

RECEBIDO EM: 15/09/2020

APROVADO EM: 01/10/2020

A TIPICIDADE CAUTELAR FISCAL FACE AO PODER GERAL DE CAUTELA E ÀS CLÁUSULAS GERAIS EXECUTIVAS: LIMITES À APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CPC

***TAX INJUNCTION PROCEDURE BEFORE THE GENERAL
POWER OF CAUTION AND THE GENERAL EXECUTIVE
CLAUSES: LIMITS TO THE SUBSIDIARY APPLICATION
OF THE CIVIL PROCEDURE CODE***

De Braga (Portugal) para Brasília, em 23 de agosto de 2020.

Joaquim Freitas da Rocha

*Doutor em Direito - Ciências Jurídico Políticas pela Universidade de Coimbra,
Portugal. Professor Auxiliar com Agregação e Diretor do Mestrado em Direito
Tributário da Escola de Direito da Universidade do Minho, Investigador no JusGov
(Centro de Investigação em Justiça e Governação), Formador no Centro de Estudos
Judiciários (CEJ)*

Murilo Strätz

*Doutorando em Direito pela Universidade do Minho (Portugal), pesquisador
integrado ao Laboratório de Justiça (JusLab) do Centro de Investigação em
Justiça e Governação (JusGov) daquela universidade, Mestre em Teorias Jurídicas
Contemporâneas pela UFRJ, Instrutor da Escola da AGU e Professor convidado
dos cursos de pós-graduação lato sensu em “Direito Processual” e “Advocacia
Pública” da UERJ. Advogado da União*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O procedimento cautelar fiscal; 2 A abolição dos procedimentos cautelares típicos pelo CPC/2015; 3 O “Diálogo das Fontes” e a vastidão do poder geral de cautela e das cláusulas gerais executivas; 4 A execução fiscal admite meios coercitivos de cunho extrapatrimonial? 5 O respeito à legalidade democrática, ao devido processo legal e às prerrogativas processuais do executado; 6) Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente escrito trata da relação dialógica potencialmente existente entre o procedimento cautelar fiscal, disciplinado pela Lei nº 8.397/1992, e os novos dispositivos legais que, a partir da entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, têm desafiado os paradigmas tradicionais da execução civil. Forjados em textura extremamente aberta, os preceitos trazidos pelo novo Código para assegurar a tutela executiva colocam a efetiva satisfação do exequente acima da previsibilidade das decisões judiciais, franqueando aos juízes a adoção de medidas cautelares e executivas *atípicas* de indução, coerção e sub-rogação sobre o comportamento do devedor. Agrupadas no que se convencionou denominar “poder geral de cautela” e “cláusulas gerais executivas”, tais medidas atípicas visam a assegurar maior efetividade ao cumprimento da obrigação exequenda, quando as ortodoxas medidas *típicas* ou nominadas (arresto, sequestro, arrolamento de bens, busca e apreensão, multa, remoção de pessoas e coisas, protesto etc.) não forem, na visão do juiz, as mais adequadas ao caso. Nesse *diálogo* entre *fontes* legais tão diversas, aqui incluída a Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980), importantes postulados norteadores do Estado Democrático de Direito são invocados e acabam protagonizando a discussão. É nessa tensão dialética que aqui são abordados temas como segurança jurídica (incluída a previsibilidade decisional), legalidade, devido processo legal (e os seus corolários do contraditório e da ampla defesa), efetividade da prestação jurisdicional, tipicidade das formas processuais e instrumentalidade.

ABSTRACT: This writing deals with the potentially existing dialogic relationship between the tax injunction procedure, ruled by Law no. 8,397/1992, and the new legal provisions that, since the Civil Procedure Code of 2015 came into force, have challenged the traditional paradigms of civil execution. Forged in an extremely open texture, the precepts brought by the new Code to ensure executive protection place the effective satisfaction of the executor above the predictability of court decisions, allowing judges to adopt atypical precautionary and executive measures

of induction, coercion and subrogation over the debtor's behaviour. Grouped in what has been termed "general power of caution" and "general executive clauses", such atypical measures are intended to ensure greater effectiveness in complying with the enforcement obligation, when the orthodox typical or named measures (seizure, apprehension, fine, removal of persons and things, protest, etc.) are not, in the judge's view, the most appropriate for the case. In this dialogue among such diverse legal sources, including the Fiscal Enforcement Law (Law n.º 6.830/1980), important postulates which guide the Democratic State of Law are invoked and end up leading the discussion. It is in this dialectic tension that the article addresses issues such as legal security (including decisional predictability), legality, due process (and its corollaries of the contradictory and broad defense), effectiveness of jurisdictional provision, typicality of procedural forms and their instrumentality.

PALAVRAS-CHAVE: Execução Fiscal. Princípios tributários. Fazenda Pública. Poder geral de cautela. Cláusulas gerais executivas. Medidas atípicas. Aplicação subsidiária.

KEYWORDS: Tax Enforcement. Tax principles. Public Finance. General power of caution. General executive clauses. Atypical measures. Subsidiary application.

INTRODUÇÃO

Acalorados debates têm sido verificados, tanto na academia quanto nos tribunais brasileiros, desde a entrada em vigor dos dispositivos que o Código de Processo Civil de 2015 colocou à disposição dos juízes para tornar efetiva e mais célere a tutela satisfativa. A fim de que a satisfação dos credores que buscam o Judiciário se dê de modo integral e em tempo razoável, os artigos 139, IV; 297, *caput*; 301; 536, § 1º; e 805 do novo Código conferem aos magistrados, mediante cláusulas gerais, o poder de determinar a adoção de medidas atípicas ou inominadas em desfavor de devedores, executados ou não.

Seja a partir de um "poder geral de cautela", seja com supedâneo em "cláusulas gerais executivas", juízes passaram a criar, com autorização do Código, providências que não estão expressamente previstas na legislação brasileira, com vistas a coagir o devedor a adimplir seu débito junto à parte credora em juízo.

Dentre as providências que passaram a ser determinadas pelos magistrados para compelir os devedores a satisfazerem o crédito da parte

contrária, mesmo quando este apenas consista em direito a uma obrigação exclusivamente pecuniária, destacam-se as seguintes medidas: a apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou de passaporte, a suspensão do direito de dirigir e a proibição de participação em certames e licitações públicas (inclusive em hipóteses que em nada se relacionam com a Lei de Licitações¹).

Diante do caráter drasticamente invasivo de tais medidas e da ameaça de violação que representam às liberdades fundamentais asseguradas constitucionalmente, o Supremo Tribunal Federal foi instado a manifestar-se em sede de controle concentrado de constitucionalidade, por meio de ação direta cujo processo já conta com parecer favorável da Procuradoria-Geral da República à tese de que aquelas medidas são inconstitucionais, conforme se examinará com mais vagar no tópico 3.

Considerados os desdobramentos que podem ser observados a partir da aplicação prática dessas novas medidas cautelares e executivas no processo civil em geral, bem como a possibilidade de outras perspectivas que porventura surgirão a partir da criação de providências atípicas ainda mais engenhosas por parte dos magistrados, o presente trabalho buscará verificar a legitimidade jurídica da extensão de tais providências à execução fiscal e, mais especificamente, ao procedimento cautelar fiscal.

1 O PROCEDIMENTO CAUTELAR FISCAL

A Lei nº 8.397, de 6 de janeiro de 1992, institui medida cautelar fiscal e dá outras providências, prevendo, em seu artigo 1º, que o procedimento cautelar fiscal “poderá ser instaurado após a constituição do crédito, inclusive no curso da execução judicial da Dívida Ativa”. Já o parágrafo único do dispositivo legal vai além, ao permitir que, nas situações excepcionais ali indicadas, a medida cautelar fiscal seja deferida em favor da Fazenda Pública antes mesmo de constituído o seu crédito (tributário ou não), que se dá com o lançamento, na forma do artigo 142 do Código Tributário Nacional.

A referida Lei nº 8.397/1992 inovou tanto em relação ao Código de Processo Civil de 1973 (CPC então em vigor, mas revogado em 2015 pelo

1 A Lei n.º 8.666/1993 prevê, por exemplo, em seu art. 87, III, que, *verbis*: “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: [...] III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos” (Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em 17/08/2020). Como se vê, trata-se de uma medida típica prevista em favor da Administração Pública no bojo de contratos administrativos, a qual, por motivos óbvios, não pode ser estendida de modo indiscriminado a todo e qualquer credor que busque o Judiciário.

Novo CPC) quanto no que concerne às disposições da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980, até hoje em vigor), pois estes dois diplomas legais não admitiam, e ainda não admitem, qualquer manobra constritiva de bens do devedor da Fazenda *antes* de citado pelo juízo fazendário.

Na execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública, o artigo 10 da Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980) só admite a penhora dos bens do devedor se este, em até cinco dias depois de citado, não pagar a dívida nem oferecer bens como garantia à execução.

Regime semelhante de execução é disciplinado pelo Novo Código de Processo Civil (CPC/2015), cujo artigo 829 só permite que a penhora se efetive depois de escoado *in albis* o prazo de pagamento, contado a partir da citação. A diferença básica em relação à sistemática adotada pela Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980), além do prazo dado para pagamento (que é menor no CPC), é que o executado pela Fazenda pode oferecer embargos à execução no prazo de 30 (trinta) dias e *desde que* garantido o juízo por penhora, depósito, fiança bancária ou seguro garantia (art. 16 da LEF), ao passo os embargos à execução regidos pelo CPC podem ser opostos no prazo de 15 (quinze) dias e *sem necessidade* de garantia do juízo (art. 914 do CPC).

Portanto, é a Lei nº 8.397/1992 que fornece o suporte legal para a efetivação da penhora cautelar, a pedido da Fazenda Pública credora, sobre o patrimônio do devedor *antes que este seja citado*, incluída a medida judicial de indisponibilidade de seus bens, até o montante do crédito tributário, na forma do que dispõe o artigo 4º, *caput*.

Mas este procedimento fiscal, por ser flagrantemente invasivo e patentemente restritivo de direitos constitucionalmente consagrados - pois atinge o patrimônio do devedor antes mesmo de sua citação para pagamento da dívida -, deve observar outros regramentos da Lei nº 8.397/1992, tais como as exigências contidas nos seus artigos 11, 12 e 13, a condicionarem a eficácia da medida cautelar à propositura, pela Fazenda credora, da execução judicial da Dívida Ativa no prazo de sessenta dias, contados da data em que o seu crédito se tornar irrecurável na esfera administrativa.

Convém, aliás, ter sempre presente que essa mesma Fazenda Pública está subordinada às prescrições emergentes do princípio do Estado de Direito, designadamente as que se materializam nas exigências de constitucionalidade, legalidade e proporcionalidade das suas atuações, além, naturalmente, de ter de respeitar e acautelar as legítimas expectativas

dos contribuintes e obrigados tributários (segurança jurídica e proteção da confiança). Num verdadeiro Estado de Direito, estes últimos não podem ser confrontados com atuações lesivas e intrusivas com as quais, razoavelmente, não podem contar.²

A dúvida que neste contexto exsurge refere-se à possibilidade de aplicação do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015, que entrou em vigor em 16/03/2016) para fundamentar legalmente penhoras antecedentes à citação em execução fiscal, sem a necessidade de observar o procedimento cautelar previsto naquela Lei nº 8.397/1992.

Para resolver essa questão, deve-se levar em conta que, para o bem e para o mal, é clássica a convocação de normas de feição generalista e privatística para a resolução de problemas que aparentemente não são resolvidos em determinado segmento do ordenamento, constatando-se aqui que as disposições dos procedimentos comum e de cumprimento da sentença aplicam-se subsidiariamente à execução de título extrajudicial regida pelo Código de Processo Civil, na forma do art. 771 do CPC. Deve-se considerar, também, o fato de que a própria Lei de Execução Fiscal (LEF) admite a aplicação “subsidiária” do Código de Processo Civil na execução promovida pela Fazenda Pública, consoante estabelece o art. 1º da LEF.

Assim, por via de tríplice remissão legal³, questiona-se se a Fazenda Pública pode valer-se, na execução da Dívida Ativa, da tutela de urgência (seja cautelar, seja antecipada) disciplinada entre os artigos 300 e 310 do CPC, já que os procedimentos executórios específicos silenciam a respeito disso. Trata-se de um silêncio eloquente ou de uma mera omissão a ser suprida mediante aplicação subsidiária do CPC?

2 A ABOLIÇÃO DOS PROCEDIMENTOS CAUTELARES TÍPICOS PELO CPC/2015

Para averiguar-se o cabimento, ou não, da aplicação ao executivo fiscal dos dispositivos topicamente previstos para o processo de conhecimento,

2 Acerca do enquadramento principiológico da atividade administrativa tributária, v. ROCHA, Joaquim Freitas da. *Lições de procedimento e processo tributário*. 7.ª ed. Coimbra: Almedina, 2019, p. 125 e ss.

3 Trata-se de pelo menos três normas legais remissivas, pois há remissão tanto da execução civil quanto da execução fazendária ao processo comum de conhecimento previsto no CPC, conforme já visto, como também remissão do processo de conhecimento do CPC em relação ao processo de execução, na forma do parágrafo único do artigo 318, que estabelece, *verbis*: “Art. 318. Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei. Parágrafo único. *O procedimento comum aplica-se subsidiariamente aos demais procedimentos especiais e ao processo de execução*” (grifo nosso).

notadamente os que disciplinam a concessão de tutela provisória no Código de 2015, mister que se dê uma breve notícia a respeito das inovações trazidas por este quanto ao tema.

O Novo Código de Processo Civil brasileiro (Lei nº 13.105/2015), genericamente designado como CPC/2015, em vigor desde o dia 16 de março de 2016, revogou o Código anterior (CPC/1973) e deixou de reproduzir, por opção legislativa, os procedimentos cautelares típicos ou nominados que eram disciplinados pelo estatuto revogado.

No entanto, o Novo Código manteve alguns procedimentos cautelares, não sob um único Livro ou de modo sistematizado, mas sim os espalhou ao longo do seu articulado, tal como se deu, por exemplo, com as típicas cautelares de “produção antecipada de provas” e de “exibição de documento ou coisa”, as quais passaram a integrar o Capítulo da Prova (Parte Especial, Livro I, Título I, Capítulo XII), cujas previsões se iniciam, respectivamente, nos artigos 381 e 396 do Novo Código, sem revestirem a forma de incidentes cautelares típicos ou nominados.

Para a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do Novo Código, o mote deste seria muito mais funcional do que estrutural, vale dizer, o legislador estaria mais preocupado em resolver os problemas que demandam apreciação urgente pelo Judiciário do que em simplesmente colocar à disposição do jurisdicionado uma lista de procedimentos nominados de rígido manuseio, cuja eventual adoção de modo tecnicamente equivocado pelo advogado poderia prejudicar a parte litigante. Extrai-se da própria Exposição de Motivos tal preocupação legislativa em simplificar a concessão de providências de urgência, *verbis*:

Extinguiram-se também as ações cautelares nominadas. Adotou-se a regra no sentido de que basta à parte a demonstração do *fumus boni iuris* e do perigo de ineficácia da prestação jurisdicional para que a providência pleiteada deva ser deferida.⁴

Como bem destaca a doutrina de Marinoni e Mitidiero (2010, pp. 105-107), desde as primeiras versões do Anteprojeto que se converteria no CPC/2015, o legislador acertou ao não reproduzir um segmento exclusivamente destinado ao Processo Cautelar, já que a tutela provisória de urgência é o gênero do qual são espécies as tutelas *cautelar* (de natureza

4 BRASIL. Código de processo civil e normas correlatas. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 32. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em 30/07/2020>.

instrumental, conservativa ou assecuratória) e *antecipada* (de natureza satisfativa ou antecipatória do mérito, dada sua pronunciada carga meritória), de modo que não se justificaria cindir o tratamento harmônico e geral que o Código deu a esses dois tipos de tutela. Não se deixa de pontuar, porém, que a ausência de previsão mais detalhada pelo Código de certos procedimentos cautelares importantes para a execução – dos quais se destacam o arresto, o sequestro, as cauções, a busca e apreensão e o arrolamento de bens – pode representar impacto negativo à segurança jurídica.⁵

Com efeito, a omissão do legislador de 2015 em disciplinar o rito processual dessas gravosas medidas, ao contrário do que fez o legislador de 1973, acaba por causar danos à previsibilidade e à calculabilidade do que se pode esperar da fase de execução, dada a vagueza do caminho procedimental a ser trilhado na efetivação de tais gravames. Nesta medida, podem suscitar-se algumas dúvidas quanto à conformidade constitucional destas alterações, ao menos num plano abstrato ou teórico.

O Código limitou-se a prever no artigo 301, de modo genérico, que a tutela de urgência de natureza cautelar “pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito”, no que se convencionou denominar, doutrinariamente, de “poder geral de cautela”, a dar-se de modo conjugado com a cláusula geral contida no importantíssimo inciso IV do artigo 139. Este inovador dispositivo legal confere ao juiz uma gama enorme de poderes processuais, entre os quais se incluem “todas as medidas indutivas, coercitivas, mandamentais ou sub-rogatórias necessárias para assegurar o cumprimento de ordem judicial, inclusive nas ações que tenham por objeto prestação pecuniária”. Sobre tais poderes judiciais falaremos um pouco mais no próximo tópico.

O legislador, porém, silenciou sobre o procedimento específico de cada uma dessas invasivas medidas de gravame patrimonial.

5 “O projeto não consta com um livro destinado ao processo cautelar. Trata-se de posição acertada. Também não disciplina tutelas cautelares nominadas. Teria sido ideal, todavia, que o Projeto tivesse mantido certas tutelas cautelares em espécie – o arresto, o sequestro, as cauções, a busca e apreensão e o arrolamento de bens. Reconheceu-se, na esteira do que sustentamos há muito tempo, o fato de a tutela antecipatória fundada no perigo e de a tutela cautelar constituírem espécies do mesmo gênero: tutela de urgência. Seguindo esta linha, o Projeto propôs a disciplina conjunta do tema” (MARINONI; MITIDIERO, 2010, p. 106).

Portanto, diversamente do diploma anterior, o atual Código, sincrético por excelência⁶, não prevê o Processo Cautelar, senão apenas um Procedimento Comum para o Processo de Conhecimento (artigos 318 a 512), um Procedimento para o Cumprimento de Sentença (artigos 513 a 538), duas dezenas de Procedimentos Especiais (artigos 539 a 770), algumas espécies de Procedimentos para Execução de Títulos Extrajudiciais (artigos 771 a 913), um Procedimento de Embargos à Execução de Títulos Extrajudiciais (artigos 914 a 920) e os Procedimentos originários e recursais de Impugnação das Decisões Judiciais (artigos 926 a 1044).

Não obstante, o Novo Código não aboliu o “poder geral de cautela” dos juízes (artigos 139, IV, 297, 301, 497, 536, § 1º, 805, entre outros), tampouco a possibilidade de deferimento, por estes, da Tutela Cautelar Provisória de Urgência Requerida em Caráter Antecedente (artigos 305 a 310).

Reconhecido tal “poder geral de cautela”, a pergunta que conduzirá ao próximo tópico impõe-se da seguinte forma, portanto: poderia a Fazenda Pública valer-se da textura aberta do Novo Código de Processo Civil para obter resultado prático equivalente à medida cautelar fiscal prevista na Lei nº 8.397/1992, sem atender às exigências desta?

3 O “DIÁLOGO DAS FONTES” E A VASTIDÃO DO PODER GERAL DE CAUTELA E DAS CLÁUSULAS GERAIS EXECUTIVAS

Num ambiente em que há pluralidade de normas disciplinando o mesmo tema de fundo, tal como se verifica na coexistência dos princípios e regras legais que regem a execução fiscal, o *diálogo* entre os diversos diplomas normativos é o instrumento teórico que legitima o consenso a ser atingido para a resolução de questões jurídicas.

Desse modo, as normas jurídicas envolvidas com um caso não se excluem apenas pelo fato de pertencerem a ramos jurídicos distintos, uma

6 O sincretismo do Novo Código expressa-se, sobretudo, pela extinção dos procedimentos ordinário, sumário, cautelar e de execução de título judicial (essa execução é agora a denominada fase de “cumprimento de sentença”), bem como pela aglutinação, em um único processo, das fases de conhecimento e de cumprimento de sentença, que deixaram de ser processos autônomos para tornarem-se meros módulos ou etapas de um só processo. Apenas a execução de título extrajudicial é que constituiu um processo autônomo, já que o cumprimento de sentença é mera decorrência da fase de conhecimento de um único processo judicial. O sincretismo processual também se manifestou na adoção de um regime jurídico geral para a tutela provisória de urgência, a contemplar, dentro do mesmo Título do Código (Título II do Livro V), tanto a tutela antecipada (de natureza satisfativa) quanto a tutela cautelar (de viés mais instrumental, e menos antecipatório do provimento meritório).

vez que, longe de serem estanques e incomunicáveis, os sistemas donde elas provêm se complementam. O limite apenas residirá naquele ponto de divergência em que se entenda que existirão diferenças fundamentais que impeçam a convocação recíproca (como prudentemente refere o legislador alemão: “[...] *soweit die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten es nicht ausschließen* [...]”⁷).

Sem prejuízo de outros contributos doutrinários, a teoria do Diálogo das Fontes foi desenvolvida por Erik Jayme na Alemanha, e compilada em seu “Curso Geral de Haia”, datado do ano de 1995, no contexto do Direito Internacional Privado, mas acabou transcendendo tal domínio. Tal teoria prega a “coerência restaurada” e a “eficiência funcional”, com vistas a superar a eficiência excludente e formalmente estática representada pelo recurso à hierarquia, à cronologia e à especialidade, enquanto critérios para a resolução de conflitos aparentes entre normas. Ao lado das técnicas tradicionais para resolução de conflitos normativos solúveis⁸, segundo as quais uma das fontes de Direito envolvidas é excluída para que prevaleça outra que com ela se mostra incompatível, Jayme propõe, sem abandonar os métodos já arraigados, que as fontes em conflito tenham uma aplicação coordenada, ao invés de simplesmente receberem o tratamento de exclusão de uma(s) em benefício de outra(s).

Nesse sentido, alertando para a enorme diversidade de fontes altamente heterogêneas com as quais o intérprete do Direito Internacional deve lidar, tais como convenções internacionais, tratados de direitos humanos, constituições nacionais, acordos comunitários e pactos regionais, Erik Jayme exorta os juízes a “coordenar todas essas fontes, ouvindo o que elas têm a dizer”⁹. Em rigor, para o estreito escopo do presente trabalho, trata-se mais de coordenar as diversas *normas* legais emanadas da mesma *fonte* (no caso, o legislador nacional) do que coordenar diferentes *fontes*, até porque, aqui, só se discutem normas de uma única fonte, a fonte legal.

7 Assim dispõe, literalmente, o § 155 da FGO (*Finanzgerichtsordnung*). Disponível em: <https://www.gesetze-im-internet.de/fgo/_155.html>. Já o legislador português foi um pouco menos prudente, ao referir-se a “aplicação supletiva (...) de acordo com a natureza dos casos omissos” - art.º 2.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (disponível em: <https://info.portaldasfinancas.gov.pt/pt/informacao_fiscal/codigos_tributarios/cppt/Pages/cppt2.aspx>. Acesso em 14/08/2020).

8 Um dos métodos mais clássicos para resolver conflito aparente de normas foi proposto por Bobbio, podendo ser sintetizado a partir dos seguintes postulados: 1) *lex posterior derogat priori* (critério cronológico); 2) *lex superior derogat inferiori* (critério hierárquico); e 3) *lex specialis derogat generali* (critério da especialidade) (BOBBIO, 1995, pp. 91 e ss).

9 « *Les juges sont tenus de coordonner ces sources en écoutant ce qu'elles disent* » (JAYME, 1995, p. 259).

Já no Brasil, onde os critérios cronológico e da especialidade vigoram, respectivamente, nos §§ 1º e 2º do art. 2º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro desde o ano de 1942 (Decreto-lei nº 4.657/1942), Cláudia Lima Marques (2003, pp. 71-99) foi pioneira ao importar os fundamentos teóricos do “Diálogo das Fontes” ao propor um sentido de complementaridade entre o Código Civil de 2002 (CC/2002) e o Código de Defesa do Consumidor (CDC), sobretudo nas matérias de direito contratual e responsabilidade civil. Indo além dos critérios clássicos de solução das antinomias jurídicas (hierárquico, especial e cronológico, propostos por Bobbio), que excluem uma das normas conflitantes, a proposta de Marques era muito mais no sentido de harmonizar e coordenar, e menos no de excluir, a aplicação dos dispositivos do Código Civil que não coincidissem com a normas do CDC. Assim, o fato de o Código de Defesa do Consumidor (CDC) ser lei especial, não afasta eventuais cláusulas gerais do Código Civil (CC) que possam revelar-se favoráveis ao consumidor, da mesma forma que o fato de o CC ser posterior ao CDC (promulgado no ano de 1990, ao passo que o CC é de 2002) não significa que a lei nova tenha derogado a anterior.¹⁰

Transplantando parte do raciocínio dialógico das fontes para o Direito Processual brasileiro, Antonio do Passo Cabral (2020) afirma que não há mais que se falar em “procedimentos” estanques, senão em “técnicas” processuais que se complementam, sejam entre os ritos especiais, seja entre esses e o procedimento comum. De acordo com Cabral, a categoria da “subsidiariedade”, tal como a que o CPC adota ao estabelecer a “aplicação subsidiária” do procedimento comum à execução (art. 318, parágrafo único), deveria ceder lugar à “complementariedade” entre conjuntos normativos. Para Cabral, é assim que o processo se adaptará melhor ao direito material discutido (noção de “tutela diferenciada”¹¹), a dar-se a partir de uma aplicação

10 Cláudia Lima Marques ainda observa que o ordenamento não deveria contentar-se com conceitos estáticos que se aprisionem dentro de certos ramos do Direito, de forma estanque, mas sim compartilhar certas noções com outras áreas jurídicas, tal como se dá, por exemplo, com o conceito consumerista de “hipossuficiente” que o CDC adota ao qualificar uma das partes da relação de consumo. Ao revés, o intérprete deve conjugar tal conceito, no exemplo dado, com outros conceitos de hipossuficiência oriundos dos demais ramos legais, tais como os oferecidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Estatuto do Idoso, os quais também tutelam pessoas cuja peculiar condição inspira maior atenção do Estado. Assim, um consumidor idoso ou adolescente deve ser considerado ainda mais hipossuficiente na relação de consumo (MARQUES, 2012, pp. 19 e ss).

11 Segundo a noção de *tutela diferenciada*, os instrumentos processuais devem adequar-se às peculiaridades do direito material que se propõem a tutelar, ao invés de exigir que o direito material se amolde ao processo. Aliás, a nomenclatura correta é “procedimentos” ou “técnicas” diferenciadas, conforme bem advertem Marinoni, Arenhart e Mitidiero, *verbis*: “Antes de tudo, corrija-se a impropriedade de se falar em tutelas jurisdicionais diferenciadas no lugar de procedimentos (ou técnicas) jurisdicionais diferenciados, uma vez que,

conjugada e complementar, ao direito material discutido, das melhores técnicas processuais disponíveis, e não apenas daquelas encontradas no ramo legal específico que disciplina o correspondente objeto temático.

Em suma, Cabral propõe que a *subsidiariedade* na aplicação de *procedimentos* diversos seja substituída por uma *complementariedade* na aplicação das *técnicas* disponíveis.

Abandonam-se, com isso, importantes fundamentos teóricos de que a doutrina tradicional sempre se valeu para sustentar a autonomia jurídica dos procedimentos especiais. Para os processualistas ortodoxos, os procedimentos especiais ostentam as seguintes características: legalidade, taxatividade (tipicidade fechada), excepcionalidade, indisponibilidade, inflexibilidade, infungibilidade e exclusividade. Tais contornos dogmáticos, caríssimos à própria identidade dos “procedimentos especiais”¹², caem por terra diante da radical fungibilidade sustentada por Cabral em relação aos diversos tipos de técnicas processuais que podem concorrer entre si na solução de um caso concreto.

Outro fator a esvaziar a especificidade da execução fiscal e a tipicidade processual da medida cautelar fiscal é o vastíssimo poder geral de cautela que o já referido art. 139, IV, do CPC/2015 veio a atribuir às autoridades judiciárias.

Sobre o tema, Fredie Didier Jr. e Antonio do Passo Cabral, em coautoria sobre negócios processuais atípicos e execução, assim se manifestaram, *verbis*:

conforme já amplamente demonstrado, a tutela é o resultado, no plano jurídico-substancial, proporcionado pelo procedimento. A necessidade de “tutelas diferenciadas aos direitos” é que demonstrou a insuficiência de um único “procedimento” para a “tutela” dos direitos, e, assim, a necessidade de “procedimentos diferenciados” (MARINONI; ARENHART; MITIDIERO, 2017, p. 360).

- 12 A quantidade desenfadada de procedimentos especiais contidos no Código já vinha sendo criticada pela doutrina desde a expressiva leva de reformas por que o CPC/1973 passou durante a década de 1990, ocasião em que o legislador teria perdido a oportunidade de racionalizá-los e até mesmo de fundir ou extinguir alguns deles, já que muitas de suas características deixaram de lhes ser exclusivas, à medida em que foram sendo incorporadas à parte geral do Código mediante sucessivas reformas processuais. No aniversário de dez anos da importante reforma legislativa feita em 1994 no CPC/1973, Egas Moniz de Aragão lançou a seguinte crítica: “Ninguém jamais se preocupou em investigar se é necessário ou dispensável, se é conveniente ou inconveniente oferecer aos litigantes essa pleora de procedimentos especiais; ninguém jamais se preocupou em verificar se a existência desses inúmeros procedimentos constitui obstáculo à ‘efetividade do processo’, valor tão decantado na atualidade; ninguém jamais se preocupou em pesquisar se a existência de tais e tantos procedimentos constitui estorvo ao bom andamento dos trabalhos forenses e se a sua substituição por outros e novos meios de resolver os mesmos problemas poderá trazer melhores resultados. Diante desse quadro é de indagar: será possível atingir os resultados verdadeiramente aspirados pela revisão do Código sem remodelar o sistema no que tange aos procedimentos especiais?” (ARAGÃO, 2004, p. 205).

A utilidade da previsão, pela lei, de procedimentos especiais executivos está posta em xeque, em razão das incertezas sobre como o art. 139, IV, do CPC será concretizado pelos tribunais. Se a concretização se consolidar na linha de uma ampliação dos poderes do juiz, haverá um esvaziamento da necessidade de procedimentos especiais executivos, tendo em vista a possibilidade de o juiz poder reconfigurar o procedimento comum executivo por quantia certa, para torná-lo mais adequado e efetivo; se a concretização for na linha da aplicação apenas subsidiária desse poder, remanescerá a necessidade de procedimentos especiais executivos, exatamente para dar um tratamento diferenciado a alguns credores (bancos, Fisco e alimentando, por exemplo) ou devedores (Fisco, por exemplo). (DIDIER JR.; CABRAL, 2018, p. 211)

Com efeito, a previsão contida no mencionado art. 139, IV, tem sido utilizada por juízes e tribunais de modo bem elástico, até mesmo nos processos que têm por objeto prestação *pecuniária*¹³, seja na fase de execução, seja na de conhecimento. Exemplo disso é a determinação de apreensão de passaporte e/ou de carteira de motorista de devedores renitentes em adimplir suas dívidas, como expediente dissuasório utilizado pelo juiz para inibir manobras evasivas ao pagamento do valor devido, tal como já decidiram o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro¹⁴ e o próprio Superior Tribunal de Justiça (STJ)¹⁵.

- 13 Daniel Amorim Assumpção Neves (2017, pp. 107-150) lembra que, sob a égide do CPC/1973, o Superior Tribunal de Justiça havia firmado jurisprudência no sentido de que não se aplicavam às obrigações pecuniárias as medidas atípicas de indução ou inibição contidas no art. 461 daquele Código, cuja aplicação restringia-se às obrigações de fazer ou de não fazer. Assim, considerando que o CPC/2015 estendeu a possibilidade de utilização de medidas atípicas às obrigações pecuniárias (obrigações de “pagar quantia certa”), aquela jurisprudência deixou de ter base legal, *verbis*: “A consequência mais relevante dessa circunstância era a resistência do Superior Tribunal de Justiça em aceitar a aplicação de *astreintes* na execução da obrigação de pagar quantia certa, ainda que o entendimento fosse criticado por parcela da doutrina. Como o art. 139, IV, do Novo CPC faz expressa menção a ações que tenham por objeto prestação pecuniária, é possível concluir que a resistência à aplicação das *astreintes* às execuções de pagar quantia certa perdeu sua fundamentação legal, afastando-se assim o principal entrave para a aplicação dessa espécie de execução indireta em execuções dessa espécie de obrigação”.
- 14 Agravo de instrumento nº 0063037-69.2018.8.19.0000, 13ª Câmara Cível, Redator p/ acórdão o Des. Agostinho Teixeira, julgado em 29/04/2019. Extrai-se da fundamentação do voto-condutor o seguinte comentário acerca do art. 139, IV, *verbis*: “Pela amplitude das hipóteses tipificadas, vê-se claramente o propósito do Novo Código de Processo Civil de assegurar a concretização dos comandos judiciais, tendência que permeia todo o sistema do processo civil moderno. A parte vencida neste processo não pagou a dívida nem indicou bens à penhora e, ao que tudo indica, oculta o patrimônio. Essa conduta, a meu ver, justifica a adoção das providências excepcionais deferidas no Juízo do 1º grau. E nem se diga que a suspensão do passaporte e da carteira de motorista privará os devedores do direito fundamental de ir e vir. Ao contrário, garantirá a observância de outro direito fundamental; a razoável duração do processo”.
- 15 Recurso Ordinário em Habeas Corpus (RHC) nº 99.606/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 13/11/2018, de cuja ementa do acórdão extrai-se, *verbis*: “Pode o magistrado, assim, em vista

Tamanho é o potencial alcance do art. 139, IV, que sua constitucionalidade foi contestada perante o Supremo Tribunal Federal (STF) por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.941/DF,¹⁶ proposta pelo Partido dos Trabalhadores em 2018 e ainda pendente de decisão cautelar, sob a Relatoria do Ministro Luiz Fux, por meio da qual a parte autora alega, em suma, ofensa aos princípios da liberdade e da dignidade humana, por descon sideração legal da separação que deve existir entre a pessoa do devedor e o seu patrimônio. De acordo com a fundamentação exposta na ADI,¹⁷ a execução deve incidir sobre o *patrimônio* do devedor, jamais sobre a sua *pessoa* ou sobre atributos inerentes à sua personalidade, tal como o é a liberdade individual de ir e vir.

Vale ressaltar que Procuradoria-Geral da República (PGR), em seu parecer, opinou favoravelmente à ADI, sustentando a inconstitucionalidade de medidas atípicas “que importem em restrição às liberdades individuais como, por exemplo, a apreensão de carteira nacional de habilitação, de passaporte, suspensão do direito de dirigir, proibição de participação em certames e licitações públicas”¹⁸. A PGR postulou fosse declarada a inconstitucionalidade parcial, sem redução de texto, dessas medidas atípicas.

Porém, supondo-se que o Supremo Tribunal Federal venha, no julgamento da ADI, a contrariar a posição da Procuradoria-Geral da República e a confirmar a tendência de sobrevalorização da textura aberta da cláusula geral contida no art. 139, IV, do CPC, indaga-se: restarão desguarnecidos os princípios da legalidade, da segurança jurídica e do devido processo legal, bem como os seus corolários?

do princípio da atipicidade dos meios executivos, adotar medidas coercitivas indiretas para induzir o executado a, de forma voluntária, ainda que não espontânea, cumprir com o direito que lhe é exigido”. No mesmo sentido o RHC 97876/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 05/06/2018.

16 Andamento processual disponível para consulta pública no sítio eletrônico do STF em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5458217>. Acesso em 02/08/2020.

17 Íntegra da exordial. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/5/art20180511-07.pdf>>. Acesso em: 02/08/2020.

18 “Em face do exposto, a Procuradoria-Geral da República opina pela procedência do pedido, para que se confira interpretação conforme aos arts. 39-IV, 297, 380, parágrafo único, 403, parágrafo único, 536-*caput* e §1º, 773 da Lei 13.105/2015, de forma que o juiz possa aplicar, subsidiariamente e de forma fundamentada, medidas atípicas de caráter estritamente patrimonial, excluídas as que importem em restrição às liberdades individuais como, por exemplo, a apreensão de carteira nacional de habilitação, passaporte, suspensão do direito de dirigir, proibição de participação em certames e licitações públicas” (Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339307343&ext=.pdf>>. Acesso em: 02/08/2020).

Essa é uma das perguntas a que o presente ensaio propõe-se a responder.

4 A EXECUÇÃO FISCAL ADMITE MEIOS COERCITIVOS DE CUNHO EXTRAPATRIMONIAL?

Segundo a clássica lição de Araken de Assis (2018, pp. 194 e ss.), os meios executórios podem ser classificados em: 1) *meios sub-rogatórios*, cuja satisfação independe da participação efetiva do devedor, pois se substituem à vontade deste, tal como se dá na arrematação forçada de algum bem seu; e 2) *meios coercitivos*, por meio dos quais o juiz pretende “constranger” o devedor a pessoalmente solver a dívida, mediante incentivos cominatórios que o convençam a satisfazer o crédito da outra parte, tal como se dá com a imposição judicial de multa diária (*astreinte*) por dia de atraso no cumprimento. Quanto aos meios coercitivos atípicos, Assis teme que sua indiscriminada utilização judicial possa revelar-se desarrazoada e até mesmo arbitrária em alguns casos, ofendendo prerrogativas constitucionais do devedor, notadamente suas liberdades fundamentais.

O artigo 139, IV, do CPC ainda prevê, ao lado dos *sub-rogatórios* e dos *coercitivos* referidos acima, os meios *indutivos* e os *mandamentais*.

A título exemplificativo, poder-se-ia dizer *coercitivo* o meio de execução por força do qual o juiz proíba o devedor de fazer viagens internacionais¹⁹ até que adimpla sua obrigação em relação ao credor, como forma de coagi-lo a satisfazer o respectivo crédito. Imagine-se que o exemplo dado trate de execução de contrato *intuitu personae*, no qual o executado tenha sido escolhido pelo contratante, ora exequente, em razão de suas características personalíssimas, por ser, à guisa ilustrativa, um arquiteto de reconhecimento internacional, e apenas em virtude dessa singular condição o profissional tenha sido contratado para realizar um grande projeto arquitetônico. À primeira vista, de nada servirá ao credor exequente que o juiz mande outro arquiteto realizar o projeto às custas do executado, o que seria um meio executivo *sub-rogatório*. Seria mais interessante ao credor, que pagou por um projeto que não recebeu, optar, pelo menos em um primeiro momento, por um meio executivo *coercitivo*, a fim de constranger o devedor a cumprir sua parte no contrato, ao invés de apenas obter o resultado prático equivalente, que seria alcançável pela designação judicial de outro arquiteto qualquer.

19 A proibição de viajar pode violar o art. 5º, incisos II e XV, da Constituição brasileira.

O problema é saber até onde o juiz estaria autorizado pelo texto constitucional na formulação de medidas coercitivas e indutivas, já que, em execução, tênues são os limites que divisam arbítrio e exercício legítimo do poder judicial na determinação de medidas atípicas, em obediência aos ditames da razoável duração do processo e da efetividade da prestação jurisdicional, incluída a satisfação integral do crédito (CRFB, art. 5º, LXXVIII; CPC, art. 4º).

Considerando que a execução civil deve operar-se sobre os bens do devedor (tanto os presentes quanto os futuros), vale dizer, sobre o seu patrimônio, na forma do art. 789 do CPC, Lenio Streck e Dierle Nunes também se opõem a que o poder geral de cautela e a cláusula geral executiva sejam utilizados pelo juiz para avançar sobre domínios *extrapatrimoniais* do devedor, sobretudo na ausência de tipificação legal. Assim, se a pretensão executória tem natureza estritamente *patrimonial*, não caberia ao juiz determinar medidas de cunho *extrapatrimonial*, como a suspensão do direito de dirigir ou a proibição de viajar para o exterior do país, entre outras que simplesmente poderiam ser “criadas” pela autoridade judicial, sem a participação do legislador (STRECK; NUNES, 2016).

Em matéria fiscal-tributária, a execução sempre terá por objeto prestação pecuniária, de modo que não há que se falar em execução fiscal de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, senão apenas de obrigação de pagar quantia certa, até porque as obrigações tributárias acessórias, caso não cumpridas, convertem-se em obrigação principal (penalidade pecuniária), na forma do art.113, § 3º, do Código Tributário Nacional (CTN). Isso já serve de indício para o reconhecimento de eventuais abusos na imposição judicial de medidas extrapatrimoniais atípicas em desfavor do executado pela Fazenda Pública, dotadas de natureza *coercitiva* e voltadas a constrangê-lo a cumprir a prestação pecuniária devida aos Cofres Públicos.

Mas já se viu que o art. 139, IV, do CPC admite medidas coercitivas para assegurar o cumprimento de ordem judicial que tenha por objeto até mesmo uma simples prestação pecuniária.

Portanto, em tese, não há incompatibilidade lógica em o juiz adotar medidas coercitivas na exigência de prestação pecuniária (decorrente de obrigação de pagar quantia certa). Porém, nem todas as medidas coercitivas podem ser adotadas na execução de uma prestação pecuniária.

A multa cominatória (*astreinte*), por exemplo, bem ilustra a situação. O CPC admite a fixação de multa por dia de atraso nas execuções de obrigação

de fazer e não fazer (art. 814), bem como na de entregar coisa certa (art. 806, § 1º), mas silencia quanto a essa possibilidade na execução de quantia certa (artigos 824 e ss), embora imponha a redução, pela metade, do valor dos honorários no caso de integral pagamento no prazo de três dias contados da citação, além de permitir a elevação da verba honorária, a depender do trabalho realizado pelo advogado do exequente (art. 827, §§ 1º e 2º).

Assim, tratando-se de *silêncio eloquente* do Código no que tange à execução de quantia certa, não cabe ao juiz valer-se subsidiariamente da cláusula geral contida no art. 139, IV, para fixar multa diária em desfavor do devedor de prestação pecuniária, por descumprimento à ordem judicial de pagamento.

O mesmo raciocínio aplica-se à execução fiscal.

Mas o juiz poderá proceder à aplicação subsidiária da cláusula geral executiva para determinar outras medidas atípicas além da multa, notadamente as de cunho extrapatrimonial, na execução por quantia certa, aqui incluída a fiscal?

Importa enfatizar que a principiologia própria subjacente ao Direito público e à execução fiscal dificulta transposição acrítica de soluções do CPC.

O cenário ainda é incerto para arriscarmos um prognóstico seguro como resposta a essa pergunta, pelo menos até que o Supremo se pronuncie sobre aquela ADI discutida acima. Mas a prática forense vem acenando com a possibilidade de medidas extrapatrimoniais na execução de quantia certa (cujo objeto é prestação exclusivamente pecuniária), consoante comprovam os precedentes judiciais já relatados nesse trabalho.

Se a jurisprudência se firmar favoravelmente à adoção dessas medidas em execução civil de quantia certa, nada obstará sua extensão à execução fiscal, até porque o crédito da Fazenda goza de preferência em relação à maior parte dos demais, de acordo com o art. 186 do Código Tributário Nacional, c/c o § 4º do art. 4º da Lei de Execução Fiscal.

Desse modo, soaria incoerente que o crédito fiscal, que é preferencial em relação à maioria absoluta dos demais créditos, gozasse de instrumentos processuais menos efetivos de satisfação do que estes em geral gozam. Na verdade, além da possível violação do postulado da unidade do ordenamento jurídico, seria mesmo uma manifestação de falta de sistematicidade normativa que um ordenamento enquadrado pelo Estado de Direito dificilmente poderia tolerar.

Havendo silêncio das leis extravagantes que tratam da execução fiscal - as quais são em regra mais severas que o CPC em relação ao devedor, por serem mais protetivas do interesse público que é representado pelo crédito fiscal -, não há maiores problemas na aplicação subsidiária do CPC, pois tal silêncio não costuma ser eloquente. Há, aliás, previsões legais expressas no sentido dessa aplicação subsidiária, conforme já visto, tanto no CPC, quanto na Lei de Execução Fiscal (LEF).

E exemplos de subsidiariedade não faltam. Restringir-nos-emos abaixo, porém, a ilustrar apenas um, a fim de não perdermos o foco do presente trabalho.

O art. 23 da LEF (ao prever só o leilão judicial) não obsta que a Fazenda faça alienação por sua iniciativa (art. 879, I, do CPC) dos bens penhorados, se assim for do interesse fazendário.²⁰ Por óbvio que não se trata de silêncio eloquente da LEF, haja vista que, na época de sua promulgação, ainda não existia o instituto executivo da “alienação por iniciativa particular”. Aplica-se nesta hipótese, portanto, a subsidiariedade prevista no art. 1º da LEF.

É que, em regra geral, as medidas atípicas devem ser adotadas após o esgotamento das típicas, ou, no caso de absoluta ausência de previsão legal de medida adequada, de modo subsidiário, mas sempre respeitando o contraditório e a exigência de exauriente fundamentação da decisão judicial.

A propósito, é neste sentido a orientação jurídica dada pelo Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC) em seu Enunciado nº 12, cujo teor dispõe que, *verbis*:

A aplicação das medidas atípicas subrogatórias e coercitivas é cabível em qualquer obrigação no cumprimento de sentença ou execução de título executivo extrajudicial. Essas medidas, contudo, serão aplicadas de forma subsidiária às medidas tipificadas, com observação do contraditório, ainda que diferido, e por meio de decisão à luz do art. 489, § 1º, I e II. (arts. 139, IV, 523, 536 e 771)²¹

20 Neste sentido são os seguintes enunciados interpretativos:

‘Enunciado nº 46 do Fórum Nacional do Poder Público (FNPP): “Na execução fiscal, a alienação por iniciativa particular poderá ser utilizada em detrimento do leilão público, se for de interesse do exequente”. Enunciado 12 do Fórum de Execuções Fiscais da 2ª Região (FEF2R): “Não obstante o disposto no art. 23 da LEF, no sentido de que a alienação de quaisquer bens penhorados será feita em leilão público, é possível a alienação por iniciativa particular do exequente prevista no art. 880 do NCP”.

21 Disponível em: <<http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wpcontent/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>>. Acesso em: 02/08/2020.

Respondendo, por conseguinte, a indagação que constitui o presente tópico, concluímos que a execução fiscal admite, subsidiariamente e de modo assaz excepcional, a adoção de meios coercitivos inominados de cunho extrapatrimonial, desde que observado o contraditório (ainda que a oitiva do executado ocorra em momento posterior à efetivação da medida de coerção), desde que esgotadas todas as medidas típicas, desde que o executado manifeste insolente desprezo pelo cumprimento da decisão²² e desde que indicados, pelo juiz, os fundamentos de fato e os motivos concretos²³ a reclamarem, de modo proporcional e razoável, a adoção da medida atípica escolhida, a tal não se prestando a mera indicação do ato normativo autorizativo.

Nesse caso, conforme entende o STJ, os postulados da proporcionalidade (adequação, necessidade e ponderação) – que são corolários do devido processo legal e, em última instância, do próprio Estado de Direito — deverão ser considerados na decisão que imponha medidas atípicas extrapatrimoniais na execução de obrigação pecuniária.²⁴

5 O RESPEITO À LEGALIDADE DEMOCRÁTICA, AO DEVIDO PROCESSO LEGAL E ÀS PRERROGATIVAS PROCESSUAIS DO EXECUTADO

Não se nega que o atual CPC tenha trazido o compromisso de garantir um direito fundamental à tutela executiva, a fim de assegurar aos titulares do direito executado não só um provimento jurisdicional que lhes reconheça determinado direito subjetivo, mas, sobretudo, de também

22 Exemplo seria desse tipo de desprezo seria aquele em que o executado ostenta, em suas redes sociais, viagens internacionais caras que demonstram capacidade para pagar a dívida que se recusa a honrar. A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em recente decisão, foi ainda menos exigente, ao manter, por unanimidade, a proibição do devedor de fazer viagens internacionais, mesmo que não sejam turísticas, *verbis*: “Na hipótese em exame, a decisão que determinou a apreensão do passaporte dos pacientes destacou a incompatibilidade da aventada falta de recursos com a realização de viagens internacionais. Efetivamente, os deslocamentos internacionais a negócios ou para visitar familiares, como aquele noticiado na petição inicial do *traz*, realizado pelos pacientes em 17/01/2020, quando já vigorava a ordem de restrição, certamente acarretam dispêndios incompatíveis com a alegação de falta de recursos” (HC 558.313/SP, 3ª Turma, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, julgado em 23/06/2020).

23 Não basta a mera indicação do fundamento legal, sem a necessária explicação da sua relação com a questão decidida, na forma do que exige o art. 489, § 1º, do CPC.

24 “Assim, no caso concreto, após esgotados todos os meios típicos de satisfação da dívida, para assegurar o cumprimento de ordem judicial, deve o magistrado eleger medida que seja necessária, lógica e proporcional. Não sendo adequada e necessária, ainda que sob o escudo da busca pela efetivação das decisões judiciais, será contrária à ordem jurídica” (extrato da ementa do aresto proferido no RHC 97876/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 05/06/2018).

lhes oferecer instrumentos efetivos para a satisfação, em tempo razoável, do bem da vida perseguido.

Nessa perspectiva, a partir da segunda e terceira “ondas renovatórias” de Mauro Cappelletti e Bryant Garth²⁵, o processo judicial já não podia mais ser visto como um fim em si mesmo, senão como um *instrumento* para efetiva satisfação do direito vindicado por seu titular. No Brasil, Cândido Rangel Dimamarco foi o processualista pioneiro no desenvolvimento acadêmico da “Teoria da Instrumentalidade das Formas”, ao defender, em 1985, a tese de titularidade de cátedra na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, intitulada “Instrumentalidade do Processo”²⁶. Também José Carlos Barbosa Moreira²⁷ já sustentava, muito antes da formulação do Código de 2015, que o papel das normas processuais deveria ser instrumental em relação ao direito material. Afinal, “o processo ideal é o que dispõe de mecanismos aptos a produzir ou a induzir a concretização do direito mediante a entrega da prestação efetivamente devida, da prestação *in natura*” (ZAVASCKI, 2004, p. 35).

É anódino um Direito Processual cujas disposições encerram-se em si mesmas, como se o processo pudesse satisfazer os interesses legítimos do jurisdicionado apenas lhe oferecendo um sistema formalmente lógico de regras, princípios e técnicas procedimentais, se tal sistema não guarda íntima conexão com a realidade dos direitos materiais que se propõe a tutelar, nem possui um compromisso verdadeiro em efetivar tais direitos. Pertence ao século XIX a denominada “fase científica” do Direito Processual, também conhecida por “Processualismo”, que constituía o paradigma dos processualistas que viam o processo como um fim em si mesmo. A primeira ruptura com esse vetusto paradigma deu-se a partir

25 Cappelletti e Garth, já na década de 1970, referiam-se a três estágios evolutivos do Direito Processual Civil, também chamados de “ondas renovatórias”, quais sejam: 1) a onda da acessibilidade à justiça a todos os cidadãos, principalmente aos hipossuficientes; 2) a onda da instrumentalidade das formas processuais; e 3) a onda da efetividade do processo civil (CAPPELLETTI; GARTH, 1988).

26 A informação pode ser encontrada no sítio eletrônico do Instituto Brasileiro de Direito Processual (IBDP), disponível em: <http://www.direitoprocessual.org.br/o-ibdp-e-candido-dinamarco.html>. Acesso em 03/08/2020). A tese ali aprovada foi convertida nessa clássica obra, a qual, apesar de passadas quase quatro décadas, ainda permanece atual (DINAMARCO, 2009).

27 “Querer que o processo seja efetivo é querer que desempenhe com eficiência o papel que lhe compete na economia do ordenamento jurídico. Visto que esse papel é instrumental em relação ao direito substantivo, também se costuma falar da instrumentalidade do processo. Uma noção conecta-se com a outra e por assim dizer a implica. Qualquer instrumento será bom na medida em que sirva de modo prestimoso à consecução dos fins da obra a que se ordena; em outras palavras, na medida em que seja efetivo. Vale dizer: será efetivo o processo que constitua instrumento eficiente de realização do direito material” (MOREIRA, 2002, p. 181).

das reformas processuais operadas ao longo da década de 1990, voltadas a implementar a já referida fase instrumentalista do processo. Por fim, com o Código de 2015, institucionalizou-se a fase do formalismo ético ou valorativo, também conhecida por *Neoprocessualismo*, a fomentar a resolução do mérito das controvérsias e a atividade satisfativa daí decorrente, ainda que, para tanto, seja necessário flexibilizar certas regras procedimentais cuja observância constitua obstáculo não razoável à consecução dos fins pretendidos pelo Direito.²⁸

Não é por acaso que o Código estabelece, já no seu primeiro Capítulo (intitulado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”) e logo no seu art. 4º, que “[A]s partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”. Com isso o legislador de 2015 pretendeu romper os paradigmas dogmáticos que caracterizavam um Direito Processual excessivamente formalista e pouco efetivo, vale dizer, divorciado da efetiva satisfação dos direitos materiais que pretendia tutelar. Outros exemplos da primazia que o Código pretendeu atribuir ao exame de mérito podem ser encontrados nos artigos 6º, 282, § 2º (mérito a favor de quem se aproveitaria da decretação da nulidade), 488 e 1029, § 3º. Já para o processo de jurisdição voluntária, o legislador foi ainda mais arrojado, praticamente esvaziando o princípio da legalidade, ao prever, no art. 723, parágrafo único, que “[O] juiz não é obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que considerar mais conveniente ou oportuna”. Tudo em nome da efetividade do processo, enquanto instrumento de satisfação dos direitos materiais perseguidos em juízo.

Tamanha era a preocupação da comunidade jurídica com a efetividade dos direitos substantivos, que a Comissão de Juristas responsável pela elaboração do novo Código fez questão de iniciar a sua Exposição de Motivos alertando para os graves riscos que um sistema processual ineficiente gera para todo o ordenamento jurídico e até mesmo para o regular funcionamento do próprio Estado Democrático de Direito, *verbis*:

²⁸ Em breve síntese, o Direito Processual passou por basicamente quatro fases evolutivas, assim denominadas didaticamente: 1) PRAXISMO ou SINCRETISMO (não havia distinção entre o processo e o direito material, tal como ocorria na Roma Antiga); 2) PROCESSUALISMO (fase científica do Direito Processual que serviu de paradigma durante o século XIX e a primeira metade do século XX, no intuito de afirmar-se com autonomia perante os demais ramos do Direito); 3) INSTRUMENTALISMO (efetividade do processo e tutela dos direitos coletivos, a partir da década de 1980, quando Cândido Rangel Dimamarco defendeu sua tese intitulada “Instrumentalidade do Processo”); e 4) NEOPROCESSUALISMO (formalismo valorativo ou ético nascido a partir dos anos 2000, a encarar a jurisdição como fenômeno bidimensional, na medida em que gera dois produtos normativos: a solução do caso concreto e formulação de um padrão decisório para o futuro).

Um sistema processual civil que não proporcione à sociedade o reconhecimento e a realização dos direitos, ameaçados ou violados, que têm cada um dos jurisdicionados, não se harmoniza com as garantias constitucionais de um Estado Democrático de Direito.

Sendo ineficiente o sistema processual, todo o ordenamento jurídico passa a carecer de real efetividade. De fato, as normas de direito material se transformam em pura ilusão, sem a garantia de sua correlata realização, no mundo empírico, por meio do processo.²⁹

Há autores que chegam mesmo a alçar a *efetividade* a princípio jurídico e a identificá-la como um dos corolários da cláusula geral do devido processo legal.³⁰

Todavia, esse novo paradigma, voltado a outorgar máxima efetividade às normas de direito material, obviamente não tem o condão de transformar o processo em instrumento de arbítrio judicial ou de justicamento sumaríssimo do executado, já que o Código de 2015 não é espécie normativa idônea para revogar o regime de liberdades públicas fundamentais previsto na Constituição Federal.

Nesse diapasão, não se admite que a expropriação dos bens do devedor decorra de expedientes transgressores das liberdades fundamentais que, ao lado da dignidade humana, formam o núcleo da ordem constitucional, tal como se afiguraria eventual coação judicial excessiva ou desarrazoada.

Com efeito, os juízes não podem tudo, embora possam muito.

Por mais que o Código de 2015 tenha homenageado a técnica legislativa das “cláusulas gerais”³¹ e, dessa forma, atribuído enorme poder aos juízes, a criatividade judicial na determinação de medidas atípicas

29 BRASIL. Código de processo civil e normas correlatas. – 7ª ed. – Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 24. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>. Acesso em 03/08/2020.

30 Fredie Didier Jr., Leonardo Carneiro da Cunha, Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira afirmam que: “O devido processo legal, cláusula geral processual constitucional, tem como um de seus corolários o princípio da efetividade: os direitos devem ser efetivados, não apenas reconhecidos. Processo devido é processo efetivo” (DIDIER JR.; CUNHA; BRAGA; OLIVEIRA, 2017, p. 65).

31 Cláusula geral é uma espécie de texto normativo cujo antecedente (hipótese fática) é composto por termos vagos e o conseqüente (efeito jurídico), indeterminado. Trata-se de técnica contraposta ao Modelo de Tipicidade Estrita (técnica casuística ou de regulamentação por *fattispecie*). Exemplos de cláusulas gerais no novo Código são o poder geral de cautela (art. 301) e as cláusulas gerais executivas (arts. 297, *caput*, 536, § 1º, e 805).

não tem o condão de suprir a ausência de lei sobre determinados temas sensíveis, relacionados à liberdade pessoal, tampouco o condão de afastar norma legal expressa que constitua o estatuto de defesa do executado.

Do plexo de prerrogativas processuais que assistem o devedor em execução fiscal, destaca-se o respeito às regras específicas que constam dos diplomas legais que disciplinam a temática executiva fiscal.

É cediço, porém, que tais diplomas não conferem assim tantos direitos ao devedor das Finanças Públicas, haja vista que a Fazenda costuma gozar de posição processualmente privilegiada na execução de seu crédito (que, por ser público, é preferencial, como já visto), especialmente se tal posição for comparada à situação de um credor particular. Assim, em comparação à execução regida pelo CPC/1973 (estatuto adjetivo em vigor na época da promulgação da LEF), a satisfação do crédito fazendário recebeu tratamento mais favorável pela Lei de Execução Fiscal, bem como pelas leis que lhe sucederam, das quais se destaca, para o escopo do presente trabalho, a Lei nº 8.397/1992, que instituiu o procedimento cautelar fiscal.

Mas, com a edição do Código de 2015 e o conseqüente compromisso ali assumido com a efetiva e não demorada satisfação dos bens jurídicos vindicados em juízo, os credores em geral passaram a contar com instrumentos mais eficazes para a realização de seus créditos. Em contrapartida, a situação dos devedores tornou-se mais delicada, especialmente diante dos amplos poderes que foram então conferidos aos juízes para a adoção de medidas *atípicas* voltadas a constranger o executado a adimplir sua dívida, além de medidas *típicas* como o protesto da ordem judicial de pagamento (art. 517), a inscrição do devedor em cadastros de inadimplentes (art. 782, § 3º), a averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros (art. 799, IX, e art. 828), entre outras medidas nominadas.

Em regra, se as novas medidas podem ser aplicadas às execuções regidas pelo CPC, cujo objeto é um crédito comum, pode-se concluir, com muito mais razão, que tais medidas também poderiam ser utilizadas em prol da execução fazendária, cujo crédito, repita-se, é preferencial, já que ele, sendo público, pertence à coletividade, além de ser constituído de modo impessoal, a partir de rígidos ritos burocráticos previstos em lei.

O crédito fiscal merece tratamento especial não apenas em razão de suas características intrínsecas (já que pertence ao Poder Público e, em regra, não decorre da autonomia vontade privada, senão de atividade

administrativa estritamente vinculada aos trâmites legais)³², mas também em razão de um chocante traço extrínseco: o enorme volume de execuções fiscais em tramitação representa 73% do número total de execuções ativas e 39% de todos os processos judiciais pendentes. A sobrecarrega de trabalho que tais índices importam para o Poder Judiciário dispensa maiores divagações. Com o intuito de minimizar o impacto colossal causado pelo excessivo número de execuções fiscais, o Senador Antonio Anastasia concebeu o Projeto de Lei n.º 4.257/2019 (BRASIL, 2019)³³, em trâmite no Senado brasileiro. Segundo a ementa do Projeto, este se propõe a modificar a LEF (Lei n.º 6.830/1980), para dela fazer constar dois procedimentos: um que permita a execução fiscal administrativa, e outro que trate de arbitragem tributária.³⁴

Não obstante, por mais especial que seja o crédito fazendário, nem todas as previsões do CPC são aplicáveis à sua execução, já que há créditos ainda mais privilegiados que a Dívida Ativa, como, por exemplo, o crédito alimentício. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz está autorizado pelo art. 528 a, até mesmo, determinar a prisão civil do devedor, o que conta inclusive com o expresso beneplácito da Constituição da República brasileira (art. 5º, LXVII), do Pacto Internacional de Direitos Cívicos e Políticos - PIDCP (art. 11) e do Pacto de São José da Costa Rica – PSJCR (art. 7º, 7), ambos ratificados sem reserva pelo Brasil no ano de 1992.

32 Joaquim Freitas da Rocha, em outro trabalho, já teve a oportunidade de demonstrar que a administração tributária não se pauta por interesses próprios e que os interesses que ela persegue vão muito além da mera percepção da receita pública (ROCHA, 2015, p. 138).

33 Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>>. Acesso em: 03/08/2020. A propósito, em defesa da “administrativização da execução tributária” em Portugal, vide ROCHA, 2019, pp. 33-59.

34 Segundo o Relatório Justiça em Números, de 2019, os processos pendentes de execução fiscal apresentam taxa de congestionamento de 90%, isto é, a cada grupo de cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2018, apenas dez foram baixados. O número de execuções fiscais em curso em 2019 correspondeu a trinta e um milhões, sessenta e oito mil e trezentos e trinta e seis processos, sendo que, somente na Justiça Federal, os respectivos processos representam 45% do seu acervo total e, na Justiça Estadual, 42%. O relatório relata que esses percentuais têm se mantido estáveis ao longo das pesquisas que se iniciaram em 2009. Confira-se as páginas 131 e 132 do referido relatório em: <https://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2019/08/4668014df24cf825e7187383564e71a3.pdf>. Acesso em 03/08/2020. Marcelo Guerra Martins e Ana Elizabeth Lapa Wanderley Cavalcanti alertam que “tempo de giro do acervo desses processos é de 11 anos, ou seja, mesmo que o Judiciário parasse de receber novas execuções fiscais, ainda seriam necessários 11 anos para liquidar o acervo existente” (MARTINS; CAVALCANTI, 2020, p. 259).

Por óbvio que, dada a ausência de pertinente amparo legal, não se poderá estender essa extraordinária possibilidade de prisão civil ao devedor da Fazenda Pública, ainda que este seja um devedor renitente e, ao mesmo tempo, afortunado. Por mais eficiente que seja uma medida coercitiva como a prisão civil do devedor, ela jamais poderá ser utilizada para além da hipótese legal que resguarda o crédito alimentício.

Portanto, nem todas as medidas previstas no CPC são passíveis de aplicação subsidiária ao executivo fiscal. Mas as medidas gerais, não relacionadas a hipóteses específicas como a do crédito alimentício, poderão, sim, sem maiores problemas, ser aplicadas à execução do crédito fazendário.

No entanto, não cabe ao juiz “pinçar” de todas as leis que regulam as diversas espécies de execução apenas os pontos que entenda favoráveis, pois, assim procedendo, o intérprete acaba por criar novas modalidades de execução, híbridas, que nada guardam do Direito *posto*, pois são frutos espúrios de um Direito *novo*, criado judicialmente à margem da legalidade³⁵ democrática. Isso ocorreria, por exemplo, se o juiz aplicasse à execução fiscal os prazos de pagamento previstos no CPC, embora para o restante do rito seguisse a LEF; ou se o juiz se valesse do procedimento cautelar fiscal previsto na Lei nº 8.397/1992 para tornar indisponíveis os bens do executado e, ao invés de seguir os requisitos e prazos previstos em seu rito, passasse a seguir o novel procedimento da tutela cautelar requerida em caráter antecedente, tal como previsto nos artigos 305 a 310 do CPC, como se o novo Código, por ser lei posterior, tivesse derogado a lei anterior no que tange à tutela cautelar.

Embora o art. 301 do novo Código outorgue aos juízes um vasto *poder geral de cautela*, aparelhado com um rol suficientemente amplo de medidas típicas e de uma cláusula aberta para efetivação de medidas atípicas, tal poder geral de cautela não pode ser utilizado para esvaziar a normatividade especial que rege a execução fiscal, sob pena de subversão ao postulado constitucional do *due process of law*.

35 Constituindo elemento basilar da democracia, o princípio da legalidade possui duas dimensões básicas em prol da liberdade dos cidadãos: “Pode-se dizer, sem sombra de dúvidas, que este é, então, um dos elementos basilares da democracia e um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito. Tem-se, assim, a lei como instrumento limitador da atividade estatal e garantidor — e protetor — das liberdades dos cidadãos, conforme explicitado pela Constituição de 1988 em seu artigo 5º, II. Com isso, este princípio possui duas dimensões, sendo uma negativa e outra positiva. É negativa ao passo de que estabelece, para o cidadão, que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei; por outro lado, possui dimensão positiva no sentido de que exige que toda a ação estatal seja realizada nos estritos limites impostos pela lei” (PEDRON; NUNES, 2020).

O próprio princípio democrático da legalidade, expressamente previsto no inciso II do art. 5º da Constituição brasileira, seria vulnerado se o juiz da execução fiscal “optasse” por escolher as regras gerais contidas no CPC em detrimento das regras próprias que regem o rito especial de satisfação do crédito fazendário. A observância dessas regras especiais é prerrogativa processual não apenas da Fazenda exequente, mas também do próprio devedor executado, já que não cabe ao juiz negar vigência à lei aplicável, máxime em tema envolvendo o Fisco. Consoante ressalta Casalta Nabais, o princípio da legalidade fiscal sempre foi considerado o “qualificado princípio da legalidade da administração” (NABAIS, 2003, p. 133).

Afinal de contas, o Judiciário não está constitucionalmente autorizado a legislar em regimes democráticos, uma vez que tal função cabe, ordinariamente, ao Parlamento, que a exerce em parceria com o Chefe do Poder Executivo, de modo soberano. Em suma, a atividade legislativa deve ser exercida pelos representantes eleitos pelo povo, de sorte que não mais se tolera, atualmente, a figura do juiz que se apresente como um “pretor”³⁶.

Assim, por mais que o novo Código contenha cláusulas gerais cautelares e executivas cuja magnitude abarque todas as providências cautelares da Lei nº 8.397/1992 e também as providências executivas da LEF, entendemos que o juiz não está autorizado a desconsiderar os ritos especiais que disciplinam a execução fiscal e o procedimento cautelar fiscal. Mas isso não impede a aplicação subsidiária do CPC nos ritos especiais, nas hipóteses de omissão destes, desde que o silêncio legislativo não seja eloquente.

Essas são as razões que nos fazem discordar da combinação ampla e irrestrita de dispositivos legais extraídos de diplomas diversos, ainda que isso se dê sob o sofisticado epíteto da “complementariedade de técnicas”, em lugar da já consagrada “subsidiariedade de procedimentos”.

Entendemos que os preceitos do CPC só devem ser aplicados à execução fiscal quando esta for silente sobre um dispositivo cuja aplicação se mostre necessária ao caso, e desde que tal silêncio não seja eloquente.

36 “De resto, a própria configuração democrática — ainda que indirecta — das funções normadoras dificilmente toleraria a transformação do juiz numa espécie de pretor. A circunstância de, excepcionalmente, um tribunal ou um conjunto determinado de tribunais terem prerrogativas de controlo normativo e de emanarem actos com conteúdo inegavelmente próximo do dos actos normativos não poderá transformar em regra, o que, sem margem para dúvidas, deve ser encarado como uma exceção” (ROCHA, 2006, p. 118).

Por exemplo, a contagem em dias úteis dos prazos processuais,³⁷ por atingir todos os feitos que tramitam sob a jurisdição civil, é de observância obrigatória também na execução fiscal, já que não cabe a esta norma especial disciplinar tema tão geral. Mas as regras do procedimento cautelar fiscal previstas na Lei nº 8.397/1992, por serem específicas, não cedem lugar às disposições cautelares gerais constantes do CPC, tais como as que fixam prazos para contestação (art. 306) e para ajuizamento da ação principal (art. 308), os quais são mais exíguos que os conferidos, respectivamente, pelos artigos 8º e 11 da lei especial.

Devem, assim, ser respeitados os prazos da lei extravagante, e não os do CPC.

Tal postura presta homenagem ao *Garantismo* Processual, teoria segundo a qual o “*processo justo*” é algo tão importante quanto a própria “*jurisdição*”³⁸, e não um mero apêndice desta. Afinal, as partes litigantes não podem ser consideradas meros objetos de tutela jurídica, senão verdadeiros sujeitos de direito na relação processual.

Para Luigi Paolo Comoglio³⁹, um dos expoentes do *Garantismo* ao lado de Luigi Ferrajoli⁴⁰, o “*processo justo*” é aquele que incorpora a técnica processual mais apropriada à plena realização do conteúdo essencial dos direitos fundamentais da pessoa. Se esta se vê surpreendida com uma decisão judicial que, em execução fiscal, impõe medidas constritivas heterodoxas ou fixa prazos processuais diversos dos previstos nas leis que disciplinam a satisfação do crédito fazendário, clara é a violação daqueles direitos fundamentais com os quais o *Garantismo* e a comunidade jurídica tanto se importam.⁴¹

37 Trata-se da inovação trazida no art. 219 do Código de 2015.

38 Entende-se por *jurisdição* a “função preponderantemente estatal, exercida por um órgão independente e imparcial, que atua a vontade concreta da lei na justa composição da lide ou na proteção de interesses particulares” (GRECO, 2015, p. 69).

39 “*In generale, il processo giusto incorpora la tecnica processuale istituzionalmente più idonea a garantire e a realizzare appieno i contenuti essenziali dei diritti fondamentali della persona*” (COMOGLIO, 2004, p. 401).

40 A obra de Ferrajoli foi pioneira no tema e, mesmo tratando do processo penal, ofereceu bases sólidas para uma visão garantista também do processo civil. Vide: FERRAJOLI, 2014.

41 Em 19/08/2017, o *Garantismo* foi festejado na “*CARTA DE JUNDIAÍ: Pela compreensão e concretização do Garantismo Processual*”, elaborada durante o Colóquio Internacional realizado em Jundiaí/SP, em que se defendeu a efetiva garantia do indivíduo e da sociedade diante da jurisdição, *verbis*: “O *Garantismo* é uma forma de pensar o Processo em suas dimensões analítico-legal, semântico-conceitual e pragmático-jurisprudencial como efetiva GARANTIA do indivíduo e da sociedade perante o poder estatal de exercer a Jurisdição. Se processo é garantia, jurisdição é poder, e este só será legitimamente exercido quando concatenar as regras de garantia estabelecidas no plano constitucional, como o devido processo,

No mesmo sentido é a doutrina brasileira de Calmon de Passos, para quem é imperioso que o processo “atenda a regras cogentes e prévias, respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, tudo constitucionalmente prefixado”⁴².

Encerramos acrescentando que posturas judiciais de desprezo à lei implicam subversão não só ao “princípio constitucional da legalidade”⁴³, mas também desprezo à segurança jurídica e à própria noção de Estado de Direito, pois representam deliberada inobservância a regras legais que densificam a cláusula constitucional do devido processo legal. Em outras palavras, a independência judicial não dispensa os magistrados de observarem as prerrogativas legais que assistem os litigantes, tais como os postulados da legalidade, da liberdade, do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como os demais direitos e garantias fundamentais que colocam o ser humano, enquanto sujeito de direitos dotado de dignidade, no centro gravitacional em torno do qual orbita toda a ordem jurídica.

6 CONCLUSÃO

Os créditos da Fazenda Pública, ao serem inscritos em sua Dívida Ativa, gozam de um regime diferenciado de cobrança judicial, dadas “a primazia do crédito público sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais”⁴⁴, consoante já assentado com efeito vinculante pelo Superior

o contraditório (=direito das partes, não do juiz), a ampla defesa, a imparcialidade, a imparcialidade, a acusatoriedade, a liberdade, a dispositividade, a igualdade, a segurança jurídica, a separação dos poderes, a presunção de inocência *et cetera*” (Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-ago-29/defesa-garantismo-juristas-fazem-carta-ativismo-judicial>>. Acesso em: 04/08/2020).

42 “Se o Direito é produzido socialmente pelos homens, a vitória mais significativa da modernidade, em termos políticos, foi assentar-se, como inafastável postulado, que sua validade é indissociável do processo de sua produção, processo este incompatível com o arbítrio, exigindo, para legitimar-se, que atenda a regras cogentes e prévias, respeitados os princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, tudo constitucionalmente prefixado. Em suma, que sejam atendidas as exigências do devido processo legal, tanto do devido processo legal (devido processo constitucional, seria mais adequado dizer-se) legislativo, quanto do administrativo e do jurisdicional” (CALMON DE PASSOS, 1999, p. 68).

43 Segundo o art. 5º, inciso II, da Constituição da República Federativa do Brasil, “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

44 Citação extraída da ementa do julgamento proferido pela 1ª Seção do STJ no Recurso Especial n. 1.272.827, Relator o Ministro Mauro Campbell Marques, DJe 31.5.2013, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, a gerar, portanto, efeitos vinculantes em relação aos demais órgãos judiciais, que deverão seguir, obrigatoriamente, as teses ali firmadas. Nesse julgamento, o STJ assentou que “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

Tribunal de Justiça (STJ), por meio de seu órgão colegiado máximo com competência em matérias de Direito Público, qual seja, a 1ª Seção⁴⁵.

Assim, não se aplicam à execução fiscal dispositivos do Código de Processo Civil ou da legislação não especializada que fragilizem os preceitos legais vocacionados a tutelar o crédito público, dos quais se destacam os contidos nas Leis n.º 6.830/1980 e n.º 8.397/1992, referidas ao longo do presente trabalho.

Com efeito, não há razão para estender à execução fiscal, por exemplo, a dispensa de penhora para o manejo de embargos à execução pelo executado, pois há regra expressa na Lei de Execução Fiscal a exigir a garantia do juízo como critério de admissibilidade da defesa do devedor. Dessa forma, embora o legislador tenha tornado desnecessária tal garantia desde o ano de 2006 para os demais tipos de execução, o executado pela Fazenda Pública não tem o direito de se beneficiar dessa inovação legislativa, dada a especialidade do executivo fiscal.

Já as medidas que favoreçam a satisfação do crédito público, contudo, poderão ser estendidas da execução comum para o executivo fiscal, tal como se verifica com a aplicação pela Fazenda da “alienação por iniciativa particular”, exemplo dado ao longo desse escrito. É que tal aplicação dá-se *subsidiariamente*, haja vista o silêncio da legislação especial sobre tal instituto, que é novo mesmo no âmbito da execução comum.

O problema surge quando o intérprete pretende estender à execução fiscal previsões legais cuja conformidade constitucional já vem sendo questionada mesmo no âmbito normativo para o qual foram criadas. Esse é o caso dos dispositivos do novo Código que veiculam *cláusulas gerais executivas* e vastos *poderes gerais de cautela*, que passam a ser utilizados para a criação judicial de medidas atípicas potencialmente violadoras de princípios constitucionais basilares, como os da legalidade, das liberdades fundamentais, do devido processo legal e seus corolários da ampla defesa, do contraditório, da razoabilidade (dimensão material ou substantiva do *due process of law*) e da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

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”.

45 Com efeito, cabe à Primeira Seção do STJ pacificar a jurisprudência sobre temas de Direito Público, uniformizando os entendimentos das 1ª e 2ª Turmas, especializadas em assuntos publicísticos.

O legítimo compromisso do legislador de 2015 – no sentido de atribuir máxima efetividade às normas de direito material – não pode ser levado ao ponto de transformar o processo em instrumento para o arbítrio judicial, nem para o justicamento do executado mediante restrições desarrazoadas e sem previsão legal a seus direitos, até porque o Código de Processo Civil não é espécie normativa idônea a revogar o regime de liberdades fundamentais previsto na Constituição Federal.

Nessa perspectiva, considerando que a execução fiscal versa exclusivamente sobre obrigações pecuniárias (dever de pagar quantia certa), e não sobre obrigações de fazer ou de abster-se, os artigos 139, IV; 297, *caput*; 301; 536, § 1º; e 805 do CPC não devem ser utilizados pelo juiz para avançar sobre domínios *extrapatrimoniais* do devedor, por ausência de tipificação legal e de adequação ao tipo de crédito perseguido, salvo em situações excepcionalíssimas e devidamente comprovadas. Assim, tendo a execução fiscal uma pretensão de natureza estritamente *patrimonial*, não cabe ao juiz, em regra, determinar medidas de cunho *extrapatrimonial* em desfavor do executado, porquanto o regime executório do crédito fazendário já prevê instrumentos de constrição patrimonial suficientes para garantir a efetiva satisfação dos créditos públicos. A exceção deve ocorrer em hipóteses extraordinárias, nas quais, após terem sido esgotadas todas as medidas constritivas típicas, o executado manifeste insolente desprezo pelo cumprimento da decisão judicial, tal como se dá, por exemplo, na situação em que o executado não paga a dívida, mas faz questão de ostentar, em suas redes sociais, viagens caras de turismo internacional e hospedagens em hotéis luxuosos, demonstrando, assim, que possui recursos financeiros de sobra e prefere gastá-los com atividades de deleite pessoal a cumprir ordens judiciais que lhe mandam honrar as dívidas exequendas.

Dentre os instrumentos legais colocados à disposição da Fazenda para assegurar a execução do crédito público, o trabalho destacou o procedimento cautelar fiscal previsto na Lei n.º 8.397/1992, a permitir a indisponibilidade dos bens do devedor antes de sua citação para pagamento e até mesmo antes de constituído o crédito tributário, como já visto. A expressa previsão dessa medida típica para a execução fiscal torna despiendo o recurso judicial às medidas atípicas que podem ser criadas com base no CPC.

Na execução fiscal, por conseguinte, não há nem necessidade prática nem legitimidade legal e constitucional na criação judicial de medidas atípicas a partir das cláusulas gerais cautelares e executivas previstas no CPC, salvo em casos extremos. Em regra, portanto, revelam-se

desarrazoadas a adoção de medidas como apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou de passaporte, suspensão do direito de dirigir, e proibição de participação em certames e licitações públicas. Quanto a esta última medida, deve-se ressaltar que o art. 87, III, da Lei n.º 8.666/1993 já conferia à Administração o poder de autotutela para, em razão de inexecução total ou parcial do contrato, aplicar ao contratado as sanções de “suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos”.

Destarte, conclui-se que a criação indiscriminada de medidas judiciais que restrinjam liberdades fundamentais do executado, a par de violar o regime constitucional de liberdades fundamentais, pode atentar também contra a própria noção de Estado de Direito, aqui densificada, em sua dimensão metanormativa, pelo protoprincípio da segurança jurídica, a exigir um mínimo de previsibilidade e de razoabilidade das decisões judiciais. Havendo instrumentos legais que asseguram o crédito fiscal, inclusive até mesmo antes de este estar constituído - nas excepcionais hipóteses previstas pela Lei que disciplina o procedimento cautelar fiscal – e antes da citação do devedor para pagamento, entendemos não haver, salvo em situações excepcionalíssimas e comprovadas de *contempt of court*, respaldo jurídico para que se apliquem à execução fiscal as medidas de apreensão de carteira nacional de habilitação e/ou de passaporte, suspensão do direito de dirigir e proibição de participação em certames e licitações públicas.

Por fim, não verificamos qualquer óbice, porém, na adoção das medidas *típicas* previstas no Código pelo juízo da execução fiscal, como o protesto da ordem judicial de pagamento (art. 517), a inscrição do devedor em cadastros de inadimplentes (art. 782, § 3º), a averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados para conhecimento de terceiros (art. 799, IX, e art. 828), entre outras medidas *nominadas* que podem ser aplicadas ao rito da execução fiscal, desde que sejam compatíveis com este procedimento e desde que a ausência de previsão delas na lei especial não decorra de *silêncio eloquente* por parte do legislador.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Egas Moniz de. Reforma processual: 10 anos. *Revista do Instituto dos Advogados do Paraná*. Curitiba, n. 33, p. 201-215, dez./2004.

ASSIS, Araken de. *Manual de Execução*. 20. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.

- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Tradução de Maria Celeste C. J. Santos. Brasília: UnB, 1995.
- BRASIL. *Código de processo civil e normas correlatas*. 7. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015, p. 32. Disponível em: <<https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/512422/001041135.pdf>>. Acesso em: 30/07/2020.
- BRASIL. *II Pacto Republicano de Estado por um Sistema de Justiça mais Acessível, Ágil e Efetivo*. Brasília: Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Acesso em: 15/01/2020.
- BRASIL. *Projeto de Lei n.º 4.257/2019*. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/137914>>. Acesso em 03/08/2020.
- CABRAL, Antonio do Passo. “Direito Processual Contemporâneo”. *Webinar* organizado pela *Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU)*, com transmissão ao vivo em 24/06/2020. Disponível em: <<https://youtu.be/2nt-yx9rN-M>>. Acesso em: 24/06/2020.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. *Direito, poder, justiça e processo – julgando os que nos julgam*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução e Revisão Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.
- COMOGLIO, Luigi Paolo. *Etica e tecnica del “giusto processo”*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2004.
- DIDIER JR., Fredie; CABRAL, Antonio do Passo. “Negócios jurídicos processuais atípicos e execução”. *Revista de Processo*. v. 275/2018. São Paulo: Revista dos Tribunais, jan/2018, pp. 193-228.
- DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: execução*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2009.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GRECO, Leonardo. *Instituições de processo civil*, volume I, 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

JAYME, Erik. “Identité culturelle et intégration: le droit international Privé Postmoderne (Volume 251)”. In: *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 1995. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1163/1875-8096_pplrhc_A9789041102614_01>. Acesso em 30/07/2020.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. *Novo curso de processo civil: teoria do processo civil*. v. 1. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *O Projeto do CPC: críticas e propostas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MARQUES, Claudia Lima. “O ‘Diálogo das Fontes’ como método da nova teoria geral do Direito: um tributo a Erik Jayme”. In: *Diálogo das Fontes: do conflito à coordenação de normas no Direito Brasileiro*. Cláudia Lima Marques (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

_____. “Diálogo entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil: do “diálogo das fontes” no combate às cláusulas abusivas”. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 45, p. 71-99, jan.-mar/2003.

MARTINS, Marcelo Guerra; CAVALCANTI, Ana Elizabeth Lapa Wanderley. “Poder Judiciário em números e o impasse das execuções fiscais no Brasil”. In *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. Rio de Janeiro. Ano 14. V. 21, n° 1. Jan.abril/2020, p. 259. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/43297/31774>>. Acesso em 03/08/2020.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. “Por um processo socialmente efetivo”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 27, n. 105, 2002, pp. 173-190.

NABAIS, Casalta. *Direito Fiscal*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. “Medidas executivas atípicas na execução de obrigação de pagar quantia certa: art. 139, IV, do novo CPC”. *Revista de Processo*, v. 42, n. 265, mar./2017. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p. 107-150.

PEDRON, Flavio Quinaud; NUNES, Rafael Alves. “Princípio da legalidade limita poder estatal e protege os cidadãos”. Artigo publicado na *Revista Eletrônica Consultor Jurídico* em 21/02/2020. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-fev-21/opinio-principio-legalidade-limita-poder-estatal-protege-cidadaos>>. Acesso em 02/03/2020. Acesso em: 19/08/2020.

ROCHA, Joaquim Freitas da. *Lições de procedimento e processo tributário*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2019.

_____. “Sobre a natureza jurídica dos atos praticados em execução fiscal”. In *Execução Fiscal: jurisdição administrativa e fiscal*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários, março/2019, pp. 33-59.

_____. “A administração tributária odiosa (repensando os fins e atuações do fisco)”. In *Desafios Tributários*. Porto: Livraria Vida Económica, 2015, p. 127-142.

_____. *Constituição, Ordenamento e Conflitos Normativos*: esboço de uma teoria analítica da ordenação normativa. Coimbra: versão policopiada, 2006.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle José Coelho. “Como interpretar o artigo 139, IV, do CPC? Carta branca para o árbitro?”. Artigo publicado em 25/08/2016 na Revista Eletrônica *Consultor Jurídico*. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-ago-25/senso-incomum-interpretar-art-139-iv-cpccarta-branca-arbitrio>>. Acesso em: 02/08/2020.

ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo de Execução: parte geral*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.