

A indisponibilidade dos bens do devedor fiscal à luz da Lei nº 10.522/02

Crystiane Pereira Dias¹

Resumo

No presente artigo analisa-se a medida da indisponibilidade administrativa inserida pela Lei nº 13.606/2018, que acrescentou à Lei nº 10.522/02 a possibilidade de averbação da certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos, tornando-os indisponíveis. A partir desse estudo, procura-se examinar a constitucionalidade de tal medida, inclusive abordado as Ações Diretas de Inconstitucionalidade já propostas perante o Supremo Tribunal Federal. Por outro lado, aborda-se também a Portaria que regulamenta a possibilidade de averbação, para verificação da aplicação em cada caso.

Palavras-chave: Indisponibilidade. Averbação. Constitucionalidade. Certidão de Dívida Ativa.

INTRODUÇÃO

O presente artigo busca o estudo da indisponibilidade dos bens do devedor fiscal à luz da Lei nº 10.522/02, que, modificada pela lei nº 13.606/2018, trouxe à tona a possibilidade da indisponibilidade administrativa por parte da União, como medida de garantia da satisfação do crédito fiscal.

É certo que a indisponibilidade de bens, analisada individualmente, representa uma medida gravosa e que, portanto, gera uma preocupação social para com a sua decretação.

Nesse âmbito, é abordado neste estudo o histórico da medida de indisponibilidade, tanto na esfera fiscal quanto cível, culminando na possibilidade inserida pela lei em comento.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia. Avenida João Naves de Ávila, nº 2121, bloco 3D, Santa Mônica. Uberlândia/MG, CEP: 38.400-902. crispdias@hotmail.com.

Para tanto, é desenvolvido um paralelo entre os títulos executivos extrajudiciais, com uma análise destacada da Certidão de Dívida Ativa, título originário do crédito fiscal.

Por fim, busca-se a análise da constitucionalidade da averbação de indisponibilidade perante os órgãos de registro de bens, trazida na Lei nº 13.606/2018, inclusive com o estudo das Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas perante o Supremo Tribunal Federal após a publicação da referida legislação.

Trata-se de tema atual e relevante, tendo em vista a publicação da lei ser datada de janeiro de 2018, além de ainda não ter sido proferida decisão pelo Supremo Tribunal Federal acerca das ações propostas.

Objetiva-se, assim, maior esclarecimento quanto à possibilidade de averbação criada pela Lei nº 13.606/2018, através de contrapontos trazidos por autores que defendem a constitucionalidade e aqueles que defendem a inconstitucionalidade da medida.

Para tanto, foi adotada como metodologia científica a pesquisa teórica, cujo método de abordagem é hipotético-dedutivo, utilizados os métodos de procedimentos histórico e o comparativo.

Foram utilizadas diversas doutrinas tradicionais acerca dos conceitos, além de artigos encontrados no meio eletrônico relacionados ao tema, tendo em vista a atualidade deste, bem como pesquisas jurisprudenciais.

Diante destas considerações, visa o presente estudo a construção de conhecimento para formação de opinião crítica acerca da indisponibilidade administrativa possibilitada através da publicação da Lei nº 13.606/2018.

1 A evolução da indisponibilidade de bens na esfera fiscal

A propriedade é garantia fundamental trazida no artigo 5º, *caput* e inciso XXII, da Constituição Federal de 1988. Veja-se:

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;

[...].

Uma das faculdades atribuídas ao proprietário é gozar da coisa, a teor do artigo 1.228, do Código Civil. Isto é, em regra, o bem é disponível, observadas a função social da propriedade (art. 5º, XXIII, da Constituição Federal), suas finalidades econômicas e preservados o equilíbrio ecológico, patrimônio histórico e artístico (art. 1.228, §1º, do Código Civil).

Nesse contexto, a indisponibilidade surge em caráter excepcional, com o fito de bloquear do proprietário o direito de gozar de seus bens por tempo determinado.

Trata-se de medida aplicada tanto na esfera cível quanto fiscal, todavia, de formas diversas, conforme será abordado adiante.

A Lei Complementar nº 118, de 2005, já havia incluído no Código Tributário Nacional a hipótese de indisponibilidade de bens do devedor tributário, caso não fossem encontrados nem nomeados bens à penhora no prazo legal, conforme se vê no artigo 185-A, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

Observa-se que, no caso em comento, devem ser preenchidos quatro requisitos: a) citação do devedor; b) não pagamento; c) não oferecimento de bens à penhora; d) não localização de bens penhoráveis.

Ocorre que em 09 de janeiro de 2018 foi promulgada a Lei nº 13.606, que, em seu artigo 25, acrescentou à Lei nº 10.522/02, os artigos 20-B, 20-C, 20-D e 20-E, dos quais será destacado, dada a finalidade do presente trabalho, o primeiro artigo mencionado, que dispõe:

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.

§ 1o A notificação será expedida por via eletrônica ou postal para o endereço do devedor e será considerada entregue depois de decorridos quinze dias da respectiva expedição.

§ 2o Presume-se válida a notificação expedida para o endereço informado pelo contribuinte ou responsável à Fazenda Pública.

§ 3o Não pago o débito no prazo fixado no caput deste artigo, a Fazenda Pública poderá:

I - 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; e

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.** (grifo nosso).

Importa explanar que, para chegar ao momento da averbação da indisponibilidade por parte do órgão competente, há a necessidade da notificação e do não pagamento do débito por parte do devedor.

A notificação é antecedida pela inscrição do crédito em dívida ativa da União, que ocorre após o procedimento administrativo para apuração do lançamento do tributo, o qual resulta na Certidão de Dívida Ativa – o título executivo por meio do qual a União irá proceder à cobrança judicial do tributo.

A possibilidade da averbação da indisponibilidade junto aos órgãos de registro de bens por parte da União trouxe muita discussão na esfera jurídica, especialmente por dispensar decisão judicial nesse sentido.

Isto porque não é dado ao Registro de Imóveis qualquer questionamento acerca da determinação, de acordo com os dispositivos que os orientam. A indisponibilidade de bens nesse âmbito é controlada através de uma base de dados alimentada pela Central de Indisponibilidade de Bens, instituída pelo Provimento nº 39/2014.

Referido Provimento prevê a possibilidade de comunicação por parte de órgãos administrativos, conforme se extrai do artigo 6º, do diploma legal em comento. Veja-se:

As comunicações de indisponibilidade de bens decretadas por Órgãos Administrativos que detêm competência legal poderão ser incluídas diretamente por seus respectivos emissores na Central Nacional de Indisponibilidade de Bens – CNIB, na forma prevista neste instrumento [...].

Ademais, a consulta prévia à realização de todos os atos é determinada pelo Provimento 260/CGJ/2013, que regula a atividade registral, conforme se vê do artigo 752, *in verbis*:

Os oficiais de registro de imóveis deverão manter registro em base de dados informatizada destinada ao controle das indisponibilidades de bens comunicadas pela Corregedoria-Geral de Justiça e por autoridades judiciais e administrativas que detenham essa competência legal.

Denota-se, assim, que, verificada a existência de uma determinação – seja administrativa ou judicial – por parte do registrador, imediatamente será decretada a indisponibilidade de quantos bens houverem em nome do devedor, a fim de que seja cumprida a ordem.

Não havendo qualquer análise por parte do órgão que promove a averbação da indisponibilidade de bens do devedor, tem-se que a medida é embasada pela Certidão de Dívida Ativa, que sofre críticas tão severas acerca de sua constituição, conforme será abordado no próximo tópico.

2 A constituição unilateral da Certidão de Dívida Ativa

A definição de dívida ativa tributária é trazida no §2º, do artigo 39, da Lei nº 4320/64, *in verbis*:

Art. 39. Os créditos da Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, serão escriturados como receita do exercício em que forem arrecadados, nas respectivas rubricas orçamentárias.

[...]

§ 2º - Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

A dívida ativa tributária é objeto de lançamento por parte da autoridade administrativa. Lançado o crédito tributário, a rigor, é instaurado o procedimento administrativo, do qual resulta a Certidão de Dívida Ativa, que, posteriormente, é levada a juízo para cobrança, caso não haja pagamento na fase administrativa.

Extrai-se do artigo 2º, §3º, da Lei nº 6.830/80 que a inscrição em dívida ativa “se constitui no ato de controle administrativo da legalidade”. Assim, tem-se que a natureza da Certidão de Dívida Ativa é um ato administrativo que, na definição de Meirelles (2010, p. 153) é:

[...] toda manifestação **unilateral** de vontade da Administração que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria. (grifo nosso).

Os requisitos de validade do ato administrativo são trazidos na obra de Carvalho Filho (2017, p. 104):

Para que o ato administrativo seja válido, seu objeto deve ser lícito. A licitude é, pois, o requisito fundamental de validade do objeto, exigível, como é natural, também para o ato jurídico. [...] Além de lícito, deve o objeto ser possível, ou seja, suscetível de ser realizado. Esse é o requisito da possibilidade. Mas, como oportunamente adverte CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ‘a impossibilidade há de ser absoluta, que se define quando a prestação for irrealizável por qualquer pessoa, ou insuscetível de determinação’.

Vê-se, pois, os traços de unilateralidade na constituição da Certidão de Dívida Ativa, cujas exigências legais passam a ser analisadas.

O Código Tributário Nacional elenca, em seu artigo 202, os requisitos do termo de inscrição de dívida ativa:

Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV - a data em que foi inscrita;

V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição.

A execução da Certidão de Dívida Ativa é promovida nos termos da Lei nº 6830/80, que também traz os requisitos do referido título em seu artigo 2º, §5º, cujo teor é similar ao artigo 202, do Código Tributário Nacional, acima transcrito.

A observância aos requisitos da Certidão de Dívida Ativa é necessária à sua validade, de modo que a omissão ou erro no título gera a nulidade do título, a teor do artigo 203, do Código Tributário Nacional.

Esta nulidade, a teor do artigo retromencionado, pode ser sanada até a decisão de primeira instância, por substituição do título, sendo dado à parte direito de manifestação apenas quanto à parte modificada.

Há que se mencionar, todavia, a disposição da súmula 392, do STJ, que traz uma ressalva nesse aspecto. Veja-se:

A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução.

Por fim, insta salientar que a existência de presunção de certeza e liquidez quanto à dívida regularmente inscrita, com efeito de prova pré-constituída, podendo ser ilidida pelo sujeito passivo ou terceiro a que aproveite por meio de prova inequívoca, a teor do artigo 204, do Código Tributário Nacional.

Esta presunção é objeto de críticas severas, dada a unilateralidade observada na inscrição. É neste sentido o posicionamento de Galil (2016, p. 9):

A formação do crédito tributário ocorre através de um processo administrativo. A primeira fase desse processo, até o lançamento do crédito, contempla a possibilidade do contraditório, uma vez que o crédito só se torna exigível após a notificação válida do contribuinte. No entanto, no momento crucial de inscrição na Dívida Ativa, e constituição da exequibilidade do crédito, não há mandamento legal para a notificação do contribuinte.

A esse respeito, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região já proferiu decisão em que admite a formação unilateral da Certidão de Dívida Ativa e a supressão ao princípio do contraditório. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO EM SENTENÇA DE EXTINÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. (ART. 2º, § 5º DA LEI Nº 6.830/80 C/C ART. 202 DO CTN). CONHECIMENTO DE OFÍCIO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. SENTENÇA MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.

1. **A formação unilateral da Certidão da Dívida Ativa como título executivo, com as características de certeza e liquidez, constitui uma exceção ao princípio do contraditório nessa fase.** Para isso, porém, é indispensável que se atendam os requisitos exigidos em lei: art. 2º, § 5º da Lei nº 6.830/80 c/c art. 202 do CTN, o que não ocorreu na espécie.

2. Os requisitos exigidos à validade da Certidão da Dívida Ativa (CDA) são indispensáveis à garantia da ampla defesa à eventual cobrança, em processo executivo, do crédito nela rerepresentando e, por isso, se revela com a natureza de ordem pública, conhecível de ofício pelo juiz.

3. Hipótese em que, apesar de haver-se facultado a emenda da CDA para aproveitar a execução proposta, não se suprimam as falhas corretamente identificadas na douta sentença.

4. Sentença mantida por seus próprios fundamentos. (grifo nosso).

A unilateralidade na constituição da Certidão de Dívida Ativa é o grande gravame que pesa sobre a possibilidade da indisponibilidade administrativa, uma vez que a decretação da indisponibilidade no processo civil se dá mediante uma decisão judicial nesse sentido, abordagem do tópico seguinte.

3 A indisponibilidade como medida cautelar no processo civil

A medida cautelar no processo civil brasileiro encontrava respaldo no artigo 798, do Código de Processo Civil de 1973, *in verbis*:

Art. 798. Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Com a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, em que pese as cautelares continuarem existindo, não mais se encontra regulamentação específica no referido diploma legal, mas sim, um regime único para os casos de tutela.

Em sua obra, Humberto Theodoro Júnior (2016, p. 786) traz comentários acerca das espécies de tutelas abarcadas no Novo Código de Processo Civil:

Sob o rótulo de “Tutela Provisória”, o novo CPC reúne três técnicas processuais de tutela provisória, prestáveis eventualmente em complemento e aprimoramento eficaz da tutela principal, a ser alcançada mediante o provimento que, afinal, solucionará definitivamente o litígio configurador do objeto do processo. Nesse aspecto, as ditas “tutelas provisórias” arroladas pela legislação processual civil renovada correspondem, em regra, a incidentes do processo, e não a processos autônomos ou distintos. De tal sorte que a antiga dicotomia do processo em principal (de cognição ou execução) e cautelar, existente no Código revogado, não mais subsiste na nova lei, pelo menos como regra geral, restando bastante simplificado o procedimento.

Agora, no processo civil, pois, há a tutela de urgência de natureza cautelar, que “pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito” (artigo 301, do Código de Processo Civil).

As tutelas de urgência podem ser de natureza satisfativa e conservativa, sendo aquela tomada como antecipada e esta será tida como cautelar, observadas as especificidades de cada uma.

Aqui, o destaque é em relação aos requisitos, que, no processo civil – independentemente da natureza da tutela de urgência – será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, de acordo com o artigo 300, do Código do Processo Civil.

O perigo de dano “refere-se ao interesse processual em obter uma justa composição do litígio” (THEODORO JÚNIOR, 2016, p. 804), já a probabilidade do direito é um termo autoexplicativo: há que ser demonstrado que o direito pleiteado é aparente, originário do latim *fumus boni iuris*, que pode ser traduzida como o sinal do bom direito.

Nas lições de Neves (2018, p. 503):

[...] nos dois casos o fundamento será o mesmo: a impossibilidade de espera da concessão da tutela definitiva sob pena de grave prejuízo ao direito a ser tutelado e de tornar-se o resultado final inútil em razão do tempo.

Ressalte-se que, para a concessão da tutela de urgência, pode haver exigência de caução, a teor do artigo 300, §1º, do diploma legal em comento. Veja-se:

Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la.

Isto é, no âmbito civil, para que se fale em indisponibilidade de bens do devedor, há o processo a ser instaurado e, respectivamente, os requisitos legais a serem preenchidos.

Assim, observa-se a existência de uma cautela mais evidente quanto à decretação na indisponibilidade na esfera civil, posto que antecedida por decisão judicial, conforme exposto.

Essa apuração judicial é antecedida pela formação do crédito, que se exterioriza através do título executivo extrajudicial.

O título executivo, nas lições de Dinamarco (1977, p. 208) “é um ato ou fato jurídico indicado em lei como portador do efeito de tornar adequada a tutela executiva em relação ao preciso direito a que se refere”.

No que tange ao título executivo extrajudicial, determina o artigo 783, do Código de Processo Civil, que este deve conter obrigação certa, líquida e exigível, para execução da cobrança de crédito.

No artigo seguinte, são listados os títulos executivos extrajudiciais. Trata-se de rol exemplificativo, posto que menciona todos os demais a que a lei atribuir força executiva. Veja-se:

Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais:

I - a letra de câmbio, a nota promissória, a duplicata, a debênture e o cheque;

II - a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor;

III - o documento particular assinado pelo devedor e por 2 (duas) testemunhas;

IV - o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública, pela Advocacia Pública, pelos advogados dos transatores ou por conciliador ou mediador credenciado por tribunal;

V - o contrato garantido por hipoteca, penhor, anticrese ou outro direito real de garantia e aquele garantido por caução;

VI - o contrato de seguro de vida em caso de morte;

VII - o crédito decorrente de foro e laudêmio;

VIII - o crédito, documentalmente comprovado, decorrente de aluguel de imóvel, bem como de encargos acessórios, tais como taxas e despesas de condomínio;

IX - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

X - o crédito referente às contribuições ordinárias ou extraordinárias de condomínio edilício, previstas na respectiva convenção ou aprovadas em assembleia geral, desde que documentalmente comprovadas;

XI - a certidão expedida por serventia notarial ou de registro relativa a valores de emolumentos e demais despesas devidas pelos atos por ela praticados, fixados nas tabelas estabelecidas em lei;

XII - todos os demais títulos aos quais, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva.

O primeiro inciso do artigo trata dos títulos de créditos, os quais, por essência, são constituídos de vontade entre partes a contrair alguma obrigação. Na definição de Vivante (apud Coelho, p. 267), é o “documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado”.

Ainda, veja-se que o inciso II trata das escrituras públicas, que, a teor do artigo 156, VII, do Provimento 260/CGJ/2013 – que codifica os serviços notariais e de registro – deve conter a declaração de vontade dos participantes; sendo, pois, bilateral em sua essência.

Cumprido salientar que as alíneas V e IV trazem hipóteses de contratos que, via de regra, têm intrínseco em si a característica da bilateralidade. Neste sentido as lições de Tartuce (2014, p. 392):

De início, nota-se que o contrato é um ato jurídico bilateral, dependente de pelo menos duas declarações de vontade, cujo objetivo é a criação, a alteração ou até mesmo a extinção de direitos e deveres. Os contratos são, em suma, todos os tipos de convenções ou estipulações que possam ser criadas pelo acordo de vontades e por outros fatores acessórios.

Vê-se, assim, que os títulos executivos extrajudiciais, de um modo geral, têm por característica a bilateralidade em sua constituição, diferentemente da Certidão de Dívida Ativa, ora abordada, outro fator que agrava a questão de uma possível averbação tendo por base este título, sem uma decisão judicial, como acontece no processo civil.

4 A (in)constitucionalidade da indisponibilidade trazida pela Lei nº 13.606/2018

A análise da possibilidade administrativa da indisponibilidade do devedor, acrescentada à Lei nº 10.522/02, através da Lei nº 13.606/2018, à luz da Constituição Federal de 1988 foi assunto de grande enfoque na esfera jurídica desde a entrada em vigor do dispositivo legal.

Conrado (2018) defende a constitucionalidade da medida:

Pois muito bem, não seria muito mais racional que ao Judiciário ficasse ordinariamente reservada, nesse contexto, apenas a atividade expropriatória e de julgamento de eventuais embargos (efetivamente privativas do Poder Judiciário)? Não seria muito mais seguro, inclusive sob perspectiva temporal, que a garantia anterior à execução, notadamente quando voluntariamente ofertada pelo contribuinte, fosse firmada junto à própria Administração, trasladando-se, depois, para o processo de execução quando instalado? Judicializaríamos, nesses casos, apenas o que precisa ser efetivamente judicializado – os atos de execução propriamente ditos, praticados no processo próprio, além dos casos (que reputamos excepcionais) de garantia tida por inapta pela Administração.

Todavia, há diversos autores que criticam ferozmente a medida adotada pela lei, apontando vários argumentos a justificarem sua inconstitucionalidade; inclusive, alguns deles utilizados nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade já apresentadas ao Supremo com vistas à supressão da indisponibilidade administrativa.

A primeira questão que surge é a competência para legislar sobre a matéria pertinente às obrigações tributárias, determinada pelo artigo 146, III, b, da Constituição Federal, *in verbis*:

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;

[...].

Nesse sentido, já foi recebida pelo Supremo Tribunal Federal a ADI (Ação Direta de Inconstitucionalidade) 5890, proposta pela CNA (Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil).

A CNA argumenta na ação que a mudança na legislação incluiu dispositivos que permitem à Fazenda Pública regular e decretar administrativamente, ou seja, sem decisão judicial, a indisponibilidade de bens de contribuinte particular devedor à União. Assevera que qualquer alteração legislativa em matéria que trate sobre crédito tributário deve ser feita por meio de lei complementar.

Veja-se, ademais, que as matérias pertinentes são reguladas pelo Código Tributário Nacional, recepcionado pela Constituição Federal de 1988 com status de lei complementar, de tal sorte que pode ter os dispositivos modificados tão somente por outra lei complementar.

Ainda, há imensa discussão quanto à violação a princípios constitucionais, tais quais o do devido processo legal, trazido como requisito para indisponibilidade de bens, quando fixada na esfera judicial, nos termos do artigo 5º, LIV, da Constituição Federal, *in verbis*:

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:

[...]

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

[...].

O devido processo legal, nas lições de Theodoro Júnior (2015, p. 81):

[...] pressupõe não apenas a aplicação adequada do direito positivo, já que lhe toca, antes de tudo, realizar a vontade soberana das regras e dos princípios constitucionais. A regra

infraconstitucional somente será aplicada se se mostrar fiel à Constituição. Do contrário, será recusada. E, mesmo quando a lide for resolvida mediante observância da lei comum, o seu sentido haverá de ser definido segundo a Constituição.

A questão do devido processo legal traz à tona, ainda, a disposição do artigo 185-A, do Código Tributário Nacional, que lista a indisponibilidade de bens como medida excepcional, isto é, na hipótese exclusiva de o exequente não obter sucesso na penhora, não tendo o executado nomeado bens à penhora. Veja-se:

Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

O caráter extremo da indisponibilidade já foi, inclusive, objeto de posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, por meio da Súmula 560, do STJ, *in verbis*:

A decretação da indisponibilidade de bens e direitos, na forma do art. 185-A do CTN, pressupõe o exaurimento das diligências na busca por bens penhoráveis, o qual fica caracterizado quando infrutíferos o pedido de constrição sobre ativos financeiros e a expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado, ao Denatran ou Detran.

Válido, ainda, acrescentar que o Supremo Tribunal Federal, na Súmula Vinculante nº 28, explanou posicionamento no sentido de inconstitucionalidade da exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial que questione a exigibilidade de crédito tributário.

Vê-se, pois, que, se, para a discussão acerca da exigibilidade do crédito tributário na via judicial não pode ser exigido depósito prévio, não seria razoável gravar os bens do devedor fiscal de indisponibilidade, quando a dívida ainda sequer objeto de discussão judicial.

Isto porque, conforme já abordado em momento anterior deste trabalho, a constituição do crédito tributário se dá de forma unilateral, de modo que não há como se presumir que o devedor teve a chance de se defender adequadamente.

Ainda, ressalte-se que na via administrativa o executado não tem a chance de alegar matérias constitucionais, como acontece na esfera judicial. Prova disso é a facilidade dada ao devedor de acesso ao judiciário para discussão do crédito tributário, como, por exemplo, a Súmula Vinculante nº 28, retromencionada.

5 A Portaria nº 33/2018

É importante destacar que a Lei nº 13.606/2018, ao acrescentar os dispositivos já devidamente explanados neste trabalho, acrescentou, também, à Lei n 10.522/02 o artigo 20-E, que estabeleceu: “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”.

Diante disso, em maio de 2018 foi publicada a Portaria nº 33/2018, que, além de regulamentar os artigos 20-B e 20-C, da Lei nº 10.522/02, dispõe acerca dos encaminhamentos para fins de inscrição, dos pedidos de revisão de dívida inscrita e da nomeação de bens à penhora e ajuizamento de execuções fiscais.

A Portaria em comento traz, no capítulo V, o procedimento acerca da averbação pré-executória, que, a teor do artigo 24, será encaminhada pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional aos cartórios e órgãos em que estejam registrados bens e direitos dos devedores.

Importa explicar algumas ressalvas trazidas pela Portaria nº 33/2018. A primeira delas lista as hipóteses de exceção à averbação pré-executória, no artigo 23, do referido diploma legal, *in verbis*:

Art. 23. Não estão sujeitos à averbação pré-executória os bens e direitos:

I - da Fazenda federal, estadual, municipal e do Distrito Federal e suas respectivas autarquias e fundações públicas; e

II - de empresa com falência decretada ou recuperação judicial deferida, sem prejuízo da averbação em face dos eventuais responsáveis.

III - a pequena propriedade rural, o bem de família e demais bens considerados impenhoráveis, nos termos das respectivas leis de regência.

Ademais, é dado ao sujeito passivo apresentar impugnação da averbação, que, a teor do artigo 21, §2º, e capítulo IV, da Portaria nº 33/2018, será apresentada no prazo de 10 (dez) dias.

A matéria que poderá ser alegada na impugnação está elencada em rol taxativo trazido pelo artigo 26, do diploma legal em comento. Veja-se:

Art. 26. Na impugnação, que será protocolada exclusivamente mediante acesso ao e-CAC da PGFN, o devedor poderá:

I - alegar a impenhorabilidade dos bens e direitos submetidos à averbação pré-executória, nos termos do art. 833 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015;

II - alegar excesso de averbação, quando os bens averbados estiverem avaliados em valor superior ao das dívidas que deram origem à averbação;

III - indicar à averbação outros bens ou direitos, livres e desimpedidos, nos termos dos arts. 9º e 10 desta Portaria, observada a ordem de preferência estipulada pelo art. 11 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980;

IV - alegar mudança de titularidade do bem ou direito em momento anterior à inscrição;

V - alegar que, a despeito da alienação ou oneração de bens em momento posterior à inscrição, reservou patrimônio suficiente para garantir a dívida, nos termos do art. 185, parágrafo único, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996 (Código Tributário Nacional), sendo que, nesse último caso, deverá indicar os bens reservados à averbação.

Ainda, é dado ao terceiro adquirente apresentar impugnação, nas hipóteses do artigo 27, da Portaria nº 33/2018.

Em qualquer caso, a impugnação será apreciada pela unidade da Procuradoria-Geral da Fazenda responsável pelo ajuizamento da execução e, sendo procedente, será determinado o cancelamento. Já em caso de improcedência ou não apresentação, será encaminhada para ajuizamento de execução fiscal.

Observa-se, assim, que, com a elaboração da Portaria nº 33/2018 foram introduzidas algumas cautelas quanto à indisponibilidade de bens administrativa, sentido em que também já havia se preocupado o legislador quando da redação do artigo 185-A, do Código Tributário Nacional, já abordado.

Salienta-se, todavia, que permanece a inexistência de apreciação judicial da medida da indisponibilidade, bem como a ausência de lei complementar, pontos tão fortes nas críticas quanto à constitucionalidade, conforme já abordado no tópico anterior.

CONCLUSÃO

No presente artigo foi abordada a indisponibilidade administrativa trazida pela Lei nº 13.606/2018, que acrescentou à Lei nº 10.522/02 a possibilidade de averbação da Certidão de Dívida Ativa junto aos órgãos de registro de bens, por parte da União.

Para uma análise completa, foi trazido o histórico da indisponibilidade na seara fiscal, bem como um comparativo com a medida cautelar de indisponibilidade no processo civil. Ainda, abordada a constitucionalidade da lei em comento, inclusive trazendo à tona as ações diretas de inconstitucionalidade que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal.

Ademais, foi objeto de estudo a portaria que regulamenta os requisitos para que se chegue à averbação da indisponibilidade, observando-se, assim, que há considerável cautela para que se chegue a tal medida.

No decorrer do trabalho, foi exposto o posicionamento de autor pela constitucionalidade da medida, sob o argumento de que, assim, o Judiciário ficaria como última instância, restando apenas aos casos que não fossem suficientemente resolvidos na via administrativa, o que, de fato, colabora com a celeridade do Poder Judiciário.

Todavia, resta evidente a inconstitucionalidade, uma vez que não desconstituído o argumento de que não existe decisão judicial que determine a medida, mesmo com a demonstração de cautela por parte da Portaria nº 33/2018, confirmando ponto sobre o qual foi tão discorrido, também, neste artigo: a indisponibilidade em caráter excepcional.

Ademais, há flagrante inconstitucionalidade na formalidade da legislação, tendo em vista que se trata de regulamentação que deveria ter sido feita através de lei complementar, argumento utilizado, inclusive, em Ação Direta de Inconstitucionalidade que tramita perante o Supremo Tribunal Federal, e,

também, não desconstituído pela corrente da constitucionalidade da lei objeto do presente estudo.

É certo que, estando pendente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, trata-se de tema que ainda poderá sofrer modificações, mormente tendo em vista a publicação da lei ser datada de janeiro de 2018.

Contudo, é um estudo que contribui ao raciocínio do discente, que deve sempre se ater às novidades legislativas, como é o caso da Lei nº 13.606/2018, e também ao público em geral, posto que, tratando-se de matéria fiscal, todo cidadão está sujeito à sua aplicabilidade.

The unavailability of the assets of the fiscal debtor in light of Law 10522/02

Abstract

In this article, there is a possibility of practically not being available under Law 13606/2018, which added to Law 10,522 / 02 a possibility of recording the certificate of active debt in the registry of assets and rights, rendering them unavailable. This study is the review of the constitutionality of such a measure, including addressing the Direct Unconstitutionality already in use in the Federal Supreme Court. On the other hand, also address an Ordinance that regulates a possibility of registration, to verify the application in each case.

Keywords: Unavailability. Averbation. Constitutionality. Certificate of Active Debt.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Código Civil, Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 29 out. 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil, Lei nº 5.689, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5869impressao.htm>. Acesso em 29 out. 2018.

BRASIL. Código de Processo Civil, Lei n° 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 29 out. 2018.

BRASIL. Código Tributário Nacional, Lei n° 5.172, de 25 de outubro de 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em 31 out. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 29 out. 2018.

BRASIL. Lei Complementar n° 118, de 9 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/Lcp118.htm>. Acesso em 30 out. 2018.

BRASIL. Lei n° 10.522/02, de 19 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10522.htm>. Acesso em 25 out. 2018.

BRASIL. Lei n° 13.606, de 9 de janeiro de 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13606.htm>. Acesso em 25 out. 2018.

BRASIL. Lei n° 4.320, de 17 de março de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L4320.htm>. Acesso em 25 out. 2018.

BRASIL. Lei n° 6.830, de 22 de setembro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm>. Acesso em 02 nov. 2018.

BRASIL. Portaria PGFN n° 33, de 08 de fevereiro de 2018. Disponível em: <<http://sijut2.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=90028>>. Acesso em 05 nov. 2018.

BRASIL. Provimento n° 39, de 25 de julho de 2014, do Conselho Nacional de Justiça. Disponível em <https://www.indisponibilidade.org.br/downloads/provimento_39.pdf>. Acesso em 16 out. 2018.

BRASIL. Provimento n° 260, de 30 de outubro de 2013, da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais. Disponível em <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/cpr02602013.pdf>>. Acesso em 16 out. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 31ª ed. rev. atual e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017, p. 104.

COELHO, Fábio Ulhoa. Manual de direito comercial: direito de empresa. 23 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CONRADO, Paulo César. Indisponibilidade administrativa. Disponível em <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/indisponibilidade-administrativa-07022018>> Acesso em 16 out. 2018.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Execução Civil – 5ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1997.

GALIL, Gabriel Coutinho. O Direito ao Contraditório e a Formação Unilateral da Certidão de Dívida Ativa. Alethes: Per. Cien. Grad. Dir. UFJF, v. 06, n. 12, pp. 333-352, set/dez, 2016.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 36ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. Manual de Direito Processual Civil: volume único. 10ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: JusPodivm, 2018.

STF recebe nova ADI contra lei que permite bloqueio de bens de devedores da União. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=369333>>. Acesso em 16 out. 2018.

TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil: volume único. 4 ed. rev., atual e ampl. – São Paulo: Método, 2014.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Código de Processo Civil Anotado. 20 ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil, processo de conhecimento e procedimento comum – vol. I. 56. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 81.

TRF 5ª Região, autos 200381000120245, AC478836/CE, Desembargador Federal FRANCISCO WILDO, Segunda Turma, julgamento: 01/09/2009, publicação DJE: 17/09/2009.