Gustavo Cunha Von Held

A Penhora Fiscal e seus reflexos na Responsabilidade Civil do Estado

Monografia apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito Fiscal da PUC-Rio como requisito para obtenção do título de Especialista em Direito Fiscal.

Rio de janeiro, maio de 2019.

Dedico o presente trabalho à toda comunidade jurídica, especialmente àqueles atuantes nas relações fisco-contribuinte, na esperança de fomentar o debate jurídico mais amadurecido, dada as crescentes relações negociais acompanhadas de muita versatilidade, sempre no rastro da evolução tecnológica.

Agradecimentos

Com a alegria de sempre e terna gratidão, agradeço a meus pais (Robson Von Held Luiz e Irenice Bento da Cunha), os quais me guiaram para uma carreira dedicada, sempre com respeito à ética.

Aproveito o ensejo para agradecer ao professor Daniel Ávila, que já muito à frente deste tema, me ofertou a possibilidade de escrever e aprofundar o presente trabalho dentro de um TCC, indicando, inclusive as poucas obras sobre o tema.

Sou grato a Deus, não só pela minha existência, mas por ter ascendido até aqui na marcha dessa fase acadêmica conquistada por poucos.

Resumo

Esta obra visa tratar de maneira sistemática os diversos efeitos e consequências trazidos, em razão da penhora fiscal ou penhora administrativa, instituídas pelos artigos 25 da Lei 13.306/2018, em especial a parte que inseriu os arts.20-B, § 3º, II e art.20-E, que incide sobre a Lei 10.522/2002 (que assevera a viabilidade da fazenda pública averbar certidões de dívida ativa nos órgãos de bens e direitos e direitos sujeitos a arresto e penhora, com possibilidade de tornar bens indisponíveis). Trará ainda, as discussões acerca das inconstitucionalidades e/ou ilegalidades das normas supramencionadas, cruzando as jurisprudências dos tribunais superiores.

Considerando a aplicação das normas (inclusive as INs da Receita Federal e PGFN) que fixam gravames, restringem e impedem a circulação de bens e direitos, será feita uma análise no âmbito da responsabilidade civil do Estado (União Federal).

Palavras-chave: Penhora fiscal; penhora administrativa; gravames; processo civil; inconstitucionalidades; jurisprudências dos tribunais responsabilidade civil do Estado.

Abstract

This work aims to deal systematically with the various effects and consequences brought about, by reason of the fiscal attachment or administrative attachment, instituted by articles 25 of Law 13306/2018, especially the part that inserted the arts.20-B, § 3, II and article 20-E, which deals with Law 10.522/2002 (which assures the viability of the public treasury to register certificates of active debt in the organs of goods and rights and rights subject to arrest and attachment, with the possibility of rendering assets unavailable). It will also discuss the unconstitutionality and / or illegalities of the aforementioned norms, crossing the jurisprudence of the superior courts.

Considering the application of the rules (including the INs of the Federal Revenue and PGFN) that impose encumbrances, restrict and impede the circulation of goods and rights, an analysis will be made in the scope of civil responsibility.

Keywords: Fiscal attachment; administrative attachment; encumbrances; civil lawsuit; unconstitutionality; jurisprudence of higher courts.

Sumário

Introdução	9
1. A Lei 13.606/2018 e a penhora fiscal.....	10
1.1 A natureza jurídica da penhora fiscal à luz do CPC/2015.....	11
1.1.2 Efeitos, cabimento e riscos da medida administrativa-executiva.....	15
1.1.3 A Inconstitucionalidade da medida e a jurisprudência	28
2. A Responsabilidade Civil do Estado em âmbito fiscal	41
2.1 A Responsabilidade da União e de seus procuradores	45
2.1.2 O abuso do direito na penhora fiscal à luz do código civil.....	50
3. Conclusão	52
4. Bibliografias	54

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CRFB/88	- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
CC/02	- Código Civil de 2002
CPC/15	- Código de Processo Civil de 2015
RFB	- Receita Federal do Brasil
IN	- Instrução Normativa
OCDE	- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ADI	- Ação Direta de Inconstitucionalidade
PL	- Projeto de Lei
CTN	- Código Tributário Nacional
LEF	- Lei de Execução Fiscal
LC	- Lei Complementar
PAT	- Processo Administrativo Tributário
RESP	- Recurso Especial
REXT	- Recurso Extraordinário
PGFN	- Procuradoria Geral da Fazenda Nacional
STF	- Supremo Tribunal Federal
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
CARF	- Conselho Administrativo de Recursos Fiscais
PRR	- Programa de Regularização Tributária Rural
MP	- Medida Provisória
CADIN	- Cadastro de Inadimplentes
DAU	- Dívida Ativa da União

*Para ganhar conhecimento, adicione coisas
todos os dias. Para ganhar sabedoria,
elimine coisas todos os dias.*
Lao-Tsé, 604-517 a.C.

Introdução

O instituto jurídico da penhora fiscal para a restrição e gravame de bens e direitos surge diante do cenário de crise arrecadatória e déficit do erário, para garantir a Fazenda Pública Federal o poder de extrair dos contribuintes de forma unilateral e forçada, tributos, desde de que inscritos em dívida ativa.

A despeito de já existir ferramenta própria para medidas de natureza cautelar, aliada a posição da jurisprudência acerca do tema, é certo que em razão da recente legislação, poucos estudos foram estabelecidos sobre essa temática.

Diante da norma criada para atender fins específicos da Fazenda Nacional, notadamente os arrecadatórios, surge a preocupação de um olhar mais atento e cauteloso, já que a norma trata de bloqueio de bens realizados sem a intermediação do Estado-Juiz. Isso fez com que houvesse uma mudança de horizonte, inclusive sob ponto de vista prático-jurídico, pois a norma, ao inovar, não traz qualquer indicativo de como recorrer, seja via judicial ou mesmo administrativa, o que aumenta o risco, a litigiosidade e a dificuldade de trato do contribuinte com a administração pública federal (Receita Federal).

É bom esquadrihar que a mudança de perspectiva que foi instrumentalizada dentro do Programa de Regularização Tributária Rural, de modo que a partir de agora (salvo se a norma for suspensa por ADI), a Receita Federal, juntamente com a PGFN, poderão, uma vez cumpridas as formalidades legais, promover uma execução administrativa perante o contribuinte.

Neste viés, a penhora fiscal executada ao arrepio da Constituição, levará à consequências danosas, criando uma revira volta do contribuinte em face do fisco federal dentro do campo da responsabilidade civil do Estado na cobrança e execução de tributos nacionais.

Desse modo, o primeiro capítulo traz uma compreensão do que é o instituto da penhora fiscal, seus requisitos para implementação, a sua inconstitucionalidade, seus efeitos e riscos no contencioso tributário (administrativo e judicial).

No segundo capítulo será abordado a responsabilidade civil da Fazenda Nacional, capitaneada pela Receita Federal e/ou Procuradoria da Fazenda Nacional, em razão do bloqueio de bens sobre o patrimônio do contribuinte.

1. A Lei 13.606/2018 e a penhora fiscal

A penhora fiscal (apelidada por alguns de execução administrativa) foi trazida dentro do Programa de Regularização Tributária Rural (Lei 13.606/2018), através do projeto de Lei nº 9.206/2017, apresentado em 28.11.2017 pelos Deputados Federais Zé da Silva (SD/MG) e Nilson Leitão (PSDB/MT), em substituição ao projeto de Lei de conversão nº 41/20017, que transformava em Lei a Medida Provisória nº 793, cujo objeto era tão somente a instituição do PRR.

Como a matéria inserida não guarda relação com o propósito da Lei do PRR, a manobra, tida por alguns como furtiva considerada (contrabando legislativo), razão pela qual a penhora fiscal colocada em debate no Congresso Nacional, jamais teria sua aprovação por agredir frontalmente a CRFB/88 e o CTN, pois como veremos, o art.25 da Lei 13.606/2018 introduz os arts.20-B, §3º, II e 20-E na Lei 10.522/2002 (Lei do Cadin), concede amplos poderes, em especial à Procuradoria da Fazenda Nacional (PGFN) sendo capaz bloquear bens de devedores na cobrança de crédito tributário, sem o manejo da execução fiscal, portanto, sem a intervenção do judiciário.

O intuito do PRR era de promover o refinanciamento do Funrural (uma espécie de Refis Rural), destinado tanto à pessoa física como a jurídica acerca de débitos constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa.¹

Todavia, com a introdução, pelo PRR, dos arts 20-B, §3º, II, e 20-E na Lei 10.522/2002, trouxe também instrumentos de cunho tipicamente processual (bloquear bens com indisponibilidade) sem contudo, esclarecer, como e a que autoridade recorrer em âmbito administrativo, caso a medida seja implementada

¹Art.1º :Fica instituído o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, cuja implementação obedecerá ao disposto nesta Lei. § 1º Poderão ser quitados, na forma do PRR, os débitos vencidos até 30 de agosto de 2017 das contribuições de que tratam o art. 25 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, e o art. 25 da Lei nº 8.870, de 15 de abril de 1994, constituídos ou não, inscritos ou não em dívida ativa da União, inclusive objeto de parcelamentos anteriores rescindidos ou ativos, em discussão administrativa ou judicial, ou ainda provenientes de lançamento efetuado de ofício após a publicação desta Lei, desde que o requerimento ocorra no prazo de que trata o § 2º deste artigo.

unilateralmente pela Procuradoria da Fazenda Nacional². Não menos diferente, o art. 20-E legitima a PGFN à editar atos complementares para fazer valer a efetividade dos arts.20-B.³ Nesse viés, a PGFN rapidamente instituiu a Portaria nº 33/2018 com o fito de regulamentar os arts.20-B e 20-C com sucessivas alterações por outras portarias, entre elas: Portaria PGFN nº 42/2018.

1.1

A natureza jurídica da penhora fiscal à luz do CPC/2015

O instituto da penhora possui cunho nitidamente processual, tido como ato processual de segregação dos bens do executado que efetivamente se sujeitarão à execução⁴. Uma vez instituído o gravame, os bens do contribuinte-devedor ficam indisponíveis, impossibilitado, portanto, de aliená-los ou onerá-los, embora a propriedade permaneça em nome do executado.

A penhora como instrumento de efetividade para a captura, preservação, individualização e direito de preferência dos bens, possui três naturezas jurídicas: À primeira vista como medida cautelar que serviria como ferramenta de segurança e cautela de interesses em litígios, situação que ocorre com providências cautelares típicas (arresto e sequestro)⁵

Em um segundo momento a penhora teria natureza mista, posto que concomitantemente seria ato executivo e cautelar. Essa linha de raciocínio sofre crítica da doutrina, haja vista que não se pode confundir a cautelaridade de uma medida que visa apenas assegurar um processo diverso, da medida executiva que tem objeto amplo (cautelaridade de todo o processo). Além do que, a penhora possui finalidade própria e bem determinada, que é o de iniciar processo expropriatório.

²BECHO, Renato Lopes. Disponível em: <http://www.coad.com.br/home/noticias-detalle/84442/lei-136062018-penhora-de-bens-sem-autorizacao-judicial>. Acesso: 10/12/2018.

³ “Art. 20-E. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editará atos complementares para o fiel cumprimento do disposto nos arts. 20-B, 20-C e 20-D desta Lei.”

⁴ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. Novo Curso de Processo Civil.vol.2. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2015. Pág. 899.

⁵ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Vol III. 50ª Edição. Rio de Janeiro, Ed. Gen Forense, 2017. Pág. 442.

Por fim, a posição dominante é a de que penhora é ato puramente executivo, servindo, como dito anteriormente para individuação e preservação de bens do executado⁶.

Outra parte da doutrina relata que a sua importância para efeito de penhora não seria necessariamente o ato de constrição do bem, mas sim a citação válida, uma vez que a partir daí, considera-se fraude à execução qualquer ato de oneração ou alienação que diminua a capacidade do devedor de saldar a dívida⁷ (art.792, IV do CPC⁸).

Naturalmente, a penhora de bens sempre foi levada à cabo pelo Judiciário, já que se trata de ato de império visto como declaração de vontade dos órgãos jurisdicionais emitida no exercício da jurisdição, com o fito de tolher a liberdade de bens do executado. Não por acaso, por se tratar de medida grave, o caminho adotado sem o devido processo legal desrespeitaria a Constituição Federal (art.5º, inciso LIV⁹).

A penhora fiscal é mais um instituto para a defesa do fisco, criado para ser manejado unicamente pela Fazenda Pública no bojo de processo administrativo, sem a natureza de ação judicial. Como se trata de procedimento administrativo fiscal (PAF) a administração pública não fica adstrita unicamente às provas ou informações prestadas pelo sujeito passivo, seja contribuinte ou responsável tributário, em razão do Princípio da verdade material¹⁰. Assim, admite-se qualquer prova desde de que idônea e legal para provar fatos alegados pelas partes e nesse diapasão a prova pertence à Administração Pública e não às partes (art.16 do Decreto 70.235/72), devendo a autoridade administrativa, devido o Princípio da Oficialidade, comandar o trâmite do processo administrativo independente de manifestação da parte (sujeito passivo).¹¹

⁶ Ibidem, pág. 443.

⁷ Ibidem, pág. 900.

⁸ Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução: IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência.

⁹ Art.5º, inciso LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

¹⁰ CARNEIRO, Cláudio. Processo Tributário Administrativo e Judicial. 5ª edição atualizada com o novo código de processo civil de 2015. São Paulo. Ed. Saraiva Jur, 2018. Pág. 38.

¹¹ Ibidem, pág. 36.

Assim, parece que o art.20-B, §3º, inciso II da Lei 13.606/2018¹² inova em estabelecer o esvaziamento do judiciário, permitindo que a próprio Poder Executivo (União) promova a averbação dos bens do contribuinte, podendo, inclusive, se valer do meio eletrônico, para tornar os bens inacessíveis com benefício exclusivo dos Princípios específicos do processo administrativo fiscal, dentre eles, a possibilidade de rever seus atos administrativos (autotutela)¹³, isto é, poderia a Fazenda Pública, face a não aplicação da *non reformatio in pejus*¹⁴, voltar a penhorar os bens do contribuinte-devedor, caso nova prova contrária ao executado surja¹⁵, carretando em julgamento mais gravoso ao contribuinte. Não por acaso, a Procuradoria da Fazenda Nacional, logo após a publicação da Lei 13.606/2018, por meio da Portaria nº 27 PGFN, criou um canal de denúncias patrimoniais (CDP), “uma espécie de disque denúncia fiscal”, com o fim específico de colher informações de devedores e poder, a partir disto, recuperar créditos inscritos em dívida ativa da União e do FGTS.

Não resta qualquer dúvida que a União Federal, por meio da RFB e PGFN tentará cindir as medidas assecuratórias criadas pela PRR, inclusive as do art.20-B,§3º, II, para serem utilizadas ou articuladas dentro da medida cautelar fiscal (Lei 8.397/92) ou dentro do arrolamento administrativo de bens (art.64 e 64-A da 9.532/97)¹⁶ como mais uma possibilidade de fiscalização e eficiência do fisco. Porém, creio que a haverá dificuldade da junção de ambas as medidas, em razão do critério da especialidade de cada Lei. Mesmo assim, considerando o avanço da Lei fica para a Fazenda Pública, após a descoberta de bens, promover o arrolamento e, em seguida, propor a abertura de processo administrativo, a fim de se valer das

¹² Art. 20-B. Inscrito o crédito em dívida ativa da União, o devedor será notificado para, em até cinco dias, efetuar o pagamento do valor atualizado monetariamente, acrescido de juros, multa e demais encargos nela indicados; § 3º Não pago o débito no prazo fixado no caput deste artigo, a Fazenda Pública poderá: II - averbar, inclusive por meio eletrônico, a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis.”

¹³ Autotutela dentro do direito tributário é também chamado de revisibilidade de lançamento, extraído da Súmula 473 do STF e art.64 da Lei 9.784/99.

¹⁴ Posicionando contrariamente, pelo cabimento do Princípio da *reformatio in pejus* no processo administrativo fiscal: JUNQUEIRA, Helena Marques. A *reformatio in pejus* no processo administrativo. In: FIGUEIREDO, Lucia Valle (Coord.). Processo administrativo tributário e previdenciário. São Paulo. Ed. Max Limonand, 2001, Pág. 111-112.

¹⁵ Ibidem, Pág. 39.

¹⁶ Lei 9.532/97:art. 64. A autoridade fiscal competente procederá ao arrolamento de bens e direitos do sujeito passivo sempre que o valor dos créditos tributários de sua responsabilidade for superior a trinta por cento do seu patrimônio conhecido.

prerrogativas art.20-B,§3º, II da Lei 10.522/02, com a averbação e bloqueio de bens do executado junto aos órgãos de registro.

Se por um lado a União Federal, verificado o seu estoque da dívida ativa (1,58 trilhões de reais)¹⁷ amparado pela Legalidade e Eficiência (art.37 da CRFB/88)¹⁸ agride patrimônio do contribuinte desconsiderando a intervenção do Poder Judiciário, como meta de arrecadar tributos pautados na necessidade de aprimorar a atividade arrecadatória, assim como o de implementação de direitos fundamentais (art.3º, III da CRFB/88)¹⁹, por outro lado, o Estado atropela o interesse público primário, estes com prevalência *prima facie*, posto que suplantam ou transcende o interesse da própria máquina estatal, primando pelo interesse público secundário (ou derivados), são aqueles de feição arrecadatória ou financeira do Estado²⁰. Em última análise, o Estado incube garantir e realizar o interesse público primário (justiça, segurança, bem-estar social)²¹, de modo a colocar em background seus próprios interesses (secundários), enquanto ente público sujeito de direitos e obrigações, porém sempre alinhado ao interesse do erário, implementando atividades administrativas intrínsecas ligadas ao orçamento, agentes públicos e patrimônio público²².

A implementação de meios tomada pela União como proposta capaz de implementar a justiça fiscal tem base e influência internacional. É que nos Estados Unidos a cobrança de débitos fiscais pode ser promovida por dois caminhos: (i) execução fiscal administrativa (*administrative collection procedure*) ou (ii) Judicial (*foreclosure action*), poucas vezes utilizadas. A via administrativa sendo a mais

¹⁷ Disponível em: <http://www.valor.com.br/politica/economico/4640023/fazenda-negocia-votacao-de-projeto-do-psdb-que-securitiza-divida-publica>. Acesso em: 07/02/2019.

¹⁸ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

¹⁹ Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

²⁰ BUENO, Cassio Escarpinella; RODRIGUES, Marco Antônio. Et al. Coleção Repercussões do Novo CPC. Vol. 16. Salvador. Ed Juspodivm, 2017. Pág. 260.

²¹ BARROSO, Luis Roberto. Prefácio: O Estado contemporâneo, os direitos fundamentais e a definição da supremacia do interesse público. In: SARMENTO, Daniel (Org.). Interesses públicos versus interesses privados: Desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Pág. Vii-xviii e Pág. Xiii.

²² OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 3ª edição. Rio de Janeiro. Ed. Gen método, 2015. Pág. 35.

utilizada garante a equipe de agentes fiscais (*collection division*), grande gama de prerrogativas, incluindo discricionariedade capaz de garantir a tomada de bens do devedor, bloqueio de contas bancárias de créditos, tudo dentro do âmbito da própria administração pública, mantendo-se a todo tempo, afastado o judiciário.

O lançamento fiscal no procedimento norteamericano, tal como semelhante no Brasil, tem início com a inscrição do débito em uma espécie de lista oficial (*Assessment of tax*). O procedimento prossegue com a notificação no último endereço do devedor (*last known address*), que no caso, tem 10 dias para recolher os valores cobrados, podendo o contribuinte pagar através de meios comercialmente exigidos na iniciativa privada (cheques, cartão de crédito, ordem bancária ou até moeda estrangeira), cientificado neste ato, da penhora iminente em contas bancárias, salários ou outros bens que por ventura possua o executado.

Em resumo, 4 (quatro) passos são executados na penhora administrativa: *lien* (pré-penhora), *levy* (penhora do bem), *seizure* (arresto) e *sale by auction* (venda por leilão), em especial a 1ª fase (*lien*) tida como pré-penhora já torna os bens do devedor inalienáveis.²³

Desse modo, a cultura norteamericana foi criada dentro de uma modelo ideológico neoliberal de fundo calvinista, que não admite evasão e sonegação fiscal, sendo a base do dever fundamental de pagar tributos (*voluntary compliance*) de modo a imprimir temor ao cidadão e impedir frustração da persecução do crédito público.

1.1.2

Efeitos, cabimento e riscos da medida administrativa-executiva

Sabemos que a averbação incidente sobre certo bem, além de diminuir o valor do mesmo, intimida ou afasta qualquer comprador, impedindo a alienação e circulação no mercado, pois dificilmente terceiro adquirente se arriscaria. A averbação afetaria diretamente a saúde de qualquer pessoa física ou jurídica, notadamente em relação a este último, no que tange ao ativo fixo bloqueado,

²³ Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2010-mai-26/execução-fiscal-administrativa-eua-intimida-sumaria>. Acesso em: 13/02/2019.

impedido a alienação e fomento do capital de giro para a atividade comercial. Não será diferente se a União, valendo-se do art.20-B, § 3º, II da Lei 10.522/02, averbe determinado bem em órgãos de registro. O prejuízo ao contribuinte pode se dar antes mesmo de intentada qualquer processo judicial, já que tudo ainda se discute em âmbito extrajudicial.

Como não há uma norma idêntica a do art.828, § 5º do CPC (que responsabilize a parte autora de realizar qualquer averbação indevida)²⁴, fica apenas a possibilidade de responsabilização pelo abuso do direito, situação que será abordada mais adiante. A norma em questão estabeleceu um benefício para a Fazenda Pública, sem, contudo, impor qualquer ônus por sua conduta (averbação/bloqueio de bens). Além disso, a Fazenda Pública, após propor a execução fiscal, não precisaria solicitar certidão ao juízo para efetivar a referida averbação junto aos órgãos de registro (art.828, caput do CPC), aliado ao fato de que também não precisaria exibir as averbações feitas ao juízo da execução fiscal, haja vista que o art.20-B, §3º, II da Lei 10.522/02, por ser norma especial, *prima facie*, afastaria a normal geral e daria à Fazenda o poder unilateral da realização do ato, sem a necessidade de demonstração da medida, já que as provas serão avaliadas à critério da RFB e não por órgão equidistante.

Interessante notar que a averbação sem a intervenção do Estado-juiz cria um efeito anexo ou secundário à partir de uma decisão da administração pública, isto é, surgida dentro da administração pública e não oriunda de sentença judicial. Veja-se que a hipoteca judiciária (art.495, caput CPC)²⁵ é um efeito anexo da sentença que condena o réu a pagar quantia em dinheiro ou que determine a conversão das obrigações de dar coisa certa, fazer e não fazer, em prestação pecuniária, que só advém de ato judicial.²⁶ No caso da penhora administrativa, a RFB, após finalização do processo administrativo e inscrição em dívida ativa, já

²⁴ Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.

§ 5º O exequente que promover averbação manifestamente indevida ou não cancelar as averbações nos termos do § 2º indenizará a parte contrária, processando-se o incidente em autos apartados.

²⁵ Art. 495. A decisão que condenar o réu ao pagamento de prestação consistente em dinheiro e a que determinar a conversão de prestação de fazer, de não fazer ou de dar coisa em prestação pecuniária valerão como título constitutivo de hipoteca judiciária.

²⁶ JÚNIOR, Humberto Theodoro. Curso de Direito Processual Civil. Vol I. 56ª Edição. Rio de Janeiro, Ed. Gen Forense, 2015. Pág. 1080.

estaria, de modo unilateral, “condenando” o contribuinte-devedor e, nesse interim, bloqueando bens imóveis do devedor, criando, tal como já dito, uma hipoteca administrativa, oriunda de decisão administrativa com efeitos anexos.

Note-se que a constituição de hipoteca judiciária, por se tratar de imobilização do bem do devedor, só pode ser promovida mediante requerimento do interessado e não *ex officio*²⁷(art.495, §2º CPC)²⁸, como é do feitio do art.20-B, §3º, II da Lei 10.522/02. Não por acaso, o art.495, §5º CPC²⁹ responsabiliza o credor, objetivamente, que constitui hipoteca, que ao final não se sagra vencedor em face do devedor, invertendo-se os polos e abrindo a possibilidade de execução do réu em face do autor dentro dos próprios autos, se constatado prejuízo em razão da averbação desmedida.

Nesse viés, a RFB por intermédio da PGFN mesmo imprimindo a medida de tornar os bens indisponíveis estaria isenta de qualquer responsabilidade objetiva, haja vista a impossibilidade de liquidar e promover a execução contra a União Federal nos autos mesmo autos de processo administrativo (onde a averbação foi feita), e da ausência de norma responsabilizando o Ente Público. Portanto, somente por processo autônomo poderia discutir o prejuízo sofrido pelo contribuinte na ânsia de buscar a responsabilidade civil da União e devolução dos *status quo* do contribuinte.

Ao contribuinte-devedor, uma vez constituído o bloqueio em âmbito pela RFB ou PGFN, incidente sobre imóvel, mesmo em âmbito administrativo, restaria defender-se, alegando penhora sobre bem de família (art.1º da Lei 8.009/1990)³⁰, pois se a hipoteca judiciária realizada sob o comando do magistrado não tem cabimento sobre bem impenhorável, também não poderia subsistir qualquer tipo de

²⁷ Ibidem, pág. 1081.

²⁸ Art.495 § 2o A hipoteca judiciária poderá ser realizada mediante apresentação de cópia da sentença perante o cartório de registro imobiliário, independentemente de ordem judicial, de declaração expressa do juiz ou de demonstração de urgência.

²⁹ Art.495, § 5º: Sobrevindo a reforma ou a invalidação da decisão que impôs o pagamento de quantia, a parte responderá, independentemente de culpa, pelos danos que a outra parte tiver sofrido em razão da constituição da garantia, devendo o valor da indenização ser liquidado e executado nos próprios autos.

³⁰ Lei 8.009/90: Art.1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

averação em âmbito administrativo.³¹ Essa posição de impenhorabilidade do bem de família, já era capitaneada pelo Superior Tribunal de Justiça desde a década de 90, quanto às execuções fiscais (art.30 da Lei 6830/80).^{32 33}

Existe ainda, a possibilidade de manipulação da averbação pré-executória, também pela PGFN, dada a flexibilização e concessão de poderes com base no art.20-E da Lei 10.522/02.³⁴ e art.24, §2º, incisos I a III da Portaria nº 33/2018³⁵.

A ideia de averbação encampada pelo art.20-B, § 3º, II está na contramão da jurisprudência de alguns Tribunais locais, dentre eles o de São Paulo, admitindo averbação somente dentro do processo de execução ou do cumprimento de sentença, como ensina o (art.799, inciso IX CPC)³⁶. Vejamos o acórdão:³⁷

O credor tem a faculdade de averbar, em *registros públicos*, tanto a existência da execução quanto os atos de constrição realizados (art. 799, inciso IX). O objetivo é dar publicidade a respeito da existência da demanda. O credor obtém certidão sobre a execução e a apresenta para averbação. Tal providência, já se decidiu, está “restrita ao processo executivo e ao cumprimento de sentença segundo a melhor exegese do artigo 828 do CPC de 2015”, não sendo possível realizá-la na fase de conhecimento (TJSP, 15ª Câmara de Direito Privado,

³¹ STJ, 4ª T.RMS 12.373/RJ, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha, ac.14.11.2000, DJU 12.02.2001.

³² Art. 30 - Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis.

³³ STJ, 1ª T.,Resp 6.708/PR.Rel. Min. Garcia Vieira, ac. 20-02.1991, DJU 18-03-1991, p. 2.781.

³⁴ Art. 20-E. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editará atos complementares para o fiel cumprimento do disposto nos arts. 20-B, 20-C e 20-D desta Lei. (Incluído pela Lei nº 13.606, de 2018).

³⁵ Portaria nº 33 da PGFN:Art.24:As informações necessárias à averbação pré-executória serão encaminhadas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional aos seguintes órgãos de registro de bens e direitos:

§ 2º. O Procurador da Fazenda Nacional poderá promover a averbação pré-executória diretamente nos órgãos de registro de que trata o caput, quando: I - tratar-se de débitos de elevado valor, conforme definido em ato do Ministro de Estado da Fazenda; II - tratar-se de débitos nos quais estejam presentes as circunstâncias de crime contra a ordem tributária; ou III - constatados indícios da prática de atos tendentes ao esvaziamento patrimonial com a finalidade de frustrar a cobrança executiva.

³⁶ Art. 799: Incumbe ainda ao exequente: Inciso IX - proceder à averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros.

³⁷ TJSP, 15ª Câmara de Direito Privado, Agravo de Instrumento nº 2087412-42.2017.8.26.0000, Rel. Des. Mendes Pereira, j. em 25/7/2017, DJe de 25/7/2017).

Agravo de Instrumento nº 2087412-42.2017.8.26.0000, Rel. Des. Mendes Pereira, j. em 25/7/2017, DJe de 25/7/2017).

De igual modo tratou o art.828, caput do CPC na execução por quantia certa. Ocorre que existe a dificuldade de controle do órgão fazendário, que por ventura venha e utilizar-se da ferramenta de averbação com excesso (art.21, §2º c/c art.26, inciso II, ambos da Portaria nº 33/2018-PGFN³⁸³⁹, vindo à, por exemplo, penhorar vários bens do contribuinte, quando na verdade, somente um deles seria suficiente para garantir a dívida. Mais uma vez a Fazenda Nacional fica livre de responsabilidade o objetiva processual civil se agir de modo desarrazoado na pré-notação (art.828, §5º CPC)⁴⁰, já que toda a sua conduta está em âmbito extrajudicial.

Naturalmente, o ato administrativo que determina a averbação ou penhora de bens do contribuinte deve se pautar na proporcionalidade no momento de sua realização, sob pena de controle do ato por meio judicial. Desse modo, abriria a possibilidade de impetração de mandado de segurança contra ato da PGFN, com o propósito de desfazer a medida que extrapola os limites de satisfação para a garantia do crédito tributário.

Não resta dúvida que o art.26 da Portaria PGFN nº 33/2018 traça um procedimento pré-executório, abrangendo inclusive as hipóteses de defesa do contribuinte com idêntico intuito processual civil dos arts.525 (impugnação do devedor), art.835 (ordem de preferência na penhora), art.828 (procedimento para averbação de bens), art.833 (impenhorabilidade de bens) e art.854 (penhora de dinheiro ou aplicação financeira), todos Lei 13.105/2015. Essa atitude de “processualização da execução em âmbito administrativo” diminui consideravelmente o acervo judicial de execuções fiscais, lastreado no Princípio da

³⁸ Portaria nº 33 da PGFN: Art. 21. A averbação pré-executória é o ato pelo qual se anota nos órgãos de registros de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, para o conhecimento de terceiros, a existência de débito inscrito em dívida ativa da União, visando prevenir a fraude à execução de que tratam os artigos 185 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996 (Código Tributário Nacional) e 792 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

§ 2º. A averbação poderá ser impugnada pelo sujeito passivo, inclusive em relação a seu excesso, observado o procedimento previsto nessa Portaria.

³⁹ Art. 26. Na impugnação, que será protocolada exclusivamente mediante acesso ao e-CAC da PGFN, o devedor poderá: II - alegar excesso de averbação, quando os bens averbados estiverem avaliados em valor superior ao das dívidas que deram origem à averbação.

⁴⁰ § 5º do art.828 CPC: O exequente que promover averbação manifestamente indevida ou não cancelar as averbações nos termos do § 2º indenizará a parte contrária, processando-se o incidente em autos apartados.

Eficiência (art.37, CRFB/88)⁴¹ muitas delas sem o êxito esperado, além de ser mais acessível ao contribuinte e menos dispendioso, uma vez que toda a discussão paira sobre o PAF, isento, portanto, o contribuinte das custas e da necessidade de contratar advogado em razão do Princípio da Informalidade.

Ainda sob a ótica da economia processual, trazendo a discussão para administração pública, os julgamentos ocorreriam de forma mais célere, considerando as poucos meios recursais disponíveis no Dec.70.237/72, se comparados aos CPC atual, juntamente com o pedido de revisão de dívida inscrita (PRDI) do art.15⁴² da Portaria nº 33/2018, podendo sua interposição se dar por via eletrônica no portal do e-CAC e da impugnação à averbação, também criada pela referida Portaria da PGFN no art.21. A finalidade da norma (art.15, § 2º), mais do que evitar estágios procedimentais, é valer-se o devedor de impugnar a dívida manuseando o PRDI, antes mesmo da PGFN/RFB iniciar atos mais gravosos.

Outro ponto positivo seria a obtenção, pelo contribuinte, de certidão positiva com efeito de negativa (art.206 CTN)⁴³, desde que o devedor antecipasse a oferta de garantia (art.11 da Portaria 33/2018). A PGFN foi feliz em utilizar-se de critérios objetivos (art.12, incisos I, II, III e IV c/c art.13 segunda parte), ambos da referida Portaria) para a análise, em 30 dias, de aceitação ou não da garantia. Creio que se tratando de oferta antecipada de fiança bancária e seguro garantia, poderá a PGFN se basear nos critérios objetivos do art.11 da Portaria 33, porém sem olvidar de realizar análise conjunta com os arts.4º e 5º da Portaria 440/2016 PGF⁴⁴.

A medida acabaria com uma controvérsia antiga no Superior Tribunal de justiça: A propositura de ação cautelar pelo contribuinte para a antecipação de

⁴¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

⁴² Art. 15. O pedido de revisão de dívida inscrita (PRDI) possibilita a reanálise, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, dos requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade dos débitos inscritos em dívida ativa da União, de natureza tributária ou não tributária.

⁴³ CTN: Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

⁴⁴ Portaria PGF nº 440, de 21.06.2016: Disciplina as condições de aceitação da fiança bancária e de seguro garantia pela Procuradoria-Geral Federal.

penhora e obtenção de certidão positiva com efeito de negativa, situação, que a propósito, já era rotineiramente manobrada pela advocacia.⁴⁵

A redação do inciso II, do §3º do art.20-B parece confusa. É possível notar que o texto do inciso II afirma que “...os órgãos de registro de bens e direitos que são sujeitos à arresto ou penhora” (grifei), de modo que são os órgãos que possuem essa qualidade de penhorar bens ou arrestá-los e não o ato de averbação da CDA nos órgãos que torna o bem penhorável. Isso quer dizer a PGFN ou a RFB não poderia penhorar os bens do contribuinte-devedor, já que não pode à administração pública realizar a busca e apreensão do bem arbitrariamente retirando o objeto da posse do devedor para um depositário escolhido pela própria RFB ou PGFN, haja vista que o art.20-B não procedimentalizou esta prática e nem mesmo a portaria nº 33/2018 regulamentou-a nesse sentido.

Isso por que a penhora (art.839, caput do CPC)⁴⁶ é ato de apreensão e depósito do bem para empregá-los na satisfação do crédito tributário⁴⁷. Portanto, a averbação da CDA em registro de bens e direitos não impede que o devedor venda o bem ou ofereça bens à penhora, de modo que o termo “tornando-os indisponíveis” deve ser interpretado como ineficácia da alienação do bem em relação à CDA averbada, pois a averbação acarreta presunção absoluta de ciência do terceiro adquirente⁴⁸. O procedimento de averbação nos registros de bens e direitos são mecanismos de autotutela, os quais são controláveis judicialmente, servindo como meio de coerção e de garantia de futura execução.

Nesse viés, considerando a ausência de regulamentação sobre apreensão e depósito no art.20-B, §3º, II, não poderia tornar os bens do contribuinte indisponíveis sem antes remover os mesmos das mãos do devedor, trazendo-os para serem depositados nas mãos do credor (Fazenda Pública), se forem bens de fácil remoção ou em último caso, deixá-los sob a guarda e responsabilidade de um depositário administrativo (servidor designado pela RFB) na tentativa de igualar o

⁴⁵ AgRg no REsp 811.136/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, j. 04-04-2006. Em sentido contrário (pelo descabimento de depósito antecipado, por meio de medida cautelar) REsp 700.917/RS, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, j. 25.04.2006)

⁴⁶ Art. 839. Considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia.

⁴⁷ CUNHA, Leonardo Carneiro. A Fazenda Pública em Juízo. 15ª Edição. Rio de Janeiro, Ed. Gen Forense, 2018. Pág. 474.

⁴⁸ Ibidem, pág.440.

mesmo procedimento com o (art.840, §1º, II do CPC)⁴⁹, sob pena de violação constitucional do art.5º, II da CRFB/88⁵⁰.

É com a apreensão do bem que tornaria este “indisponível” e não com a averbação da CDA à órgão sujeito à arresto ou penhora. Aliás, procedimento similar garante a LEF (art.11, § 3º da Lei 6.830/80)⁵¹ permitindo que a fazenda Pública requeira, dentro do processo de execução fiscal e em qualquer fase deste, a remoção do bem para depósito judicial, devendo o requerimento do credor justificar a pertinência para o ato em questão, conforme posição consolidada pelo STJ ainda na década de 90 ⁵², já que a regra é que o produto da penhora permaneça com o executado e não com o credor-exequente, cabendo à PGFN deveria comprovar justo motivo para que recuse o executado como depositário⁵³.

Por esse ponto de vista, a interpretação é de que o art.20-B,§ 3º, II da Lei 10.522/02 não teve o alcance no sentido de ser capaz de apreender bens e direitos dos contribuintes, mas tão somente os de “averbar” os mesmos sob uma espécie de pré-notação endereçada, por meio de ofício, aos órgãos de cadastros. De igual modo, como não pode a União retirar das mãos do executado os bens, também não poderiam deixá-los indisponíveis. Indisponibilidade significa no sentido jurídico exprime a qualidade atribuída às coisas que, sob o encargo ou ônus de inalienabilidade, não podem ser vendidas nem alheadas sob qualquer pretexto. ⁵⁴

⁴⁹ Art. 840. Serão preferencialmente depositados: I - as quantias em dinheiro, os papéis de crédito e as pedras e os metais preciosos, no Banco do Brasil, na Caixa Econômica Federal ou em banco do qual o Estado ou o Distrito Federal possua mais da metade do capital social integralizado, ou, na falta desses estabelecimentos, em qualquer instituição de crédito designada pelo juiz; II - os móveis, os semoventes, os imóveis urbanos e os direitos aquisitivos sobre imóveis urbanos, em poder do depositário judicial; § 1º No caso do inciso II do caput, se não houver depositário judicial, os bens ficarão em poder do exequente.

⁵⁰ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

⁵¹ Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem: § 3º - O Juiz ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda Pública exequente, sempre que esta o requerer, em qualquer fase do processo.

⁵² STJ, REsp 25.387/SP. Rel. Min. Milton Luiz Pereira. Segunda Turma. DJ: 31/08/1994 e STJ. REsp 581.238/RS. Rel. Min. Castro Meira. Segunda Turma. Dj: 08/03/2004.

⁵³ STJ, REsp 801.926/SP. Rel. Min. Denise Arruda. Segunda turma. DJ: 28/04/2008.

⁵⁴ SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico. 27ª Edição. Rio de Janeiro, Ed. Forense, 2008. Pág. 735.

No mesmo norte, a PGFN, debruçada sob a ordem do art.100, I do CTN⁵⁵, que concede o Poder Executivo baixar orientações normativas expedidas pelas autoridades administrativas visando detalhar a aplicação de normas que a complementam, construiu a portaria nº 33/2018 respeitando os exatos limites do art.20-B, §3º, II, restando então engessada, pelo menos por enquanto, a possibilidade da RFB realizar qualquer prática de busca, apreensão e depósito de bens e direitos dos contribuintes, a uma, pelo alcance tímido da Lei, a duas, devido a omissão da supramencionada portaria.

A possibilidade de pré-averbar ou de comunicar dívidas à instituições (cartórios de protesto) de forma administrativa, antes do ajuizamento da execução fiscal foi alvo de discussão, desde o surgimento da Portaria nº 321/2006 da PGFN, hipótese em que o STJ, à época, entendeu por inadequado o protesto face à ausência de previsão legal para tanto⁵⁶. Porém, a jurisprudência foi superada com o advento da Lei 12.767/2012, que acrescentou o art.1º da Lei 9.492/1997, fazendo com que a 2ª Turma do STJ, permitisse ser viável o protesto da CDA⁵⁷.

Todavia, se considerarmos que o inciso II, do §3º do art.20-B concedeu à Fazenda Nacional a prerrogativa de unilateralmente averbar e penhorar bens retirando-os das mãos do contribuinte-executado, o Poder Executivo, nesse caso, RFB, teria que se valer do Poder de Polícia. A CRFB/88 no art.145, II⁵⁸ sinaliza o poder de polícia à União, Estados, DF e Municípios o poder de instituírem suas próprias taxas em razão do poder de polícia e sob ótica permissiva da Carta Constitucional o Código Tributário Nacional – CTN, no art.78⁵⁹ tratou de elastecer e pormenorizar o seu conceito.

⁵⁵ Art.100 do CTN: São Normas complementares das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos; inciso I: os atos normativos expedidos pelas autoridades administrativas.

⁵⁶ 1ª Turma, REsp 287.82/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, J.20/10/2005, DJ 20/02/2006; 1ª Turma, AgRg no Ag 936.606/PR, Rel. Min. José Delgado, J. 06/05/2008 e 1ª Turma, AgRg no Ag 1.316.190/PR, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, J. 17/05/2011, DJe 25/05/2011.

⁵⁷ REsp 1.126.515, julgado em 03/12/2013, Dje 16/12/2013.

⁵⁸ Art.145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II - taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição.

⁵⁹ Art.78 do CTN: considera poder de polícia a atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou

Contudo, a utilização do poder de polícia ou função de polícia seria em sentido estrito, prerrogativa concedida aos agentes da administração pública os quais tem o poder de restringir e condicionar a liberdade e a propriedade⁶⁰, para a concretização do interesse público. Vejamos de forma mais detalhada o conceito de poder de polícia:

“De nossa parte, entendemos que se possa conceituar o poder de polícia como prerrogativa de direito público que, colocada na lei, autoriza a Administração Pública a restringir o uso e gozo da liberdade e da propriedade em favor do interesse coletivo”⁶¹.

A função de polícia exercida pela polícia administrativa traduz na edição de atos normativos com fundamentos na Lei direcionada à função administrativa⁶². Debruçado sob os comandos acima, a RFB e a PGFN imiscuídos de poder de polícia, se autorizados pelo art.20-B e seus parágrafos, poderiam tolher a liberdade patrimonial dos bens do contribuinte promovendo a apreensão e depósito, mediante diligência do auditor fiscal da receita federal, que inclusive poderia, no mesmo ato, avaliar os bens do contribuinte-devedor tal como estabelecido, à exemplo do que fez a Instrução Normativa da Receita Federal nº 1.565/2015⁶³ que procedimentaliza o arrolamento de bens e direitos para o manejo de medida cautelar fiscal.

Embora aparentemente pareça invasivo, a apreensão e perdimento de bens do contribuinte em favor da Fazenda Pública tem chancela constitucional (art.5º XLVI, alínea b da CRFB/88)⁶⁴, desde que regulamentada por lei, prevendo esta, violações graves e/ou infrações tributárias, tendo como motivação específica

autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

⁶⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito Administrativo. 26ª Edição. São Paulo. Ed. Atlas, 2013. Pág. 76.

⁶¹ Ibidem, pág.77.

⁶² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de Direito Administrativo. 15ª Edição. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2009, Pág. 442.

⁶³ Art. 3º Para efeito de aplicação do disposto no art. 2º, considera-se patrimônio conhecido da pessoa física o informado na ficha de bens e direitos da última declaração de rendimentos, e da pessoa jurídica o total do ativo constante do último balanço patrimonial registrado na contabilidade ou o informado na Declaração de Informações Econômico-Fiscais da Pessoa Jurídica (DIPJ) ou em outro documento que venha a substituí-la. § 1º A requerimento do sujeito passivo ou por iniciativa do Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil (AFRFB) responsável pela lavratura do Termo de Arrolamento de Bens e Direitos, os bens e direitos poderão ser avaliados:

⁶⁴ Art.5º XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: b) perda de bens;

a retirada do bem com do domínio do contribuinte, com o nítido propósito de punir o transgressor da Lei. O STF inclusive adota esse raciocínio. Vejamos:

Importação – Regularização fiscal – Confisco. Longe fica de configurar concessão, a tributo, de efeito que implique confisco decisão que, a partir de normas estritamente legais, aplicáveis a espécie, resultou na perda de bem imóvel importado (STF, 2ª Turma. AI-AgR 173.689/DF, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 12.03.1996, Dj 26.04.1996, p. 13.126)

Com efeito, a combinação do poder de polícia da RFB somada a autotutela e, por fim, a regulamentação por Lei específica que regule a punição e perdimento de bens dentro do processo administrativo fiscal, possa ser uma saída, vista aqui de forma perfunctória, para que União Federal consiga atingir o patrimônio do executado, mesmo que esbarrando, é claro, em direitos fundamentais e princípios constitucionais de defesa da propriedade.

A incidência de averbação pré-executória de dinheiro tem sua disciplina no art.20-B, §3º, II da Lei 10.522/02 juntamente ao (art.7º, II e III e art.22, § 2º, inciso III, ambas da Portaria nº 33/2018 – PGFN)⁶⁵. A norma foi categórica na averbação e indisponibilidade de bens e direitos, assim entendidos todos àqueles sujeitos à registro. De acordo com a mais novo comunicado do Banco Central nº 31.506/2018 cria-se um possível averbamento da CDA com o envio de ofício ao Banco Central ou à qualquer instituição financeira para a pré-averbação de dinheiro, títulos de valores mobiliários e financeiras com a vistas ao fundo de renda fixa pública e privada com inclusão de títulos públicos, certificados de depósito bancário, letras de crédito imobiliário, de agronegócio, renda variável e tesouro direto, podendo todas essas hipótese serem alvo de penhora on-line, exceto a penhora de títulos ao portador por estarem emitidos como ocorreu na execução fiscal em face da Eletrobrás⁶⁶.

Também tem guarida a averbação pré-executória de ações e precatórios como sendo direitos do devedor contra terceiros, desde de que tenham cunho

⁶⁵ Portaria nº 33/2018- Art. 7º. Esgotado o prazo e não adotada nenhuma das providências descritas no art. 6º, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderá:

II - comunicar a inscrição em dívida ativa aos órgãos que operam bancos de dados e cadastros relativos a consumidores e aos serviços de proteção ao crédito e congêneres, mediante convênio firmado com as respectivas entidades;

III - averbar, inclusive por meio eletrônico, a Certidão de Dívida Ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, para fins de averbação pré-executória.

⁶⁶ STJ, 1ª Seção, EREsp 933.048/RS, Rel. Min. Castro Meira, J.12/11/2008, Dj 24/11/2008.

patrimonial e possam ser transferidos, mesmo que se trate de um crédito que se espera receber no futuro.⁶⁷ A mesma sistemática serviria para que a União, conhecedora de que a devedora possui crédito tributário sob forma de precatório de pessoa jurídica distinta da exequente-credora, se anteciparia expedindo comunicado à Fazenda onde tramita o precatório para indisponibilizar àquele crédito.⁶⁸

Estando ciente a RFB da amplitude do BacenJud criado pelo ato 31.506/2018 do Banco Central do Brasil, pode a PGFN aproveitar o ensejo e surfar nessa onda, comunicando às referidas instituições financeiras com o intuito de averbar quantias e títulos equiparáveis à dinheiro ou até mesmo indisponibilizar a quantia que lá esteja depositada, criando o mesmo efeito do art.854, do CPC⁶⁹, tudo antes do início da execução fiscal, portanto, em sede de processo administrativo.

Como anteriormente abordado, a mesma ideia de indisponibilidade de bens móveis e imóveis também se liga à indisponibilidade de dinheiro ou ativo financeiro. Em termos gerais, a indisponibilidade de bens móveis e imóveis não impede que o executado possa usar e fruir o bem. Quando se trata de bens dessa natureza, pode até mesmo oferece-lo em garantia⁷⁰.

Entretanto, se PGFN ou RFB comunicar a existência de dívida tributária à qualquer instituição financeira que opera banco de dados, na forma de pré-averbação (art.7º, incisos I a III da Portaria nº 33/2018 - PGFN), por se tratar de dinheiro, ficaria o contribuinte devedor impedido de usar e fruir da quantia em sua conta bancária, sob pena de esvaziar o sentido da medida, exceto dar em garantia para quitar outro débito. Em termos práticos, a Fazenda Pública alcançaria o real sentido da norma (o de bloquear dinheiro do executado), indisponibilizando a quantia em conta bancária, mesmo sem a necessidade de antes realizar a apreensão dos valores, já que, repito, só se pode tornar indisponível qualquer valor se for possível apreendê-lo. De toda a sorte, a pré-averbação de dinheiro não foi adotada

⁶⁷ LIEBMAN, Enrico Tullio. Processo de Execução. Araras: Ed. Bestbook, 2001, Pág.167 e 168.

⁶⁸ STJ, 2ª Turma, REsp 943.259/RS, Rel. Min. Castro Meira, j. 19.08.2008 e STJ, 1ª Turma, AgRg no Ag 948.742/SP, Rel. Min. Denise Arruda, j. 22.04.2008, DJe 07.05.2008.

⁶⁹ Art.854: Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

⁷⁰ YOSHIKAWA, Eduardo Henrique de Oliveira. Indisponibilidade de bens na execução do crédito fiscal. Revista dialética de Direito Processual, São Paulo. Ed. Dialética, v. 28, Jul, 2005, Pág.52-53.

como primeira hipótese pela PGFN (art.22, III da Portaria nº 33/2018), destoando da jurisprudência do STJ que prefere a penhora on-line como modalidade prioritária quando o assunto é o manejo do art.185-A do CTN no processo de execução fiscal.⁷¹

De fato, a preferência pela pré-averbação, primeiramente sobre bens imóveis não gravados e após, bens imóveis gravados (art.22, § 2º, I e II da Portaria nº 33/2018) prestigia o Princípio da menor onerosidade na execução (art.805 do CPC)⁷². Essa postura de perquirir, primeiramente, bens imóveis, é mais benéfica se comparada à jurisprudência do STJ e ao CPC, na qual preferem a penhora on-line em respeito à efetividade, mas que, verificando o caso concreto, tem suavizado a execução em face do devedor, permitindo a troca de garantia de carta fiança bancária no lugar de dinheiro⁷³.

Noutro norte, se entendermos que a extensão da do art.20-B, §3º, II não seria capaz de indisponibilizar quantia em dinheiro, restaria aos órgãos da Fazenda Nacional tão somente pré-averbar àquela descoberta de numerário, com puro propósito de ampliar o mesmo efeito do art.185-A do CTN (indisponibilidade de bens), evitando a fraude à execução fiscal.

É bom esquadrihar que a norma do art.20-B, § 3º II da Lei 10.522/02, nesse particular, pretendeu se antecipar para que toda a comunicação e indisponibilidade de bens seja realizada dentro do contexto administrativo, criando uma tutela provisória instrumentalizada dentro no procedimento administrativo e não judicial, descartando qualquer dificuldade prática ou requisito que por ventura se faça necessário cumprir, ultrapassando toda as barreiras processuais, seja no processo de conhecimento (art.301, caput do CPC)⁷⁴ ou em execução (art.799, VIII do CPC)⁷⁵. Assim, a margem de discricionariedade estaria ao capricho da próprio Poder Executivo e não sob o olhar do Estado-Juiz.

⁷¹ STJ, 1ª Seção, Recurso Representativo de Controvérsia. REsp 1.184.765/PA, Rel. Min. Luiz Fux, J. 24/11/2010 e STJ, 2ª Turma, REsp 1.269/MG, Rel. Min. Mauro Campbel Marques, J. 01/12/2011, DJe 09/12/2011.

⁷² Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

⁷³ STJ, 3ª Turma, REsp. 1.116.647/ES, Rel. Min. Nancy Andrighi, DJe 25/03/2011.

⁷⁴ Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para assecuração do direito.

⁷⁵ Art. 799. Incumbe ainda ao exequente: VIII - pleitear, se for o caso, medidas urgentes;

1.1.3

A Inconstitucionalidade da medida e a jurisprudência

Diante das peculiaridades da norma, dentre elas, a de se aproximar cada vez mais do patrimônio do contribuinte sem a necessidade de análise discricionária e prévia do Poder judiciário, travou-se a discussão acerca da inconstitucionalidade de parte da Lei. Veremos ponto a ponto, quais o que provocam ruídos entre a CRFB/88 e os art.20-B, §3º, inciso II da Lei 13.606/2018 e art.20-E que modificam o art.25 da Lei 10.522/2002.

O pano de fundo da norma visa a cobrança administrativa de crédito tributário sobre os contribuintes devedores trazendo mais força à Fazenda sobre os procedimentos de tentativa de fraude à execução fiscal pela dilapidação do patrimônio ou incapacidade de solvência do crédito, objeto da dívida fiscal (art.185-A CTN). Com a implementação da execução administrativa, a RFB por meio da PGFN poderá obter os mesmos efeitos do referida norma, sem a necessidade de propor ação de execução fiscal e provar ao magistrado comportamento fraudulento do contribuinte-executado para que então o juiz possa constranger o patrimônio do devedor. Ocorre como já dito, que o *background* da norma trata de crédito tributário, por tanto, violaria a reserva de Lei Complementar para estabelecer normas sobre crédito tributário CT (art.146, III, “b” da CRFB/88).

Ademais, não poderia Lei de feição ordinária ingressar na seara de norma de maior grau como no caso do art.185-A do CTN que possui natureza de LC. Mais do que isso, a Lei 13.606/2018 que modificou o art.25 da Lei 10.522/2002, não observou os procedimentos estabelecidos na CRFB/88 no art. art.146, III, “b”⁷⁶ da CRFB/88, que obriga o legislador ordinário à elaboração de LC quando o tema é crédito tributário, incorrendo, por isso, em inconstitucionalidade formal objetiva.⁷⁷

Então, os art.20-B, §3º, II art.20-E, ambos da Lei 10.522/02 que ampliam garantias de crédito tributário só poderiam tutelar tais direitos via LC. Veja-se que o STF em outros casos de inconstitucionalidade formal de normas violadoras de preceito de reserva à lei complementar no que tange às normas gerais em matéria

⁷⁶ Art. 146. Cabe à lei complementar:

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

⁷⁷ NOVELINO, Marcelo. Direito Constitucional, 7ª Edição. São Paulo. Ed. Método, 2012. Pág. 237.

tributária se pronunciou (ADI nº 124/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 01/08/2008), em razão da Lei do Estado de Santa Catarina ter estipulado normas sobre extinção do crédito tributário por transcurso de prazo para conhecimento de recurso administrativo. Trago à lume um trecho do julgado:

"EMENTA: CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. NORMA DO ESTADO DE SANTA CATARINA QUE ESTABELECE HIPÓTESE DE EXTINÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO POR TRANSCURSO DE PRAZO PARA APRECIACÃO DE RECURSO ADMINISTRATIVO FISCAL. CONSTITUIÇÃO DO ESTADO, ART. 16. ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, ART. 4º. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 146, III, B, DA CONSTITUIÇÃO. A determinação do arquivamento de processo administrativo tributário por decurso de prazo, sem a possibilidade de revisão do lançamento equivale à extinção do crédito tributário cuja validade está em discussão no campo administrativo. Em matéria tributária, a extinção do crédito tributário ou do direito de constituir o crédito tributário por decurso de prazo, combinado a qualquer outro critério, corresponde à decadência. Nos termos do Código Tributário Nacional (Lei 5.172/1996), a decadência do direito do Fisco ao crédito tributário, contudo, está vinculada ao lançamento extemporâneo (constituição), e não, propriamente, ao decurso de prazo e à inércia da autoridade fiscal na revisão do lançamento originário. Extingue-se um crédito que resultou de lançamento indevido, por ter sido realizado fora do prazo, e que goza de presunção de validade até a aplicação dessa regra específica de decadência. O lançamento tributário não pode durar indefinidamente, sob risco de violação da segurança jurídica, mas a Constituição de 1988 reserva à lei complementar federal aptidão para dispor sobre decadência em matéria tributária. Viola o art. 146, III, b, da Constituição federal norma que estabelece hipótese de decadência do crédito tributário não prevista em lei complementar federal. Ação direta de inconstitucionalidade conhecida e julgada procedente."

Sob o mesmo ângulo e com o propósito de firmar o pensamento da Corte Suprema, o STF, posicionou-se por meio da Súmula vinculante nº 8.⁷⁸

Apesar da Portaria nº 33/2018 – PGFN ter traçado o procedimento de defesa (PRDI e impugnação à pré-averbação), no qual a parte (contribuinte) possa defender-se da insurgência da RFB contra seus bens, de modo à alinhar-se ao devido processo legal substancial (garantia do contraditório), o art.20-B, § 3º, II, além de não procedimentalizar tempo de duração de pronunciamento da Fazenda Nacional dentro do procedimento administrativo da indisponibilidade de bens (garantia da duração razoável do processo), feriu também o juiz natural no momento em que impediu o pronunciamento do magistrado, tornando o art.25 da Lei 10.522/02

⁷⁸ São inconstitucionais o parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei nº 1.569/1977 e os artigos 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam da prescrição e decadência do crédito tributário.

desproporcional ou irrazoável pela truculência da Fazenda Federal em face do patrimônio do devedor.

O Princípio do devido processo legal (art.5º, LIV), *due process of law* é a de que o processo, seja ele judicial ou administrativo, deve estar em consonância com o direito e não com a Lei, com vistas a um processo justo e equitativo.⁷⁹

Sendo assim uma garantia contra o abuso do Estado sobre o cidadão especialmente em matéria tributária, tem sido fortemente reafirmado pela jurisprudência do STF como maneira de inibir exageros ou abusos legislativos e arbitrários na feitura de Leis ou atos do Poder Público: (RE nº 374.981, Rel, Min. Celso de Mello, publicado no informativo nº 381). Colaciono abaixo alguns trechos do julgamento.

“Neste sentido, revelam-se flagrantemente inconstitucionais as medidas aplicadas, no âmbito federal, em consequência da decretação do chamado 'regime especial de fiscalização'. Tais medidas, pela gravidade das limitações que impõem à livre iniciativa econômica, conduzem à completa impossibilidade do exercício desta liberdade, negligenciam, por completo, o verdadeiro papel da fiscalização tributária em um Estado Democrático de Direito e ignoram o entendimento já consolidado do Supremo Tribunal Federal acerca das sanções indiretas em matéria tributária. Esta Corte, aliás, rotineiramente afasta os regimes especiais de fiscalização, por considerá-los verdadeiras sanções indiretas, que se chocam frontalmente com outros princípios constitucionais, notadamente com a liberdade de iniciativa econômica.”(grifei) É por essa razão que EDUARDO FORTUNATO BIM, em excelente trabalho dedicado ao tema ora em análise ("A Inconstitucionalidade das Sanções Políticas Tributárias no Estado de Direito: Violação ao 'Substantive Due Process of Law' (Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade)" in "Grandes Questões Atuais do Direito Tributário", vol. 8/67-92, 83, 2004, Dialética), conclui, com indiscutível acerto, "que as sanções indiretas afrontam, de maneira autônoma, cada um dos subprincípios da proporcionalidade, sendo inconstitucionais em um Estado de Direito, por violarem não somente este, mais ainda o 'substantive due process of law'"(grifei). Cabe lembrar, neste ponto, consideradas as referências doutrinárias que venho de expor, a clássica advertência de OROSIMBO NONATO, consubstanciada em decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal (RE 18.331/SP), em acórdão no qual aquele eminente e saudoso Magistrado acentuou, de forma particularmente expressiva, à maneira do que já o fizera o Chief Justice JOHN MARSHALL, quando do julgamento, em 1819, do célebre caso "McCulloch v. Maryland", que "o poder de tributar não pode chegar à desmedida do poder de destruir" (RF 145/164 - RDA 34/132), eis que - como relembra BILAC PINTO, em conhecida conferência sobre "Os Limites do Poder Fiscal do Estado" (RF 82/547-562, 552) - essa extraordinária prerrogativa estatal traduz, em essência, "um poder que somente pode ser exercido dentro dos limites que o tornem compatível com a liberdade de

⁷⁹ JÚNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento, Vol. 1, 17ª Edição. Salvador. Ed. Jus Podivum, 2015. Pág. 63.

trabalho, de comércio e de indústria e como direito de propriedade"(grifei). Daí a necessidade de rememorar, sempre, a função tutelar do Poder Judiciário, investido de competência institucional para neutralizar eventuais abusos das entidades governamentais, que, muitas vezes deslembradas da existência, em nosso sistema jurídico, de um "estatuto constitucional do contribuinte", consubstanciador de direitos e garantias oponíveis ao poder impositivo do Estado (Pet 1.466/PB, Rel. Min. CELSO DE MELLO, in "Informativo STF" nº 125), culminam por asfixiar, arbitrariamente, o sujeito passivo da obrigação tributária, inviabilizando-lhe, injustamente, o exercício de atividades legítimas, o que só faz conferir permanente atualidade às palavras do Justice Oliver Wendell Holmes, Jr. ("The power to tax is not the power to destroy while this Court sits"), em "dictum" segundo o qual, em livre tradução, "o poder de tributar não significa nem envolve o poder de destruir, pelo menos enquanto existir esta Corte Suprema", proferidas, ainda que como "dissenting opinion", no julgamento, em 1928, do caso "Panhandle Oil Co. v. State of Mississippi ExRel.Knox"(277U.S.218). Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, em face do conteúdo evidentemente arbitrário da exigência estatal ora questionada na presente sede recursal, o fato de que, especialmente quando se tratar de matéria tributária, impõe-se, ao Estado, no processo de elaboração das leis, a observância do necessário coeficiente de razoabilidade, pois, como se sabe, todas as normas emanadas do Poder Público devem ajustar-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do "substantive due process of law" (CF, art. 5º, LIV), eis que, no tema em questão, o postulado da proporcionalidade qualifica-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais, consoante tem proclamado a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal(RTJ160/140-141-RTJ178/22-24,v.g.):"O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade - que extrai a sua justificação dogmática de diversas cláusulas constitucionais, notadamente daquela que veicula a garantia do substantive due process of law - acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A norma estatal, que não veicula qualquer conteúdo de irrazoabilidade, presta obséquio ao postulado da proporcionalidade, ajustando-se à cláusula que consagra, em sua dimensão material, o princípio do substantive due process of law (CF,art.5º,LIV). Essa cláusula tutelar, ao inibir os efeitos prejudiciais decorrentes do abuso de poder legislativo, enfatiza a noção de que a prerrogativa de legislar outorgada ao Estado constitui atribuição jurídica essencialmente limitada, ainda que o momento de abstrata instauração normativa possa repousar em juízo meramente político ou discricionário do legislador."(RTJ176/578-580,Rel.Min.CELSO DE MELLO,Pleno) Em suma: a prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental, constitucionalmente assegurados ao contribuinte, pois este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos por este editados. A análise dos autos evidencia que o acórdão proferido pelo E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul diverge da orientação prevalecente no âmbito do Supremo Tribunal Federal, reafirmada em julgamentos recentes emanados desta Suprema Corte (RE 413.782/SC, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Pleno - RE 09.956/RS, Rel. Min. CARLOS

VELLOSO - RE 09.958/RS, Rel. Min. GILMAR MENDES - RE 414.714/RS, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA - RE 24.061/RS, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - RE 434.987/RS, Rel. Min. CEZAR PELUSO, v.g.)”.

Nem se diga que a alteração legislativa que permite a pré-averbação de bens e sua indisponibilidade, tradução sanção política, comportamento indireto e impositivo do fisco tendente a restringir a atividade econômica ou profissão para, com isso, forçar o pagamento de tributo. Esse entendimento foi cristalizado nas súmulas 70⁸⁰, 323⁸¹ e 547⁸², todas do STF, espelhado no RE nº 550.769/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, Julgado em 22/05/2013, publicado em 03/04/2014 e RE nº 413.782/SC, Tribunal Pleno, julgado em 17/03/2005, DJ 03-06-2005, em que o Ministro Joaquim Barbosa cita um trecho do Min. Celso de Mello:

"A sanção política também viola o devido processo legal substantivo na medida em que implica o abandono dos mecanismos previstos no sistema jurídico para apuração e cobrança de créditos tributários (e.g., ação de execução fiscal), em favor de instrumentos oblíquos de coação e indução. Esse aspecto foi registrado pelo eminente Ministro Celso de Mello, em voto-vogal proferido nos autos do RE 413.782: “A circunstância de não se revelarem absolutos os direitos e garantias individuais proclamados no texto constitucional não significa que a Administração Tributária possa frustrar o exercício da atividade empresarial ou profissional do contribuinte, impondo-lhe exigências gravosas, que, não obstante as prerrogativas extraordinárias que (já) garantem o crédito tributário, visem, em última análise, a constranger o devedor a satisfazer débitos fiscais que sobre ele incidam”.

O fato irrecusável, nesta matéria, como já evidenciado pela própria jurisprudência desta Suprema Corte, é que o Estado não pode valer-se de meios indiretos de coerção, convertendo- os em instrumentos de acerto da relação tributária, para, em função deles - e mediante interdição ou grave restrição ao exercício da atividade empresarial, econômica ou profissional - constranger o contribuinte a adimplir obrigações fiscais eventualmente em atraso.”

Por essa razão, a Lei teria concedido à RFB poderes de interditar bens do executado, ultrapassando e ganhando mais autonomia que o próprio Ministério Público Federal e Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), que mesmo tratando de crimes que envolvam atos de corrupção dentro de organizações

⁸⁰ Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

⁸¹ Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

⁸² Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

criminosas não podem, unilateralmente, bloquear bens de quem quer sejam, sequer utilizar de autotutela para a busca e apreensão de bens em domicílio⁸³, consoante orientação do STF.⁸⁴

Permitir que a Fazenda Nacional busque seus créditos mediante pré-averbação e imobilização de bens do contribuinte, sem o instrumento da execução fiscal, seria solapar a reserva de jurisdição (art.5º, XXXV da CRFB/88)⁸⁵, atos que somente a constituição outorgou ao Poder Judiciário praticar, entre eles os de bloqueio, acautelamento e retirada de bens, face a sua gravidade. Por ocasião do voto no RE nº 591.033/SP, Tribunal Pleno, julgado com Repercussão Geral em 17/11/2010, a Ministra Ellen Gracie consignou o seguinte:

“Todo o movimento do Judiciário brasileiro é no sentido de ampliar o acesso à jurisdição em cumprimento ao mandamento constitucional estampado no art. 5º, XXXV: ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’.
(...)

⁸³ Conforme definiu o Ministro Celso de Mello, “o postulado da reserva constitucional de jurisdição importa em submeter, à esfera única de decisão dos magistrados, a prática de determinados atos cuja realização, por efeito de explícita determinação constante do próprio texto da Carta Política, somente pode emanar do juiz, e não de terceiros, inclusive daqueles a quem se haja eventualmente atribuído o exercício de ‘poderes de investigação próprios das autoridades judiciais’” (MS 23.452). Isso significa que a CPI não poderá praticar determinados atos de jurisdição atribuídos exclusivamente ao Poder Judiciário, vale dizer, atos propriamente jurisdicionais. Veda-se, portanto, à CPI: diligência de busca domiciliar: a busca domiciliar, nos termos do art. 5º, XI, da CF, verificar-se-á com o consentimento do morador, sendo que, na sua falta, ninguém poderá adentrar na casa, asilo inviolável, salvo em caso de flagrante delito, desastre ou para prestar socorro, durante o dia ou à noite, mas, durante o dia, somente por determinação judicial, não podendo a CPI tomar para si essa competência, que é reservada ao Poder Judiciário.

⁸⁴ Mandado de segurança. Ato do Presidente de Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal e do Presidente do Banco Central do Brasil. 2. Desbloqueio de proventos do impetrante depositados em sua conta corrente no Banco do Brasil S.A.. 3. Liminar deferida para suspender, até o final julgamento do mandado de segurança, a indisponibilidade dos valores relativos aos proventos de aposentadoria. 4. Relevantes os fundamentos do pedido e periculum in mora. Caráter alimentar dos proventos de aposentadoria. 5. Parecer da Procuradoria-Geral da República pelo deferimento do writ. 6. Afastada preliminar de incompetência do S.T.F. 7. Entendimento do STF segundo o qual as CPIS não podem decretar bloqueios de bens, prisões preventivas e buscas e apreensões de documentos de pessoas físicas ou jurídicas, sem ordem judicial. Precedentes. 8. Mandado de segurança deferido, de acordo com a jurisprudência do STF, para anular o ato da CPI, que decretou a indisponibilidade dos bens do impetrante, explicitando-se, porém, que os bens do requerente continuarão sujeitos à indisponibilidade antes decretada pelo Juiz Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, em ação civil pública, sobre a matéria. (MS 23455, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/1999, DJ 07-12-2000 PP-00007 EMENT VOL-02015-02 PP-00305) Nesse sentido: cfr. MS 23446, Relator Min. ILMAR GALVÃO, Relator p/ Acórdão: Min. NELSON JOBIM (ART. 38, IV, b, DO RISTF), Tribunal Pleno, julgado em 18/08/1999, DJe-139 DIVULG 08-11-2007 PUBLIC 09-11-2007 DJ 09-11-2007 PP-00043 EMENT VOL-02297-02 PP-00276.

⁸⁵ Art. 5º, XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

No sistema brasileiro, em que não é dado ao Executivo proceder à chamada ‘execução administrativa’, a fase de cobrança extrajudicial restringe-se à notificação do contribuinte para que pague voluntariamente seu débito. Não há instrumentos de expropriação à disposição do Fisco. Os atos expropriatórios estão sob a chamada ‘reserva de jurisdição’. O Fisco precisa, como qualquer pessoa, buscar perante o Judiciário a satisfação dos seus créditos, ajuizando execução fiscal.

Aliás, é firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que cabe ao Fisco cobrar seus créditos mediante a via da execução fiscal, vedando-lhe que a substitua por mecanismos indiretos de coerção – ‘normas enviesadas a constranger o contribuinte, por vias oblíquas, ao recolhimento do crédito tributário’ (ADI 173) – que se costumam chamar de ‘sanções políticas’. Tal orientação está consolidada nos Enunciados 70, 323 e 547 da Súmula desta Corte.

A via de execução fiscal, pois, é a desejável e deve ser assegurada ao Fisco.

Aliás, tendo sido atribuída apenas e tão somente ao Poder Judiciário a tarefa de distribuir justiça, não sendo outorgada sequer ao próprio estado a possibilidade de buscar a autotutela, impõe-se que se assegure de modo efetivo, também aos entes federados, a concretização da garantia constitucional de que ‘nenhuma lesão ou ameaça a direito será excluída da apreciação do Poder Judiciário’.

Considerando que sistemática processual de julgamento acima foi firmada em repercussão geral e pelo Tribunal Pleno do STF devem respeitar a sistemática do art.988, §5º, II ⁸⁶ e art.927, V, todos do CPC⁸⁷, em tese, abre-se aqui a hipótese de cabimento de reclamação constitucional contra ato de autoridade administrativa⁸⁸, desde de que esgotadas as instâncias ordinárias, para garantir a autoridade do STF (art.102, I, “I” da CRFB/88)⁸⁹⁹⁰, acaso a RFB, através da PGFN, averbe certidão de dívida ativa nos órgãos de registro e torne indisponíveis quaisquer bens ou direitos, na linha do art.20-B, § 3º, II da Lei 10.522/02. Nesta

⁸⁶ Art. 988. Caberá reclamação da parte interessada ou do Ministério Público para: § 5º É inadmissível a reclamação: (Redação dada pela Lei nº 13.256, de 2016) Inciso II – proposta para garantir a observância de acórdão de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida ou de acórdão proferido em julgamento de recursos extraordinário ou especial repetitivos, quando não esgotadas as instâncias ordinárias. (Incluído pela Lei nº 13.256, de 2016)

⁸⁷ Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

⁸⁸ BEDAQUE, José Roberto dos Santos; CARNEIRO, Paulo Cesar Pinheiro, et al. Novo Processo Civil Brasileiro. Temas Relevantes . Estudos em Homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux, Vol. I, 1ª Edição. Rio de Janeiro. Ed. GZ, 2018. Pág. 522.

⁸⁹ JÚNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil. Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais, Vol. 3, 13ª Edição. Salvador. Ed. Jus Podivum, 2016. Pág. 563.

⁹⁰ Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I - processar e julgar, originariamente: I) a reclamação para a preservação de sua competência e garantia da autoridade de suas decisões.

sintonia, o art.19, §§ 4º, 5º e 7º da Lei 10.522/2002⁹¹, com modificações trazidas pela Lei 12.844/2013, regulamentam a influência dos precedentes em respeito às Cortes Supremas exercem sobre a atividade administrativa-tributária, de modo a proibir a RFB de se comportar contra jurisprudência vinculante dos Tribunais Superiores⁹².

O Princípio do contraditório e da ampla defesa (art.5º, LV da CRFB/88)⁹³ estariam fragilizados, muito embora a portaria nº 33/2018 - PGFN regulamentasse, via comando do art.20-E da Lei 10.55/02, o direito do administrado apresentar suas razões (defesa) via processo administrativo. Para alguns juristas a razão dessa violação se dá porque o contraditório e ampla defesa de maneira mais aprofundada, engloba o direito de o contribuinte ter seus argumentos analisados via processo judicial e não somente administrativo, assim como, por juiz imparcial com isenção de ânimo e não apenas sob as luzes da própria RFB/PGFN que naturalmente se volta à seus interesses (o de tributar). Confira a doutrina do professor Gilmar Mendes⁹⁴, influenciado pelo direito comparado (Alemão):

“Não é outra a avaliação do tema no direito constitucional comparado. Apreciando o chamado “*Anspruch auf rechtliches Gehör*” (pretensão à tutela jurídica) no direito alemão, assinala a Corte Constitucional que essa pretensão envolve não só o direito de manifestação e o direito de informação sobre o

⁹¹ Lei 10.522/02 - Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistam outros fundamentos relevantes, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004)

II - matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Superior Eleitoral, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

§ 4º A Secretaria da Receita Federal do Brasil não constituirá os créditos tributários relativos às matérias de que tratam os incisos II, IV e V do caput, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do caput. (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

§ 5º As unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil deverão reproduzir, em suas decisões sobre as matérias a que se refere o caput, o entendimento adotado nas decisões definitivas de mérito, que versem sobre essas matérias, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do caput. (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

⁹² JÚNIOR, Fredie Didier. Curso de Direito Processual Civil. Introdução ao Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento, Vol. 2, 10ª Edição. Salvador. Ed. Jus Podivum, 2015. Pág. 462 e 463.

⁹³ LV - Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

⁹⁴ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de Direito Constitucional, 12ª Edição. rev. e atual. São Paulo. Ed. Saraiva, 2017, pág. 397.

objeto do processo, mas também o direito de ver os seus argumentos contemplados pelo órgão incumbido de julgar.

Daí afirmar-se, correntemente, que a pretensão à tutela jurídica, que corresponde exatamente à garantia consagrada no art. 5º, LV, da Constituição, contém os seguintes direitos:

- direito de informação (*Recht auf Information*), que obriga o órgão julgador a informar às partes os atos praticados no processo e sobre os elementos dele constantes;
- direito de manifestação (*Recht auf Äusserung*), que assegura a possibilidade de manifestação, oralmente ou por escrito, sobre os elementos fáticos e jurídicos constantes do processo;
- direito de ver seus argumentos considerados (*Recht auf Berücksichtigung*), que exige do julgador capacidade de apreensão e isenção de ânimo (*Aufnahmefähigkeit und Aufnahmebereitschaft*) para contemplar as razões apresentadas.”

A norma do art.20-B, § 3º, II do art.25 da Lei 10.522/02 que averba e indisponibiliza o patrimônio do administrado coloca em linha de colisão com o direito fundamental de propriedade (art.5º, XXII⁹⁵ e art.170, II, da CRFB/88⁹⁶) eis que impediria o executado de gozar, dispor, usar e fruir da coisa (art.1.228 e art.1.335, do CC/02)⁹⁷. Negando quaisquer poderes de *jus utendi, fruendi et abutendi*, é tolher a própria propriedade e seu direito de exercício estando dentro deste os múltiplos valores essenciais à vida, ao progresso e à cultura. ⁹⁸.

O caminho percorrido pelo art.20-B, §3º, II pretendendo o bloqueio de bens do devedor parece não preencher os critérios da proporcionalidade nos três eixos. A finalidade perquirida pela norma (adequação) para alcançar a satisfação do interesse coletivo na busca do crédito tributário colide com a (necessidade), isto é, a possibilidade de alcançar objetivos de modo menos gravoso ao contribuinte, quando na verdade, o Poder Executivo já possui outros dois meios de fiscalização e cobrança de tributos (medida cautelar fiscal e arrolamento de bens), sem dizer da

⁹⁵ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XXII - é garantido o direito de propriedade.

⁹⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II - propriedade privada.

⁹⁷ Art.1.228 do CC/02: O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

⁹⁸ NADER, Paulo. Curso de Direito Civil. Direito das Coisas, Vol. 4, 7ª Edição. rev, atual e amp. Rio de Janeiro. Ed. Gen Forense, 2016, pág. 320.

certeza e liquidez que a Fazenda dispõe, somada a ferramenta de protesto de título, também disponível ao fisco (ADI 5.135/DF), julgado constitucional. Portanto, permitido o protesto da dívida ativa incluído pela Lei 12.767/2012, já que não restringe o patrimônio do devedor.

Conclui-se, que mesmo havendo a medida necessária e adequada, o ato praticado, em termos de realização do objetivo pretendido não supera a restrição a outros valores constitucionalizados (proporcionalidade em sentido estrito), ficando claro que neste caso não prestigia a máxima efetividade e desaparece a mínima restrição ao patrimônio do contribuinte ou a seus direitos.

Com a indisponibilidade e consequente paralisação parcial ou integral do patrimônio do devedor (maquinários, veículos, imóveis, ações e capital de giro), causaria o engessamento de ativos com reflexos no fluxo de caixa, livre formação do preço praticado no mercado, pagamento de fornecedores e empregados, bem como a obtenção de empréstimos e garantias para o exercício da atividade, situação que afronta a livre iniciativa da atividade comercial e profissional (art.170, § único da CRFB/88). Pontua Leandro Paulsen:

“Quanto às restrições a direitos, cabe considerar, inicialmente, que o direito ao exercício de atividade econômica ou profissional não pode ser restringido em razão da pura e simples existência de débitos do contribuinte. Tratando-se de direitos constitucionais, seria medida desproporcional tal restrição, mormente considerando que há meios próprios à disposição do Fisco para a cobrança dos seus créditos. Assim, medidas como a interdição de estabelecimento, não autorização da emissão de documentos fiscais, vedação da aquisição de estampilhas e cassação da habilitação profissional não são admitidas, constituindo o que se costuma designar de “sanções políticas”⁹⁹.

A finalidade da norma parece estar fora do modo de justificação proposto pelo professor Humberto Ávila para a dissociação entre regras e princípios, pois as regras existentes exigem que uma construção conceitual dos fatos corresponda à norma e a da finalidade que lhe dá suporte. Em relação aos princípios, o estado de coisas colocado como fim deve corresponder aos efeitos decorrentes da conduta tida por necessária¹⁰⁰.

⁹⁹ PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário Completo, 8ª Edição. São Paulo. Ed. Saraiva, 2017, pág. 234.

¹⁰⁰ ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios. da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 13ª Edição. São Paulo. Ed. Malheiros, 2012, pág. 63.

Logo que a Lei 13.606/2018 foi publicada, rapidamente o Partido Socialista Brasileiro - PSB se articulou e propôs a ADI nº 5.881/DF com o intento de, liminarmente, suspender os efeitos imediatos do art.25 da Lei 13.606/2018, na parte que inseriu os arts.20-B,§ 3º, II e art.20-E na Lei 10.522/2002 e, ao final, declarar inconstitucional a inserção das referidas normas supramencionadas. Em decisão proferida pelo Ministro Relator Marco Aurélio, foi negada a medida cautelar, entendendo que o caso não se enquadraria como questão urgente a ser decidida pelo Presidente do STF nos períodos de recesso ou de férias (art.13, inciso VIII do RISTF)¹⁰¹. Negado ainda, a intervenção de *amicus curiae* da Associação dos Advogados Públicos Federais – ANAFE, pelo fato de não haver afinidade entre do conteúdo da norma impugnada e atividade desempenhada pela instituição. Colaciono abaixo, trecho do voto do Min. Marco Aurélio (AgRg na ADI 5.881/DF):

“Surge cabível a entidade defender os interesses da categoria profissional que congrega. Versando a ação direta norma a possibilitar à Fazenda Pública averbar certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora, não se vislumbra afinidade entre o conteúdo do dispositivo impugnado e os objetivos institucionais constantes no Estatuto da Associação”.

As alegações da agravante não prosperam. Inexiste premissa conducente a entender-se pela admissibilidade da intervenção, a qual constitui exceção à regra prevista no artigo 7º, cabeça, da Lei nº 9.868/1999. A participação pressupõe não o interesse na solução do processo, mas, cumulativamente, o reconhecimento da representatividade e da pertinência temática, reveladora de real contribuição da entidade à apreciação, por este Tribunal, da matéria constitucional controvertida.

Surge impróprio confundir os interesses da classe dos advogados públicos federais com as regras alusivas ao funcionamento da atividade fiscal do Estado. O exercício do dever estatutário que a agravante se propõe a cumprir, concernente à defesa dos direitos daqueles que congrega, não abrange o ingresso em processo objetivo no qual discutida a possibilidade de a Fazenda Pública averbar certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora, tornando-os indisponíveis”.

De modo contrário, a Advocacia Geral da União defende a constitucionalidade da norma, posto que o instrumento criado para promover a averbação e indisponibilidade de bens não teria caráter processual, excluindo do campo de competência da União (art.22, I da CRFB/88)¹⁰², mas apenas norma de

¹⁰¹ Regimento interno do STF: Art. 13. São atribuições do Presidente: VIII – decidir questões urgentes nos períodos de recesso ou de férias (Atualizado com a introdução da Emenda Regimental 26/2008).

¹⁰² Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho.

cunho procedimental em matéria processual, por se tratar de cobrança extrajudicial da DAU, sendo assim, competência concorrente (art.24, XI da CRFB/88)¹⁰³, cabendo a cada Ente da Federação (União, Estados, DF e Municípios) criar sua própria norma semelhante a esta que ora se discute.

Tratando-se de ação em controle concentrado de constitucionalidade, acaso o Supremo Tribunal Federal julgue inconstitucional a ADI 5.881/DF, como consequência automática haverá a inconstitucionalidade por arrastamento ou atração da Portaria nº 33/2018 - PGFN, somente na parte em que regulamenta o art.20-B, §3º, II, haja vista que ambas as normas possuem íntima conexão entre si e com vínculo de dependência jurídica, razão pela qual não poderá o Poder Judiciário proclamar a retirada de penas uma norma do sistema jurídico, mantendo outras, sob pena de prejudicar o sistema normativo. A Procuradoria Geral da República pugna pela procedência da ADI.

Recentemente, outra norma de igual medida (projeto de Lei 1.646/2019)¹⁰⁴, senão mais severa, vem sendo debatida no congresso Nacional, o que dará, caso seja aprovada, ainda mais pujança à Fazenda Nacional para a cobrança da dívida ativa, de débitos igual ou superior a 15 milhões de reais, sejam eles inscritos ou não em dívida ativa. O PL visa alterar as Leis 6.830/80 (LEF), Lei 8.397/92 (medida cautelar fiscal) e Lei 9.430/96.¹⁰⁵ Uma vez identificado, pela própria Administração Pública, através de requisitos objetivos (art.2º da PL 1.646/2019)¹⁰⁶ o comportamento renitente e insistente do contribuinte, poderá o

¹⁰³ Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XI - procedimentos em matéria processual.

¹⁰⁴ A PL 1.646/2019 trata do devedor contumaz e do fortalecimento da cobrança de dívida ativa. Encontrado: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1721790&filename=PL+1646/2019. Acessado em: 08/05/2019.

¹⁰⁵ Dispõe sobre a legislação tributária federal, as contribuições para a seguridade social, o processo administrativo de consulta.

¹⁰⁶ Art. 2º Os órgãos da administração tributária da União poderão instaurar procedimento administrativo para caracterização e aplicação de restrições administrativas ao devedor contumaz, quando houver:

- I - indícios de que a pessoa jurídica tenha sido constituída para a prática de fraude fiscal estruturada, inclusive em proveito de terceiros;
- II - indícios de que a pessoa jurídica esteja constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas ou o verdadeiro titular, na hipótese de firma individual;
- III - indícios de que a pessoa jurídica participe de organização constituída com o propósito de não recolher tributos ou de burlar os mecanismos de cobrança de débitos fiscais; ou
- IV - indícios de que a pessoa física, devedora principal ou corresponsável, deliberadamente oculta bens, receitas ou direitos, com o propósito de não recolher tributos ou de burlar os mecanismos de cobrança de débitos fiscais.

Poder Público até mesmo cancelar o CNPJ da pessoa jurídica (devedor), além de impedir que o devedor se valha de benefícios fiscais¹⁰⁷.

Destacarei a seguir, a responsabilidade civil do Estado (União), sobre as práticas de averbação e indisponibilidade de bens dos contribuintes nos órgãos sujeitos à registro, considerando que norma vige regularmente, desde sua publicação (08.01.2018), aliado ao fato de, embora proposta a ADI 5.881/DF, não obteve a suspensão da norma (art.20-B, §3º, II da Lei 10.522/2002), em sede de controle concentrado.

¹⁰⁷ Art. 3º Ao final do procedimento de que trata o caput do art. 22, comprovados os motivos que deram origem à sua instauração, o contribuinte caracterizado como devedor contumaz poderá sofrer isolada ou cumulativamente, as seguintes restrições administrativas:

Inciso I - cancelamento do cadastro fiscal do contribuinte pessoa jurídica ou equivalente.

2.

A responsabilidade civil do estado em âmbito fiscal

O Estado surge através de duas possibilidades possíveis, a primeira hipótese de surgimento do estado (i) a romântica tem sua origem num pacto originário, de modo que pessoas vivendo em tribos, aos poucos vão se somando, em razão da morte ocasionada por confrontos fundados na eliminação da concorrência, até que todas as tribos ou pessoas se unem com o intuito de estabelecerem um acordo de convivência, daí o pacto. Todos então, abririam renunciariam de seus direitos para se submeterem a um ente maior.¹⁰⁸

Noutra ponta, a segunda forma de surgimento do Estado nasceria da violência, isto é, da guerra de todos contra todos, havendo guerra de sujeição de um grupo sobre o outro, sendo assim, não haveria pacto entre os homens.¹⁰⁹

O Estado visto como um ente absolutista e soberano, gozaria de irresponsabilidade civil, já que a figura do monarca se confundiria com a do próprio Estado. Foi sob esse modelo que Luis XIV disse: (“*L’État c’est moi*” - O Estado sou eu). Ainda assim, o Estado se via encarnado em um poder divino não estando sujeito a qualquer erro. Essa visão concedia ao Estado uma perfeição tida por divina, de maneira que era impossível atribuir culpa ou falhas a seus governantes. À esse pensamento surgiu a célebre frase: “*The King can do no wrong*: (O rei não erra).

Contudo, a tese da impossibilidade de imputar erro ao Estado foi superada por conta das Revoluções, em especial a Francesa em 1789, que reclamava a atuação do legislador submetida ao Princípio da Legalidade, separação de funções estatais e reconhecimento de direitos fundamentais, os quais teriam que ser promovidos e protegidos pelo Estado. Nos Estados Unidos, em 1947 foi abandonada com a edição do *Crwon Proceedings Act* e do *Federal Tort Claims Act de 1946*).

Superada a blindagem da irresponsabilizava do Estado, surge então a teoria da dupla personalidade do Estado, separando os atos de império (o Estado propriamente dito e dotado de soberania)¹¹⁰ e atos de gestão (Estado atua em poder

¹⁰⁸ OLIVEIRA, Régis Fernandes. Curso de Direito Financeiro, 7ª Edição. São Paulo. Ed. Revista do Tribunais, 2015, pág. 42.

¹⁰⁹ Ibidem, pág. 43.

¹¹⁰ Exemplo: Poder de polícia. Nesse caso, o Estado não seria responsabilizado.

de igualdade com o particular)¹¹¹, sendo a razão para a teoria da culpa individual. Após a culpa individual evoluímos para a culpa anônima (culpa do serviço ou *Faute du service*¹¹², onde a vítima deve apenas comprovar que o serviço não, funcionou, funcionou mal ou funcionou com atraso.

O marco inicial da responsabilidade objetiva veio com a obra de *Raymond Saleilles*¹¹³, valendo-se da ideia de que a imputabilidade fosse substituída pela causalidade. Posteriormente a tese ganhou ainda mais força com *Loius Josserand* que defendia a ideia de risco como responsabilização¹¹⁴. No Brasil, por exemplo, a introdução da responsabilidade objetiva foi inaugurada por meio de leis específicas como a Lei das Estradas de Ferro (Decreto nº 2.681/12) e Código Brasileiro de Aeronáutica (Lei 7.565/86)¹¹⁵.

Desde a Constituição Federal de 1946 o Estado responde objetivamente, baseado na teoria do risco (fundada na noção de que o Estado assume prerrogativas especiais) e da repartição dos encargos sociais (em que havendo benefícios para toda a coletividade, em razão da atividade administrativa-estatal, todos devem ressarcir àquelas pessoas que sofreram danos face a atuação mal sucedida do Estado). Essa responsabilidade restringe-se apenas às pessoas de direito público, pensamento mantido na Constituição de 1967 e EC/69, mas de forma inovadora, a CRFB/88 (art.37, § 6º)¹¹⁶, sob um pensamento mais capitalista, ampliou a responsabilidade civil, alargando a sua incidência para incluir as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos e, ao final, assegurando aos seus agentes, o direito de regresso, portanto, a relação entre o Estado e seus agentes, aplica-se a

¹¹¹ Exemplo: Contratos. Sob essa ótica, para que fosse possível responsabilizar o Estado, dependeria de identificação do agente público e de demonstração de sua culpa.

¹¹² A teoria da *faute du service* tem surgimento no conselho de Estado Francês, a partir do caso Blanco e Pelletier, julgados em 1873.

¹¹³ A obra se chamava: “*Les accidents de travail et la responsabilité civile: essai d’une théorie Objective de la responsabilité Délictuelle*”

¹¹⁴ SCHREIBER, Anderson. Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil: Da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos, 3ª Edição. São Paulo. Ed. Atlas, 2011, pág. 19.

¹¹⁵ Ibidem, pág. 20.

¹¹⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

responsabilidade subjetiva. O código civil (art.43)¹¹⁷ reafirmou o mesmo espírito da CRFB/88 e art.927, § único, todos do diploma civil.¹¹⁸, impondo a todo àquele que causar dano a terceiro fica obrigado à reparar o prejuízo, independente se tenha querido mal ou bem ao terceiro prejudicado, eis que não se discute na responsabilidade objetiva a condição psíquica da conduta humana (ilicitude).

A base da responsabilidade do Estado é tríplice. Configura-se em 3 elementos: conduta (fato administrativo), dano e nexos causal. A conduta é toda ação humana, seja ação ou omissão¹¹⁹. O dano não significa necessariamente a diminuição do patrimônio da pessoa lesada. Tanto pode ser a lesão a um interesse jurídico – patrimonial ou não, incluindo aqui o moral, de uma pessoa física ou jurídica.¹²⁰ O nexos causal, é um elo etiológico que une conduta do agente do Estado (positiva ou negativa) ao dano, portanto sendo o liame fático entre a conduta do agente público e o prejuízo causado ao particular¹²¹. Assim, nem todas as condições para o resultado danoso será causa, mas apenas aquela que for mais apropriada (adequada) para produzir o evento.

Algumas vozes na doutrina civilista¹²² relatam que no Brasil, a maioria da comunidade jurídica teria adotado a teoria da causalidade adequada (ou dano direto e imediato) para elucidar o nexos causal com forte influência civilista, capitaneada por Gustavo Tepedino, inspiraram o STJ na adoção da teoria do dano direto e imediato¹²³, consignado no art.403 do Código Civil¹²⁴, muito embora de

¹¹⁷ Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

¹¹⁸ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

¹¹⁹ FILHO, Sérgio Cavalieri. Programa de Responsabilidade Civil, 6ª Edição. São Paulo. Ed. Malheiros, 2005, pág. 46.

¹²⁰ STOLZE, Pablo. Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil, Vol. 3, 12ª Edição. São Paulo. Ed. Saraiva, 2014, pág. 82.

¹²¹ Ibidem, pág. 139.

¹²² NETTO, Filipe Braga. Manual da Responsabilidade Civil do Estado, 5ª Edição. Salvador. Ed. Juspodivm, 2019, pág. 2014 e 2015.

¹²³ STJ, REsp 858.511, Rel. Min. Teori Zavascki, 1ª T., DJ 15/09/2008.

¹²⁴ Art. 403. Ainda que a inexecução resulte de dolo do devedor, as perdas e danos só incluem os prejuízos efetivos e os lucros cessantes por efeito dela direto e imediato, sem prejuízo do disposto na lei processual.

forma confusa, deficiente para a solução de problemas que envolvem responsabilidade civil em geral, inclusive a do Estado. O próprio STJ relativizou o elemento normativo do nexo causal, o primeiro indispensabilidade do nexo causal para responsabilização de qualquer ente, extraída do art.927 do CC/02, segundo o qual ninguém pode ser responsabilizado por aquilo que não de causa e a segunda, fundada no art.403 do CC/02, que fixa o conteúdo e os limites do nexo causal, pelo que somente se considera causa o evento que produziu direta e concretamente o resultado danoso¹²⁵.

Como o nexo causal tem aplicação na conduta omissiva, não podemos abandonar a problemática da responsabilidade civil do Estado por omissão. Nesse contexto, é preciso verificar se além da omissão estatal, outras causas foram direta e imediata do dano. Num primeiro momento foi negada a aplicação da responsabilidade do Estado por omissão, devido ao texto do art.37, § 6º CRFB/88 não fazer qualquer distinção entre atos comissivos e omissivos¹²⁶. Contudo, outra parte da doutrina admite a incidência da teoria subjetiva, se o caso concreto tratar de omissão do ente público que não foi o causador do dano, portanto, o Estado não foi a “causa”, mas condição do dano, porém deveria impedir a ocorrência do dano, mas não o fez.

Nada obstante, não é qualquer omissão que faz surgir a responsabilidade. Diríamos que outra linha cinzenta é distinguir omissão genérica (aquela relativa a um dever genérico de atuação) de uma omissão específica (comportamento mais qualificado e relevante para o caso concreto). Ambos os Tribunais (STJ¹²⁷ e STF¹²⁸), acolheram em várias oportunidades, a teoria subjetiva, quando a hipótese for a responsabilidade civil do Estado por omissão, restando a necessidade do lesado comprovar a culpa (negligência, imprudência ou imperícia estatal), além do nexo causa e o dano.

A verdade é que a jurisprudência vem flexibilizando nexo casual para permitir a reparação integral, transferindo ou eliminando o peso da prova da culpa

¹²⁵ STJ, REsp 1.198.829, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª T., DJ 25/11/2010.

¹²⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª Edição. São Paulo. Ed Malheiros, 1997, Pág. 567.

¹²⁷ STJ, AgRg no AREsp 243.494, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª T., DJ 10/12/2013 e STJ, AgInt no AREsp 1.249.851, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1ª T., DJe 26/09/2018.

¹²⁸ STF, RE 608.880/MT, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJ, 17/09/2013.

e a relativa desimportância da prova do nexo causal, justamente com a finalidade de garantir ao ofendido alguma indenização¹²⁹. Essa aplicação tem grande aproximação com a teoria do risco integral, onde desconsidera-se o nexo de causalidade à exemplo da Lei 10.309/2001¹³⁰.

2.1

A Responsabilidade da União e de seus procuradores

Passemos ao exame da responsabilidade civil da Fazenda em face de seu comportamento, causado por seus agentes e das normas que edita, capaz de gerar prejuízos ao particular. A definição de funcionário público tem sido a mais ampla possível, abrangendo todos àqueles de que algum modo, forma de escolha e função, colaborem na gestão pública, não importando se o indivíduo está sendo remunerado ou não, se permanente ou temporário. Nesta trilha, o mais alto mandatário da nação (presidente da República) até o mais modesto trabalhador pode dar causa a responsabilidade civil do Estado¹³¹. Com o fito de proteger a Administração Pública, mas que no fundo acabou por amplificar a sua responsabilidade o Código Penal (art.327, § único), seguiu um conceito dilatado de servidor público¹³², conceito este utilizado no direito civil.

A exclusão de responsabilização do Estado tem exceção quando, embora tendo o agente público vinculado institucionalmente com Administração Pública (policia militar), pratica atos fora da qualidade de agente público (fora do serviço público, ou seja, de férias), efetua disparos com arma própria e não da

¹²⁹ Ibidem, pág. 223.

¹³⁰ Art. 1º da Lei 10.309/2001: Fica a União autorizada a assumir as responsabilidades civis perante terceiros no caso de danos a bens e pessoas no solo, provocados por atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras no Brasil ou no exterior

¹³¹ Ibidem, pág. 123.

¹³² Art.327:Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública.

§ 1º - Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica da Administração Pública.(Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000)

corporação¹³³. Do contrário, uma vez que o servidor tenha praticado o ato no exercício de suas funções e causado prejuízo a outrem, não haveria outra saída, senão responsabilizar o Estado, dada a aplicação da teoria do órgão (de que a atuação dos agentes públicos, que compõem os órgãos públicos, é imputada à respectiva pessoa estatal)¹³⁴, aliada ao fato da responsabilidade do servidor, pois este só pode responder regressivamente, por dolo ou culpa (negligência, imprudência ou imperícia), sob pena de adulterar o art.37, § 6º CRFB/88, posição que se filia o STF há mais de uma década¹³⁵.

Alias, o CPC/2015 reafirmou essa linha de raciocínio no (art.184), quando tratou da responsabilidade dos advogados públicos, categoria que se encaixa com os procuradores da PFN. Acaso a RFB ou quaisquer órgãos da PGFN, utilizando-se de uma pré-averbação temerária ou infundada, através de qualquer procurador responsável pela comunicação aos órgãos de registro de bens e direitos, será responsável a União Federal. Ocorre que o STJ diverge do STF, relatando ser cabível a responsabilidade solidária entre o Estado e o agente público, garantindo que o lesado, a seu critério, poderia acionar ambos ou apenas um dos responsáveis pelo dano¹³⁶, uma vez identificado o Procurador que realizou o ato, haja vista ser este, em certo momento, o responsável pela pré-averbação executória. É o que se infere do (art.24º, § 2º, incisos I a III da Portaria nº 33/2018 da PGFN)

Mesmo que o ato de averbação e bloqueio de bens do executado junto aos órgãos de registro posto no art.20-B,§3º, II da Lei 10.522/02, seja previsto em Lei, portanto lícito, poderá a Fazenda Nacional, ainda sim, ser responsabilizada, tendo por irrelevante o questionamento do dolo ou culpa do agente, questionamento se lícito ou ilícito e, ainda, se bom ou mau funcionamento da Administração Pública¹³⁷. É o que acontece quando a Administração Pública promove atos com o propósito de protesto e inserção do nome de devedor em cadastros segregativos de

¹³³ STF, RE nº 291.035, Rel. Min. Celso de Mello.

¹³⁴ A teoria do órgão parte de uma analogia entre o Estado e o corpo humano: entende-se que o Estado atua por meios de órgãos, os braços estatais. Assim, a ideia de representação é substituída pela imputação volitiva.

¹³⁵ STF, RE 327.904, Rel. Min. Carlos Ayres Britto, 1ª T., DJ 08.09.2006.

¹³⁶ STJ, REsp 687.300, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, 4ª T., DJ 24.08.2010. Precedentes: REsp 731.746, DJ 05.08.08.

¹³⁷ MEDAUAR, Odete. Direito administrativo Moderno, 18ª Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2011, pág. 388/389.

crédito, por dívidas de custas (taxa judiciária) emitida de equivocadamente, oriunda da ação de despejo que tramitou na 2ª Vara cível do Meier¹³⁸.

Por essa razão, é possível em casos semelhantes, guardadas as peculiaridades do caso concreto, a responsabilização da União, em razão de pré-averbação promovida pela PGFN precipitadamente desconsiderando os critérios objetivos da Portaria impedindo que o contribuinte (pessoa física ou jurídica), se valesse da emissão de Cepen, de fechar novos contratos com fornecedores ou mesmo de valer-se de benefícios fiscais concedidos por outras Fazendas (estaduais ou municipais). No caso de lançamento do nome da PJ nos cadastros restritivos de crédito (Spc, Serasa, Cadin e cartório de Protesto) os danos morais de pessoa jurídica configura *in re ipsa*. Também é possível imputar responsabilização à União pela inscrição de pessoa jurídica em dívida ativa¹³⁹ ou débito com exigibilidade suspensa¹⁴⁰.

Desse modo, caberia ao contribuinte-devedor, comprovar que a omissão específica de determinado ato relevante e qualificado para ocorrência do dano, originário da PGFN, como o caso de não levantamento da pré-averbação e sua indisponibilidade (art.29, incisos I e II¹⁴¹, art.30, § único¹⁴² Portaria 33/2018) ou cancelamento da pré-averbação (art.32, § único)¹⁴³, em alguns casos, no prazo de

¹³⁸ TJRJ, Processo nº 0005881-23.2018.8.19.0001, Recurso Inominado, Juiz rel. Raquel de Oliveira, Julgado em 28/09/2018.

¹³⁹ STJ, AgInt no AgRg no AResp 572925/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, 4ª T., DJ 27/06/2017 e TRF2, processo 0019093-33.2014.4.02.5151, Des. Ricardo Perlingeiro, 5ª Turma especializada, DJ 15/09/2017.

¹⁴⁰ TRF2, processo 0001225-41.2013.4.02.5001, Des. Ricardo Perlingeiro, 5ª Turma especializada, DJ 09/02/2017.

¹⁴¹ Art. 29. Julgada procedente a impugnação, o Procurador da Fazenda Nacional deverá:
I - determinar o cancelamento da averbação pré-executória nos órgãos de registro de bens ou direitos, quando for o caso;

II - determinar a averbação pré-executória dos bens indicados em substituição pelo devedor ou corresponsável e, quando for o caso, o cancelamento da averbação nos registros dos bens ou direitos anteriormente averbados.

¹⁴² Parágrafo único do art.30 da Portaria 33/201: O não encaminhamento da petição inicial para ajuizamento da execução fiscal no prazo previsto no caput ensejará o levantamento da averbação pré-executória, ressalvada a suspensão da exigibilidade do débito antes do efetivo ajuizamento.

¹⁴³ Art. 32. Configuram hipóteses de cancelamento da averbação pré-executória:

I - a extinção do débito que deu origem à averbação;

II - a procedência da impugnação do devedor;

III - a desapropriação pelo Poder Público;

IV - a decisão judicial;

10 dias, seria suficiente para a demonstração da omissão específica do órgão fazendário. Como todas as tratativas perpassam a emissão de ofícios emitidos pela PGFN aos órgãos de registro de bens, que podem ser dar mediante convênio, eventual retardo no cancelamento da pré-averbação ficaria no campo do fortuito interno, haja vista que o risco é oriundo da atividade dos órgãos públicos federais (PFN ou RFB)¹⁴⁴.

Sob o manto da teoria do risco administrativo, se a Administração Pública se beneficia com o procedimento administrativo de bloqueio e indisponibilidade de bens do contribuinte (bônus), sem a necessidade do lento Poder Judiciário, qualquer desencontro de informações ocasionado pelo ônus da atividade, não pode ser repassado a terceiro ou ao próprio contribuinte-devedor, exceto se comprovado que o terceiro ou a própria vítima (contribuinte) foi o causador do dano.

Em dado momento, diante da ineficácia da multa imposta ao ente Público para o cumprimento, em especial, da obrigação de fazer, tem sido possível a estipulação e imposição de multa direcionada ao próprio agente público (administrador), àquele que tem o poder funcional de cumprir determinada decisão. Inobstante, o STF já se manifestou no sentido de que não cabe multa aos procuradores federais com base no art.14, § único do CPC/73, hoje art.77, CPC/2015¹⁴⁵. Com igual sintonia o art.77, § 6º CPC, consiga que eventual responsabilidade de advogados públicos ou privados, assim como os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público, deve ser apurada administrativamente pelo órgão de classe¹⁴⁶. Adiante prevê que o “representante judicial da parte não pode ser compelido a comprimir decisão judicial em seu lugar” (art.77, § 8º CPC).

V - o não encaminhamento da petição inicial para ajuizamento da execução fiscal, nos termos do art. 30.

Parágrafo único. O cancelamento da averbação pré-executória deverá ser realizado no prazo máximo de 10 (dez) dias contados da data da ocorrência das hipóteses descritas nos incisos I a III e V ou, no caso do inciso IV, no prazo estabelecido na decisão judicial.

¹⁴⁴ TJRJ, Apelação nº 0041305-93.2013.8.19.0004, Des. Rel. Marília de Castro Neves Vieira, 20ª Câmara Cível, DJ 19/12/2018. Veja também: TJRJ, Apelação nº 0062787-67.2017.8.19.0001, Des. Rel. Cesar Augusto Rodrigues Costa, 8ª Câmara Cível, DJ 11/09/2018.

¹⁴⁵ STF, Rcl 5.133, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 21/08/09.

¹⁴⁶ Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

Com toda a vênia, creio que seja possível responsabilizar o Procurador da Fazenda Nacional aplicando uma interpretação ampla. Apesar do art.20-B, §3º, inciso II ter se referido à “Fazenda Pública” de forma genérica ser o Ente com atribuição para averbar o débito sujeito à registro, por uma interpretação sistemática, pode-se concluir que o sentido da norma quis dizer “Procurador da Fazenda Nacional”. Por óbvio, é ele que detém todo o controle de legalidade dos créditos da União para inclusão em dívida ativa e posterior cobrança. Inclusive é a *ratio* da norma (art.1º, 2º, 3º, 22, § 3º e 24, § 2º, 29 e 40, todos da Portaria 33/2018¹⁴⁷), que a todo momento coloca como ator principal o PFN. Embora o art.7º, II da referida Portaria afirme que a “Procuradoria Geral da Fazenda Nacional” poderá “averbar, inclusive por meio eletrônico, a Certidão de Dívida Ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, para fins de averbação pré-executória”, não resta dúvida que, por simplificação e descentralização administrativa, cada averbação será feita pelo procurador que esteja designado.

Sendo assim, estando o Procurador sob o controle ou domínio administrativa da inclusão, exclusão ou cancelamento da pré-averbação, poderia ser responsabilizado com multa pessoal aplicada pelo Juízo, acaso as astreintes em face da União, não surta resultado prático, pois a norma especial (Lei 10.55/02 e Portaria 33/2018), neste caso, tem prevalência sobre a norma geral (CPC/2015).

§ 6º Aos advogados públicos ou privados e aos membros da Defensoria Pública e do Ministério Público não se aplica o disposto nos §§ 2º a 5º, devendo eventual responsabilidade disciplinar ser apurada pelo respectivo órgão de classe ou corregedoria, ao qual o juiz oficiará.

¹⁴⁷ Art. 1º. O controle de legalidade dos débitos encaminhados para inscrição em dívida ativa da União consiste na análise, pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), dos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade, essenciais à formação do título executivo necessário à prática de qualquer ato de cobrança coercitiva, seja judicial ou extrajudicial.

Art. 3º Dentro de 90 (noventa) dias da data em que se tornarem exigíveis, os débitos de natureza tributária ou não tributária devem ser encaminhados pela RFB e demais órgãos de origem à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), para fins de controle de legalidade e inscrição em Dívida Ativa da União, nos termos do art. 39, § 1º, da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1946, e do art. 22 do Decreto-Lei nº 147, de 3 de fevereiro de 1967. (Redação dada pelo(a) Portaria PGFN nº 660, de 08 de novembro de 2018)

2.1.2

O abuso do direito na penhora fiscal à luz do código civil

Outra categoria da responsabilidade civil extracontratual está delineada no art.187 do Código Civil¹⁴⁸. Trata-se da consagração do abuso do direito cunhada de uma ótica subjetivista. O conceito do abuso do direito tem raízes romanas na *aemulatio* ou ato emulativo (o exercício do direito sem utilidade própria, com a intenção de prejudicar outrem), com origem no Direito Medieval¹⁴⁹.

Nesse sentido, o abuso do direito nada mais é do que uma regra moral que proíbe terceiro, por espírito de maldade, que se valha da prática de determinado como forma de prejudicar outro indivíduo, sem a necessidade de obter para si qualquer benefício com o ato praticado. O abuso do direito é lícito pelo conteúdo e ilícito pelas consequências. O abuso do direito consiste na prática de um ato de objeto lícito, porém o exercício deste ato levado à efeito, sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito¹⁵⁰. A ilicitude do ato, no abuso do direito, está na forma de sua execução, o que o diferencia do ilícito puro do art.186 CC/02.

A codificação material do abuso do direito é de base, vista como cláusula geral, abarcando conceitos abertos e indeterminados, devendo ser preenchidos pelo aplicador do direito em cada caso concreto. Conclui-se que o direito privado deve estar estribado na tríade: fato, valor e norma, marca da teoria tridimensional do direito, sendo estes três limites, parâmetros sociais para condutas abusivas frente a coletividade. Em vista da abertura trazida na norma, prevalece o entendimento que o art.187 CC/02 tem campo de atuação não só subjetivo, mas também objetivo¹⁵¹.

Em tese, é possível que o exercício de um direito da Fazenda Pública (o de pré-averbar e impedir o manejo de bens do executado), além do permitido ou extrapolando suas limitações, como é o caso de excesso na pré-averbação (art.21, § 2º e art.26, II, ambos da Portaria 33/2018), uma vez que provoque prejuízo ao

¹⁴⁸ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

¹⁴⁹ TARTUCE, Flávio. Manual de Responsabilidade Civil, Vol. único, 1ª Edição. São Paulo. Ed. Método, 2018, pág. 70/71.

¹⁵⁰ Ibidem, pág.73.

¹⁵¹ Enunciado nº 37 da I jornada de direito civil do CJF: “a responsabilidade civil decorrente do abuso do direito independe de culpa e fundamenta-se somente no critério objetivo-finalístico”.

contribuinte, traz como efeito, o dever da União Federal indenizar a parte lesada. O ato praticado pelo PFN também pode ser tido por não regular, se este o realizar fora dos padrões exigidos, tanto pela Lei 10.522/02, como também pela própria legislação interna (portaria).

Pontue-se por fim, a incidência da teoria da perda de uma chance aplicável na responsabilidade civil do Estado. Tem ganhado volume o ingresso de ações que envolvem danos decorrentes de perda de uma chance. A perda de uma chance tem evidência quando a pessoa (física ou jurídica) vê frustrada uma expectativa, oportunidade futura, que dentro da lógica do razoável, ocorreria se as coisas seguissem seu curso normal, de modo que essas chances devem ser sérias e reais. Destaco as lições de Rafael Peteffi:

“A teoria da perda de uma chance encontra o seu limite no caráter de certeza que deve apresentar o dano reparável. Assim, para que a demanda do réu seja digna de procedência, a chance por esta perdida deve representar muito mais do que simples esperança subjetiva”.

Admite-se a teoria da perda de uma chance na reparação de dano material e imaterial. Veja o Enunciado 444 da V jornada de direito civil¹⁵² e naturalmente depende de perícia técnica para apuração do prejuízo. Duas teorias acerca da perda de uma chance foram criadas. A teoria segundo a linha francesa não exige percentual fixo para determinação da chance reparável. Já o modelo italiano simpático à teoria objetiva, leciona que a perda de uma chance quando uma oportunidade perdida for superior a 50%.¹⁵³

Portanto, uma pré-averbação ou inscrição em dívida ativa desacertada que impeça a pessoa jurídica dispor de seu patrimônio, além de embaraçar negociações no mercado com fornecedores ou se sagrar vencedora em processo licitatório junto a outras esferas do Governo (estadual ou municipal) propicia o cabimento da teoria da perda de uma chance nas demandas de responsabilidade civil do Estado.

¹⁵² Enunciado nº 444: A responsabilidade civil pela perda de chance não se limita à categoria de danos extrapatrimoniais, pois, conforme as circunstâncias do caso concreto, a chance perdida pode apresentar também a natureza jurídica de dano patrimonial. A chance deve ser séria e real, não ficando adstrita a percentuais apriorísticos.

¹⁵³ SAVI, Sérgio. Responsabilidade Civil por perda de uma chance. São Paulo. Ed. Atlas, 2006, pág..33.

3. CONCLUSÃO

Buscou-se neste trabalho abordar a mais nova modalidade de ferramenta fiscal utilizada pelo Poder Público na persecução do fim único de cobrança de tributos, assim como a responsabilização da Administração Pública, dada o risco de prejuízo, acaso o estado lance mão da norma que lhe deu poderes.

Foi realizada uma abordagem histórico e conceitual dos temas expostos, sem descuidar das opiniões divergentes que permeiam a doutrina e jurisprudência, sobre tudo no que tange a responsabilidade civil.

Em que pese a criação de leis para favorecimento da cobrança de dívidas pelo Estado, certo é que haverá, em contrapartida, o ônus do Ente Público Federal, se este utilizar-se fora dos fins econômicos, éticos e jurídicos. Em apertada síntese, a pré-averbação e o efeito da indisponibilidade foram postos em confronto com as normas de execução do direito processual civil. Verificou-se que o instrumento da pré-averbação e sua indisponibilidade ganham a mesma força da hipoteca judiciária, porém no terreno administrativo da RFB e/ou PGFN. O exame da pré-averbação executório foi abordado sob a visão norte-americana, a fim de que o leitor tenha uma noção de como o contribuinte se comporta diante da cobrança de tributos e como tem afetado a relação Estado-contribuinte, em razão da cultura fisco-contribuinte.

Numa perspectiva constitucional, se considerarmos que a norma tem aptidão para permanecer no ordenamento jurídico sem nenhum vício que a nulifique, será um grande avanço para arrecadação tributária, com enorme custo benefício ao contribuinte, levando em conta que toda a discussão paira sob um processo administrativo e não judicial. Do contrário, sendo a Lei e sua principal Portaria regulamentadora inconstitucionais, dada a agressão ao patrimônio do contribuinte, os efeitos da Lei, enquanto vigentes, acarretará enormes prejuízos à todos àqueles que tiveram seus bens imobilizados por averbação administrativa.

Mesmo agindo conforme a Lei, dificilmente a Fazenda Pública e seus agentes se eximirão de eventuais responsabilidades, sejam objetivas ou subjetivas, conforme abordado no trabalho. O abuso do direito, assim como a teoria a perda de

uma chance ganharam um rápido destaque, todavia, sem perder de vista sua aplicação prática na responsabilidade civil em face da Administração Pública.

Permanece o desafio, talvez inalcançável, que é desenvolver um instrumento de cobrança de tributos, que a um só tempo consiga trazer efetividade para o Estado sem agredir, ou pelo menos abrandar, medidas de bloqueio de bens dos executados, ainda em tempos de crise econômica.

4

BIBLIOGRAFIAS

Ávila, Humberto (2012). *Teoria dos Princípios. Da Definição à Aplicação dos Princípios Jurídicos*, 13ª Edição. São Paulo: Malheiros.

Barroso, Luis Roberto (2005). *O Estado Contemporâneo, os Direitos Fundamentais e a Definição da Supremacia do Interesse Público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Brecho, Reanto Lopes (13 de junho de 2018). *Penhora de Bens sem autorização judicial*. Fonte: Coad: : <http://www.coad.com.br/home/noticias-detalle/84442/lei-136062018-penhora-de-bens-sem-autorizacao-judicial>

Carneiro, Claudio (2018). *Processo Tributário Administrativo e Judicial*, 5ª Edição. São Paulo: Saraiva Jur.

Carneiro, Paulo Cesar Pinheiro (2018). *Novo Processo Civil Brasileiro, Estudos em homenagem ao Professor, Jurista e Ministro Luiz Fux, Vol I, 1ª Edição*. Rio de Janeiro: GZ.

Cunha, Leonardo Carneiro da (2018). *A Fazenda Pública em Juízo*, 15ª Edição. Rio de Janeiro: Gen Forense.

Figueiredo, Lúcia Valle (2001). *A Reformatio in Pejus no Processo Administrativo*. São Paulo: Max Limonand.

Filho, José dos Santos Carvalho (2013). *Manual de Direito Administrativo*, 26ª Edição. São Paulo: Atlas.

Filho, Sérgio Cavalieri (2005). *Programa de Responsabilidade Civil*, 6ª Edição. São Paulo: Malheiros.

Godoy, A. S. (maio de 26 de 2010). :<https://www.conjur.com.br/2010-mai-26/execucao-fiscal-administrativa-eua-intimida-sumaria>. Fonte: Conjur.

Júnior, Fredie Didier (2015). *Curso de Direito Processual Civil, Parte Geral e Processo de Conhecimento, Vol I, 17ª Edição*. Salvador: Jus Podivm.

Júnior, Fredie Didier (2016). *Curso de Direito Processual Civil, Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais, Vol 3, 13ª Edição*. Salvador: Jus Podivm.

Júnior, Humberto Theodoro (2015). *Curso de Direito Processual Civil. Vol. I. 56ª Edição*. Rio de Janeiro: Gen Forense.

Júnior, Humbeto Theodoro (2017). *Curso de Direito Processual Civil. Vol. III. 50ª Edição*. Rio de Janeiro: Gen Forense.

Legislativa, Câmara (08 de maio de 2019). https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1721790&filename=PL+1646/2019. Fonte: <https://www.camara.leg.br/>.

- Liebman, Enrico Tullio (2001). *Processo de Execução*. São Paulo: Bestbook.
- Luiz Guilherme Marinoni, S. C. (2015). *Novo Curso de Processo Civil, vol 2. Tutela dos Direitos Mediante Procedimento Comum*. São Paulo: Revista do Tribunais.
- Medauar, O. (2011). *Direito Administrativo Moderno, 18ª Edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Meirelles, Hely Lopes (1997). *Direito Administrativo Brasileiro, 22ª Edição*. São Paulo: Malheiros.
- Nader, Paulo (2016). *Curso de direito Civil, Direito das Coisas, Vol 4, 7ª Edição*. Rio de Janeiro: Gen Forense.
- Neto, Diogo de Figueiredo Moreira (2009). *Curso de Direito Administrativo, 15ª Edição*. Rio de Janeiro: Forense.
- Netto, Felipe Braga. (2019). *Manual da Responsabilidade Civil do Estado, 5ª Edição*. Salvador: Jus Podivm.
- Novelino, Marcelo. (2012). *Direito Constitucional*. São Paulo: Método.
- Oliveira, Rafael Carvalho Rezende. (2015). *Curso de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Gen Método.
- Oliveira, Régis Fernandes. (2015). *Curso de Direito Financeiro, 7ª Edição*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Paulo Gustavo Gonet Branco e Gilmar Ferreira Mendes, 1. E. (2017). *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva.
- Paulsen, Leandro (2017). *Curso de Direito Tributário Completo, 8ª Edição*. São Paulo: Saraiva.
- Rodrigues, Marco Antônio (2017). *Coleção Repercursões do Novo CPC. Vol. 16*. Salvador: Juspodivm.
- Savi, Sérgio (2006). *Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas.
- Schreiber, Anderson. (2011). *Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil. Da Erosão dos Filtros da Reparação à Diluição dos Danos, 3ª Edição*. São Paulo: Atlas.
- Silva, De Plácido. (2008). *Vocabulário Jurídico, 27ª Edição*. Rio de Janeiro: Forense.
- Stolze, Pablo. (2014). *Novo Curso de Direito Civil. Responsabilidade Civil, Vol 3, 12ª Edição*. São Paulo: Saraiva.
- Tartuce, Flávio. (2018). *Manual de Responsabilidade Civil, Vol único, 1ª Edição*. São Paulo: Gen Método.
- Yoshikawa, Eduardo Henrique. (2005). Indisponibilidade de Bens na Execução do Crédito Fiscal. *Revista Dialética de Direito Tributário, Vol.28, pág.52-53*.