUÇÃO

O modelo jurídico de recuperação forçada do crédito público adotado no ordenamento jurídico brasileiro oferece exclusivamente a via judicial. Apesar de a fazenda pública dispor da prerrogativa legal de constituir o crédito público de maneira unilateral, especialmente quando decorrente das obrigações tributárias, a satisfação desse crédito, quando não conta com a colaboração voluntária do devedor, deve ser feita pelo estado-administração através do estado-juiz.

A judicialização do procedimento de cobrança torna-se necessária, ainda que o devedor não apresente qualquer irrisignação contra a constituição do crédito, durante o procedimento administrativo de formalização do título. Assim, a fazenda pública dispõe do mesmo meio de cobrança que é posto à disposição dos particulares para a recuperação de seus créditos.

Observando-se as práticas do mercado de proteção ao crédito, verifica-se que o credor particular ainda desfruta de eficientes mecanismos de cobrança indireta, como o protesto do título e a inscrição do nome do devedor nas instituições como SERASA, SPC etc., cuja utilização, pela administração pública, mostra-se controvertida, do ponto de vista legal e prático.

No entanto, o crescimento constante das atribuições do Estado, em razão da ampliação das políticas públicas de inclusão social e da adoção do paradigma interpretativo que concebe os direitos fundamentais como regras jurídicas que reclamam plena efetivação, exige que se faça uma revisão desse modelo que coloca o Estado e o particular no mesmo nível de oportunidade, quando se trata da cobrança dos seus créditos respectivos.

O modelo jurídico-social de ampliação e efetivação dos direitos fundamentais encontra-se associado ao diretamente ao incremento dos custos estatais, que devem ser arcados pela própria comunidade, que figura ao mesmo tempo titular e responsável pelo cumprimento de seus objetivos. Ou seja, a ampliação da base de direitos fundamentais deve resultar em uma correlata capacidade de reaparelhamento estatal, com significativos reflexos do orçamento público.

Nesse contexto, a redefinição do modelo de cobrança forçada do crédito público é um tema atual e necessário, ainda mais se for levando em conta que o estoque geral dívida ativa da União ultrapassou, no

final do exercício financeiro do ano de 2009, o patamar dos oitocentos bilhões de reais (R\$ 800.000.000.000,00), enquanto que a recuperação no mesmo exercício foi de apenas dois por cento (2%) desse valor.

Como alternativa para auxiliar na solução do problema do aumento do estoque da dívida ativa, surge o modelo de cobrança que se convencionou chamar de “execução fiscal administrativa”.

O vertente texto apresenta uma análise da constitucionalidade da execução fiscal administrativa, sob a ótica do devido processo legal e da inafastabilidade da jurisdição, a partir da observação dos principais projetos e anteprojetos de lei já apresentados no Brasil, destacando os pontos comuns entre essas propostas de alteração legislativa, além de enfrentar aspectos da constitucionalidade da execução administrativa no Brasil.

## **1 O ATUAL MODELO DE EXECUÇÃO FISCAL ADOTADO NO BRASIL**

### **1.1 ASPECTOS GERAIS DA EXECUÇÃO FISCAL INSTITUÍDA PELA LEI Nº 6.830/1980**

A execução fiscal no Brasil é regida pela Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, que estabeleceu nova disciplina de cobrança da dívida ativa (tributária e não-tributária) da Fazenda Pública da União, Estados e Municípios, diferenciando-a da execução dos demais títulos executivos, que é regulada pelo Código de Processo Civil de 1973.

A partir da vigência da Lei nº 6.830/80 foi quebrada a idéia de unificação dos procedimentos de execução instituída pelo Código Buzaid, com a nova apresentação de disciplinamento específico para execução fiscal, como anteriormente previsto no Decreto-lei nº 960/38, mantido, contudo, aplicação subsidiária das regras do CPC.

Referida lei procurou reduzir o tempo para a cobrança da dívida ativa, condensando as fases procedimentais da execução fiscal em poucos atos processuais e estabeleceu privilégios do crédito fazendário frente aos credores particulares. Assim, a exposição de motivos do projeto de lei da LEF dispunha que “a par de não revogar as linhas gerais e a filosofia do Código, disciplina a matéria no essencial, para assegurar não só os privilégios e garantias da Fazenda Pública em Juízo, como também a agilização e racionalização da cobrança da Dívida Ativa”<sup>1</sup>.

---

1 Exposição de Motivos da Lei n. 6.830/80

Não obstante a Lei de Execução Fiscal ter sido fruto de laborioso trabalho realizado pela Procuradoria - Geral da Fazenda Nacional, juntamente com representantes do Instituto da Administração Financeira da Previdência e Assistência Social e da Procuradoria-Geral da República, os resultados apresentados em menos de trinta anos de sua vigência induzem à necessidade de mudança e ao aprimoramento da cobrança contenciosa da dívida ativa dos entes públicos e suas respectivas autarquias e fundações.

É digno de nota que as recentes alterações operadas no processo de execução do CPC, através da nº 11.382/2006, fizeram com que a execução fiscal ficasse ainda mais defasada, considerando-se as principais inovações que resumidamente seguem:

- a) o credor poderá indicar na petição inicial os bens a serem penhorados;
- b) o devedor tem a obrigação de informar quais os bens passíveis de penhora;
- c) autoriza a realização da penhora on-line;
- d) os embargos do devedor não têm efeitos suspensivos imediatos;
- e) possibilita o parcelamento do valor executado.

Com isso, não há dúvida de que o modelo de cobrança forçada vigente necessita de aprimoramento.

## **1.2 A INEFICÁCIA DO MODELO DE EXECUÇÃO FISCAL ADOTADO NO BRASIL**

Segundo dados estatísticos revelados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional-PGFN, com base em números colhidos dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Rio Grande de Sul, “[...] menos de 20% dos novos processos de execução fiscal distribuídos em cada ano tem a correspondente conclusão nos processos judiciais em curso, o que produz um crescimento geométrico do estoque [...]”<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> Ofício nº 624 /PGFN-PG <<http://www.fazenda.gov.br/portugues/releases/2007/r150307d-oficio-624-PGFN.pdf>>. Acesso em: 27/06/2010.

Ainda segundo a PGFN, existem cerca de 2,5 milhões de execuções fiscais no âmbito da Justiça Federal, enquanto que os dados do Conselho da Justiça Federal, em seu relatório “Justiça em Números”, revelaram que até o dia 30 de setembro de 2002 existiam aproximadamente 1,7 milhões execuções fiscais em tramitação na Justiça Federal de primeiro grau, o que revela a perspectiva de crescente acúmulo dos feitos executivos nos órgãos judiciais nacionais.

O estoque da dívida ativa da União (inclusive da Previdência Social) já alcançava o montante de 600 bilhões de reais e menos de 1% desse montante ingressava nos cofres públicos através da execução fiscal. Merece destaque que o tempo médio de duração da execução fiscal é cerca de 12 anos.

Os números mais recentes indicam que o estoque da dívida ativa da União finalizou o ano de 2009, no patamar 817 bilhões de reais, enquanto que, no exercício do ano de 2009 a arrecadação da dívida ativa foi de apenas 17 bilhões de reais<sup>3</sup>.

Tais informações mostram que o procedimento judicial hodiernamente adotado para a cobrança da dívida ativa tem se mostrado moroso e ineficiente, além de absorver significativa parcela da força de trabalho do Poder Judiciário.

Esse quadro reforça a necessidade de se alterar a forma de cobrança do crédito público. É preciso adaptá-la às novas obrigações do estado pós-moderno, a quem atribuída a função de concretizar os objetivos mais variados da comunidade, de forma eficiente e rápida. Para tanto, não só a formação do crédito público deve ser eficiente, mas o próprio alcance às receitas públicas não pode ficar à espera de modelos procedimentais defasados.

Todos os cidadãos devem ser responsáveis e coparticipes do processo de eleição desses objetivos e dos ônus da sua concretização.

Como diz Marcelo Kokke:

Os créditos devidos ao Estado sustentam-se em sua legitimidade em razão de sua vocação constitutiva para a realização de metas coletivas, sob o aparato de uma pauta ética encarnada na eleição de

3 Disponível em: <[http://www.pgfn.fazenda.gov.br/divida-ativa-da-uniao/dados-estatisticos/dados\\_estatisticos.pdf](http://www.pgfn.fazenda.gov.br/divida-ativa-da-uniao/dados-estatisticos/dados_estatisticos.pdf)>.

políticas públicas firmadas no processo democrático que estabelecem a acolhida de valores socialmente presentes no âmago do corpo normativo.<sup>4</sup>

No entanto, não só a criação e a formação dos créditos públicos devem-se sustentar na legitimidade no cumprimento das metas coletivas, estabelecidas no ambiente democrático, mas também o processo de cobrança e liquidação. Eis a lição de Marcelo Kokke:

[...] para angariar recursos que visem a uma provisão comunitária de distribuição de bens contextualizada, operacionaliza-se um regime de autoridade que garanta o compromisso dos membros com a própria coletividade, assumindo os créditos fiscais o caráter instrumental em relação a metas coletivas postuladas seja na Constituição, seja na lei.<sup>5</sup>

Por isso, a compreensão de que deve ser dada uma solução para o problema do grande número de execuções fiscais em tramitação e para o crescimento do estoque da dívida pública, exige o estudo de alternativas ao atual sistema da execução fiscal.

A adoção da execução fiscal extrajudicial surge como uma opção viável para reduzir esse panorama dramático, porque simplifica o processo de satisfação do crédito tributário e retira do Poder Judiciário considerável parcela de sua carga de trabalho.

As principais propostas de instituição da execução fiscal administrativa são o objeto de nosso estudo, razão pela qual passamos a fazer uma breve apresentação dos principais projetos.

## **2 MODELOS DE EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA ALTERNATIVOS À EXECUÇÃO FISCAL EM VIGOR**

### **2.1 PONTOS DE IDENTIDADE ENTRE AS PRINCIPAIS PROPOSTAS DE EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA**

Durante a década de 1990 e na presente surgiram alguns anteprojetos e projetos de lei que pretendiam instituir o que se pode chamar de “execução fiscal administrativa”. As propostas de alteração legislativa, a exemplo do que ocorre em países como Portugal,

4 Texto apresentado sob o título “Receitas Públicas e Créditos Fiscais” nesse curso.

5 KOKKE, op. cit.

Espanha, Argentina e Estados Unidos etc., consistem, basicamente, na atribuição de poderes à administração pública de realizar atos de constrição patrimonial e expropriação, como a concretização de penhora e a alienação de bens do devedor, independentemente da intervenção judicial.

O projeto de Lei do Senado nº 174, de 1996, reapresentado sob o nº 608/99, pelo Senador Lúcio Alcântara, e novamente reapresentado através do PL nº 10/2005 pelo Senador Pedro Simon, propunha instituir, para a Fazenda Pública da União, Estados, Municípios e respectivas autarquias, a penhora administrativa, a ser utilizada maneira facultativa, como modo alternativo à execução fiscal prevista pela Lei nº 6.830/80.

Os principais pontos do referido projeto de lei podem ser apresentados da seguinte forma:

A previsão de notificação do devedor para pagamento do débito, no prazo de 05 dias, sob pena penhora realizada pela Procuradoria da própria administração pública;

Estabelece a possibilidade apresentação de embargos do devedor, perante o juiz competente, na forma da LEF, após realizada a penhora;

E a remessa dos autos da execução ao juiz competente para apreciar os embargos.

Embora o projeto de lei seja omissivo quanto à competência para os atos de alienação do bem penhorado, não há dúvida de que após a penhora e não apresentados embargos pelo devedor, os autos também deveriam ser remetidos ao juiz, a quem caberia ultimar a expropriação, na forma da Lei nº 6.830/80.

Antônio de Sousa Prudente, Desembargador Federal do Tribunal Federal Regional da 1ª. Região, em cumprimento aos termos da Resolução n. 296 do Conselho da Justiça Federal, que instituiu a Comissão de Altos Estudos da Justiça Federal, elaborou também minuta de dois anteprojetos de lei que estabeleciam a execução fiscal e a execução administrativa do crédito da Fazenda Pública.<sup>6</sup>

---

6 <[http://www.cjf.jus.br/revista/outras\\_publicacoes/propostas\\_da\\_comissao/08\\_reforma\\_da\\_execucao\\_fiscal.pdf](http://www.cjf.jus.br/revista/outras_publicacoes/propostas_da_comissao/08_reforma_da_execucao_fiscal.pdf)>.

Referida minuta, que resultou no projeto de Lei da Câmara Federal n. 5.615, de 2005, apresentado pelo Deputado Celso Russomano, foi além da instituição da simples penhora administrativa. Procurava outorgar à Procuradoria Fiscal da União, Estados e Municípios e respectivas autarquias e fundações o poder de realizar a verdadeira execução administrativa.

As principais regras do modelo proposto são:

- Execução processada nos autos da inscrição do crédito fiscal;
- Notificação do devedor para pagar ou apresentar embargos do devedor, com efeito suspensivo da execução, perante o juiz competente;
- Penhora a ser realizada pelo órgão exequente;
- Possibilidade de apresentação exceção de pré-executividade, pelo devedor, perante a Procuradoria Fiscal, para arguir matéria “declarável de ofício”;
- Solicitação de força policial pelo agente do fisco, mediante simples requisição;
- Previsão de arresto dos bens de devedor não encontrado;

Alienação dos bens penhorados por meio de leilão público realizado pela Procuradoria do órgão fiscal, mediante ampla publicidade.

Como visto, a proposta legislativa, diferentemente da proposta de lei apresentada no Senado Federal, direciona para a Procuradoria da Fazenda Pública, nas três esferas de governos, a competência para adoção de atos executivos e expropriatórios, idênticos aos praticados pela autoridade jurisdicional.

Em seguida, foi apresentada a minuta do anteprojeto de lei elaborado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ao Ministro da Fazenda Ofício nº 624 /PGFN-PG de 14 de março de 2007.

Essa última minuta de anteprojeto de lei renovou as atenções sobre o assunto da execução fiscal administrativa. Eis uma breve apresentação do anteprojeto de lei da PGFN:

Execução administrativa de forma exclusiva para a União, Estado e suas autarquias e fundações, facultando aos Municípios a adoção do procedimento previsto;

Notificação do devedor para, no prazo de 90 dias, pagar o débito, solicitar o parcelamento ou apresentar garantia integral do débito;

Expedição de ordem para penhora ou arresto;

Poderes da administração para requisitar à autoridade supervisora do sistema bancário informações sobre a existência de ativos em nome do executado;

Alienação dos bens penhorados, através de leilão público realizado pela Fazenda Pública;

Possibilidade de apresentação de embargos do devedor, no prazo de 90, a partir da notificação, perante o juiz competente;

Os embargos terão efeito suspensivo da execução em caso de garantia integral do débito ou em caso de prova inequívoca da verossimilhança das alegações;

Possibilidade de argüição, perante a Fazenda Pública, exceção de pré-executividade, no prazo de 30 dias, a partir da notificação inicial;

Equiparação das prerrogativas dos oficiais fazendários à conferidas aos oficiais de justiça;

Execução de ordem de arrombamento, mediante autorização judicial.

Contudo, o anteprojeto acima citado sofreu grande resistência no meio político e jurídico, antes mesmo de ser enviado ao Congresso Nacional, forçando a apresentação de uma nova minuta de projeto de lei, que foi resultado do consenso obtido pelo grupo de trabalho formado por representante da AJUFE e da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e que, ao fim, foi aprovado pelo Coordenador-Geral da Justiça Federal, Ministro Gilson Dipp.

A nova minuta de anteprojeto de lei acabou sendo encaminhada ao Congresso Nacional, pelo Presidente da República, onde foi recebida

como PL nº 5.080/2009, em 20 de abril de 2009, pela Câmara dos Deputados. As principais mudanças preconizadas no projeto de lei referido são:

- a) a concessão de poderes para a administração tributária realizar diretamente determinados atos de execução (construção patrimonial e avaliação de bens), inclusive sobre valores depositados em contas bancárias;
- b) a construção patrimonial como condição para ajuizamento da execução fiscal por parte da Fazenda Pública;
- c) a utilização de meios eletrônicos, como a *internet*, para a prática de atos de comunicação, construção de bens e alienação;
- d) a desnecessidade de garantir o crédito para impugnar a execução no judiciário;
- e) a possibilidade de arguição, perante a Fazenda Pública, de exceção de pré-executividade, no prazo de 30 dias, a partir da notificação inicial;
- f) a construção de bens pela administração só ocorre depois de findo o prazo de 60 dias concedido ao devedor para apresentar garantia da dívida;
- g) possibilidade de o executado obter do juízo liminar nos embargos do devedor para suspender o curso da execução.

Observa-se que o Projeto de Lei nº 5.080/2009 não se caracteriza plenamente como execução fiscal administrativa, pois não autoriza a autoridade administrativa realizar a alienação dos bens constritos, mas limita-se a instituir a pré-penhora administrativa, chamada de construção preparatória da execução judicial, como requisito necessário para o ajuizamento da ação executiva, semelhante à previsão dos primeiros projetos de lei que tiveram tramitação no Senado Federal, acima analisados.

A construção preparatória, nos autos da execução fiscal judicial, deverá ser confirmada pela autoridade judiciária competente, através da sua convalidação em penhora ou arresto.

É interessante observar que esse projeto de lei visa a dar mais celeridade ao processo de execução fiscal, na via judicial, porque o processamento da execução em juízo só se realiza quando já localizados bens do devedor, extraíndo do Poder Judiciário a tarefa de realizar buscas de bens mediante a expedição de ofícios aos órgãos públicos ou a realização de diligências pelo oficial de justiça.

Por outro lado, a suspensão da execução, em razão do ajuizamento de embargos do devedor, fica condicionada à existência de motivo que demonstre que os atos executórios sejam “susceptíveis de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação”.

Essas são, em linhas gerais, as regras que identificam os principais projetos de instituição da execução fiscal administrativa no Brasil.

### **3.2 CRÍTICAS AOS PROJETOS DE LEI DE QUE PROPÕEM INSTITUIR A EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA**

Apresentadas as linhas gerais dos principais projetos e anteprojetos de lei que procuram instituir a execução fiscal administrativa, pode-se condensá-las em dois pilares comuns que constituem o cerce das propostas:

- 1 a atribuição de competência legal para a Fazenda Pública credora realizar, diretamente, sem intervenção do órgão jurisdicional, atos de constrição patrimonial contra o devedor, como a penhora e o arresto;
- 2 a manutenção dos embargos do devedor como principal meio de defesa, a ser apresentado perante o órgão judiciário competente, como forma de garantir a livre acesso ao judiciário, bem como o exercício do contraditório e da ampla defesa do executado.

Esses dois itens permitem concluir que a execução fiscal administrativa objetiva realizar uma vertiginosa mudança no modelo execução fiscal brasileiro, que consiste em possibilitar a Fazenda Pública declinar da execução judicial e optar por realizar autonomamente a satisfação do seu crédito.

A análise da viabilidade constitucional de tais projetos, à luz dos princípios constitucionais da inafastabilidade do Poder Judiciário,

do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa é objeto central desse estudo.

Para tanto, mostra-se necessário conhecermos as críticas que referidas propostas de lei têm recebido.

Hugo de Brito Machado é um dos ferrenhos opositores da execução fiscal administrativa. Seus argumentos contra a viabilidade constitucional do anteprojeto de lei elaborado pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional foram os seguintes:

6.1. Viola o princípio da separação de poderes, posto que atribui ao Executivo função típica do Judiciário, não podendo ser sequer objeto de emenda constitucional (CF/88, artigos 2º e 60, §4º, inciso III).

6.2. Na medida em que atribui ao Poder Executivo, que já é titular do poder de constituir unilateralmente o crédito tributário, o poder de cobrar esse crédito coativamente, viola flagrantemente direitos fundamentais do contribuinte, entre os quais: a) o direito à propriedade (CF/88, art. 5º, inciso XXII); b) o direito à jurisdição (CF/88, art. 5º, inciso XXXV); c) o direito ao devido processo legal (CF/88, art. 5º, inciso LIV); d) o direito ao contraditório e ampla defesa (CF/88, art. 5º, inciso LV).

6.3. Viola os princípios da razoabilidade e da isonomia, na medida em que entrega à Fazenda Pública, enquanto PARTE credora, que já tem o poder de constituir unilateralmente o seu título de crédito, o poder de constranger o devedor com a correspondente cobrança forçada, enquanto todos os demais credores (que só o são por título outorgado pelo devedor, ou constituído em juízo) dependem da execução judicial. Refuta-se, portanto, o falacioso argumento dos que defendem o anteprojeto em questão, de que o Judiciário não é cobrador. Na verdade a participação do Judiciário na cobrança tem por fim evitar o arbítrio nesta se faz inevitável quando praticada pelo próprio credor, em verdadeira autotutela que significa um retorno aos primórdios da civilização<sup>7</sup>.

Outros doutrinadores também apresentaram suas razões de impugnação dos projetos de lei referidos, como:

---

7 MACHADO, Hugo de Brito, *Execução Fiscal Administrativa – Sínteses dos argumentos utilizados na defesa do anteprojeto e da correspondente refutação*. Disponível em: <[http://www.abance.com.br/site/arquivos/jornal/200704\\_encarte.pdf](http://www.abance.com.br/site/arquivos/jornal/200704_encarte.pdf)>. Acesso em: 25/06/2010.

José Eduardo Soares de Melo:

A execução do crédito tributário não pode ser promovida por autoridade diversa da jurisdicional porque se estará violando o princípio constitucional republicano que impõe a absoluta tripartição dos Poderes. A competência do Executivo encontra-se adstrita à formação do crédito tributário, não podendo usurpar a competência do Judiciário para decidir (de modo independente e imparcial) os litígios entre a Fazenda Pública e as pessoas privadas, inclusive promovendo a constrição patrimonial de bens, mediante penhora, arresto, arrematação etc.<sup>8</sup>

E Sacha Calmon Navarro Coelho:

O acesso ao Judiciário é garantia fundamental insculpida na Lei Maior, em seu art. 5º., XXXV. Outrossim, a Constituição predica que “ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal” (art. 5º., LIV). E por devido processo legal entende-se o processo administrativo e o judicial (esse último por decorrência lógica do art. 5º., XXXV).

A transferência da função executiva fiscal para a autoridade administrativa, portanto, atenta contra cláusulas pétreas da Constituição e contra o próprio Poder Judiciário, que se verá impedido por lei (ainda que inconstitucional) de exercer parte da função que lhe foi incumbida pela Lei Maior.<sup>9</sup>

Como visto, as manifestações dos juristas acima transcritas reproduzem, em linhas gerais, os mais fortes argumentos contra a execução fiscal administrativa. Todos apontam para óbices de ordem constitucional para justificar a impossibilidade de a Fazenda Pública cobrar seus créditos, independente da via judicial.

Com efeito, até o momento, o sistema processual brasileiro somente prevê execução do crédito público, exclusivamente, através da intervenção judicial.

---

8 MARTINS, MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Execução Fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária, 2008. (Pesquisas Tributárias, Nova Série – 14). p. 241

9 MARTINS, op.cit., p. 104.

Mas, a despeito dos argumentos aludidos, seria possível compatibilizar um sistema de cobrança forçada extrajudicial com os princípios constitucionais aludidos? Ou seja, seria viável a realização de atos como penhora, adjudicação e alienação pública, pela administração sem violação aos direitos fundamentais à jurisdição, ao devido processo legal, ao contraditório e ampla defesa?

A resposta a essas questões requer um aprofundamento da análise dos elementos e da essência dos poderes estatais, especialmente do executivo e judiciário. Para tanto, o estudo da teoria da divisão dos poderes e dos princípios constitucionais acima referidos fornecerão os elementos para a apresentação das conclusões buscadas.

## 4 A EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA SOB A ÓTICA CONSTITUCIONAL

### 4.1 A TEORIA GERAL DA DIVISÃO DOS PODERES

A teoria da separação dos poderes, idealizada com base nas idéias político-filosóficas de Montesquieu (*O Espírito das Leis*, de 1748) e de Emmanuel Sieyès (*Qu'est-ce que le Tiers Etat?*, de 1789), se cristalizou nos seguintes termos:

Toda sociedade na qual não esteja assegurada a garantia dos direitos do homem nem determinada a separação de poderes não possui constituição.<sup>10</sup>

A separação dos poderes é a primeira condição de um governo livre.<sup>11</sup>

A divisão das funções do estado moderno foi inspirada na necessidade de se fracionar a força do estado, anteriormente centralizada na pessoa do monarca ou ditador, como modo de controlar e coibir a prática de abusos contra as liberdades individuais por parte do titular do poder. É o que ensina Haradja Leite Torrens:

Tal divisão de funções é imperiosa para assegurar a ordem democrática porque na prática o soberano não se auto-imporá limites, aquele que é o detentor do poder, não estabelecerá fronteiras ao uso que faz do poder, e, mesmo que o faça, não existirá quem

10 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, art. 16.

11 Constituição Francesa, de 1848, art. 19.

o fiscalize ou sancione. Neste esteio, para assegurar um regime democrático é necessário que o poder seja repartido em instâncias de competências distintas. Não se tratam de poderes distintos, mas do fracionamento no exercício do poder, onde o feixe único da soberania irradia a competência para as diferentes instâncias funcionalmente organizadas.

O sistema de tripartição de poderes é uma técnica desenvolvida para evitar a danosa concentração de poderes através da divisão do poder em três esferas: legislativa, executiva e judiciária. Originalmente, o Poder Legislativo detinha o poder de criar, aperfeiçoar e extinguir as leis; o Poder Executivo tratava da segurança, das relações exteriores, da celebração da paz e da guerra; e, o Poder Judiciário se ocupava de julgar dissídios cíveis e criminais.<sup>12</sup>

Assim, o surgimento do constitucionalismo e da idéia moderna de estado encontram-se umbilicalmente ligados através na divisão tripartite do poder.

Ainda sobre o assunto, a lição de Paulo Bonavides explicita essa relação:

Com efeito, a esfera mais crítica e delicada para o estabelecimento de um Estado de Direito era, na idade do Estado liberal, a organização jurídica dos Poderes, a distribuição de suas competências e, por conseguinte, a harmonia e o equilíbrio funcional dos órgãos de soberania, bem como a determinação dos seus limites. Hoje, os direitos fundamentais ocupam essa posição estrutural culminante.

Enfim, podemos sintetizar que, ao tempo do velho Direito Constitucional – o da separação de poderes – a tensão transcorria menos no campo das relações dos cidadãos com o estado – a filosofia da burguesia liberal cristalizada na racionalidade jurídica dos Códigos já pacificara grandemente essas relações! – do que no domínio mais sensível e delicado das relações entre os Poderes, donde pendia, perante a força do Estado, e a desconfiança remanescente das épocas do absolutismo, a conservação da liberdade em toda a sua dimensão subjetiva. Nesse contexto, avultava e se mantinha sempre debaixo de suspeita o Poder Executivo, sobretudo nas monarquias

---

12 TORRENS, Haradja. *Partição de Poderes e Direitos Fundamentais: Reflexos Constitucionais da Tripartição de Funções na Atividade jurisdicional*. Disponível em: <<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=haradjatorrens>> Acesso em: 26/06/2010.

constitucionais, onde ficava mais ostensivamente sujeito aos freios e controle do sistema parlamentar.<sup>13</sup>

Embora a tensão fosse situada mais fortemente para o controle do poder político, por meio de um parlamento independente formado por representantes do povo, na concepção de Montesquieu, a função jurisdicional do estado era atribuída a um poder independente dos demais, como explica Jorge Amaury Maia Nunes:

É indubitoso, porém, que o caráter mais festejado e mais conhecido da teoria de Montesquieu é o da separação das funções do Estado, como forma de evitar o arbítrio. Assevera que em cada Estado há três espécies de poderes: o Legislativo; o Executivo das coisas que dependem do Direito das Gentes e o Executivo das que dependem do Direito Civil.

Pelo primeiro, o Príncipe ou magistrado cuida da elaboração das leis, para algum tempo ou para sempre, e corrige ou ab-roga as que estão feitas; pelo segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne invasões ; pelo terceiro, pune os crimes, ou julga as demandas entre particulares.

[...]

É bem de ver, porém, que, embora se tratasse de uma mesma atividade executiva [executiva e jurisdicional], Montesquieu sugeria que, subjetivamente, tais funções fossem atribuídas a órgãos distintos, como o fez, também, relativamente ao Poder Legislativo.<sup>14</sup>

Se, por um lado, era forte a convicção sobre a essencialidade da divisão de funções para a instituição do Estado de Direito, muito pouco de substrato teórico foi fornecido pela teoria para esclarecer sobre as atribuições intrínsecas conferidas a cada um dos órgãos incumbidos de exercê-las respectivamente.

Na verdade, a existência de um Poder Judiciário independente dos demais, onde fosse possível postular a proteção de um interesse legítimo contra outro particular ou contra o próprio estado seria suficiente para atender a exigência democrática da tripartição do poder.

<sup>13</sup> BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 539.

<sup>14</sup> Texto apresentado sob o título "Teoria Geral do Processo", nesse curso, p. 11-12.

Por isso que a simples análise da teoria da divisão dos poderes não possibilita dizer se a realização de expropriação de bens do devedor da Fazenda Pública, por meio de uma atividade eminentemente administrativa, seria legítima ou vedada, pois atribuições específicas de cada órgão são reguladas ao nível da legislação infraconstitucional de cada estado. Em consonância com esse entendimento, encontra-se a lição de Marçal Justen Filho:

Tome-se em conta que não existe uma única teoria da separação de Poderes, compartilhada igualmente por todos os países. A teoria da separação dos Poderes é adotada em quase todos os países, mas com configurações próprias e inconfundíveis.

Ou seja, não há um modelo único de separação de Poderes, mas cada Estado produz uma teoria própria, que reflete sua experiência histórica. Por exemplo, a separação dos Poderes nos EUA é muito diferente daquela existente na França. E nenhuma delas é similar à brasileira.

Mas todos os países compartilham uma experiência comum: a impossibilidade de separação absoluta de funções.<sup>15</sup>

Ademais, o princípio da separação dos poderes não persiste mais nos mesmos moldes em que foi idealizado. As necessidades do estado pós-moderno induziu a um redimensionamento das funções estatais de tal modo que a clássica divisão de funções deu lugar a um intercâmbio de atribuições entre os poderes, que pode ser demonstrada: pela criação das agências reguladoras, com atribuições legislativas típicas; pelo poder de edição de medidas provisórias com força de lei ordinária conferido ao Chefe do Poder Executivo federal; pela ampliação do poder regulamentar do Tribunal Superior Eleitoral, através de uma interpretação elástica da competência prevista no artigo 23, IX do Código Eleitoral etc.

Assim, a divisão das funções do estado em executiva e jurisdicional apresenta-se em uma zona cada vez mais nebulosa, principalmente quando se trata da ampliação das prerrogativas do Poder Executivo para aplicar a lei e executar suas funções.

Todavia, não há dúvida de que a ampliação das funções atribuídas ao Estado deve corresponder à expansão de suas prerrogativas,

---

15 JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo. Saraiva. 4. ed. rev. e atual. 2009. p. 26.

principalmente dos órgãos do poder executivo, baseada na necessidade de gerir com celeridade a coisa pública e atuar de modo expedito para preservação da ordem social.

#### 4.2 ADMINISTRAÇÃO E JURISDIÇÃO

Jorge Amaury Maia Nunes apresenta as características distintivas entre a jurisdição e as demais funções do Estado. Em primeiro lugar, ressalta as características do poder legislativo, de modo a extremá-la das demais funções:

a rigor, a legislação é sempre e tão somente uma atividade de criação do direito, enquanto que a jurisdição, embora possa ser considerada uma atividade de criação do direito, é, também, necessariamente, uma atividade de aplicação do direito. Em outras palavras, a primeira atividade preocupa-se com o momento da gênese da norma, enquanto que a segunda preocupa-se com o momento de incidência da norma.

O autor identifica, pois, o ponto de contato essencial entre a função jurisdicional e a executiva: ambas cuidam a incidência da norma, ou seja, sua aplicação no caso concreto.

Em seguida, procurar identificar qual a distinção entre a administração e a jurisdição. Para tanto, cita a lição de Chiovenda:

para Chiovenda, a atividade jurisdicional é sempre uma atividade de substituição de uma atividade pública a uma atividade alheia, na atuação da vontade concreta da lei concernente às partes, no processo de cognição e na atividade material dos órgãos do Estado, da atividade devida, tendo por fim constranger o obrigado a agir em favor do credor, ou substituindo o seu agir.

Com efeito, essa substituição do agir do particular é exercida por meio da força do estado (jurisdição), que atua como um terceiro desinteressado, promovendo a remoção da resistência apresentada por alguém ao cumprimento da lei. Nesse tocante, Maia Nunes lembra a contribuição de Michelli, que “centra o conceito de jurisdição na chamada *Terzietà*, isto é, na condição de imparcialidade daquele que profere a decisão, situação essa que não se encontra presente quando o agente do Estado pratica um ato de natureza administrativa.”

Os escritores italianos citados por Nunes Maia, Chiovenda e Michelli apresentam elementos característicos da jurisdição, que são a substitutividade e *terzietà*, o que diferenciariam da função executiva do estado.

Assim, sempre que houver necessidade de aplicação da lei por meio de um terceiro desinteressado, que tenha um poder institucional de fazer substituir a vontade dos particulares pela sua, configura-se a jurisdição, e não a função executiva do estado.

Entretanto, com dito acima, o postulado da divisão das funções do estado moderno em executiva, legislativa e jurisdicional não oferecem uma teoria suficientemente fundamentada para identificar essencialmente cada uma das funções, principalmente quando se trata das funções administrativa e jurisdicional. É o que leciona Lucas Rocha Furtado:

A restrição do exercício da jurisdição aos órgãos judiciais decorre mais de razões históricas e dogmáticas, que viam nos juízes os únicos operadores do Direito, do que de tese jurídica fundamentada e estruturada. Tradicionalmente, dizia-se que o administrador atua nos limites da lei para realizar interesse público, ao passo que o papel precípua do juiz seria o de aplicar o Direito ao caso concreto. Não há necessidade de exame muito aprofundado para se perceber que essas afirmações não se sustentam. Acaso ao juiz é dado – em seu processo de aplicação do Direito – agir fora destes, além dos limites da norma jurídica em exame? Ou, ao contrário, no processo conduzido pelo juiz de aplicação do Direito, pode ele ferir o interesse público? Em relação ao administrador, ao contrário há como defender que ele adota soluções para casos concretos sem aplicar o Direito? Tanto o juiz quanto o administrador público atuam nos limites do Direito e com vista à realização do interesse público.

Não se busca equiparar a decisão judicial àquela proferida em processo administrativo. A distinção entre essas decisões não reside, todavia, na natureza dos atos – no sentido de que uma é ato de aplicação do Direito e a outra é ato de execução do Direito. As diferenças entre uma decisão e outra decorrem do tratamento conferido pelo Direito Positivo a uma e outra.<sup>16</sup>

---

16 FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p.46.

Não é por outra razão que é evidente a dificuldade de se equilibrar o interesse do estado-administração de aplicar a lei, amparado no poder de agir autonomamente, em caso de resistência do particular, com o direito fundamental de inafastabilidade do poder jurisdicional. Essa dificuldade desaparece, no entanto, para os casos em que o interesse público deve se sobrepor ao do particular, em razão da necessidade de se privilegiar a atuação do estado na realização de determinadas funções em que se dispensa a manifestação prévia do órgão jurisdicional, se assim a lei dispuser.

#### 4.3 A AUTO-EXECUTORIEDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS E A AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

Como visto, o ideal de divisão dos poderes estatais representava uma exigência indissociável do Estado de Direito, como fórmula necessária para realização do controle do poder político.

Mesmo com o amadurecimento dos regimes democráticos e o aprimoramento do constitucionalismo, a divisão das funções estatais não perdeu a importância que apresentava inicialmente no surgimento do Estado Moderno, como confirma Paulo Bonavides:

A presença, pois, de autores contemporâneos que continuam vendo no princípio um das mais excelsas garantias constitucionais do Estado do Direito não diminuiu na literatura desde século. Não diminuiu provavelmente em razão da virtude que tem ele – conforme Montesquieu já assinalara, com a clarividência de um pensamento meridianamente lógico – de limitar e controlar poderes, restando assim a concentração de sua titularidade num único órgão ativo da soberania. 17

Mas, se é certo que o tema da separação dos poderes continua na pauta dos grandes temas do constitucionalismo atual, é inevitável a constatação de que as atribuições de cada um desses poderes sofrem as adaptações necessárias ao contexto histórico-social vivenciado, sem alterar o núcleo do sistema, que *consiste na existência de um Poder Judiciário independente e inafastável*.

Em relação ao procedimento da execução fiscal, observa-se que é possível conferir à própria administração o poder de processar a cobrança por via administrativa, sem perigo de malferir os princípios da

separação dos poderes e da inafastabilidade do Poder Judiciário, através da ampliação da competência legal da Fazenda Pública.

Como já tratado acima, quase sempre o estado-administração não necessita da tutela jurisdicional para executar suas atribuições legais, posto que é dotado de autonomia para a realização de suas funções legais, razão pela qual pode utilizar seus próprios meios de força para afastar eventual resistência de quem eventualmente se ponha em rota de colisão com os seus fins, salvo quando a legislação estabelece a necessidade de ordem judicial específica (ingresso em domicílio etc.)

Quanto o estado precisa executar uma obra pública, apreciar o pedido de benefício previdenciário, fazer a prisão de quem se encontre em estado de flagrante delito, constituir em crédito tributário, demitir um servidor desidioso, apreender um veículo irregular em via pública ou mercadoria cujo comércio é vedado, interditar estabelecimentos etc. o faz de maneira plenamente autônoma, fulcrado na parcela de autonomia que foi reservada ao poder executivo pela lei.

Sobre o assunto, eis a lição de José dos Santos de Carvalho Filho:

A prerrogativa de praticar atos e colocá-los em imediata execução, sem dependência à manifestação judicial, é que representa a auto-executoriedade. Tanto é auto-executória a restrição imposta em caráter geral, como a que se dirige diretamente ao indivíduo, quando, por exemplo, comete transgressões administrativas. É o caso da apreensão de bens, interdição de estabelecimentos e destruição de alimentos nocivos ao consumo público. Verificada a presença dos pressupostos legais do ato, a Administração pratica-o imediatamente e o executa de forma integral. Esse o sentido da auto-executoriedade.<sup>18</sup>

A auto-executoriedade dos atos administrativos é muito mais invasiva em tantos outros procedimentos administrativos, mas que não são confrontados com os corolários constitucionais aludidos, porque há uma tradição de considerá-los validamente aceitos. Não se questiona, por exemplo, a legitimidade dos entes públicos demitirem, pela via administrativa, os servidores acusados de corrupção ou a realizarem a apreensão sumária de um veículo que se encontra com a taxa de licenciamento vencida.

---

18 CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*, 21. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2009.

Nessas hipóteses, há inegável intervenção administrativa na esfera da liberdade e do patrimônio individual, mas não se ouve vozes reclamando a intervenção judicial. E o que dizer do poder de desapropriação, onde o poder público tem ampla subjetividade na escolha do bem que deverá ser expropriado?

Atualmente, a visão de desconfiança com que se encaravam os atos do príncipe da época do absolutismo, não pode servir de modelo para os atos do poder executivo. No Brasil, a vinculação da administração pública aos princípios constitucionais da legalidade, moralidade, impessoalidade, eficiência e publicidade, a partir da Constituição de 1988, ocasionou o fortalecimento das funções estatais, dando-lhe mais credibilidade e transparência, atributos que foram garantidos por mecanismos de fiscalização e aparelhos estatais voltados para o autocontrole da administração pública.

Nesse contexto, pode ser citado, na esfera federal, a criação e o aparelhamento contínuo da Advocacia-Geral da União e da Controladoria-Geral da União, bem como a profissionalização das carreiras de típicas de estado.

Nesse sentido, também converge Kiyoshi Harada:

Ironicamente, exatamente, agora, que temos o pleno domínio dos princípios de direito público como os da legalidade, da moralidade, da eficiência no serviço público, da impessoalidade, da razoabilidade etc., bem como dos poderes da administração pública como os da exigibilidade (meios de coerção indireta) e da executoriedade em algumas hipóteses (meios coercitivos diretos) a justificar até a inclusão de cláusulas exorbitantes em contratos administrativos, vozes se levantam contra a penhora administrativa como mero pré-requisito para ajuizamento da execução fiscal. Mas, nenhuma objeção fazem contra a inscrição na dívida ativa, que municia a Fazenda com um título líquido e certo, passível do controle judicial apenas a posteriori, a exemplo da penhora que se pretende instituir na fase administrativa da cobrança do crédito tributário.<sup>19</sup>

Assim, a segurança jurídica que o Poder Judiciário oferece no âmbito da cobrança dos créditos públicos pode ser obtida em igual

---

19 HARADA, Kiyoshi. A penhora administrativa como pré-requisito da execução fiscal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1620, 8 dez. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10729>>. Acesso em: 14 de abril 2010.

projeção por meio da execução administrativa, uma vez que seus agentes encontram-se subordinados a um sistema de autocontrole (autotutela) eficaz e devidamente estruturado, enquanto que, apesar de serem subordinados funcionalmente a seus chefes, encontra-se regidos por um sistema ético-constitucional a que deve obediência antes de tudo.

#### 4.3.1 DESAPROPRIAÇÃO COMO EXPRESSÃO DA AUTO-EXECUTORIEDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O Ministro Humberto Gomes de Barros fala sobre a incongruência em se manter a execução fiscal judicial e o procedimento de desapropriação por meio da via administrativa:

O Estado-Administração é capaz de, visando a interesses sociais, expropriar um proprietário que nada lhe deve. No entanto, se o proprietário é inadimplente, na sagrada obrigação de honrar dívidas para com o Erário, a Administração queda-se impotente. Nesse caso, é necessário acionar o Estado-Juiz, fazendo com que este efetive a desapropriação.<sup>20</sup>

Com efeito, é possível se fazer um paralelo entre a execução fiscal administrativa e o poder de desapropriação conferido ao poder executivo, situando ambos no âmbito do poder de auto-executoriedade dos atos administrativos.

A Constituição Federal dispõe em seu art. 5º, inciso XXIV, que “a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição.”

Como se sabe, a desapropriação é um procedimento administrativo, por meio do qual o Poder Público, transfere para si, mediante prévia declaração de necessidade ou utilidade pública, ou de interesse social, de forma unilateral e compulsória, a propriedade de terceiro normalmente através de indenização prévia, justa e em dinheiro.

A Lei Geral da Desapropriação, com é conhecido o Decreto-lei 3.365/41 que trata da desapropriação por utilidade pública, estabelece duas fases distintas no rito da desapropriação: a fase declaratória, por meio da qual o poder público constitui em espécie de título executivo

<sup>20</sup> Revista CEJ, Brasília, ano XI, n. 39, p. 9, out./dez. 2007.

da pretensão desapropriatória e a fase executória, em compreende a expropriação de bens do devedor.

A desapropriação tem início com a declaração expropriatória, que consiste na intenção do poder público realizar a estatização do bem, que é materializada por lei ou decreto emanado do Chefe do Poder Executivo.

A fase executória pode ser administrativa ou judicial. Caso o titular do bem desapropriado não manifeste resistência à pretensão estatal, a desapropriação de processa exclusivamente no âmbito administrativo.

No entanto, caso haja resistência do particular, a fase executória da desapropriação deve ser processada na via judicial. No entanto, a função do órgão jurisdicional fica quase que exclusivamente restrita à discussão do preço oferecido pelo estado. É o que decorre do disposto nos art. 9º, 20 e 24 do Decreto-lei n. 3.365-41:

Art. 9o Ao Poder Judiciário é vedado, no processo de desapropriação, decidir se se verificam ou não os casos de utilidade pública.

Art. 20. A contestação só poderá versar sobre vício do processo judicial ou impugnação do preço; qualquer outra questão deverá ser decidida por ação direta.

Art. 24. Na audiência de instrução e julgamento proceder-se-á na conformidade do Código de Processo Civil. Encerrado o debate, o juiz proferirá sentença fixando o preço da indenização.

O poder de desapropriação consiste, portanto, em uma atribuição nitidamente administrativa. Ainda que haja desistência do particular, não perde o caráter típico da função executiva do estado, razão pela qual o papel reservado ao judiciário é limitado apenas a solucionar a controvérsia que acerca da indenização cabível ao proprietário.

Nesse sentido, eis a lição de Humberto Gomes de Barros:

A sentença não condena o Estado a efetuar desapropriação; ela simplesmente acerta o valor a ser entregue como indenização, caso o Estado exercite sua faculdade (administrativa de expropriar).

Tanto isto é verdadeiro que desaparecido o interesse, ou a necessidade motivadora – pode o Estado desistir da pretensão indenizatória (em rigor, não haveria desistência, mas impedimento de consumir a desapropriação, por haver desaparecido um de seus requisitos).

A sentença que fixa o valor da desapropriação é simplesmente declaratória A desapropriação – repita-se – é ato administrativo.<sup>21</sup>

A cobrança do título executivo revestido dos caracteres de liquidez e certeza, constituído pelo aparelho estatal diretamente sujeito aos princípios da legalidade, moralidade e impessoalidade, poderia ser realizada plenamente pela própria administração, sem a necessidade de atuação intensa do judiciário, ressalvando-se a utilização dos meios de impugnação do devedor, na via judicial.

#### **4.4 A EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA EM FACE DOS PRINCÍPIOS DA INAFASTABILIDADE DO PODER JUDICIÁRIO E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL**

As críticas ao projeto de execução fiscal administrativa apresentaram como principais óbices à instituição da execução fiscal administrativa os dispositivos constitucionais abaixo transcritos:

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 5º.

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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;

---

<sup>21</sup> BARROS, Humberto Gomes de. *Execução fiscal administrativa: administrative tax foreclosure*. BDJur, Brasília, DF, 26 nov. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18959>>. Acesso em: 27/06/2010.

No que toca aos princípios da inafastabilidade do Poder Judiciário, temos a considerar que os projetos de criação da execução fiscal administrativa, analisados no presente trabalho, não procuram privar do devedor do fisco do acesso ao Poder Judiciário, para o exercício da defesa de seus direitos e evitar a prática de eventuais abusos por parte da fazenda pública.

Na verdade, em todos os projetos os meios de defesa judicial do devedor, especialmente a possibilidade de apresentação de embargos do devedor, são plenamente preservados.

O que os projetos inovam em termos de cobrança da dívida ativa é a transferência para a Fazenda Pública dos atos que são executados pelos agentes auxiliares do juiz, como os atos do oficial de justiça, responsável pela realização da penhora e o arresto, e os atos da alienação pública. Todas e quaisquer decisões, seja sobre a dívida, seja sobre o procedimento, permanecem sujeitos à apreciação judicial.

Evita-se, portanto, a judicialização prévia para a realização de atos que não requerem a participação pessoal do magistrado.

A justificativa anexa ao projeto de Lei sob nº 608, de 1999, apresentado pelo Senador Lúcio Alcântara trata do assunto nos seguintes termos:

Essa penhora administrativa não se opõe aos cânones constitucionais, porque, na verdade, não suprime nem impede o ingresso do devedor perante o Poder Judiciário, valendo-se da garantia fundamental que lhe oferece o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal, com assento no princípio básico da separação dos Poderes, inserto no art. 2º da Carta Nacional.

A penhora, por não ser ato judicial, mas administrativo, independe de se realizar perante o juízo, mesmo porque não está defeso ao devedor valer-se das demais ações judiciais ou do mandado de segurança, como o faz, ordinariamente.

A mesma opinião é compartilhada por Antônio Sousa Prudente, que, ao apresentar a minuta de projeto de lei acima tratada, afirma:

A execução administrativa do crédito da Fazenda Pública afigura-se juridicamente possível na força dos atributos dos atos

administrativos, que se revestem da presunção de legitimidade, decorrente do princípio da legalidade da Administração, da imperatividade impositiva de seu cumprimento coercitivo e da auto-executoriedade consistente na possibilidade desses atos serem imediata e diretamente executados pela própria Administração, no uso de sua supremacia de Poder Público, independentemente de ordem judicial.

O referido magistrado apresentou um painel no Fórum de Debate sobre a modernização do Direito, com o patrocínio do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal e da Associação dos Magistrados Catarinenses, realizado no ano de 2001, em que defendia a idéia do processo de execução, não se característico da atividade jurisdicional, de onde foram extraídas as seguintes palavras:

A atividade do juiz há de ser, essencialmente, a de resolver conflitos de interesse. Quando o princípio da Divisão dos Poderes, arquitetado por Montesquieu e preconizado por Aristóteles, na Grécia, começou a desenvolver-se, o direito de petição se desdobrou e assumiu características específicas perante cada um desses Poderes.

No processo moderno, o dever de pronunciamento por parte do juiz é de tal modo rigoroso na solução das lides, ante o exercício do direito de ação, como espécie do direito constitucional de petição, que sua omissão configura causa de responsabilidade judicial. O conceito de jurisdição tão só como poder, é insuficiente. Jurisdição não é o que muitos concebem: uma atividade de juízes muitas vezes preocupados com a titulação medieval, carolíngia de desembargadores e ministros. Jurisdição é serviço público, porque ela há de ser sempre um poder-dever. Com a faculdade de julgar, o juiz tem o dever de fazê-lo, não se eximindo de sentenciar ou despachar sob a alegação de lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide, caber-lhe-á aplicar as normas legais e, não as havendo, há de recorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do Direito (CPC, art. 126).

Ora, a atividade do juiz, frente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, é muito pouco jurisdicional. A rigor, na execução, quer seja baseada em título judicial ou extrajudicial, o juiz não executa nada. Ele preside a execução. Quem realiza, efetivamente, a execução, são os oficiais de justiça.<sup>22</sup>

---

22 <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/402/583> em 27/06/2010>.

Baseados nessas palavras, conclui-se que a idéia de compartilhar a competência do judiciário para realizar a penhora de bens do devedor não constitui violação a qualquer dos princípios constitucionais aludidos, pois, embora tais atos sejam executados pela administração, ao devedor se encontram disponíveis os meios de impugnação judicial que existem atualmente.

Ademais, é válido de que os atos de constrição patrimonial realizados na execução de iniciativa da administração não constituem atos tipicamente jurisdicionais, porque na execução fiscal, a atividade do juiz é reduzida à coordenação dos procedimentos previstos para que seja ultimada a expropriação de bens do devedor e seja satisfeito o crédito. Não há verdadeiramente a atividade de *iudicium*, um julgamento.

Quanto à alegação de violação do *devido processo legal*, deve-se notar que o princípio não se limita à hipótese do processo judicial, contemplado também o processo administrativo em sua fórmula. É o que afirma Hiyoshi Harada:

Hoje, até pessoas qualificadas confundem o “devido processo legal”, que está no art. 5º, LIV da CF, com mero procedimento legal. Se a execução fiscal administrativa estiver regulada em lei em sentido estrito todo o resto estaria perfeito. Aos prejudicados sempre restaria o acesso ao Judiciário, que exercitaria sua função típica se provocado.<sup>23</sup>

A maturidade atingida pelo Estado de Direito brasileiro, cuja atuação é regulada por princípios administrativos e para a proteção de direitos fundamentais do cidadão, garante que o processo administrativo tenha legitimidade procedimental suficiente para a instituição da execução fiscal administrativa, nos moldes das linhas gerais dos projetos analisados, como tal ocorre nos sistemas português e espanhol.

#### **4.5 DA AMPLA DEFESA NA EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA – OS MEIOS DE DEFESA DO EXECUTADO NO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA**

<sup>23</sup> HARADA, Kiyoshi. Decadente princípio da separação dos poderes. Considerações sobre a execução fiscal administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1655, 12 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10826>>. Acesso em: 27/06/2010.

Como visto, na execução fiscal administrativa nos modelos apresentados nos projetos de lei apresentados a participação do Poder Judiciário fica garantida, mas restrita apenas às hipóteses de impugnação do devedor.

Em todos os projetos analisados, os tradicionais embargos do devedor são mantidos principal meio de defesa do executado, sem qualquer obstáculo à sua interposição, mantendo-se o efeito suspensivo atualmente existente, ressalvadas, quanto a isso, as peculiaridades verificadas nas diferentes propostas.

No caso do PL nº 5.080/2009, a concessão do efeito suspensivo dos embargos à execução depende de decisão judicial, ficando condicionada à presença de “relevantes os fundamentos”, quando “o prosseguimento da execução seja manifestamente suscetível de causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação” (art. 25, § 1º).

Ademais, através de decisão liminar nos embargos, o juiz poderá cancelar os atos de constrição preparatória (pré-penhora) efetuados no processo, o que revela o completo controle judicial sobre o procedimento administrativo adotado pela Fazenda Pública.

Ainda relativamente ao PL nº 5.080/2009, há a previsão de impugnação específica para o questionamento judicial dos atos praticados pela Fazenda Pública, na concretização da constrição preparatória, via processual adequada para corrigir eventuais desvios ou abusos de direito por parte da administração. A petição de impugnação dos atos administrativos deve ser apensada ao processo de embargos, se houver.

A irresignação do devedor quanto à iliquidez do débito ou relativa a sua existência fica reservada à via dos embargos do devedor ou ao ajuizamento de ação autônoma.

Os embargos de devedor assumem a posição de principal meio de impugnação da dívida, sendo vedada a apresentação de ação autônoma sobre qualquer discussão sobre a execução, após expirado o prazo para apresentação dos embargos, salvo se for para apresentar alegações relativas a direito superveniente, às questões que competir ao juiz conhecer de ofício ou para as quais haja expressa autorização legal para ser formuladas em qualquer tempo e grau de jurisdição (art. 23, § 4º).

Com isso, verifica-se que o aparato de proteção judicial conferido ao devedor, no sistema da execução fiscal atual, mantém-se inalterado na execução fiscal administrativa, tanto no que pertine ao pleno acesso ao judiciário, como no tocante aos meios de defesa do devedor.

Paralelamente, o modelo de execução previsto no PL n° 5.080/2009 consolida uma série de meios de defesa administrativa. O devedor poderá arguir perante a Fazenda Pública o pagamento, a compensação anterior à inscrição em dívida ativa, e outras matérias de ordem pública e ou causas de nulidade do título que possam ser verificadas de plano, o que constitui uma espécie de exceção de pré-executividade administrativa. Poderá também impugnar a avaliação dos bens constritos, perante o órgão responsável pela constrição preparatória.

## **5 CONCLUSÃO**

Por tudo o que foi exposto, é possível concluir que a instituição da execução fiscal administrativa no nosso sistema jurídico é uma alternativa viável para a solução do problema do contínuo crescimento do estoque da dívida ativa no Brasil.

O modelo de execução forçada judicial, conforme procedimento previsto na Lei de Execuções Fiscais em vigor, como única forma de cobrança dos créditos públicos mostrou-se insuficiente para os fins a que se destina, apresentando-se atualmente até mesmo defasado se comparado ao modelo de execução comum, consideradas as recentes alterações operadas no processo de execução do CPC, por meio da Lei n. 11.382/2006.

Por outro lado, os compromissos sociais assumidos pelo Estado, em razão da ampliação dos direitos constitucionais de cunho social, com a Constituição de 1988, e pela adoção do paradigma de efetivação dos direitos fundamentais, exige-se a correspondente necessidade realização do provimento financeiro do Estado para custear esses direitos.

A complexidade das novas funções estatais no mundo pós-moderno exige cada vez mais atenção para as questões que envolvem a noção dos custos dos direitos, como observamos na lição de José Casalta Nabais:

Voltando-nos agora para os custos dos direitos, podemos dizer que, como acabamos de ver, qualquer comunidade organizada, mormente uma comunidade organizada na forma que mais êxito teve até ao

momento, na forma de estado moderno, está necessariamente ancorado em deveres fundamentais, que são justamente os custos lato sensu ou suportes da existência e funcionamento dessa mesma comunidade. Comunidade cuja organização visa justamente realizar um determinado nível de direitos fundamentais, sejam os clássicos direitos e liberdades, sejam os mais modernos direitos sociais.

Em conclusão, a outra face ou a face oculta dos direitos fundamentais revela-se nos deveres fundamentais ou custos lato sensu dos direitos. Os deveres ou custos dos direitos que outra coisa não são senão a responsabilidade comunitária que os indivíduos assumem ao integrar uma comunidade organizada, mormente uma comunidade organizada no estado (moderno). O que faz dos indivíduos, verdadeiras pessoas, ou seja, membros ao mesmo tempo livres e responsáveis da sua comunidade.<sup>24</sup>

Assim, a eficiência da cobrança dos créditos públicos encontra-se na pauta das questões que dizem respeito ao cumprimento das metas coletivas pelo estado, em face do caráter instrumental que têm os créditos públicos na sua realização.

Outra consequência da baixa eficiência do modelo vigente de execução fiscal é o desequilíbrio causado no mercado, que acaba por penalizar as empresas que recolhem pontualmente suas obrigações fiscais e estimular os imponentes, em razão da ampliação da margem de lucro e das oportunidades investimento.

A urgência solução para a problemática descrita não pode ficar restrita apenas à busca contínua do incremento do aparelho jurisdicional.

Ademais, estando garantido ao devedor o pleno acesso ao Poder Judiciário, como o fizeram todos os projetos de execução fiscal administrativa, não há que se falar em violação ao direito fundamental à inafastabilidade do Poder Judiciário.

Com visto, a formatação da garantia de inafastabilidade do Poder Judiciário e da divisão das funções estatais, como instrumentos de controle da autoridade pública, pode ser feita através de regras infraconstitucionais, desde que seja preservado o núcleo desses

---

<sup>24</sup> NABAIS, José Casalta. *A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15184/14748>>. Acesso em: 27/06/2010.

princípios, que consiste na idéia do acesso um Poder Judiciário livre e independente dos demais poderes e, ao qual seja conferida a atribuição legal e constitucional improrrogável de dar a última palavra sobre qualquer conflito de interesses.

Com efeito, a execução fiscal administrativa constituiria mudança significativa no modelo executório vigente. No entanto, diante dos inúmeros problemas enfrentados na atualidade, a opção pelo modelo de execução fiscal administrativa, mostra-se viável, do ponto de vista constitucional.

## **REFERÊNCIAS**

BARROS, Humberto Gomes de. Execução fiscal administrativa: administrative tax foreclosure. *BDJur*, Brasília, DF: 26 nov. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18959>>. Acesso em: 27/06/2010.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juiz, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

HARADA, Kiyoshi. Decadente princípio da separação dos poderes. Considerações sobre a execução fiscal administrativa. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 12, n. 1655, 12 jan. 2008. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10826>>. Acesso em: 27/06/2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva. 4. ed. rev. e atual. 2009.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Coord.). *Execução Fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais e Centro de Extensão Universitária, 2008. (Pesquisas Tributárias, Nova Série – 14).

NABAIS, José Casalta. A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos fundamentais. Disponível em: <[www.buscalegis.ufsc](http://www.buscalegis.ufsc)>.

br/revistas/index.php/buscalegis/article/viewFile/15184/14748>. Acesso em: 27/06/2010.

TORRENS, Haradja. Partição de Poderes e Direitos Fundamentais: Reflexos Constitucionais da Tripartição de Funções na Atividade jurisdicional.

Disponível em: <<http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1013&context=haradjatorrens>> Acesso em: 27/06/2010.