

A EXECUÇÃO FISCAL E AS SUAS CRISES DE INSTÂNCIA

THE TAX LIEN AND CRISES INSTANCE

Cássio Benvenutti de Castro¹

Juiz de direito no Rio Grande do Sul

RESUMO: A cobrança do crédito tributário sofre uma crise de identidade e, por decorrência, várias crises de instância. Trata-se de uma modalidade de processo que não assume uma natureza jurídica referenciada pelas tendências do processo civil contemporâneo, pois a legislação de regência, da década de 1980, está comprometida com a metodologia tecnicista do século passado; assim, a execução fiscal não é considerada um procedimento em contraditório, e os seus incidentes são observados por meio da lente do formalismo excessivo do direito material-tributário, a mesma corrente que elabora o processo enquanto uma relação jurídica de direito público proporciona terreno fértil à série de crises de instância que emperra a execução fiscal. Na verdade, o que menos ocorre na execução fiscal é uma execução propriamente dita. Daí um cenário que se abriu propício à incidência do novo art. 40 da LEF e, portanto, um paradoxo: esse dispositivo

é ilustrado pelo paradigma que organiza o processo como um procedimento em contraditório, bem ao contrário do perfil que encerrava as compreensões do século em que formulada a lei de execução fiscal. A origem da execução fiscal se reporta ao tecnicismo, porém, as suas diuturnas reformas, inclusive as reformas do CPC, utilizam-se de uma diferente concepção do processo civil. A definição da natureza jurídica da execução fiscal aparelha o operador do direito para o manejo das recentes reformas do processo civil, seja uma regra prevista na LEF ou prevista de maneira inédita no CPC.

PALAVRAS-CHAVE: Processo; execução; tributário; forma.

ABSTRACT: *The tax credit suffers an identity crisis. This is a type of process that does not take a referencial by contemporary civil procedure, because the current law is dated from of the year 1980, when the technician approach organized the issues; thus, the procedural collection of taxes is not*

¹ Especialista em Direito, Mestre em Direito pela UFRGS.

considered an adversarial procedure, and it follows an excessive formal procedural. The same idea that treats this process as a legal relationship under public law provides an outstanding question about the incidence of the new article 40 of tax collection: this law is illustrated by the paradigm that organizes the process as an adversarial procedure, meanwhile another profile understands the origin of this same law. The origin of tax enforcement reports to the technician, however, their reforms, including reforms of the Civil Procedural Code, uses a different conception of civil procedure rationality. The definition of the legal nature of the tax lien equips the worker to manage the recent reforms of civil procedure.

KEYWORDS: *Process; implementation; tax; form.*

SUMÁRIO: Introdução; 1 O formalismo excessivo da execução fiscal e as recentes reformas sobre a execução do título extrajudicial previstas no CPC: a incomunicabilidade das fontes como consequência; 2 A causa do isolamento entre a LEF e a nova execução de título extrajudicial prevista no CPC; Conclusão; Referências.

SUMMARY: *Introduction; 1 The excessive formalism of the tax lien and the recent reforms on the implementation of non judicial provided in CPC: the isolation of the rights; 2 The cause of the isolation between LEF and new non judicial collection established in CPC; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

A Lei nº 6.830/1980 “dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública e dá outras providências”, segundo expresso em seu preâmbulo. Logo no art. 1º, a LEF estabelece que “a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil”.

Entretanto, nem tudo o que uma lei denomina de “judicial” consiste em um ato “jurisdicional” típico². No atual quadrante constitucional, a observação da essência das coisas jurídicas é fundamental para o manejo das próprias consequências normativas. Vale dizer que não é a nomenclatura determinada pela lei que estipula a sorte do evento da “judicialização” ou da “jurisdionalização” de algo, assim como não basta atribuir a nota de “cobrança judicial” a uma execução para, assim, resolver-lhe todos os percalços procedimentais.

² Basta examinar um “acordo” das partes celebrado em juízo: trata-se de um ato “processualizado”, mas não é um ato tipicamente jurisdicional (o que justifica a aplicação do art. 486 do CPC).

A tutela jurisdicional é um momento de ponderação, que supera a mera terminologia. Por sua vez, a execução fiscal (ou a *cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública*) é um desdobramento da tutela jurisdicional e que merece uma peculiar atenção, pois, a depender da natureza jurídica que lhe for atribuída a tal evento, ela enfrenta uma série de crises existenciais ao largo da existência do próprio processo. A tutela verticaliza a deontologia do processo. Daí a importância de analisar a lei de regência da execução fiscal não somente pelo fato de ela estabelecer um procedimento truncado, um procedimento repleto de incidentes e permeado de atos processuais arraigados a um formalismo excessivo, mas, sobretudo verificar de “onde” advieram tais crises e intercorrências.

A apertada pesquisa tenta identificar alguns acidentes de percurso da execução fiscal, ou seja, determinadas situações que acabam emperrando ou obstando uma *execução propriamente dita*. Levanta-se a tese de que o manuseio da execução fiscal, em grande parte do seu trâmite, pode ser tudo em termos de “cognição”, mas não pode ser considerada uma execução no sentido de constrição judicial do patrimônio do devedor, uma execução em termos concretos. O desencontro entre a denominação atribuída a esse processo e o seu respectivo conteúdo é o responsável pelo movediço destino.

Para salientar as crises de instância da execução fiscal, inicialmente, pontuo um repertório dogmático que remete a temática a um sintético divã processual, predispondo as clássicas regras da LEF ao lado das recentes regras do CPC reformado (pela Lei nº 11.382/2006). Um exame comparativo entre pontuais normas surpreende que a tendência das reformas processuais é para acelerar (ou conferir efetividade) o trâmite dos procedimentos, desburocratizando-os, além de afastar o vetusto absentismo técnico que separava o processo de conhecimento do processo de execução (e também o depurava do processo cautelar). Agora, não resolve dizer que uma determinada regra do CPC reformado não se aplica à LEF, enquanto outra regra da mesma reforma seria aplicável – necessário investigar o endereço das oscilações interpretativas nesse diálogo das fontes.

Na era do sincretismo, o processo tende a ser (ou deve ser) somente “um único” processo, no qual as suas diversas fases eventualmente se desdobram na permanente busca da tutela do direito. O juiz não conhece para executar, e não executa para conhecer, assim como o trabalho do intérprete não³ pode

³ A ciranda do “conhecer para interpretar e interpretar para conhecer” é automática e infundável. Não podem se autoexcluir, pois se tratam de fenômenos em constante coordenação, indelévels à racionalidade humana.

ser absolutamente fragmentado em “conhecimento+interpretação”. No contemporâneo mundo multimídia, multifacetado, multidimensionado, de plurisignificados dinâmicos e coordenados, mormente o mundo da cultura, não é a sociedade quem escolhe a sua tecnologia, mas é a tecnologia que organiza a sua sociedade.

A efetividade (enquanto valor⁴) aponta para essa direção.

Nesses termos, o *conhecimento*, a *execução* e a *cautela* consistem em fases da operação processual que se verticaliza à tutela dos direitos. A reflexão dessa matriz provavelmente descobre algum porquê de algumas crises de instâncias da execução fiscal. A pretensão não é desconstruir um sistema, mas, de alguma forma, debater sobre uma interessante disputa: na contratendência das recentes reformas do CPC, a execução fiscal segue como um *continuum* de formalismo excessivo do direito tributário ou, ontologicamente, ela representa um jogo de cena que ornamentou o século XX.

Afinal, a execução fiscal não seria essas duas cousas?

1 O FORMALISMO EXCESSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL E AS RECENTES REFORMAS SOBRE A EXECUÇÃO DO TÍTULO EXTRAJUDICIAL PREVISTAS NO CPC: A INCOMUNICABILIDADE DAS FONTES COMO CONSEQUÊNCIA

A Certidão de Dívida Ativa da Fazenda Pública é um título executivo extrajudicial (art. 585, VII, do CPC), cujo crédito que encerra será cobrado mediante o procedimento regulamentado pela Lei de Execução Fiscal (Lei nº 6.830/1980). Subsidiariamente à LEF, aplicam-se as normas do Código de Processo Civil. O diálogo das fontes é intuitivo e está expresso em lei (art. 1º da LEF), o que não deveria ensejar maiores desencontros interpretativos.

Ocorre que as recentes reformas do Código de Processo Civil desburocratizaram o procedimento geral da execução de título extrajudicial, assim fomentando a discussão sobre a aplicação dessas novas regras processuais,

⁴ A efetividade pode ser compreendida como um valor (o que é ótimo) ou como um princípio (plano deontológico). O primeiro entendimento não deixa de ser pré-processual, atua no plano da política judiciária; o segundo refere-se à disputa processual no sentido concreto, em vista dos objetos que o próprio processo afunila. A efetividade se desenvolve em coordenação à segurança jurídica, seja como um valor ou seja como um princípio: no mundo da cultura, os valores e os princípios coexistem. A grande diferença é o palco desse diálogo, uma questão delicada e merecedora de aprofundamento. Ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. *passim*.

inclusive, às execuções fiscais. A tendência seria pela comunicabilidade das fontes.

De outro lado, entre os fundamentos que sustentam um aparente isolamento entre as fontes normativas da LEF e do CPC, entre si, pode-se citar o seguinte nexo de *causa e consequência*: a reforma do CPC obedece a um perfil epistêmico no qual o processo é compreendido como um procedimento em contraditório e, por decorrência dessa natureza jurídica mesma, diga-se que por ocasião dessa “causa”, a racionalidade contemporânea privilegiou o princípio da efetividade das técnicas executórias, em detrimento da outrora intocável salvaguarda do princípio da segurança jurídica. O problema é que a legislação das décadas de 1970 (a redação originária do CPC é de 1973) e 1980 (a LEF é uma lei de 1980) está arraigada a outra concepção de processo civil, que colocava a segurança jurídica por sobre o princípio da efetividade.

Um ligeiro quadro comparativo entre as velhas regras, que ilustram a LEF, para como as novas regras, que apareceram com a reforma do CPC, permite visualizar alguma medida da discussão:

<p>Art. 7º O despacho do Juiz que deferir a inicial importa em ordem para: I – citação, pelas sucessivas modalidades previstas no artigo 8º;</p> <p>Art. 8º O executado será citado para, no prazo de 5 (cinco) dias, pagar a dívida com os juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, ou garantir a execução, observadas as seguintes normas:</p>	<p>Art. 652. O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)</p> <p>[...]</p> <p>§ 4º A intimação do executado far-se-á na pessoa de seu advogado; não o tendo, será intimado pessoalmente. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).</p> <p>§ 5º Se não localizar o executado para intimá-lo da penhora, o oficial certificará detalhadamente as diligências realizadas, caso em que o juiz poderá dispensar a intimação ou determinará novas diligências. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)</p>
---	---

Nos termos da Lei de Execução Fiscal, o executado será citado para efetuar o pagamento “ou garantir a execução”. Com efeito, aquele que “garante não paga”, pois, etiologicamente, a garantia é uma figura jurídica de salvaguarda, consiste em uma espécie de *solvo et repete*, na qual o sujeito coloca um objeto à disposição de outrem para, assim, poder discutir sobre o conteúdo da dívida.

Na prática, a “garantia” da execução fiscal significa que ela é incompatível com o esquema atual do sincretismo, que é a marca notória da contemporânea epistemologia processual. Em execução fiscal, quando se executa não se discute, e quando se discute não se executa – existe uma solução de prejudicialidade obstativa entre execução e conhecimento, nos termos do vetusto aforisma da época em que jurisdição era sinônima de “dizer o direito”, mas não de *efetivar* o direito. A solução absenteísta do século XIX, ou seja, o fragmentarismo da modernidade, muito bem separava os conceitos em vasos estanques e incomunicáveis.

O que acontece quando o executado “garante” a execução fiscal?

Em primeiro lugar, ele passa a não ser mais um executado, se é que algum dia o foi, mas assume a condição de um simples litigante em processo de conhecimento. Ora, quando efetuada a “garantia” da dívida, quer dizer que o demandado em execução fiscal ajuizará os embargos contra tal execução. Por sua vez, os embargos constituem uma ação de conhecimento autônoma à execução e, segundo respeitável entendimento, determinam a imediata suspensão do processo executivo fiscal.

Daí acontece de dois processos se estancarem em solução de descontinuidade: a execução fiscal e os embargos à execução – ou tramita um deles, ou caminha outro, sendo um jogo de cena que transporta a “garantia” a um efeito de *abstracta efetividade*. Por que um jogo de cena? Porque a garantia geralmente não possui liquidez alguma, ela raramente é em dinheiro, o garantidor e ora embargante oferece em garantia da execução fiscal algum objeto inservível, dispendioso para ser depositado, isso quando não é algo precível e de impossível alienação no varejo do leilão público.

Assim, a primeira crise de instância da execução fiscal está cravada na sua fase prelibatória, quando se fala em “garantia” da execução. Por isso que a reforma do CPC (art. 652) não cogita de “garantia”, mas da citação para o pagamento, porquanto o próprio ajuizamento dos embargos não está condicionado – em situação de prejudicialidade – ao oferecimento de algum objeto imprestável (digo, algum objeto garantidor) ao feito executório (art. 738 do CPC).

A reforma do Código de Processo Civil está adequada à pontual preponderância do princípio da efetividade por sobre a segurança jurídica, um sopesamento que norteia a execução do título extrajudicial. Justamente porque, em tempos de sincretismo, executar não significa afastar o conhecer, assim como

cognição não afasta a execução, apenas são fases da tutela jurisdicional que devem tramitar juntas e misturadas, em prol da tutela do direito.

Intuitivo concluir que a execução fiscal nasce e se desenvolve, desde o berço, a conta-gotas, à medida que ela nasce entravada com uma espécie de *efeito suspensivo* subliminar: se o devedor garantir a execução tudo fica parado, como se nada tivesse acontecido, como se a execução existisse apenas “no papel”, e não no mundo da vida.

O primado do princípio da segurança jurídica em relação ao princípio da efetividade, desde a tradição da modernidade, implica que a execução fiscal seja impulsionada *secundum eventum citationis* e segundo a garantia da execução. A LEF deixa evidente o formalismo excessivo quanto ao ato processual isolado da “intimação”.

Art. 12. Na execução fiscal, far-se-á a intimação da penhora ao executado, mediante publicação, no órgão oficial, do ato de juntada do termo ou do auto de penhora.

§ 1º Nas Comarcas do interior dos Estados, a intimação poderá ser feita pela remessa de cópia do termo ou do auto de penhora, pelo correio, na forma estabelecida no artigo 8º, incisos I e II, para a citação.

§ 2º Se a penhora recair sobre imóvel, far-se-á a intimação ao cônjuge, observadas as normas previstas para a citação.

§ 3º Far-se-á a intimação da penhora pessoalmente ao executado se, na citação feita pelo correio, o aviso de recepção não contiver a assinatura do próprio executado, ou de seu representante legal.

Art. 668. O executado pode, no prazo de 10 (dez) dias após intimado da penhora, requerer a substituição do bem penhorado, desde que comprove cabalmente que a substituição não trará prejuízo algum ao exequente e será menos onerosa para ele devedor (art. 17, incisos IV e VI, e art. 620). (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)

O formalismo é a totalidade formal do procedimento. Aprofundando a linha de observação, a forma em sentido estrito é um componente do formalismo, vale dizer, consiste em um átomo da totalidade, pois repercute o aspecto exterior de determinados *atos isolados* que compõem o processo.

A intimação é um desses atos processuais que reclamam especificidades em seus caracteres de individualização e a forma da intimação não representa um problema em si mesmo. Deveras, a intimação é um ato formal, um ato processual típico que reclama um complexo de fórmulas previstas na lei.

Todavia, um problema existe quando todo o formalismo (a totalidade formal do procedimento) é deslocado ou tendente a se desviar da rota, em função da forma em sentido estrito, o todo em função de um ato isolado. O sentido das coisas deveria ser exatamente o contrário.

Como não poderia deixar de ser, a reforma do CPC observa as formas que individualizam a intimação e os atos processuais congêneres, no tocante à execução do título extrajudicial. Porém, as novas normas que ilustram o CPC não permitem sequer que a ausência de intimação emperre o procedimento executório. Tanto é verdade que a intimação do devedor pode ser dispensada, quando discricionariamente o juiz identificar uma aparente evasão desse sujeito do distrito do processo (art. 652, § 5º, do CPC). Uma flexibilidade que também se reflete quando da eventual modificação da penhora (art. 668), pois encarrega ao devedor comparecer ao processo e “comprovar cabalmente” a utilidade da substituição dos bens constritos.

A inversão do ônus postulatório repercute o primado do princípio da efetividade. Em primeiro lugar, para requerer a substituição do objeto penhorado, o devedor deve comparecer e comprovar tal utilidade; em segundo lugar, mesmo que o devedor sequer compareça e não forneça um paradeiro, o juiz poderá dispensar a sua intimação formal para o prosseguimento do procedimento executório.

Uma realidade normativa em confronto com o art. 12 da LEF.

Ademais, esse mesmo art. 12 é reforçado pelo art. 8º da LEF, de maneira que a combinação dos dispositivos transforma a execução fiscal em um procedimento refeito aos humores do paradeiro do devedor. A literalidade desperta dois vetores que abalizam o primado da segurança jurídica, ora em prejuízo da efetividade: a “garantia” da execução é peça oportunizada, e a obsessiva e inderrogável necessidade de “intimação” do devedor.

Em outras palavras, quando a execução é suspensa pela “garantia” oferecida pelo devedor, ou quando a execução encalha na indelével necessidade da “intimação” do devedor – intimação que não pode ser dispensada pelo juízo –, o efeito prático é que o procedimento está subordinado à boa vontade do devedor. O velho discurso de que a execução fiscal consiste em um procedimento que confere “privilégios” à Fazenda Pública faz parte de um plano da segurança jurídica, que conferia poderes “formais” em troca de uma falta de solução prática à vida real. Mais expressamente: a Fazenda Pública não estava sujeita a prazos próprios e peremptórios, no entanto, a execução fiscal apenas se tornava

uma verdadeira execução, quando o devedor concordava em participar dessa ciranda excessivamente formal.

Na hipótese de o devedor não colaborar, existia um procedimento de chamamento, um procedimento repleto de atos formais (citação, garantia, intimação), mas, sobretudo, um procedimento que pouco ou quase nada executava, um procedimento que em termos práticos (paradigma da efetividade) não avançava sobre o patrimônio do réu. Uma preocupação que a reforma do CPC evidentemente não se furtou de afastar:

<p>Art. 13. O termo ou auto de penhora conterà, também, a avaliação dos bens penhorados, efetuada por quem o lavrar.</p> <p>§ 1º Impugnada a avaliação, pelo executado, ou pela Fazenda Pública, antes de publicado o edital de leilão, o Juiz, ouvida a outra parte, nomeará avaliador oficial para proceder a nova avaliação dos bens penhorados.</p> <p>§ 2º Se não houver, na Comarca, avaliador oficial ou este não puder apresentar o laudo de avaliação no prazo de 15 (quinze) dias, será nomeada pessoa ou entidade habilitada a critério do Juiz.</p> <p>§ 3º Apresentado o laudo, o Juiz decidirá de plano sobre a avaliação.</p>	<p>Art. 652: [...]</p> <p>§ 1º Não efetuado o pagamento, munido da segunda via do mandado, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)</p>
--	---

O art. 652, § 1º, do CPC desburocratizou o procedimento da execução do título extrajudicial, não apenas em relação à avaliação, uma tarefa expressamente atribuída ao oficial de justiça e, excepcionalmente, quando impugnada a avaliação inicial, uma incumbência que reclama a nomeação de um profissional específico para o ato. Certo que a LEF também possibilitava a avaliação no mesmo ato em que realizada a penhora (por termo ou auto).

A diferença está no sincretismo⁵ que o § 1º do art. 652 do CPC enseja, quando estabelece que o oficial de justiça se aparelhará de “duas” vias do

⁵ Mais importante que a modificação de literalidades da legislação é atentar para os fundamentos que verticalizam as reformas. O sincretismo consiste na indelével prevalência do princípio da efetividade sobre o princípio da segurança jurídica, o que enseja a ruptura da metodologia apática que estratificada a execução do título extrajudicial. As releituras do processo civil – todas – acenam nesse sentido, sobremaneira as reformas preordenadas na fase executiva. Respeitosamente, dizer que a Lei nº 11.382/2006 excluiu o “direito de o executado nomear bens à penhora, permitindo, no § 2º do art. 652 do CPC, que o exequente, em sua petição inicial, já indique bens a serem penhorados”,

mandado: uma via do mandado para a citação do réu para o pagamento, e outra via do mandado para a efetivação da penhora e a avaliação dos bens.

As “duas vias” do mandado reportam o sincretismo da contemporaneidade, pois, ao mesmo tempo em que cita para pagar ou discutir, também está aberto o percurso para se avançar contra o patrimônio do devedor, com os atos da execução real. Tanto que os embargos à execução do CPC não suspendem de plano a execução, eles apenas significam um incidente ao desdobramento da execução em sua faceta de conhecimento. A face efetivamente executória, constrictiva, da execução do título extrajudicial, prossegue em seus ulteriores termos, apesar do ajuizamento dos embargos.

Diferente é a previsão literal contida na LEF que, nada sincrética, quando interpostos os embargos à execução, suspende-se tudo. Os embargos à execução fiscal assinalam mais uma crise de instância:

Art. 16. O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados:

I – do depósito;

II – da juntada da prova da fiança bancária;

III – da intimação da penhora.

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

§ 2º No prazo dos embargos, o executado deverá alegar toda matéria útil à defesa, requerer provas e juntar aos autos os documentos e rol de testemunhas, até três, ou, a critério do juiz, até o dobro desse limite.

§ 3º Não será admitida reconvenção, nem compensação, e as exceções, salvo as de suspeição, incompetência e impedimentos, serão argüidas como matéria preliminar e serão processadas e julgadas com os embargos. [...]

Art. 18. Caso não sejam oferecidos os embargos, a Fazenda Pública manifestar-se-á sobre a garantia da execução.

Art. 738. Os embargos serão oferecidos no prazo de 15 (quinze) dias, contados da data da juntada aos autos do mandado de citação.

(Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 1º Quando houver mais de um executado, o prazo para cada um deles embargar conta-se a partir da juntada do respectivo mandado citatório, salvo tratando-se de cônjuges. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 2º Nas execuções por carta precatória, a citação do executado será imediatamente comunicada pelo juiz deprecado ao juiz deprecante, inclusive por meios eletrônicos, contando-se o prazo para embargos a partir da juntada aos autos de tal comunicação. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)

§ 3º Aos embargos do executado não se aplica o disposto no art. 191 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)

não resolve grande sorte da problemática: primeiro, porque a nomeação de objetos à penhora é um incidente técnico que a própria LEF possibilita a modificação (arts. 15 e 11); segundo, porque enquanto “nomeia” bens ainda não existe execução no sentido estrito, configurando-se antecedente prelibatório do efetivo ato de constrição, o que realmente interessa ao mundo da vida. Em contrário, ver CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Lei nº 11.382/2006 e seus reflexos na execução fiscal. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 49. p. 96.

O quadro comparativo merece análise conjunta com o seguinte:

<p>Art. 19. Não sendo embargada a execução ou sendo rejeitados os embargos, no caso de garantia prestada por terceiro, será este intimado, sob pena de contra ele prosseguir a execução nos próprios autos, para, no prazo de 15 (quinze) dias:</p> <p>I – remir o bem, se a garantia for real; ou</p> <p>II – pagar o valor da dívida, juros e multa de mora e demais encargos, indicados na Certidão de Dívida Ativa pelos quais se obrigou se a garantia for fidejussória.</p>	<p>Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)</p> <p>§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006)</p>
---	--

A regra da reforma do CPC, que estabelece a não concessão do efeito suspensivo automático aos embargos à execução de título extrajudicial, é aplicável aos embargos contra a execução fiscal?

A doutrina e a jurisprudência possuem argumentos para todos os lados, o que não chega a surpreender. Porém, é necessário identificar o fundamento que implica o diálogo entre as fontes, ou melhor, a razão pela qual é vitoriosa a corrente que defende o isolamento entre as fontes normativas.

Conforme respeitável doutrina,

analisando a questão sob o aspecto hermenêutico, é possível afirmar a impossibilidade da aplicação subsidiária do CPC à LEF, apesar do conteúdo do seu art. 1º, na medida em que as alterações efetivadas pela Lei nº 11.382 tornaram, em alguns pontos, as regras do CPC de impossível aplicação.⁶

Com a citação de inúmeros tributaristas de escol, a academia ainda refere que

a interpretação gramatical do art. 1º da LEF deve ser ponto inicial, mas nunca um fim do processo executivo fiscal. Com base nessa forma de interpretação observa-se, através do princípio da coerência, que, apesar de

⁶ PARREIRA, Alberto; MELO, Danielle; AMARAL, Gustavo. As alterações da Lei nº 11.382 e sua repercussão sobre a Lei de Execuções Fiscais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 143. p. 12.

não haver entre os ordenamentos citados uma radical contraditoriedade, existe, sim, uma exigência de compatibilidade.⁷

A tendência da jurisprudência trafegava⁸ pelo acolhimento dessa tese, como verificado: “O art. 739-A do CPC, que nega aos embargos de devedor,

⁷ Idem, ibidem.

⁸ Atualmente, a jurisprudência do STJ acena em sentido contrário, em termos tendenciais: “DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – REQUISITOS PARA A ATRIBUIÇÃO DE EFEITO SUSPENSIVO AOS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – RECURSO REPETITIVO (ART. 543-C DO CPC E RES. 8/2008-STJ). A oposição de embargos à execução fiscal depois da penhora de bens do executado não suspende automaticamente os atos executivos, fazendo-se necessário que o embargante demonstre a relevância de seus argumentos (*fumus boni juris*) e que o prosseguimento da execução poderá lhe causar dano de difícil ou de incerta reparação (*periculum in mora*). Com efeito, as regras da execução fiscal não se incompatibilizam com o art. 739-A do CPC/1973, que condiciona a atribuição de efeitos suspensivos aos embargos do devedor ao cumprimento de três requisitos: apresentação de garantia, verificação pelo juiz da relevância da fundamentação e perigo de dano irreparável ou de difícil reparação. Para chegar a essa conclusão, faz-se necessária uma interpretação histórica dos dispositivos legais pertinentes ao tema. A previsão no ordenamento jurídico pátrio da regra geral de atribuição de efeito suspensivo aos embargos do devedor somente ocorreu com o advento da Lei nº 8.953/1994, que promoveu a reforma do processo de execução do CPC/1973, nele incluindo o § 1º do art. 739 e o inciso I do art. 791. Antes dessa reforma, inclusive na vigência do Decreto-Lei nº 960/1938 – que disciplinava a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública em todo o território nacional – e do CPC/1939, nenhuma lei previa expressamente a atribuição, em regra, de efeitos suspensivos aos embargos do devedor. Nessa época, o efeito suspensivo derivava de construção doutrinária que, posteriormente, quando suficientemente amadurecida, culminou no projeto que foi convertido na citada Lei nº 8.953/1994. Sendo assim, é evidente o equívoco da premissa de que a Lei nº 6.830/1980 (LEF) e a Lei nº 8.212/1991 (LOSS) adotaram a postura suspensiva dos embargos do devedor antes mesmo de essa postura ter sido adotada expressamente pelo próprio CPC/1973 (com o advento da Lei nº 8.953/1994). Dessa forma, à luz de uma interpretação histórica dos dispositivos legais pertinentes ao tema e tendo em vista os princípios que influenciaram as várias reformas no CPC/1973 e as regras dos feitos executivos da Fazenda Pública – considerando, em especial, a eficácia material do processo executivo, a primazia do crédito público sobre o privado e a especialidade das execuções fiscais –, é ilógico concluir que a LEF e o art. 53, § 4º, da Lei nº 8.212/1991 foram, em algum momento, ou são incompatíveis com a ausência de efeito suspensivo aos embargos do devedor. Isso porque, quanto ao regime jurídico desse meio de impugnação, há a invocação – com derogações específicas sempre no sentido de dar maiores garantias ao crédito público – da aplicação subsidiária do disposto no CPC/1973, que tinha redação dúbia a respeito, admitindo diversas interpretações doutrinárias. Por essa razão, nem a LEF nem o art. 53, § 4º, da LOSS devem ser considerados incompatíveis com a atual redação do art. 739-A do CPC/1973. Cabe ressaltar, ademais, que, embora por fundamentos variados – fazendo uso da interpretação sistemática da LEF e do CPC/1973, trilhando o inovador caminho da teoria do diálogo das fontes ou utilizando da interpretação histórica dos dispositivos (o que se faz nesta oportunidade) – a conclusão acima exposta tem sido adotada predominantemente no STJ. Saliente-se, por oportuno, que, em atenção ao princípio da especialidade da LEF, mantido com a reforma do CPC/1973, a nova redação do art. 736 do CPC, dada pela Lei nº 11.382/2006 – artigo que dispensa a garantia como condicionante dos embargos –, não se aplica às execuções fiscais, haja vista a existência de dispositivo específico, qual seja, o art. 16, § 1º, da LEF, que exige expressamente a

como regra, o efeito suspensivo, não é aplicável às execuções fiscais. Em primeiro lugar, porque há disposições expressas reconhecendo, ainda que indiretamente, o efeito suspensivo aos embargos nessas execuções (arts. 19 e 24 da Lei nº 6.380/1980 e art. 53, § 4º, da Lei nº 8.212/1991). E, em segundo lugar, porque a mesma Lei nº 11.382/06 – que acrescentou o art. 739-A ao CPC (retirando dos embargos, em regra, o efeito suspensivo automático) –, também alterou o art. 736 do Código, para retirar desses embargos a exigência da prévia garantia de juízo. O legislador, evidentemente, associou uma situação à outra, associação que se deu também no § 1º do art. 739-A: a outorga de efeito suspensivo supõe, entre outros requisitos, “que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes”. Ora, ao contrário do que ocorre no CPC, no regime da execução fiscal, persiste a norma segundo a qual “não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução” por depósito, fiança ou penhora (art. 16, § 1º, da Lei nº 6.830/1980)⁹.

As interpretações contrastantes não são equivocadas em si mesmas, a matéria-prima normativa do direito permite a tergiversação. Pensar de uma maneira e, eventualmente, repensar ou sopesar os argumentos para uma variação de limites consiste em uma nota dos fluxos e contrafluxos do ambiente cultural no qual está ambientado o Direito.

A grande questão é identificar o “porquê” de se adotar determinada orientação, o “fundamento” que sufraga um diálogo entre as fontes ou o isolamento entre as fontes. Com efeito, o atual quadrante constitucional elevou à peça de museu a adoção abstracionista das velhas técnicas da especialidade, da cronologia e da hierarquia. A Constituição e a sua multimalha normativa, repleta das cláusulas abertas e das variações valorativas, não permite um exercício meramente subsuntivo da hermenêutica. Pelo contrário, o constitucionalismo contemporâneo impõe a construção do direito como uma experiência contínua, como uma empresa em permanente transformação, à medida que a operação jurídica somente alcança seus escopos quando pondera os fatores culturais que se coordenam reciprocamente.

A interpretação do direito não é incoerente quando utilizado uma ou outra orientação. Para evitar percalços pragmáticos e sobretudo formular uma

garantia para a admissão de embargos à execução fiscal. Precedentes citados: AgRg-Ag 1.381.229-PR, Primeira Turma, DJe de 02.02.2012; e AgRg- EDcl-Ag 1.389.866/PR, Segunda Turma, DJe 21.09.2011. REsp 1.272.827-PE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Julgado em 22.05.2013”.

⁹ REsp 1178883/MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Órgão Julgador T1, DJe 25.10.2011, RDDT, v. 196, p. 196.

sistemática hermenêutica que efetivamente seja coerente, é necessário avaliar o que está na base das premissas dogmáticas. Assim, a própria reforma da legislação pode ser compreendida, bem como também pode ser extraído o sentido da “execução” e a razão das crises de instâncias da execução fiscal.

Por que a execução fiscal vive permeada de crises? A reforma das leis processuais abarcam uma deontologia diferente daquela que sustentou o CPC e a LEF em suas origens? Afinal, a execução fiscal é mais cognitiva que propriamente executiva?

O eventual fracasso¹⁰ das respostas, em última análise, remete à reflexão das causas que ora surpreendem as reformas da legislação processual.

2 A CAUSA DO ISOLAMENTO ENTRE A LEF E A NOVA EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL PREVISTA NO CPC

O debate sobre a natureza jurídica da execução fiscal permite problematizar *de onde provém e para onde* caminham as diversas reformas que entrecortam alguns aspectos da legislação processual civil. Uma questão que trafega pelas entranhas da epistemologia e da lógica jurídica, e afeta diretamente a seguinte percepção dogmática: *uma nova regra sobre a execução de título extrajudicial prevista no Código de Processo Civil é diretamente aplicável à execução fiscal?*

O diálogo coordenativo (não apenas de subsidiariedade) entre as fontes chegaria a despertar a distinção entre a “tutela jurisdicional” e a “técnica de tutela jurisdicional”. Ora, uma reforma da legislação processual comunica as técnicas entre si, sem maiores discussões; de outro lado, a tutela jurisdicional, tanto em termos de estrutura quanto de funcionalidade, não se comunicaria de maneira imediata. O problema é definir o limite entre a “técnica” e a “tutela”, algo que não aparece com frequência na doutrina e jurisprudência nacional. Além disso, o aprofundamento da distinção técnica-tutela reclamaria a especificidade no estudo dessa temática, o que não é permitido nessas breves linhas, que são mais pragmáticas que acadêmicas.

O que pretendo demonstrar, e com uma maior singeleza que o tema técnica-tutela enseja, é que a compreensão da natureza jurídica do processo

¹⁰ O fracasso é diretamente proporcional ao risco do sucesso, quando efetuada a pesquisa nos laboratórios acadêmicos. Segundo Hart, em geral sequer é um fracasso transcendente, que produz danos a outrem, mas uma falibilidade que ensina ao próprio pesquisador onde ele errou e por onde poderia melhorar a sua tentativa de análise. Ver o comentário cético em HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012. p. 26.

influencia diretamente sobre a maneira de trabalhar com uma reforma da legislação. Aplicar ou não aplicar, à execução fiscal, uma regra sobre a execução do título extrajudicial, que hoje está prevista expressamente pela reforma do CPC (Lei nº 11.382/2006), é matéria que se orienta por intermédio de um perfil epistêmico.

Logo, descreve como entende a natureza jurídica do processo civil, que será possível diagnosticar sobre a comunicabilidade, ou não, entre as fontes normativas previstas na LEF e no CPC (e vice-versa).

2.1 A LEI DE EXECUÇÃO FISCAL COMO UM SUBPRODUTO DO PROCESSUALISMO: A NATUREZA DA EXECUÇÃO FISCAL ENQUANTO RELAÇÃO JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO

A compreensão do processo enquanto uma relação jurídica (entre o juiz e as partes) respondeu pela autonomia científica do processo civil, separando-o definitivamente do direito material (desde o século XIX). O Código de Processo Civil, datado originariamente de 1973, é um reflexo vivo dessa matriz jurídica, porque atinente ao panorama cultural então vigente no Brasil.

Assim, o CPC de 1973 não se preocupou em fornecer ferramentas para que o operador do direito aproximasse o processo à realidade do direito material. A grande questão de sua época era justamente reforçar a independência dogmática do processo civil, com o alvitre de o elevar a uma estrutura não¹¹ ideológica e, sobretudo, tecnicista¹².

¹¹ Inúmeros dispositivos originariamente positivados no CPC demonstram a solução de compromisso de “não especificidade” adotada pelo CPC/1973: o Código de Processo Civil tendeu a unificar os procedimentos em modalidades ordinárias e alheias ao direito material, com raros casos de “processos especiais”; o juiz deveria ser neutro, um juiz não ativo; os meios executórios (inclusive os meios probatórios) se pautavam pelo princípio da tipicidade, daí sacralizando um formalismo excessivo; as eficácias das sentenças se fungibilizaram ao denominador comum da sentença condenatória, vigorando a teoria ternária para obsessivamente classificar as sentenças e não as espécies de tutela jurisdicional; o procedimento não abria possibilidade real à antecipação da tutela e refutava o sincretismo, existia um momento prévio para o conhecimento e uma fase posterior para a execução. Entre outros exemplos, em sua feição genética, o CPC/1973 manteve afastado o processo civil do direito material, daí retratando a era da *técnica* processual.

¹² A referência à metodologia denominada de “processualista, tecnicista, ou conceitualista” reflete a posição que, desde o iluminismo, alavancou o processo a uma posição de autonomia em relação ao direito material, mas também fora responsável para afastar o processo da realidade que ele tende a solucionar com a justiça. Até a consagração do processualismo, existia uma visão plana do ordenamento jurídico, na qual Dinamarco refere que “a ação era definida como o direito subjetivo lesado (ou: o resultado da lesão ao direito subjetivo), a jurisdição como sistema de tutela aos direitos, o processo como mera sucessão de atos (procedimento)”. Para aprofundar a sequência entre as correntes

A Escola processualista, que ilustrou o nosso CPC¹³, também é responsável pela sorte de influências que nortearam a formulação da Lei nº 6.830/1880. Uma racionalidade que reproduz efeitos teóricos e pragmáticos até o presente, mormente quando a matéria subjacente – o objeto do processo: o direito tributário – é de cunho tão formalista quanto o próprio processo. Daí o fundamento epistêmico pelo qual as reformas¹⁴ pontuais elaboradas recentemente ao CPC (Lei nº 11.382/2006) não despertam uma imediata aplicação, ou sofrem resistências contra a comunicabilidade das fontes, quando do manejo da execução fiscal.

Quando se fala em reforma do CPC aplicável à LEF, a toda prova, uma bifurcação de correntes sobrepaira: de um lado, a nova ordem mundial compreende o processo civil como um procedimento em contraditório, assim embasando dispositivos que privilegiam o princípio da efetividade em detrimento da segurança jurídica (na própria LEF existe repercussão dessa lógica, como expresso no art. 40); de outro lado, um perfil abstracionista e outrora responsável pela autonomização do processo reinava quando do advento do CPC e da LEF, nas décadas de 1970 e 1980, disso fincando raízes para entender o processo como uma relação jurídica. O abismo epistêmico criado pela ruptura entre as duas corrente é dantesco.

A Lei Especial nº 6.830/1980 foi criada para conferir *privilégios* processuais à Fazenda Pública; na verdade, privilégios talvez retóricos, como alguns jogos de cena, como assinalados no item anterior. De qualquer maneira, a execução fiscal,

metodológicas, na ordem, sincretismo, processualismo ou autonomismo e instrumentalismo, ver DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 18. Finalmente, também se fala no formalismo-valorativo, corrente que é defendida no decorrer dessa exposição.

¹³ Merece referência a soberba literal do item “I”, alínea “5”, da Exposição de Motivos do CPC de 1973: “diversamente de outros ramos da ciência jurídica, que traduzem a índole do povo através de longa tradição, o processo civil deve ser dotado exclusivamente de *meios racionais*, tendentes a obter a atuação do direito”. Além de retirar do povo (os verdadeiros detentores do poder) e, conseqüentemente, do próprio cenário da cultura, a força de coesão para colaborar com a formação do direito – entropias de influência do social sobre o âmbito do jurídico –, parece que o processo civil, segundo o CPC do século passado, não pretendeu “se misturar” a outros ramos da ciência jurídica, sendo intuitiva uma fragmentação do direito em compartimentos estanques do conhecimento, como se fosse possível entender institutos através de uma leitura em tiras incomunicáveis. Tampouco se admitia um efetivo diálogo entre as fontes normativas, uma aproximação real entre direito e processo, o que, atualmente, são mecânicas indispensáveis a uma própria dicção do que é racional ou razoável em termos jurídicos.

¹⁴ As reformas do CPC bem como as reformas da própria LEF (nova redação dos parágrafos do art. 40) assinalam o vértice epistêmico acolhido pelo legislador: na esteira da contemporânea doutrina do século XX, o processo é compreendido como um procedimento em contraditório. Logo, o processo sempre deve andar para a frente.

seja para beneficiar o Fisco ou para elastecer o humor do devedor, deve seguir o formalismo do direito tributário para tutelar alguns interesses considerados supremos. E quando se falava em “supremacia”, em pleno século XX, considerava-se não um equilíbrio material, mas apenas formal e conceitualista. Tanto que o dualismo extremo entre o processo e o direito material sobrepairava naquela época, e estava cravado na alma da operação jurídica como um todo, podendo ainda ser sensivelmente notado no abstracionismo regulamentado na lei de execução fiscal.

Assim, se o regime jurídico do CPC de 1973, inerente à cultura brasileira do último quartel do século XX¹⁵, influenciou a lei de execução fiscal, atribuiu a ela um maior “grau” de formalismo admissível, entre todas as espécies de processos de execução. As mensagens conceituais cristalizadas nessa lei extraordinária, não por acaso, isolam os diversos atos processuais em verdadeiras “crises de instâncias” – a execução fiscal não chega a ser um procedimento em contraditório, mas possui geneticamente uma natureza de *relação jurídica de direito público*.

Em outras palavras, a execução fiscal está repleta de atos processuais formais que praticamente se isolam entre si, como se fossem ilhas. A forma dos atos, enquanto tais, prevalecem sobre o formalismo total do procedimento, o que é indesejável e motivo de ruídos e crises. Daí por que a constatação de que na execução fiscal tudo ou quase tudo depende de intimações e de ciências inequívocas de parte à parte, para que assim se prossiga adiante. A consagração de uma *estrutura relacional* legitimou um esquema de “poder”, no qual a Administração é colocada no vértice, no topo de uma pirâmide, contra o indivíduo outrora considerado um súdito. Uma assimetriação que beira ao desvio de finalidade da tutela jurisdicional, com um retorno disfarçado ao regime da autotutela.

¹⁵ A metodologia tecnicista e seus devaneios excessivamente formalistas não permitem ponderar a multifuncionalidade da efetividade e da segurança em perspectiva dinâmica, não observa a tutela do direito e a tutela jurisdicional em cotejo simbiótico, como tampouco não possibilita a visualização de categorias do gênero “questão mista” em processo civil. A metodologia da técnica assola a LEF e a remete a um amontoado de “crises de instâncias”, normalmente geradas pela concepção de um processo formalista ao extremo, que reflete o rigor do direito tributário e da burocracia brasileira da década de 1980. A lei de execução fiscal jamais cogitou de sincretismo. Na longínqua década de 1980, conhecimento e execução não se misturavam, tanto que os embargos formam verdadeira crise existencial na execução e possuem uma limitação material quanto às matérias que poderiam ser alegadas. Uma lente que violenta a ampla defesa enquanto direito fundamental, porém, expressa a cultura de que a Administração tinha prevalência sobre o direito individual do contribuinte.

Uma fórmula que assegurou um desenvolvimento processual truncado, no seguinte acordo de conveniências: enquanto a execução fiscal promete a falência dos prazos processuais próprios, pois concede à Fazenda Pública quase uma potestade de *agires*, ao seu talante e possibilidade, ao devedor foi garantida uma saída à francesa¹⁶, pois a cada *não comparecimento* se estabelece uma crise de instância que emperra o procedimento.

A separação entre uma “relação jurídica processual” e a “relação em direito material”, consoante a racionalidade do processualismo, que recorta os objetos em ilhas incomunicáveis, demonstra que a escola processual brasileira trouxe, desde o direito privado, uma realidade conceitual¹⁷ – a relação jurídica¹⁸. Nicola Picardi¹⁹ salienta que o processo como uma relação jurídica de direito público configura uma limitação de natureza “orgânica”, limita a dinamicidade

¹⁶ Um francesamento no duplo sentido: tanto por ser “sutil” como por ser produto de uma racionalidade típica do iluminismo.

¹⁷ A racionalidade oitocentesca (e o panorama kantista desde então) trabalha com dicotomias, isso não causa estranheza. Vale a pena analisar a obra de Bülow para, além desse cenário, constatar os fluxos e contrafluxos científicos ao largo do tempo. Para repudiar o pragmatismo do romanismo, que muito influenciou o processo comum da idade média, Bülow ressalta que avistar o processo em sua dinâmica é uma ideia *superficial* que não o afasta do procedimento. O qualificador do processo é a “relação jurídica de direito público”. Bülow joga a realidade das coisas em uma definição cunhada no direito material, o velho modo de compreender as realidades por uma estática. O autor refere que a concepção dominante no século XIX, até a sua obra, deixava “predominar o procedimento na definição do processo, não se descuidando de mostrar a relação processual como a outra parte da concepção”. Qualquer semelhança com o sentido inverso dessa moeda não é mera coincidência. Atualmente, a doutrina majoritária devolve a noção de procedimento como mola propulsora do formalismo processual. O que interessa não é a relação jurídica, mas o qualificativo dinâmico de um contraditório que qualifica o padrão, a rotina pela qual o procedimento trafega. Os fluxos e contrafluxos da ciência. Ver BÜLOW, Oskar. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003. p. 8. A doutrina de Bülow influencia pelo menos dois séculos de gerações do processo civil, inclusive, sendo o autor denominado o “pai do processo”, o responsável pela separação do processo em confronto com o direito material. Em precisa reconstrução histórica, Giovanni Tarello salienta que Oscar Bülow “*forse il più influente processualista del sec. XIX; può considerarsi l’iniziatore della nuova processualistica dogmatica; e certamente rappresenta nel massimo grado le tendenze della cultura giuridica germanica dell’età bismarkiana*”. (TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989. p. 37).

¹⁸ PICARDI, Nicola. *La successione processuale*. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964. p. 28.

¹⁹ Picardi refere que “*i fenomeni processuali non si prestano ad essere ricondotti, nel loro complesso, sub specie di rapporto giuridico. Infatti, se il quid, che lega nello schema del rapporto giuridico le posizioni soggettive, va identificato nel nesso di ‘correlazione’ e se tale nesso, nella sua eccezione più rigorosa, va risolto unicamente nella coppia dovere-diritto, ne risulta che solo alcune posizioni processuali si prestano ad essere considerate sub specie di rapporto*” (idem, p. 49).

ínsita à figura do processo como sequência de atos concatenados entre si. Para cada relação jurídica do direito material deve existir uma relação jurídica de natureza processual.

Qual a consequência de se reputar a execução fiscal como uma relação jurídica?

Desde a racionalidade kantiana, é intuitivo que uma relação jurídica é uma relação entre dois sujeitos, ou que coloca dois ou mais sujeitos em posição de observação perante determinado objeto. A lógica da relação jurídica é “estrutural”: um vínculo²⁰ + um objeto + pessoas. Em síntese:

contexto estrutural ²¹ da relação jurídica	vínculo estabelecido pela norma
	objeto
	<i>mais de um interessado no objeto</i>

Hans Kelsen explica que na relação jurídica existe uma coligação entre “o sujeito de um dever jurídico e o sujeito do correspondente di-

²⁰ O vínculo é definido de maneira prática, por Kelsen, como um elemento sensível que supõe a “forma” que reveste a “essência/conteúdo” da relação jurídica. KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009. p. 187.

²¹ Necessário dizer que o conceitualismo abarcado pela relação jurídica sempre trabalhou com noções “estruturais”, de organicidade, e não com o tema do mundo contemporâneo – a funcionalidade. Por isso que os institutos jurídicos eram raciocinados de maneira estática, sem a rotina do “para que eles servem”, mas somente eram pensados “de onde eles provém”. Pensar de maneira estrutural chega a ser uma abreviação, resume grande parte da visão à técnica. O processo – por meio do seu gênero procedimento –, primeiramente fora visualizado por Fazzalari em um universo funcional, quando o provimento seria o ato finalizado pelos sujeitos, com um evidente nexos teleológico. Apenas em um posterior momento, após consolidado o raciocínio sobre o procedimento, é que o contraditório forte *puxa para dentro do processo uma esquematização paritária e que reclama a simetria* entre os sujeitos. Ou seja, primeiro a função e, após, uma depreensão estrutural do fenômeno. Quero dizer que Fazzalari pensou de fora para dentro do processo, como se dos efeitos se raciocinasse em direção à eficácia, o que é humanamente mais plausível. Entretanto, ainda no pós-kantismo isso tudo parece causar certa surpresa à significativa parcela de pensadores. Ver FAZZALARI, Elio. *Processo. Teoria generale. Novissimo digesto italiano*, v. XIII, Torinese, 1957, em especial, p. 1069/1070. Dinamarco chega a comentar a influência dos administrativistas para a definição do procedimento e do processo (inclusive por existir relação de gênero e espécie), ver *A instrumentalidade do processo*. 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 82. A origem publicista de uma concepção de procedimento em confronto com o processo

reito”²². Ou seja, se o processo é uma relação jurídica de direito público, devem existir dois sujeitos em posição de contrapartida de direitos e deveres. Tal correspondência de “poderes, deveres e direitos” processuais não seria somente em uma parte – a demandante – e o juiz (o órgão assimétrico), até porque o juiz é “assimétrico” em relação a quem?

Ora, o julgador é assimétrico em relação às partes, elas é que se colocam em posição de combatividade equidistante entre si mesmas. Daí o problema que surge quando não existe uma colaboração do devedor, quando o executado literalmente se furta às intimações e aos comparecimentos processuais: na prática, não existe uma execução fiscal nos termos previstos pela própria legislação de regência, pois a execução fiscal nos moldes do século XX trabalha com uma matriz lógica e jurídica que depende das duas partes, do exequente e do executado. Um tripé mais estrutural que funcional.

Quando uma das partes está ausente ou não colabora, por decorrência, está instaurada uma crise de instância que emperra o procedimento. Logo, uma execução fiscal sem o devedor, ou sem a citação ou a intimação formal do devedor, pode ser tudo menos uma execução propriamente dita – à medida que não existe uma constrição efetiva sobre o patrimônio do sujeito passivo.

Óbvio que a citação por edital pode solucionar, por uma ficção legal, essa crise de efetividade. Agora, na prática, quem é citado por edital também não é atingido pela constrição de bens. Uma, porque não possui objetos penhoráveis; outra, porque os objetos se perderam ao controle das instituições, no tempo e espaço.

O que existe no mundo da vida, nesses casos, é apenas uma figura conceitual, bem ao talante das velhas ilustrações dos clássicos pandetísticos. Um arremedo de execução em busca do estruturalismo relacional, mas que a toda evidência se furta da funcionalidade que deveria verticalizar seus limites, pois de execução efetiva não se trata.

pode ser observado no precursor ensaio de BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo. Rivista Trimestale di Diritto Pubblico*, anno II, 1952, em especial, p. 126/7. O sobrenome não é mera coincidência. Se o leitor quiser aprofundar para muito além do processo civil, a filosofia empresta uma distinção entre os pensamentos de Parsons e Luhmann que, talvez, descortina a transição de um raciocínio estrutural-funcionalista para o funcional-estruturalista, na teoria dos sistemas (fundamentos, inclusive, de recente filmacoteca norte-americana, vide a verdadeira poesia na película *Matrix*, em especial o *Matrix II*, quando o conflito entre os mundos *Zion-Matrix* coloca a descoberto a dialética dos sistemas e as questões da autopoiese e da heteropoiese; *aprofundando* o raciocínio, até programas televisivos, como o *Big Brother*, exploram a questão sistêmica).

²² KELSEN, Hans. Op. cit., p. 182.

2.2 AS RECENTES REFORMAS DA LEGISLAÇÃO PROCESSUAL (EXECUÇÃO DE TÍTULO EXTRAJUDICIAL PELO CPC E ART. 40 DA LEF): A COMPREENSÃO DO PROCESSO COMO UM PROCEDIMENTO EM CONTRADITÓRIO

Uma parcela da doutrina considerava a execução como um arremedo de processo civil, pois somente o processo de conhecimento seria o *verdadeiro* processo. Não é preciso vasculhar a história do processo civil para identificar escritos que consideram a execução fiscal como uma “ação de execução singular”²³, no qual se desenvolvem atos mais ordinatórios que propriamente jurisdicionais.

Respeitosamente, a “ação” processual é uma posição jurídica subjetiva de evolução progressiva²⁴, consiste em um *movimento*, uma dinâmica, um exercício, de maneira que se torna secundário ou desimportante o caráter singular²⁵ ou coletivo desse fenômeno. O que interessa, sobremaneira quando analisada a natureza jurídica da execução fiscal, não é o critério da “ação”, mas identificar um processo enquanto uma faceta da atividade jurisdicional, do contrário, a própria execução fiscal se perderia como um resquício de autotutela da Administração.

Ora, a “ação” processual consiste em uma série de poderes, faculdades, deveres, ônus e direitos no sentido estrito. Não basta dizer que a “ação” é um direito público subjetivo, que ela confere o acesso do postulante à jurisdição, à medida que a “ação” é um desenrolar complexo, tanto que Carlos Alberto Alvaro de Oliveira²⁶ anota que o “o agir é realizado exclusivamente por meio da ação

²³ KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. Aspectos (in)constitucionais da execução fiscal. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, set. 2012. p. 67.

²⁴ PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 230. Postura científica que muito provavelmente o autor tenha buscado na doutrina de Elio Fazzalari, ver *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957. p. 111 e ss.

²⁵ Utilizado apenas para separar a execução singular da execução coletiva (por exemplo, na recuperação de empresas).

²⁶ Em palestra promovida no Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Carlos Alberto Alvaro de Oliveira reforçou: “ação processual é, afinal de contas, agir. Garantia de ação, o direito fundamental de ação é algo que não diz respeito à ação processual, é algo pré-processual, vem antes da ação. E a ação é o agir. E como é que eu ajo? Ajo exercendo os poderes que me são concedidos abstratamente pelo ordenamento, por atos concretos. E isso é ação. Ação não é, como dizia Liebman, só o poder de provocar a jurisdição, mas de exercer todos os poderes até o fim do processo, até o último ato do processo; isso é ação processual. Poderes que não abstratamente concedidos; por exemplo, o poder de recorrer, o poder de demandar, o poder de pedir provas, o poder de arrazoar, poderes que são abstratamente concedidos e que são exercidos concretamente por atos processuais: recorrer, arrazoar, etc.” (Ver OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro. Da sentença: Lei nº 11.277/2006 e

processual, pelo exercício das faculdades e poderes da parte, que se concretizam em atos processuais, conforme a sequência procedimental estabelecida em lei (*v.g.*, demanda, réplica, pedido de prova, arrazoados, recursos etc.)”²⁷.

Se atualmente não existe discordância em dizer que a “ação” é atípica por natureza e que ela consiste em um *modus* dinâmico pelo qual é atingida ou perseguida a tutela jurisdicional, sobra evidente que a sequência de poderes, deveres, ônus, direitos e faculdades que ela emprega seja ordenada de maneira lógica e cronológica²⁸ por um vínculo normativo ou de diversas normas concatenadas entre si. Tal ligação é providenciada pelo *procedimento*, que reúne diversos atos concretos – desde o primeiro ato da “ação” (a *demand*a) até o seu ato final, o provimento²⁹.

A questão é fundamental, o que levou Elio Fazzalari a ressaltar que os *extremos da série sequencial da ação* – a demanda e o provimento final – também compõem o procedimento, porque são elementos essenciais a ele mesmo. O procedimento organiza os atos e as posições jurídicas com a finalidade de atingir o ato final (o provimento), assinalando um compromisso funcional³⁰. Um *groviglio* de ideias começa a ganhar forma.

Ao dizer que alguém *age* é intuitivo que o *agente* se coloque em movimento, pois ele se retirou da situação ou do seu mero *status* para se colocar em pontaria de combatividade³¹. Em termos empíricos (e psicológicos), questiono se os atos são invisíveis (?), pois as condutas dos sujeitos não aparecem no plano dos *agires*. Vale dizer, não são os *agires* do sujeito que permitem uma observação, mas o que deixa rastros é o resultado final ou mesmo o caminho percorrido para cruzar que os sujeitos atinjam os seus objetivos. Daí a importância do procedimento –

nova redação dada aos arts. 162, 267, 269, 463 e introdução dos arts. 466-A, 466-B e 466-C pela Lei nº 11.232/2005. In: *As recentes reformas processuais*. TJRS, Cadernos do Centro de Estudos, v. I, p. 36.

²⁷ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Orgs.). *A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 102.

²⁸ PICARDI, Nicola. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2012. p. 230.

²⁹ FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, v. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986. p. 819. Esse texto, na verdade, parece uma resenha de partes de *Note in tema di diritto e processo* (Milano: Giuffrè, 1957, p. 111 e ss.).

³⁰ FAZZALARI, Elio. Processo. Teoria generale. *Novissimo digesto italiano*, vol. XIII, Torinese, 1957, p. 1068.

³¹ PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. I, 1997. p. 103.

um esqueleto sensível dos *agires*, um verdadeiro rastro por intermédio do qual, da demanda até o provimento final, é providenciado um fio condutor.

O que pretendo dizer com essa reportagem da teoria geral do processo?

O objetivo é salientar que o procedimento é o liame que permite visualizar uma “ação”, porquanto a “ação” é um fenômeno evidentemente prático e, assim, invisível. O procedimento é o vínculo que concatena os atos concretos e as posições jurídicas processuais em ordem lógica e cronológica³². Logo, o procedimento é um corpo sensível³³ dos *agires*. No interior do procedimento (que é a *espinha dorsal* do formalismo processual) é possível assinalar a demanda (o ato originário) e a sua funcionalização até o ato derradeiro, o provimento final.

O manancial teórico que examina analiticamente a “ação” e o procedimento se desdobra ao natural quando a temática é transportada para a Lei da Execução Fiscal.

Com efeito, para atingir o provimento final da execução fiscal, ou melhor, para que seja entregue o dinheiro ao credor-Fazenda Pública, é necessário ser observado o *procedimento previsto em lei*, como uma série concatenada de atos processuais. Mais ainda, para que sejam produzidos os efeitos do processo e do seu provimento na esfera jurídica do devedor-parte executada, é necessário que o liame entre a demanda e o ato final se organize de maneira paritária e simétrica, assim permitindo efetiva ou potencialmente a *discussão* da matéria entre os destinatários ou interessados pelos efeitos jurídicos gerados e sofridos.

³² Carlos Alberto Alvaro de Oliveira define o procedimento “como estrutura formal constante, a sequência procedimental caracteriza-se por ser disciplinada por uma série de normas coligadas entre si, de tal modo que a norma sucessiva da série tem sempre o seu suporte fático constitutivo composto pelos efeitos produzidos pela atuação da norma precedente. Dessa maneira, o modelo procedimental decorre de uma sequência de normas, cada qual regulando determinada conduta e ao mesmo tempo enunciando, como pressuposto da própria incidência, o cumprimento de uma atividade regulada por outra norma da série e assim até à norma reguladora do ‘ato final’. Ao fim e ao cabo, o procedimento só pode ser concebido na perspectiva de conexão, antecipadamente prevista, entre as várias normas, atos e posições subjetivas da série”. Ver *Do formalismo no processo civil*: proposta de um formalismo-valorativo. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 156/7. Uma definição que, na verdade, traduz os dizeres da doutrina italiana – de Fazzalari a Nicola Picardi.

³³ Pensamento análogo ao dizer que “ação” processual “consiste apenas no agir das partes em juízo, por meio do exercício dos poderes e faculdades que lhe correspondem abstratamente, concretizados em atos processuais, e correspondentes posições subjetivas processuais, conforme a sequência procedimental estabelecida em lei (v.g., demanda, réplica, pedido de prova, arrazoados, recursos etc.). Nada tem a ver, assim, com a tutela jurisdicional prestada pelo órgão judicial, que decorre não do meio, mas do resultado do processo, da imperatividade e da soberania do Estado-juiz”. Ver *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 73.

Do contrário, a execução não seria uma tutela jurisdicional, mas um exemplo de autotutela.

A questão da tutela jurisdicional e a produção de efeitos jurídicos na esfera jurídica do devedor implica uma ruptura da clássica natureza jurídica do processo enquanto uma relação jurídica. Na verdade, o fenômeno procedimento é logicamente incompatível com a estrutura da “relação jurídica”. Para ser um procedimento da espécie processo, a distância da relação jurídica se aprofunda, tendo em vista que o processo possui uma inerente carga funcional-estrutural e não estrutural-funcionalizada.

Por isso que atualmente ganha vigor a corrente que entende o processo civil como a natureza jurídica de um procedimento em contraditório³⁴, no qual se organiza um esquema dialético que permite a participação e a discussão das questões pelos sujeitos processuais. O

processo é uma subespécie do gênero procedimento de estrutura policêntrica e desenvolvimento dialético, necessariamente com observância do contraditório. O processo é policêntrico porque envolve sujeitos diversos, cada um dos quais tem uma posição particular e desenvolve um papel específico. A essa estrutura subjetivamente complexa corresponde um desenvolvimento dialético. O tecido conectivo do necessário equilíbrio dinâmico entre as partes (igualdade de chances; paridade de armas) é estabelecido pelo contraditório.³⁵⁻³⁶

Seja qual for a modalidade da atividade jurisdicional – de *conhecimento*, *cautelar* ou de *execução* –, o processo é um esquema procedimental em contraditório.

Particularmente, entendo que a execução fiscal consiste em um procedimento em contraditório.

Daí ocorre que desde o ato inicial (desde a demanda), com o ajuizamento da petição inicial protocolada pela Fazenda Pública, desenvolve-se uma

³⁴ FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). Op. cit., p. 827.

³⁵ OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010. p. 99.

³⁶ Uma definição de Nicola Picardi (*Manuale...*, p. 230/1).

seqüência preordenada de atos – advêm a citação e os demais atos processuais –, até culminar no provimento final e a entrega do dinheiro. Cada ato da série supõe um ato subsequente, do contrário, um ato processual ficaria pendente, um órfão no esquema do procedimento.

Compreender o processo como um procedimento em contraditório fundamenta as recentes reformas do CPC no tocante à execução do título extrajudicial, pois elas privilegiaram o princípio da efetividade em pontual detrimento do princípio da segurança jurídica. Além disso, o próprio art. 40 da Lei nº 6.830/1980 acolhe essa tendência:

Art. 40. O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei nº 11.051, de 2004)

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei nº 11.960, de 2009)

Evidente que o art. 40 da LEF também possui raízes na boa-fé processual (desdobramento do *ne venire contra factum proprium*). No entanto, pensar em boa-fé (mesmo objetiva) subentende dois sujeitos, o que poderia fazer retornar o raciocínio ao item anterior (o processo como relação jurídica).

Além de pressuposta ao tema, a importantíssima temática da boa-fé não exclui indagar sobre a natureza jurídica da execução fiscal e, portanto, identificar no processo da execução um procedimento em contraditório efetivo ou latente. O que isso significa?

Que o procedimento deve caminhar sempre para frente. Natural que também a execução fiscal deva caminhar sempre avante, trata-se de gênero e espécie. Nisso está o fundamento que reformou o art. 40 da LEF.

Por intermédio desse dispositivo, o legislador consagrou a prescrição intercorrente que outrora apenas a jurisprudência reconhecia (provavelmente com base na prescrição intercorrente então prevista no Código Penal). Um mesmo fundamento epistêmico que também norteia as recentes reformas do Código de Processo Civil sobre a execução do título extrajudicial.

A matéria possui total identificação com as crises de instâncias da execução fiscal, pois o legislador reformista – a mentalidade que informa as reformas tanto do CPC quanto da LEF – se orienta no sentido de organizar a execução fiscal como um procedimento em contraditório, um tráfego que sempre deve andar para a frente, não importa se o credor não demonstra interesse em o impulsionar.

Em sentido contrário à reforma, a alma da LEF pertence ao clássico processualismo da década de 1980, quando a execução fiscal era uma relação jurídica de direito público ao jurista brasileiro. Uma cisão do arquétipo que desperta desencontros pela doutrina e pela jurisprudência sem, contudo, elas examinarem “de onde vem” e “para onde vai” a natureza jurídica da origem da lei e da reforma da lei.

As consequências de observar a natureza jurídica do modelo de processo que a execução fiscal assume são significativas. Ora, quando ajuizada a execução fiscal e ordenada a citação, porém, não efetuada a citação (por diversos problemas, como por exemplo: falta de endereço correto, não localização do devedor, não efetuado o pedido de citação por edital), ou quando o procedimento emperra na hipótese de uma não intimação formal do devedor em semelhantes hipóteses, é possível que o procedimento seja reputado existente e válido, todavia, de *um procedimento efetivamente executório não se trata*.

Não precisa o juiz ordenar um “arquivamento” no sentido formal da palavra, porque, em termos de execução no sentido prático, execução sequer existiu. Os processos de execução se arrastam sem que qualquer ato de constrição seja praticado, apenas com discussões retóricas sobre matérias cognitivas. Isso é falta de boa-fé do devedor? Talvez, em alguns casos. Agora, mesmo que um

exemplo de conduta processual não ocorra sempre, é necessário refletir sobre os jogos de cena que a execução fiscal proporciona – verdadeiras trocas de prerrogativas que ilustravam a época na qual ela se originou.

Quando não existe constrição patrimonial, portanto, possível interpretar que houve um arquivamento tácito, pois execução não existe. Afinal, não houve sequência de atos conforme previsto na lei de execução fiscal no tocante à constrição do patrimônio do devedor, pois não houve uma efetivação da execução. Segundo o princípio da efetividade, não houve execução, mas, quando muito, aconteceu uma mera “garantia” da execução, o que caracteriza uma série ou uma *sequência de atos atípicos em termos de execução*, pois ficaram barrados em uma das diversas crises de instância da execução fiscal, um expediente que considerava a forma do ato individual por sobre o formalismo total do processo.

CONCLUSÃO

A doutrina e a jurisprudência possuem divergentes posicionamentos acerca da aplicabilidade, ou não, das reformas da execução do título extrajudicial (Lei nº 11.382/2006) diretamente à execução fiscal. O problema não consiste nessa diversidade de interpretações, mas a grande questão é identificar o porquê de uma corrente permitir o diálogo coordenativo entre as fontes normativas – reforma do CPC e LEF – e a outra corrente defender o isolamento entre as fontes, como se o sistema atualmente inserido no CPC não fosse muito mais atual e adiantado aquele previsto na Lei de Execuções Fiscais.

A celeuma sobre o diálogo das fontes vivencia uma espécie de arquétipo cindido: a execução fiscal fora promulgada em um ambiente científico no qual predominava o tecnicismo/processualismo, que dominava a metodologia do processo civil desde o século XIX, daí se consagrando legislativamente, na LEF de 1980, a compreensão do processo como uma relação jurídica de direito público; de outro lado, as reformas contemporâneas do processo civil, tanto as reformas do CPC como as reformas da LEF, adotam a noção do processo como um procedimento em contraditório, o que sobremaneira desencadeia desencontros interpretativos, frutos de ponderações lógicas e epistêmicas que rompem, ou não, com os velhos dogmas secularmente cravados no sistema.

Nos séculos XIX e XX, ou melhor, desde o advento iluminista, houve a preponderância do princípio da segurança jurídica sobre os demais fatores da deontologia processual. Em contrapartida, quando se fala em “pós-modernismo” e principalmente com o liminar do século XXI, o princípio da

efetividade passou a preponderar sobre a segurança jurídica, tanto em termos de reformas legislativas quanto no que toca ao próprio pragmatismo das decisões jurisdicionais. Uma revolução de racionalidades que não ocorreu por acaso, porém, que sobremaneira merece uma atenção em termos de mentalidade e de metodologia do operador jurídico, pois não adianta muito estudar a variação científica do “modernismo” para o “pós-modernismo” e seus conceitos líquidos se os principais atores das experiências jurídicas atuais permanecerem com a alma arraigada ao século retrasado.

A reforma do CPC e a reforma da LEF enfrentam o mesmo paradoxo: a depender da natureza jurídica adotada para compreender o processo de execução fiscal, a depender da causa jurídica que ilustra o perfil da lógica do observador, será diagnosticado o diálogo sistemático entre as fontes ou o isolamento entre as fontes. Basta assumir o risco que uma reforma proporciona, analisando-se a motivação das propostas, como sintetizo:

	Processo como uma relação jurídica	Processo como um procedimento em contraditório
Reformas do CPC	Não são aplicáveis à LEF, apenas técnicas que afetam a tutela jurisdicional	Aplicáveis ao CPC, em permanente diálogo entre as fontes, afinal, a própria LEF assinalou a tendência de assumir a feição de um procedimento em contraditório, com o advento do seu novo art. 40
Art. 40 da LEF	Uma interpretação formalista, verdadeira exegese, no qual o magistrado não interpreta, mas subsume os termos da lei ao alvedrio da Fazenda Pública, quase retornando a uma assimetria de auto-tutela institucionalizada	Uma interpretação ponderativa, na qual o magistrado constrói a realidade da suspensão do processo a partir do caso concreto. Primeiro, concluindo que a “execução” está suspensa quando em realidade sequer existe execução propriamente dita, mas apenas fase de chamamento e de cognição e suas crises de instância; em decorrência, a “suspensão do curso da execução” (art. 40, § 1º, da LEF) se reporta a essa mesma conclusão – se não houve execução em concreto, porque prevalece o princípio da efetividade sobre a segurança jurídica, a execução está suspensa desde o seu início, passando assim a fluir o prazo da prescrição intercorrente, pois sequer execução no mundo real não existe, em se tratando de um procedimento que deve caminhar para a frente

Quando o novo art. 40 da LEF estabelece que o “o juiz suspenderá o curso da execução”, necessário perguntar o que é uma execução? Se a execução significa uma definição retórica ou se é o caso de uma execução propriamente dita, com avanço contra o patrimônio do devedor?

Por conseguinte, o intérprete diagnostica que o significado de “suspensão do curso da execução” (art. 40, § 1º) também vai depender da operação lógica sobre a cognição, a execução e também o sincretismo.

A corrente dominante, que defende uma depuração dogmática entre a cognição e a execução, separando-os em paradas incomunicáveis, deve manter a coerência e dizer que quando “conheço é porque não executo”. Logo, as crises de instância da execução não são execução propriamente dita. Mais ainda, quando adotado o novo paradigma que ilustra as reformas: mesmo que utilizar o processo como procedimento em contraditório subentenda o sincretismo, é claro que o princípio da efetividade coloca a realidade das coisas do mundo sobre as variações nem sempre fidedignas do mundo das definições. Portanto, não basta chamar de “execução” o que não avança sobre o patrimônio do devedor, daí retornando ao que chamei atenção na introdução. O conceito, o fator do mundo real, a essência das coisas, prepondera por sobre a denominação que se imponha a determinado evento.

Não basta chamar de execução ou de cobrança do crédito tributário. Impende que efetivamente sejam procedidas as constrições patrimoniais que façam valer essa realidade. O termo inicial da prescrição intercorrente, previsto no art. 40 da LEF, sujeita-se a tal lógica.

Uma prescrição intercorrente é um lapso de tempo que corre entre duas coisas. É uma corrente entre dois termos. Quais os pontos entre os quais a prescrição intercorrente trafega? O ponto inicial, no qual ainda não existe execução propriamente dita, e o ponto final, que acontece quando do advento do prazo prescricional.

Segundo a mentalidade das reformas – tanto do CPC e da LEF –, que privilegiam o princípio da efetividade, suspender a execução não é um golpe de mágica ou do extremo formalismo do magistrado. A suspensão da execução acontece quando ela mesma não se efetiva no mundo das coisas, quando, desde o nascedouro do processo, não existe a menor perspectiva sobre a constrição de patrimônio do devedor.

Algumas circunstâncias objetivas colaboram para tal identificação, entre as quais:

- pedido de penhora de imóvel sem a apresentação da matrícula, desde a petição inicial;
- necessidade de emenda da inicial por diversos motivos, como endereço equivocado ou sem apresentação do endereço, falta de requisito necessário na CDA;
- falta de endereço ou de um possível acesso ao paradeiro do devedor, sendo dever da Fazenda Pública trocar informações para acelerarem suas pesquisas (art. 199 do CTN), e, tendo em vista que no atual mundo multimídia, com redes sociais, Google worth, e demais acessos, o Judiciário tenha que acolher a pesquisa de endereços que cabe à Fazenda Pública;
- pedidos de prorrogação de prazos impróprios que, na verdade, acenam pela suspensão da execução, ou melhor, sequer pelo início da execução propriamente dita, pois se estanca o processo em fase de chamamento e intercorrências cognitivas.

A concretude do processo da execução fiscal apresenta uma série de vicissitudes que caracteriza crises de instância. Vale dizer que a situação de “crise” acontece em qualquer modalidade processual, para a seguinte proposta, o que interessa é além de identificar as circunstâncias objetivas que caracterizam as crises, sobretudo, refletir qual o sentido da execução fiscal.

A execução fiscal existe para se desdobrar em várias intempéries cognitivas ou ela transcorre para efetivamente avançar contra o patrimônio do devedor?

As consequências da resposta posicionam o observador entre duas concepções acerca da natureza do processo civil. Desde então, torna-se presente a linha de visada que aparelha as recentes reformas do CPC e da LEF.

Assumir os riscos que a reforma da legislação e da própria lógica jurídica proporcionam definem a natureza jurídica do processo de execução fiscal. Mais que isso, também assim se define a sorte da interpretação que um dispositivo – como o art. 40 da LEF – possibilita, bem como o destino do diálogo ou do isolamento entre as fontes da LEF para com o CPC.

REFERÊNCIAS

BENVENUTI, Feliciano. *Funzione amministrativa, procedimento, processo. Rivista Trimestale di Diritto Pubblico*, anno II, 1952.

BÜLOW, Oskar. *Teoria das exceções e dos pressupostos processuais*. Trad. Ricardo Rodrigues Gama. Campinas: LZN, 2003.

CUNHA, Leonardo José Carneiro da. A Lei nº 11.382/2006 e seus reflexos na execução fiscal. *Revista Dialética de Direito Processual*, n. 49.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FAZZALARI, Elio. Procedimento e processo (teoria generale). *Enciclopedia del diritto*, v. XXXV. Milano: Giuffrè, 1986.

_____. Processo. Teoria generale. *Novissimo digesto italiano*, v. XIII, Torinese, 1957.

_____. *Note in tema di diritto e processo*. Milano: Giuffrè, 1957.

HART, H. L. A. *O conceito de direito*. Trad. Antônio de Oliveira Sette-Câmara. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

KISTEUMACHER, Daniel Henrique Rennó. Aspectos (in)constitucionais da execução fiscal. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 39, n. 127, p. 63-84, set. 2012.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Alvaro de. Efetividade e tutela jurisdicional. In: MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Orgs.). *A polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

_____. Da sentença: Lei nº 11.277/2006 e nova redação dada aos arts. 162, 267, 269, 463 e introdução dos arts. 466-A, 466-B e 466-C pela Lei nº 11.232/2005. In: *As recentes reformas processuais*. TJRS, Cadernos do Centro de Estudos, v. I.

_____. *Do formalismo no processo civil: proposta de um formalismo-valorativo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____; MITIDIERO, Daniel Francisco. *Curso de processo civil*. Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil. São Paulo: Atlas, 2010.

_____. *Teoria e prática da tutela jurisdicional*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

PARREIRA, Alberto; MELO, Danielle; AMARAL, Gustavo. As alterações da Lei nº 11.382 e sua repercussão sobre a Lei de Execuções Fiscais. *Revista Dialética de Direito Tributário*, n. 143.

PICARDI, Nicola. *La successione processuale*. Oggetto e limiti. Milano: Giuffrè, 1964.

_____. *Manuale del processo civile*. 3. ed. Milano: Giuffrè, 2012.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Comentários ao código de processo civil*. Rio de Janeiro: Forense, t. I, 1997.

TARELLO, Giovanni. Il problema della riforma processuale in Italia nel primo quarto del secolo. Per uno Studio della genesi dottrinale e ideológica del vigente código italiano di procedura civile. *Dottrine del processo civile: studi storici sulla formazione del diritto processuale civile*. Bologna: Il Mulino, 1989.