

FLEXIBILIZAÇÃO DO ARTIGO 16, § 1º, DA LEI DE EXECUÇÕES FISCAIS

Nathalie Gurgel Vieira
Universidade Federal Rural do Semiárido

RESUMO: Esse trabalho faz uma análise jurisprudencial da aplicação do art. 16 da Lei de Execuções Fiscais. A obrigatoriedade da garantia do juízo para o oferecimento dos embargos à execução fiscal, na hipótese de uma pessoa hipossuficiente, torna-se um óbice à execução do seu direito de defesa, bem como uma afronta aos princípios constitucionais. Sendo assim, em casos excepcionais, a jurisprudência tem entendido que esse requisito não deve ser exigido, como na possibilidade de o embargante ser representado pela Defensoria Pública da União.

PALAVRAS-CHAVE: Execuções Fiscais. Embargos à execução. Princípios constitucionais. Defensoria Pública da União.

Introdução

O presente trabalho visa a analisar a aplicação da Lei nº 6.830/80 - Lei de Execuções Fiscais (LEF) nos processos de embargos ajuizados pela Defensoria Pública da União (DPU) na defesa dos interesses de pessoas hipossuficientes. Para tanto, investiga as hipóteses em que a doutrina e a jurisprudência flexibilizam a utilização sistemática da legislação.

A execução fiscal é o procedimento pelo qual a Fazenda Pública faz a cobrança dos créditos públicos. A Fazenda Pública, primeiramente, instaura um procedimento administrativo, com a possibilidade de defesa do devedor. Caso entenda que há uma dívida, inicialmente notifica o devedor. Se este não vier a quitar o débito, terá sua inscrição na dívida ativa.

A certidão de dívida ativa é título extrajudicial, e poderá ou não ter natureza tributária - classificação definida pela Lei nº 4.320/64. É esse título que autoriza a instauração do processo de execução fiscal, tendo os atributos da certeza, liquidez e exigibilidade.

A ação de execução é privativa da Fazenda Pública e só poderá ser ajuizada pela União, estados, municípios e Distrito Federal, e suas respectivas autarquias ou fundações públicas.

No processo de execução, o devedor fica impossibilitado de apresentar provas, apenas permitidas pelo juiz em casos excepcionais. Visando a contornar tal restrição, a LEF regulamenta a defesa do devedor a partir dos embargos à execução, peça autônoma, na qual se pode alegar a discordância do embargante em relação à exigência do crédito tributário.

De acordo com a Lei nº 6.830/80, tem-se no art. 16, § 1º, que para o oferecimento dos embargos, o devedor deve necessariamente realizar o prévio pagamento da quantia questionada, ou seja: garantir o juízo para viabilizar a instauração do processo autônomo de embargos.

Nesse diapasão, a escolha da temática justifica-se pelas controvérsias sobre a questão: há divergências doutrinárias e jurisprudenciais que acabam por prejudicar os direitos constitucionais de defesa do devedor. Neste trabalho, serão esclarecidos os entendimentos que prevalecem.

O artigo, no item 3, também analisa o Código de Processo Civil (CPC), o qual se fazia expressamente necessária a garantia do juízo para as execuções extrajudiciais. Todavia, tal dispositivo foi recentemente alterado, não mais obrigando o devedor ao prévio pagamento. Com isso, alguns doutrinadores como Leonardo da Cunha e Fredie Didier Jr. entendem que a mudança do artigo traz reformas nas execuções fiscais, uma vez que o código é utilizado subsidiariamente para a cobrança dos débitos da Fazenda Pública.

Em um segundo ponto, pode-se questionar o prejuízo da defesa das pessoas hipossuficientes, ou seja, aquelas que não têm condições de garantir o juízo, seja total ou parcialmente, sem prejudicar sua condição de subsistência e de seus familiares. Observa-se que essas pessoas possuem o direito da justiça gratuita nos termos da Lei nº 1.060/50. Com isso, inviabilizar a possibilidade de apresentar os embargos gera prejuízo aos direitos de defesa do devedor, uma afronta aos direitos e garantias constitucionais.

Nesse intuito, haveria a possibilidade de flexibilização da Lei nº 6.830/80? E no que tange à possibilidade de a Defensoria Pública, na defesa dos interesses do devedor hipossuficiente, apresentar os embargos à execução fiscal sem a necessidade da prévia garantia do juízo?

Para isso, este trabalho inicia-se com a análise da LEF, bem como os prejuízos que atingem os direitos fundamentais dos devedores, principalmente os hipossuficientes representados pela DPU, por conta da necessidade da garantia do juízo. Posteriormente, traz-se a possibilidade de garantia parcial, hipótese que vem sendo aceita pela jurisprudência. Ademais, menciona os entendimentos doutrinários sobre as consequências da alteração do CPC no que tange aos embargos à execução extrajudicial na Lei nº 6.830/80. E ainda, verifica-se a possibilidade de comprovação de hipossuficiência pelo fato de a assistência jurídica estar sendo prestada pela DPU. No fim, objetiva demonstrar o entendimento majoritário à luz da jurisprudência atual.

1 A obrigatoriedade da garantia do juízo nas execuções fiscais

O objetivo da execução fiscal é efetivar os direitos presumidos a favor da Fazenda Pública por força da lei, e não constituí-los ou declará-los. Contudo, tal presunção é relativa, e cabe ao executado afastar as alegações da execução a partir da produção de provas no processo de embargos, já que, nos autos da execução, não há liberdade para isso (MACHADO, 2013).

A ação de embargos à execução fiscal está regulamentada pela Lei nº 6.830/80: "Art. 16. O executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados: [...] § 1º *Não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução*" (grifo nosso). Como forma de defesa facultada ao devedor, permite ao executado produzir qualquer meio de prova lícita contra o procedimento executivo, versando principalmente sobre a discordância da exigibilidade do crédito tributário (FREITAS; OLIVEIRA, 2009).

Para a petição de embargos à execução, por dar origem a uma ação autônoma, a qual corre em autos apartados da ação de execução fiscal, o embargante deve preencher os requisitos da petição inicial, contidos no art. 282 e as exigências do art. 736, ambos do CPC. Além disso, deve sempre instruir as peças do processo de execução mais relevantes, bem como atender ao requisito do art. 16, § 1º, da LEF, qual seja: garantir o juízo.

A legislação específica das execuções fiscais é clara ao afirmar não ser admissível o oferecimento dos embargos à execução fiscal sem a garantia do juízo. Portanto, o embargante tem de depositar, previamente, a quantia referente à execução para ter a possibilidade de exercer seu direito de defesa.

2 Violação aos princípios constitucionais

A LEF exige especificamente a prévia garantia do juízo para que o devedor possa executar seu direito ao contraditório e à ampla defesa, não prevendo nenhuma exceção.

Surge uma controvérsia: nem todas as pessoas têm condições financeiras de arcar com o custo de um processo judicial. Desse modo, a elas deve ser negado o direito de exercer a sua defesa? Tal fato não seria contrário aos princípios constitucionais?

Durante a década de 1970, foi desenvolvido um estudo em 23 países para investigar os sistemas judiciais de cada um, com o objetivo de “identificar os obstáculos que impedem o cidadão de procurar a prestação jurisdicional”. No fim, propôs-se “a criação de mecanismos que afastassem qualquer interferência do cidadão comum de ter acesso à justiça e efetivar seus direitos” (TEODORO, 2013). O projeto serviu de marco para uma reforma no Judiciário brasileiro.

O principal obstáculo encontrado pelo projeto foi o alto custo dos processos judiciais, servindo de desestímulo aos cidadãos para propor as ações. Com a identificação dos problemas, ficou mais fácil propor as mudanças.

No Brasil, surgiram leis garantindo o acesso à justiça aos financeiramente hipossuficientes, e passou a ser ônus do Estado arcar com os custos processuais. Como exemplos, têm-se: a Lei de Assistência Judiciária (Lei nº 1.060/50), a regulamentação da Defensoria Pública da União e dos Estados (art. 133 a 135, da CF88 e Lei Complementar nº 80/94) e os Juizados Especiais (leis nº 9.099/95 e 10.259/01) (TEODORO, 2013).

Segundo a Lei nº 1.060/50, art. 2º, parágrafo único, considera-se necessitado “todo aquele cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio ou da família”.

Percebe-se que a LEF, ao requerer a garantia do juízo para a oposição dos embargos, está vedando o acesso à justiça, principalmente aos que não têm meio algum de garantir o juízo, tendo em vista que teriam poucas condições de prover o seu sustento e de seus familiares. Até mesmo dificulta o acesso ao devedor que tem condições, mas remotas, não tendo bens penhoráveis suficientes ou condições de garantir totalmente o juízo.

Nesse intuito, aceitar o art. 16, § 1º, da LEF acarreta prejuízo ao direito de defesa do cidadão, uma afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Portanto, deve ser entendido que a falta de garantia do juízo não deve obstar o oferecimento dos embargos do devedor na execução fiscal.

Com isso, as divergências surgem a partir da “preocupação dos autores e juristas em evitar prejuízos injustificáveis ao devedor” (FREITAS; OLIVEIRA, 2009).

Há uma teoria que entende que o artigo 16, § 1º, da LEF não foi recepcionado pela Constituição de 1988, uma vez que viola frontalmente os princípios da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e da ampla defesa, além do princípio da isonomia.

O princípio da inafastabilidade da jurisdição está previsto no art. 5º, XXXV, da CF88: “A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Partindo-se desse princípio, não pode o Judiciário impor restrições ao acesso à justiça.

Resta a dúvida: a interpretação literal do art. 16, § 1º, da Lei nº 6.830/80 não exclui da apreciação do juiz a lesão ou ameaça a direito sofrida pelo executado que não tenha bens para garantir o juízo? Todavia, o devedor encontra-se compelido a arcar com os ônus processuais, sem que em nenhum momento lhe seja concedido direito à defesa.

Já os princípios do contraditório e da ampla defesa encontram respaldo no art. 5º, LV da CF88: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. A ampla defesa concede à parte a “oportunidade de resistir à pretensão formulada pelo adversário” (LENZA, 2012, p. 62) podendo utilizar-se de qualquer prova lícita para confirmar suas alegações, e o contraditório “é inerente ao direito de defesa, é decorrente da bilateralidade do processo: quando uma das partes alega alguma coisa, há de ser ouvida também a outra, dando-lhe oportunidade de resposta” (DI PIETRO, 2012, p. 686).

Por último, há o princípio da isonomia, previsto na 1ª parte do *caput* do art. 5º da CF88: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”. Apesar de a lei referir-se à isonomia formal, no qual todos deverão ser tratados igualmente, deve-se fazer referência a mencionar a isonomia real, em que cada sujeito deve ser tratado de acordo com as suas peculiaridades.

A igualdade há de ser vista sob o ponto de vista material. A mera igualdade formal, outrora considerada grande avanço das sociedades, hoje já não mais serve ao Estado Democrático de Direito. Têm-se a necessidade de se aplicar o princípio da igualdade como o tratamento igual para os iguais e o tratamento desigual para os desiguais, na medida do grau de desigualdade, pois só assim se concretizaria a isonomia material almejada pelo constituinte.

Desse modo, o art. 16, § 1º, da LEP, assim como os dispositivos análogos do CPC, devem ser interpretados com base nesses princípios, já que, do contrário, seriam considerados inconstitucionais.

Com isso, há de se analisar cada caso para saber se a execução fundou-se nos princípios supracitados, bem como no direito de propriedade consagrado no artigo 5º, *caput*, da CF, o qual deve amparar tanto o credor como o devedor.

Nesse sentido, cita-se o posicionamento de Luiz Henrique de Vasconcelos Quaglietta Correa:

Assim sendo, impedir o exercício de defesa ou ação em razão de ausência de patrimônio não se coaduna com o feixe principiológico e axiológico que se irradia da Constituição. [...] Negar a possibilidade de defesa efetiva e ampla, por meio de embargos, é o mesmo que negar o próprio acesso a uma ordem jurídica justa a quem não possui patrimônio, em flagrante violação aos princípios da igualdade, devido processo legal, ampla defesa e contraditório. (CORREA, 2013)

Surgem duas situações distintas que obstam o direito de defesa: primeiro, pode ocorrer de o devedor, mesmo sem grandes condições financeiras, possuir bens penhoráveis, apesar de não serem suficientes para garantir totalmente o juízo; segundo, o devedor pode não ter condição alguma de garantir o juízo, sequer bens penhoráveis.

Na primeira situação, tem-se aceitado pacificamente a penhora parcial, podendo, posteriormente, ser requerido o reforço da garantia pelo credor. Com isso, não há o prejuízo de oposição dos embargos (MACHADO, 2013, p. 480).

O Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que a insuficiência da garantia não deve impedir o direito de defesa do devedor a partir dos embargos, mesmo porque ao devedor deve ser garantido o contraditório dos bens já penhorados:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS DO DEVEDOR. INSUFICIÊNCIA DA PENHORA. ADMISSIBILIDADE DOS EMBARGOS. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS

1 A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.127.815/SP, em 24.11.2010, Relator Ministro Luiz Fux, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, *consolidou entendimento segundo o qual a insuficiência da penhora não impede o recebimento de embargos do devedor na execução fiscal.*

2 “A eventual insuficiência da penhora será suprida por posterior reforço, que pode se dar ‘em qualquer fase do processo’ (Lei 6.830/80, art. 15, II), sem prejuízo do regular processamento dos embargos”. (REsp 1115414/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ª TURMA, julgado em 17/5/2011, DJe 26/5/2011).

3 Agravo regimental improvido. (BRASIL, *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 261.421/AL*, j.: 23/4/2013, grifo nosso)

Os tribunais regionais federais também seguem nessa mesma linha: o entendimento é de que por não haver previsão legal para tal hipótese, não se pode obstar o direito de defesa dos bens já penhorados do devedor, bem como pode ser requerido o reforço da penhora ou mesmo substituição dos bens. Assim, há de ser reconhecida certa flexibilização da utilização do texto infraconstitucional, com o intuito de proteger os direitos de defesa do devedor, garantidos constitucionalmente.

Superada essa análise, passa-se a averiguar a oposição dos embargos sem qualquer garantia do juízo.

Quando se tratar de pessoa hipossuficiente, nos termos da Lei nº 1.060/50, o direito aos embargos poderá ser afastado por regra processual de caráter geral? Não haveria afronta aos direitos assegurados na Constituição?

O que se pode constatar a partir das decisões dos tribunais é que a garantia do juízo não deve ser entendida como condição de procedibilidade para os embargos à execução fiscal em casos excepcionais.

Os tribunais regionais federais da 1ª e da 4ª regiões entendem que, quando o devedor comprovar nos autos processuais sua hipossuficiência econômica, não deve ser exigida a prévia garantia do juízo para a admissibilidade dos embargos: devem-se ponderar os princípios constitucionais, prevalecendo o direito fundamental ao contraditório e à ampla defesa:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. GARANTIA DO JUÍZO. AUSÊNCIA. HIPOSSUFICIÊNCIA NÃO COMPROVADA. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL NÃO RECEBIDOS
A relativização da garantia do juízo para fins de recebimento dos embargos à execução fiscal somente é admitida caso comprovada a hipossuficiência do embargante. (BRASIL, TRF4, *Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 00020805-78.21012.404.9999/RS*, j. 22/5/2013, grifo nosso).

Deve-se entender a exigência de garantia do juízo como condição relativa, sendo admitida a prova de comprovada hipossuficiência financeira. Portanto, há a relativização de exigência processual de uma norma infraconstitucional especial ante os princípios resguardados na constitucional federal.

3 Alteração do Código de Processo Civil

O CPC previa a exigência da garantia do juízo para as execuções fundadas em título executivo extrajudicial antes da interposição dos embargos do devedor. Contudo, essa previsão foi revogada em 2006.

Por conta da nova redação do art. 736 do CPC, trazida pela Lei nº 11.382/06, o devedor passou a ter o direito de oferecer os embargos, independentemente da garantia do juízo: “Art. 736. O executado, independentemente de penhora, depósito ou caução, poderá opor-se à execução por meio de embargos” (BRASIL, 2006).

Devido à reforma do CPC, surgiu a discussão sobre a aplicabilidade dessa nova redação nas execuções fiscais, uma vez que essas execuções são, subsidiariamente, regidas pelo código.

Para Leonardo da Cunha (2012) a Lei de Execução Fiscal não deve ser considerada como norma geral atingindo norma especial, mas sim norma geral atingindo norma geral: a LEF não pode ser considerada legislação especial, já que não está inserida num diploma legislativo extravagante ou específico nem retrata situação peculiar nem está inserida num regime jurídico próprio. Nesse entendimento, a exigência da garantia do juízo para a apresentação dos embargos à execução fiscal não deve mais ser levada em consideração.

A maior divergência no que tange à aplicabilidade do CPC nas execuções fiscais remete à incidência da lei geral na lei especial – *in casum*, do CPC na LEF. Entretanto, conforme explicado por Cunha, a Lei nº 6.830/80 não tem a natureza de lei especial, já que não inovou a disciplina na execução fiscal, apenas repetindo as disposições do CPC sobre as execuções em geral.

Para Humberto Theodoro Jr. (1994), a LEF apresenta dois graves defeitos jurídicos: um remete à “descodificação de um procedimento que já se integrara ao Código de Processo Civil, como peça de um todo harmônico e funcional”; e, em um segundo ponto, a LEF teria sido criada para garantir a instituição de privilégios exagerados e injustificáveis para a Fazenda Pública.

Desse modo, não se deve considerar a aplicação do princípio de que regra geral posterior não incide sobre regra especial anterior, tendo em vista que a LEF não é caracterizada como regra especial, já que apenas reproduziu os termos do CPC.

Fredie Didier Jr. apresenta o mesmo entendimento:

A exigência de prévia garantia do juízo para oposição dos embargos à execução - feita no § 1º do art. 16 da Lei nº 6.830/80 - não decorre, contudo, de detalhes, vicissitudes ou particularidades na relação entre o contribuinte e a Fazenda Pública. Quando da edição da Lei nº 6.830/80, essa era uma regra geral aplicável a qualquer execução. [...] A Lei nº 6.830/80 cuidou, nesse ponto, de copiar, reproduzir, seguir a regra geral; a segurança prévia do juízo como exigência para o ajuizamento dos embargos era uma regra geral, e não uma regra que decorresse da peculiar relação havida entre o particular e a Fazenda Pública. [...] À evidência, não se trata de regra especial criada pela legislação em atenção às peculiaridades da relação de direito material, mas de mera repetição, na lei especial, de regra geral antes prevista no CPC. Não incide, portanto, o princípio de que a regra geral posterior não derroga a especial anterior.

Atualmente, *revogada essa exigência geral, não há mais garantia do juízo para a oposição dos embargos, devendo deixar de ser feita tal existência também na execução fiscal*. Aqui, não se trata de norma geral atingindo norma especial, mas de norma geral atingindo norma geral. A norma não é especial por estar inserida num diploma legislativo extravagante ou específico, mas por retratar uma situação peculiar ou por estar inserida num regime jurídico próprio. [...] Não se deve, portanto, exigir mais a garantia do juízo para a apresentação dos embargos à execução fiscal - de resto, como visto no capítulo sobre as defesas do executado, a dispensa de prévia garantia para o oferecimento da defesa pelo executado é providência que favorece o credor, impondo assim, a sua aplicação também à execução fiscal. (DIDIER JR., 2013, p. 788, grifo nosso)

Nesse intuito, os autores citados têm entendido que, com a revogação da exigência geral de garantia do juízo prevista no CPC, não se deve colocar a falta de garantia de juízo como óbice para a oposição dos embargos à execução fiscal, independentemente da condição financeira do devedor.

Assim, a execução fiscal, ao se utilizar subsidiariamente do CPC, deverá ater-se aos princípios já consagrados nas diversas espécies de procedimentos instituídos por esse último estatuto, devendo seguir de forma menos gravosa ao devedor (FREITAS; OLIVEIRA, 2009).

Contudo, esse não é o entendimento que prevalece no STJ. A norma do CPC, por ter caráter geral, não poderia alterar legislação específica. Portanto, deveria prevalecer a obrigatoriedade da garantia do juízo para a interposição dos embargos à execução fiscal:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. GARANTIA DO JUÍZO. PREVALÊNCIA DAS DISPOSIÇÕES DA LEF SOBRE O CPC

1 Dispõe o art. 16 da Lei de Execução Fiscal que "não são admissíveis embargos do executado antes de garantida a execução".

2 *A efetivação da garantia da execução configura pressuposto necessário ao processamento dos Embargos à Execução, em se tratando de Execução Fiscal, objeto da Lei 6.830/1980.*

3 *Embora o art. 736 do Código de Processo Civil - que condicionava a admissibilidade dos Embargos do Devedor à prévia segurança do juízo - tenha sido revogado pela Lei 11.382/2006, os efeitos dessa alteração não se estendem aos executivos fiscais, tendo em vista que, em decorrência do princípio da especialidade, deve a lei especial sobrepor-se à geral.* Precedente do STJ.

4 Recurso Especial não provido. (BRASIL. STJ. *Recurso Especial nº 1.225.743/RS*, j: 22/2/2011, DJE 16/3/2011, grifo nosso)

Conclui-se que não há entendimento pacífico na jurisprudência e doutrina atual sobre esse ponto.

No entanto, percebe-se que há prevalência do entendimento do STJ, no qual a LEF, por ter caráter de norma especial, deve prevalecer sobre o CPC, o qual tem caráter de norma geral. Desse modo, a interpretação normativa deve se ater ao princípio da especialidade. Além disso, a subsidiariedade das regras gerais do processo de execução do CPC só terá cabimento quando a LEF não contiver previsão legal (CHIMENTI, 2008).

Com isso, não se torna possível de modo geral a oposição dos embargos à execução sem a prévia garantia do juízo. Somente em caráter excepcional, os tribunais têm aceitado a flexibilização da norma especial, seja na hipótese de hipossuficiência comprovada nos autos seja na garantia parcial.

4 Assessoria prestada pela Defensoria Pública da União

Tem-se entendido majoritariamente que somente em casos excepcionais, como na hipossuficiência financeira comprovada nos autos, o requisito da garantia do juízo torna-se dispensável.

Observa-se que os tribunais federais vêm aceitando a comprovação da hipossuficiência a partir da representação do devedor pela defensoria pública.

A função essencial desse órgão é a defesa dos necessitados: “Art. 4º São funções institucionais da Defensoria Pública, dentre outras: I - prestar orientação jurídica e exercer a defesa dos necessitados, em todos os graus” (BRASIL, 1994).

Entende-se que resta presumida a hipossuficiência nos casos de assistência prestada pela DPU, uma vez que as pessoas que procuram o órgão para serem representadas juridicamente passam por uma análise prévia de sua condição financeira: só são realmente representadas aquelas que não têm condições financeiras de arcar com advogado, sem que lhe reste prejudicada sua subsistência, ou seja, os hipossuficientes na forma da Lei nº 1.060/50.

Os hipossuficientes geralmente estão isentos do imposto de renda ou, em casos excepcionais, recebem valores superiores, mas têm gastos extraordinários.

O julgador, entendendo a função desse órgão, tem aceitado os embargos sem a necessidade da garantia do juízo:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. DEVEDOR REPRESENTADO PELA DEFENSORIA PÚBLICA. GARANTIA DO JUÍZO. DESNECESSIDADE 1 A despeito da norma constante do art. 16, § 1º, da LEF, afigura-se *prescindível o oferecimento de garantia do juízo pela Defensoria Pública da União, para fins de oposição de embargos, na hipótese em que tal órgão atua como representante da parte executada.*

2 A dispensa da garantia do juízo, in casu, é possível, para que se possa assegurar ao devedor o direito ao contraditório e à ampla defesa, sendo digno de destaque que, na hipótese, parte do débito está garantido. Precedente do Eg. STJ.

3 Apelação provida. Sentença anulada. Retorno dos autos ao Juízo de origem. (BRASIL, TRF5. *Apelação Cível nº 552.786/PE*, j: 31/1/2013, grifo nosso)

A outra situação em que também se admite a dispensa da garantia é quando o devedor tiver sido citado por edital ou com hora certa e restar inerte. Para não prejudicar a sua defesa, o juiz poderá intimar a DPU para apresentar embargos. Nesses casos, a Defensoria atua como curador especial, e não estará obrigada a garantir o juízo.

Explica Cristiano Chaves que:

A nomeação de curador especial, então, é imperativa, cogente, porque sobre a citação ficta (seja com hora certa, seja pela via editalícia) pesa a presunção de que poderá o réu não ter tido efetivo conhecimento da existência da demanda. Visa, então, a garantir contraditório efetivo e real quando não se tem certeza de que o réu tem ciência da ação em face dele aforada. Daí decorrer, destarte, se tratar de múnus público imposto com vistas a preservar o direito de defesa, consubstanciando bilateralidade do processo. (CHAVES, 2000)

Ademais, segundo a Súmula nº 196 do STJ, o curador especial é legítimo para opor os embargos: “Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos”.

Com isso, o STJ pacificou o entendimento de que a Defensoria Pública, quando nomeada curadora especial, não precisa garantir o juízo para oferecer os embargos à execução.

RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO. REVELIA. NOMEAÇÃO DE CURADOR ESPECIAL. DEFENSORIA PÚBLICA. GARANTIA DO JUÍZO, NOS TERMOS DO REVOGADO ART. 737, INCISO I, DO CPC. INEXIBILIDADE

1 A teor da antiga redação do art. 737, inciso I, do Código de Processo Civil, “Não são admissíveis embargos do devedor antes de seguro o juízo: pela penhora, na execução por quantia certa;” (Revogado pela Lei n.º 11.382/2006).

2 “Ao executado que, citado por edital ou por hora certa, permanecer revel, será nomeado curador especial, com legitimidade para apresentação de embargos” (Súmula nº 196 do STJ).

3 *É dispensado o curador especial de oferecer garantia ao Juízo para opor embargos à execução. Com efeito, seria um contra senso admitir a legitimidade do curador especial para a oposição de embargos, mas exigir que, por iniciativa própria, garantisse o juízo em nome do réu revel, mormente em se tratando de defensoria pública, na medida em que consubstanciaria desproporcional embaraço ao exercício do que se constitui um múnus público, com nítido propósito de se garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa.* 4. Recurso especial provido. Observância do disposto no art. 543-C, § 7º, do Código de Processo Civil, c. c. os arts. 5º, inciso II, e 6º, da Resolução 8/2008. (BRASIL, STJ. *Recurso Especial nº 1.110.548/PB*, j.: 25/2/2010, grifo nosso)

Percebe-se que não se pode obrigar o curador especial, nomeado para garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa do devedor, a garantir o juízo. Seria, desse modo, uma afronta aos princípios institucionais e ao dever de prestar assistência jurídica.

Os tribunais regionais federais também têm julgados no mesmo sentido, seguindo o entendimento do STJ:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL PARTE REPRESENTADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. GARANTIA EM JUÍZO. DESNECESSIDADE

1 Apelação em face de sentença que, nos termos do § 1º do art. 16 da Lei nº 6830/80 c/c com o inciso IV e com o § 3º do art. 269 do Código de Processo Civil, extinguiu os embargos apresentados por FRANCISCO RIBAMAR DA COSTA ante a execução fiscal contra ele movida pela Fazenda Nacional. *o apelante enquadra-se no conceito de pessoa necessitada previsto no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 1.060/50, razão pela qual faz jus à concessão dos benefícios da justiça gratuita.*

2 O Superior Tribunal de Justiça - STJ, por meio da sistemática dos recursos repetitivos prevista no art. 543-C do CPC, *já pacificou o entendimento segundo o qual o curador especial é dispensado de oferecer garantia prévia ao Juízo para opor embargos à execução.* (STJ, Resp 1110548, Rel.: Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em: 25/2/2010, DJE: 26/4/2010)

3 *O apelante é representado, nos autos, pela Defensoria Pública da União, circunstância que, mesmo em sede de execução fiscal, impede a exigência de oferecimento de garantia prévia como requisito para o recebimento de embargos à execução.* Precedentes.

4 Apelo provido para anular a sentença e determinar o retorno dos autos ao juízo de origem para o regular prosseguimento do feito. (BRASIL, TRF5. *Apelação Cível nº 555.840/CE, j.: 7/5/2013, grifo nosso*)

Portanto, quando o embargante for revel, poderá a DPU, nomeada como curadora especial, apresentar os embargos independentemente da garantia do juízo, visando a não obstruir o direito de defesa do devedor e a não contrariar o múnus público inerente a esse órgão – fato que independe da situação econômica do embargante.

Mesmo na possibilidade de o próprio devedor, por não ter condições financeiras de arcar com advogado, procurar o defensor público, por não ter meios de realizar a segurança do juízo, a exigência da LEF, no art. 16, torna-se prescindível, já que não é por dispor de poucos recursos financeiros que lhe há de serem negados o acesso à justiça e as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Desse modo, os tribunais têm admitido que a insuficiência econômica poderá ser também comprovada pelo fato de a assistência jurídica estar sendo prestada pela DPU, tendo em vista esse órgão só atuar quando seus representados comprovam a condição de hipossuficiência financeira ou quando é nomeado como curador especial.

Conclusão

A LEF exige, sem qualquer exceção, a garantia prévia do juízo como condição de procedibilidade dos embargos a execução fiscal.

Contudo, a partir das constatações, resta claro que a doutrina e a jurisprudência têm admitido a flexibilização do texto infraconstitucional em hipóteses excepcionais.

A falta de garantia do juízo não deve ser óbice ao oferecimento dos embargos do devedor na execução fiscal, sob pena de constituir ofensa aos princípios constitucionais supracitados, bem como obstáculo intransponível ao acesso à justiça e ao direito de defesa do devedor.

Apesar de os tribunais não pacificarem o entendimento quanto à obrigatoriedade do requisito da garantia do juízo para o oferecimento dos embargos à execução, vem-se entendendo que, quando o embargante comprovar hipossuficiência financeira,

esse requisito se torna prescindível. Ou seja, somente em casos excepcionais é possível a flexibilização da norma.

A insuficiência econômica também há de ser comprovada pelo fato de a assistência jurídica estar sendo prestada pela DPU, tendo em vista que gastos com advogado comprometeriam a subsistência do devedor e de sua família.

Todavia, a DPU poderá, em algumas hipóteses - como quando o réu é citado por edital ou com hora certa e restar inerte - ser nomeada curadora especial do devedor. Nesse caso, independentemente da renda do devedor ausente, a Defensoria não é obrigada a garantir o juízo para oferecer a defesa do devedor por meio dos embargos.

Conclui-se que a jurisprudência tem flexibilizado a utilização do texto da Lei de Execuções Fiscais, com o intuito de priorizar os princípios constitucionais, visando a oportunizar ao devedor o direito à defesa.

FLEXIBILIZATION OF THE CLAUSE 16, § 1, FROM TAX FORECLOSURE LAW

ABSTRACT: This paper makes a jurisprudential analysis about the application of the Tax Foreclosure Law, clause 16. The obligatoriness for warranties before offering execution embargoes, in the case of resourceless people, it's a obstacle to execute their defense rights, as well as a insult to constitutional principles. Thus, in exceptional cases, the jurisprudence has understood that this obligation shouldn't be required, when, for instance, the author is represented by the Federal Public Defender.

KEYWORDS: Tax Foreclosure. Execution embargoes. Constitutional principles. Federal public defender.

Referências

ASSIS, Araken de. *Manual da execução*. 15. ed. São Paulo: RT, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 nov. 2013.

_____. *Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950*. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

_____. *Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Institui o Código de Processo Civil. Brasília, 1973. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

_____. *Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980*. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 nov. 2013.

_____. *Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006*. Altera dispositivos da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, relativos ao processo de execução e a outros assuntos. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 nov. 2013.

_____. *Lei Complementar nº 80, de 12 de janeiro de 1994*. Organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 14 nov. 2013.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 261.421/AL*. Relator: min. Humberto Martins. J.: 23/4/2013. DJE: 2/5/2013. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.065.704/RS*. Relatora: min. Eliana Calmon. J.: 2/9/2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.110.548/PB*. Relatora: min. Laurita Vaz. J.: 25/2/2010. DJE: 26/4/2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 17 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.225.743/RS*. Relator: min. Herman Benjamin. J.: 22/2/2011. DJE: 16/3/2011. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 14 nov. 2013.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 196*. Pub.: 1º/10/1997. Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/stj__0196.htm>. Acesso em: 20 nov. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. *Agravo Regimental no Agravo de Instrumento nº 35.396/DF*. Rel.: des. federal Reynaldo Fonseca. J.: 22/1/2013. Disponível em: <www.trf1.jus.br>. Acesso em: 16 nov. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. *Agravo Legal em Apelação Cível nº 0028137-26.2012.4.03.9999/SP*. Rel.: des. federal Consuelo Yoshida. J.: 22/11/2012. Disponível em: <<http://www.trf3.jus.br>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Embargos de Declaração em Apelação Cível nº 0020805-78.2012.404.9999/RS*. Rel.: juíza federal Carla Evelise Justino Hendges. J.: 22/5/2013. DJE: 29/5/2013. Disponível em: <<http://www.trf4.jus.br>>. Acesso em: 16 nov. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Apelação Cível nº 552.786/PE*. Rel.: des. federal Luiz Alberto Gurgel de Faria. J.: 31/1/2013. DJE: 21/2/2013. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Apelação Cível nº 555.840/CE*. Rel.: des. federal Paulo Roberto de Oliveira Lima. J.: 7/5/2013. DJE: 16/5/2013. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

_____. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. *Apelação Cível nº 558.852/RN*. Rel.: des. Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria. J.: 11/7/2013. Disponível em: <<http://www.trf5.jus.br/processo/00019039120124058401>>. Acesso em: 15 nov. 2013.

CHIMENTI, Ricardo Cunha et al. *Lei de Execução Fiscal comentada e anotada: Lei nº 6.830 de 22/9/1980: doutrina prática, jurisprudência*. 5. ed. São Paulo: RT, 2008.

CORREA, Luiz Henrique de Vasconcelos Quaglietta. O artigo 16, § 1º, da Lei 6.830/80 foi recepcionado pela Constituição de 1988?: o (in)correto posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 18, n. 3.723, 10 set. 2013. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/25266>>. Acesso em: 18 dez. 2013.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em Juízo*. 10. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

DIDIER JR., Fredie et al. *Curso de Direito Processual Civil: execução*. 5. ed. Salvador: JusPodivm, 2013. V. 5.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A atividade processual do curador especial e a defesa do revel citado fictamente (garantia do contraditório). *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 46, 1 out. 2000. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/798>>. Acesso em: 21 dez. 2013.

FREITAS, Renato Alexandre da Silva; OLIVEIRA, Priscila Simões Garcia. A exceção de pré-executividade na Execução Fiscal. *XVIII Encontro Nacional do CONPEDI/CESUMAR*. Florianópolis: Boiteux, 2009. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais_maringa.html>. Acesso em: 27 fev. 2014.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARTINS, Vinícius Camargos. Embargos à execução fiscal: (des)necessidade de garantia?. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2.798, 28 fev. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18589>>. Acesso em: 18 dez. 2013.

TEODORO, Warlen Soares. Acesso a Justiça no paradigma de Estado Democrático de Direito. In: *XXII Encontro Nacional do CONPEDI/CESUMAR*. Florianópolis: Boiteux, 2013. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais_maringa.html> Acesso em: 27 fev. 2014.

THEODORO JR., Humberto. *Processo de execução*. 17. ed. São Paulo: Universitária de Direito, 1994.

Enviado em 25/12/2013, aprovado em 13/3, aceito em 17/10/2014.

Nathalie Gurgel Vieira é acadêmica em Direito na Universidade Federal Rural do Semiárido; membro do Grupo de Estudos em Direito Crítico Marxismo e América Latina e pesquisadora do Grupo de Estudos em Ciências Criminais. Faculdade de Direito, Graduação. Mossoró, Rio Grande do Norte, Brasil. E-mail: thalie_gurgel@hotmail.com.