



ISSN: 2230-9926

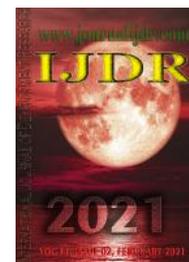
Available online at <http://www.journalijdr.com>

IJDR

International Journal of Development Research

Vol. 11, Issue, 02, pp.44449-44454, February, 2021

<https://doi.org/10.37118/ijdr.21054.02.2021>



RESEARCH ARTICLE

OPENACCESS

O ABUSO DE DIREITO PELO ESTADO: ANÁLISE DO JULGAMENTO DA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 5881-DF

Elon Kaleb Ribas Volpi and *Kelly Cardoso and Miriam Fecchio Chueiri

Universidade Paranaense

ARTICLE INFO

ArticleHistory:

Received 10th December, 2020

Received in revised form

15th December, 2020

Accepted 22nd January, 2021

Published online 24th February, 2021

KeyWords:

Direct Action of Unconstitutionality 5881;

Unavailability of Property;

Proportionality; Judicial Exclusivity.

ABSTRACT

The subject presented analyzes the decision of Supreme Court on Direct Action of Unconstitutionality 5881. The lawsuit, filed by the Brazilian Socialist Party, sought the declaration of incompatibility of the amendment made by Law 13.606 of January 9, 2018, in the part in which it inserted articles 20-B, § 3, item II, and 20-E of Law 10.522. In summary, the ADI's initial ruling alleges a violation of the reservation of a complementary law, as a vice of formal unconstitutionality. Also indicates as material vices affront it to due process of law and reserve of jurisdiction, disrespect to the adversary proceedings and ample defense, violation of the right of property and offense to free initiative and isonomy. The methodology will start from the examination of the doctrine and jurisprudence of the Federal Supreme Court in similar cases, under the prism of the principle of proportionality, analysing the court's decision.

*Corresponding author:

Kelly Cardoso and Miriam Fecchio Chueiri

Copyright © 2021, Elon Kaleb Ribas Volpi and Kelly Cardoso and Miriam Fecchio Chueiri. This is an open access article distributed under the Creative Commons Attribution License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

Citation: Elon Kaleb Ribas Volpi and Kelly Cardoso and Miriam Fecchio Chueiri. "Overview of engineering fire protection solutions in structures", *International Journal of Development Research*, 11, (02), 44449-44454.

INTRODUCTION

O presente artigo busca analisar o julgamento¹ pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade-ADI nº 5881², proposta pelo Partido Socialista Brasileiro, contra a alteração da Lei nº 10.522/02, que passou a permitir que a Fazenda Nacional possa averbar a certidão de dívida ativa em órgãos de registro de bens e direitos, tornando-os indisponíveis. Na inicial o Partido Socialista Brasileiro alegou vício de inconstitucionalidade formal por violação à reserva de lei complementar para o estabelecimento de normas sobre crédito tributário (art. 146, III, "b", da CF). Além disso, haveria uma série de vícios de inconstitucionalidade material, entre elas, a afronta ao devido processo legal e à reserva de jurisdição, o desrespeito ao contraditório e à ampla defesa, a violação ao direito de propriedade e ofensa à livre iniciativa e à isonomia. A Advocacia-Geral da União defendeu a validade da lei alegando não ser a matéria própria de lei complementar, mas sim de procedimentos relacionados à garantia do crédito público. Defendeu também inexistir inconstitucionalidade material, eis que a medida seria proporcional não ofendendo os

princípios mencionados na inicial (ampla defesa, reserva de jurisdição). O trabalho analisará a decisão da corte, à luz dos princípios supostamente violados, considerando a proporcionalidade das medidas e a aderência da suprema corte aos seus precedentes.

METODOLOGIA

A análise da pesquisa parte do método dedutivo, ou seja, explicar o conteúdo das premissas (Marconi & Lakatos, 2003, p. 92) logicamente construídas e verdadeiras, pois embasadas na legislação e na doutrina, das quais se revisa para a construção argumentativa. Apesar de tratar-se da análise de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade, o texto parte de argumentações de opostos, conduzindo a uma construção dialética da ação, argumentação de defesa e, por fim, a decisão proferida pelo STF. Contudo "é preciso dizer o que vai ser feito, como vai ser feito, quando, onde e por quê" (Galuppo, 2008, p.112). Para tanto, apresenta-se os argumentos iniciais da petição, os princípios constitucionais que compõem a tese argumentativa, e aqui, contrariando as alegações postas na inicial. Ainda, dedutivamente apresenta-se as teorias internacionais que se assemelham a tese contrária a ação, de que a indisponibilidade de bens por ente não integrante do Poder Judiciário, beneficia o interesse público e preserva a boa-fé de terceiros.

1 O julgamento se deu pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal e se encerrou na sessão do dia 09 de dezembro de 2020.

2 Foram apensadas à referida ADI outras que versam basicamente sobre as mesmas questões da ADI nº 5881.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

ALEGAÇÕES CONSTANTES NA PETIÇÃO INICIAL DA ADI 5881: Inicialmente convém apontar que a suprema corte atestou a possibilidade do Partido Socialista Brasileiro promover o ajuizamento da ADI, haja vista que goza de legitimidade universal, nos termos do art. 103, VIII da Constituição Federal. Nesse mesmo sentido, é a posição de Medina (2019, p. 606). O referido partido alegou a inconstitucionalidade da Lei nº 13.606/18, que efetuou a inclusão dos arts. 20-B a 20-E na Lei nº 10.522/02, sendo relevante para a presente análise o art. 20-B, §3º, II. A insurgência se deu em face do texto acima citado e sobre parte do art. 20-E, pois, segundo constou da inicial, a matéria deveria ser veiculada por lei complementar, nos termos do art. 146, III da CF, (Medina, 2019, p. 748). No que se refere aos vícios materiais, a inicial da ADI alegou afronta ao devido processo legal substantivo, em especial o art. 5º, LIV, da CF/88. Além disso, por ser a medida passível de uso diretamente pela Fazenda Pública, sem ordem judicial, acarretaria ofensa à reserva de jurisdição, pois somente o Poder Judiciário poderia decretar medidas de indisponibilidade patrimonial. Haveria, ainda, desrespeito ao contraditório e à ampla defesa, pois os dispositivos impugnados permitiriam ao poder público, presumindo a má-fé do devedor, e de forma unilateral (sem a intervenção do Poder Judiciário), determinar a indisponibilidade de bens do devedor. Ocorreria, igualmente, violação ao direito de propriedade, eis que os dispositivos indicados afetariam de forma desproporcional os atributos inerentes ao direito de propriedade³. Por fim, haveria ofensa à isonomia, pois os dispositivos impugnados tratariam de forma igual todos os devedores e contribuintes, sem fazer a necessária discriminação entre os bons e maus pagadores.

Análise dos princípios constitucionais supostamente ofendidos pela medida: O presente artigo busca analisar a validade da medida expressa pela Lei nº 13.606/18, à luz da proporcionalidade, em face da Constituição e de acordo com a jurisprudência do STF. Para fins de delimitação científica, adotar-se-á o conceito de proporcionalidade como princípio, apto a solucionar a colisão entre princípios (no caso concreto, os princípios do devido processo legal, contraditório, propriedade, versus o interesse público consubstanciado no direito do Estado em tomar medidas para a satisfação de seu crédito) (Canotilho, 1998, p. 1035 e 1036). Para tanto, utilizar-se-á dos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, na busca da solução entre os princípios em colisão, nos termos delineados por Alexy (2008, p. 118):

A máxima da proporcionalidade em sentido estrito decorre do fato de princípios serem mandamentos de otimização em face da possibilidade jurídica. Já as máximas da necessidade e da adequação decorrem da natureza dos princípios como mandamentos de otimização em face das possibilidades fáticas. Como se vê, a proporcionalidade fornece padrões relativamente seguros para a análise da colisão de princípios fundamentais, trazendo em suas submáximas critérios para validação/resolução de tal conflito, mantendo-se a eficácia do texto constitucional.

Vício formal: Com relação à alegação de vício formal, é necessário avaliar se a reserva de lei complementar trazida no art. 146 da Constituição Federal, teria o alcance de impedir a edição de normas relacionadas à cobrança e seu procedimento. Como se sabe, a dívida ativa da União contempla débitos não tributários. De mais a mais, a própria lei 10.522/02 prevê uma série de dispositivos que indiretamente tem relação com o crédito tributário, e que nunca foram inquinados de inconstitucionais (Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3141).

Confira-se o seguinte excerto do acórdão na ADI nº 3141:

³ Por atributos da propriedade, utiliza-se a definição do art. 1.228 do Código Civil: “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”, sem, contudo, descuidar do viés constitucional que leva à necessidade de se observar a função social da propriedade.

As normas impugnadas, de uma forma geral, tratam do momento ou da forma de recolhimento de tributos. Não se está propriamente regulamentando fato gerador, base de cálculo, contribuinte de tributos (CF, art. 146, a), ou mesmo obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários (CF, art. 146, b). Como regra, portanto, não há que se falar em reserva de lei complementar para regulamentação desta matéria. Em verdade, a retenção na fonte é técnica de arrecadação que se assemelha a uma obrigação acessória ou a um dever instrumental (CTN, art. 113, § 2º), que, ainda que se exija lei formal (CF, art. 5º, II), não necessita estar contida em lei complementar.

Importante lembrar que a previsão do art. 146 da CF se refere a normas gerais⁴, e se dirigem a todos os entes da federação. Caso se leve tal raciocínio ao extremo, boa parte da legislação tributária federal deveria ser veiculada por lei complementar, o que não parece razoável, e, aliás seria impraticável. A novel legislação, por sua vez, não tem a aspiração de ser geral, ou “nacional”, pois é voltada, apenas, para a dívida ativa da União. O Supremo Tribunal Federal não acolheu a referida alegação. O Ministro Marco Aurelio, relator, havia acolhido em seu voto, inclusive a alegação de vício de inconstitucionalidade por vício formal, porque as os artigos que tratam da indisponibilidade eram oriundos de outro projeto de lei e não guardavam relação com o projeto de lei original que versava sobre o parcelamento de dívidas rurais. Todavia, o Min. Dias Toffoli divergiu, atestando não estar caracterizado o “contrabando legislativo”, e esse entendimento prevaleceu.

Ofensa ao devido processo legal, contraditório, ampla defesa: A inicial da ADI alega afronta ao devido processo legal substantivo, em especial o art. 5º, LIV, da CF/88, o qual dispõe que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Aduz, ainda, que a Fazenda Pública não poderia fazer uso diretamente de tal medida, por ofensa à reserva de jurisdição. O autor defende que somente o Poder Judiciário poderia decretar medidas de indisponibilidade patrimonial. A inicial segue alegando que haveria desrespeito ao contraditório e à ampla defesa, pois os dispositivos impugnados permitiriam ao poder público, presumindo a má-fé do devedor, e de forma unilateral (sem a intervenção do Poder Judiciário), determinar a indisponibilidade de bens do devedor. O que o texto constitucional prevê é que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. No caso não há, a rigor, uma privação. Com efeito, o que lei prevê é a mera indisponibilidade dos bens do devedor. Quando muito, poder-se-ia falar em limitação. Mas ainda assim, haveria respeito ao devido processo legal. A uma porque o crédito tributário inscrito em dívida ativa passou por um devido processo. A maior parte dos créditos tributários é constituída pelo lançamento por homologação: o impropriamente chamado “autolancamento” (Agravo de Instrumento 733.124, 2013), como o Supremo Tribunal Federal nominou no AI nº 753.124:

O caso versa sobre autolancamento. Os precedentes desta Corte sobre o tema são reiterados, indicando que não se configura, na espécie, a transgressão do inciso LV do artigo 5º da Carta. É que se mostra desnecessária a instauração de procedimento administrativo para a inscrição e posterior cobrança do débito fiscal declarado e não pago. Trata-se da situação prevista no art. 150 do CTN⁵. É impropriamente chamado de “autolancamento”, porque, na dicção do art. 142 do CTN, o lançamento é ato privativo da autoridade

⁴ “As normas gerais de direito tributário veiculadas pelas leis complementares são eficazes em todo o território nacional, acompanhado o âmbito de validade espacial destas, e se endereçam aos legisladores das três ordens de governo da Federação, em verdade, seus destinatários. A norma geral articula o sistema tributário da Constituição às legislações fiscais das pessoas políticas (ordens jurídicas parciais). São normas sobre como fazer normas em sede de tributação” (Coelho, 1999, p. 109).

⁵ Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

administrativa. Mas o que importa neste tema é que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento do tributo sem prévio exame da autoridade administrativa. Ocorre que, para efetuar o pagamento, o contribuinte deverá que ter realizado o fato gerador e determinado o montante tributável (base de cálculo e alíquota), instrumentalizando isso por meio de uma declaração. Nessas situações, a legislação atribui o efeito de confissão à declaração apresentada. Em assim sendo, não é necessário o lançamento formal pela Fazenda Pública, nem tampouco a realização de um processo administrativo. Nessa linha, a inscrição em dívida ativa e a indisponibilidade de bens não pode ser considerada uma surpresa pelo contribuinte, pois ele foi o responsável pela identificação do montante tributável, alíquota etc.

Nos casos de lançamento de ofício, o contribuinte poderá impugnar o lançamento e apresentar recursos, os quais têm o condão de suspender a exigibilidade. Somente após a definição do procedimento administrativo, é que ocorrerá a inscrição em dívida ativa, e nesse caso, o contribuinte terá tido a oportunidade plena de defesa num processo administrativo fiscal. A duas porque, mesmo no procedimento de indisponibilidade, o devedor poderá se defender, nos termos da regulamentação prevista no art.20-E da Lei nº 10522/02, consubstanciada na Portaria nº 33/2018 da PGFN. No momento da inscrição em dívida ativa, o contribuinte será notificado e poderá requerer a revisão da dívida, antes, portanto, da averbação executória, a qual só ocorrerá caso o contribuinte permaneça inerte, ou então, enquanto se analisa eventual pedido de revisão da dívida. No que se refere à alegada reserva de jurisdição, parece que ela não teria os efeitos almejados na inicial. A ideia de indisponibilidade de bens, por órgãos não judiciais, não é nova no ordenamento brasileiro. O Tribunal de Contas da União pode decretar medidas de indisponibilidade de bens, sem que isso se caracterize como ofensa à reserva de Jurisdição, como se vê no art. 44, §2º da Lei nº 8.443/92 (“Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração”). O STF já se manifestou de forma favorável pela constitucionalidade da medida⁶.

Além desse caso, a execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei nº 70/66 (art. 32 a 38) permite, inclusive, a alienação da propriedade e, até hoje, STF⁷ e STJ são unânimes em reconhecer a validade da referida legislação, admitindo, contudo, o acesso do mutuário ao Judiciário. Consta, também, da Lei nº 6.024/1974 (art. 36)⁸, quando se tratar de instituições financeiras, e entidades de previdência complementar (Lei Complementar 109/2001)⁹, a possibilidade de

indisponibilidade de bens dos gestores. Como se vê, a decretação da indisponibilidade de bens prescinde da intervenção do Poder Judiciário em determinados casos. O instituto guarda relação com a averbação premonitória prevista no art. 799, IX do CPC/2015: “IX - proceder à averbação em registro público do ato de propositura da execução e dos atos de constrição realizados, para conhecimento de terceiros”. Não existe tal reserva de jurisdição nesse ponto, como pretende o Partido Socialista Brasileiro.

Ofensa à livre iniciativa e à isonomia: O outro argumento da inicial da ADI é a ofensa à livre iniciativa e isonomia. As alegações não foram aceitas pelo corte supremo. Na verdade, em regra, a indisponibilidade não recairá sobre bens essenciais à continuidade da atividade econômica. Os cadastros que serão sensibilizados envolvem o registro de veículos e de imóveis, bens que normalmente integram o ativo imobilizado das empresas. Por fim não restou caracterizada a ofensa à isonomia. Com efeito, há um parâmetro objetivo no tratamento dos devedores que é a inscrição em dívida ativa. Assim, somente o devedor cujo débito foi inscrito em dívida ativa é que poderá ser atingido pela averbação pré-executória.

A questão da indisponibilidade: ofensa à reserva de jurisdição e ao direito de propriedade. Precedentes do Supremo Tribunal Federal: Apesar da ideia de indisponibilidade administrativa de bens ser autorizada em outros casos, o Supremo acabou acolhendo os argumentos de ofensa à reserva de jurisdição e, como decorrência, ao direito de propriedade. O Ministro Barroso, redator do voto vencedor, entendeu que a indisponibilidade seria uma intervenção drástica sobre o direito de propriedade. Entretanto, a ideia de indisponibilidade de bens, por órgãos não judiciais, não é nova no ordenamento brasileiro. O Tribunal de Contas da União, por exemplo, pode decretar medidas de indisponibilidade de bens, sem que isso caracterize ofensa à reserva de Jurisdição, como se vê no art. 44, §2º da Lei nº 8.443/92¹⁰. O STF já se manifestou de forma favorável pela constitucionalidade da medida¹¹.

Além desse caso, a execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei nº 70/66 (art. 32 a 38) permite, inclusive, a alienação da propriedade e, até hoje, STF¹² e STJ são unânimes em reconhecer a validade da referida legislação, admitindo, contudo, o acesso do mutuário ao Judiciário. Consta, também, da Lei nº 6.024/1974 (art. 36), quando se tratar de instituições financeiras, e entidades de previdência complementar (Lei Complementar 109/2001), a possibilidade de indisponibilidade de bens dos gestores. Como se vê, em determinados casos, a decretação da indisponibilidade de bens prescinde da intervenção do Poder Judiciário, sendo uma medida adequada e necessária para se garantir o interesse público na recuperação dos créditos que se destinarão à efetivação das políticas públicas, dentre outras finalidades. Com efeito, a lei atacada não teria gerado uma

6 Conforme decisão da 2ª Turma em Mandado de Segurança: “Mandado de Segurança. 2. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial. 3. Dano ao patrimônio da Petrobras. Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis. 4. Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais. 5. Observância dos requisitos legais para decretação da indisponibilidade de bens. 6. Medida que se impõe pela excepcional gravidade dos fatos apurados. Segurança denegada” (MS 33092, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PE. DJe-160 divulgado em 14-08-2015, publicado em 17-08-2015).

7 Cita-se à exemplo o reconhecimento da existência de Repercussão Geral: Tema 249 - Execução extrajudicial de dívidas hipotecárias contraídas no regime do Sistema Financeiro de Habitação. Relator: Min. Dias Toffoli. Leading Case: RE 627106. Agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, XXII, XXIII, XXXII, XXXV, XXXVII, LIII, LIV e LV, e 6º, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, das normas do Decreto-lei nº 70/66, que possibilitam a execução extrajudicial das dívidas hipotecárias contraídas no regime do Sistema Financeiro da Habitação, com a Constituição Federal.

8 Art. 36. Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

9 Art. 59. Os administradores, controladores e membros de conselhos estatutários das entidades de previdência complementar sob intervenção ou em liquidação extrajudicial ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não

podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

10 “Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração”.

11 “Mandado de Segurança. 2. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial. 3. Dano ao patrimônio da Petrobras. Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis. 4. Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais. 5. Observância dos requisitos legais para decretação da indisponibilidade de bens. 6. Medida que se impõe pela excepcional gravidade dos fatos apurados. Segurança denegada.” (MS 33092, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 24/03/2015, PJe DJe-160 divulgado: 14-08-2015, publicado: 17-08-2015)

12 249 - Execução extrajudicial de dívidas hipotecárias contraídas no regime do Sistema Financeiro de Habitação.

Relator: Min. Dias Toffoli, Leading Case: RE 627106. Agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso extraordinário em que se discute, à luz dos artigos 5º, XXII, XXIII, XXXII, XXXV, XXXVII, LIII, LIV e LV, e 6º, da Constituição Federal, a compatibilidade, ou não, das normas do Decreto-lei nº 70/66, que possibilitam a execução extrajudicial das dívidas hipotecárias contraídas no regime do Sistema Financeiro da Habitação, com a Constituição Federal.

privação da propriedade. Quando muito, poder-se-ia falar em limitação. Em que pese isso, o voto do Ministro Barroso acolheu o argumento em torno da impossibilidade de o ato administrativo da averbação gerar a indisponibilidade, sob o argumento da reserva da jurisdição. Desse modo, restou assegurada a realização da averbação, mas sem que isso gere a indisponibilidades dos bens. Contudo, com visto, a mera indisponibilidade não causaria qualquer ofensa aos princípios acima nominados, haja vista os precedentes do Supremo Tribunal sobre o tema.

Alinhamento às melhores práticas internacionais: Como visto acima, a suprema corte não foi fiel aos seus precedentes em torno da indisponibilidade. Afinal, em outras situações que envolviam a indisponibilidade de bens por ente não integrante do Poder Judiciário, não houve a declaração de inconstitucionalidade. Com a devida vênia à decisão do STF, a alteração promovida pela lei nº 13.606/2018, além de não incorrer em qualquer inconstitucionalidade, colocaria a legislação brasileira ao lado daqueles países que demonstram as melhores práticas, tanto do ponto de vista da preservação do interesse público, como pela necessidade de preservação da boa-fé de terceiros, que podem realizar sua atividade negocial de maneira mais protegida em razão da averbação de indisponibilidade e da publicidade que ela possibilita. Essa medida é adotada pelas grandes economias do mundo, especialmente na Europa e Estados Unidos da América. Digase de passagem, essa postura está alinhada a indicações da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, no que se refere à cobrança de tributos. Ora, o objetivo da OCDE é formatar políticas para fomentar prosperidade, justiça, oportunidade e bem estar a todos. Ela atua junto a Governos, criadores de políticas públicas e cidadãos, estabelecendo padrões internacionais e buscando evidências científicas para enfrentar desafios sociais, econômicos e ambientais¹³.

Uma das atividades da OCDE é avaliar de forma periódica a performance de seus membros em relação à atividade de recuperação de tributos. Nessa linha, percebe-se que a indisponibilidade é adotada em boa parte da Europa (a única exceção é a Bélgica, dentre 21 países) como estratégia de cobrança a par de outras (Hybka, 2015). De igual forma, nos Estados Unidos da América¹⁴, a legislação da IRS (Internal Revenue Service) prevê a possibilidade de indisponibilidade de bens com efeitos retroativos¹⁵ desde o registro da dívida no sistema do tesouro americano¹⁶. Basicamente, se qualquer pessoa responsável pelo pagamento de tributos se omite ou se recusar a efetuar o pagamento da dívida (incluindo multas, juros, despesas de cobrança, etc), terá seu patrimônio e direitos patrimoniais tornados indisponíveis em favor do Estado. Uma vez efetivada a indisponibilidade pela IRS, o devedor terá seu patrimônio declarado indisponível (veículos, imóveis, investimentos, etc), podendo a medida alcançar empresas em nome do responsável, incluindo recebíveis destas¹⁷. Além disso, o seu crédito junto a instituições financeiras pode ficar limitado e, ainda que seja declarada a falência

13 OECD, 2020

14 Internal Revenue Code - Sec. 6321. LIEN FOR TAXES. If any person liable to pay any tax neglects or refuses to pay the same after demand, the amount (including any interest, additional amount, addition to tax, or assessable penalty, together with any costs that may accrue in addition thereto) shall be a lien in favor of the United States upon all property and rights to property, whether real or personal, belong to such person. Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/6321>.

15 Internal Revenue Code - Sec. 6322. PERIOD OF Tax Lien Unless another date is specifically fixed by law, the lien imposed by section 6321 shall arise at the time the assessment is made and shall continue until the liability for the amount so assessed (or a judgment against the taxpayer arising out of such liability) is satisfied or becomes unenforceable by reason of lapse of time. Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26/6322>.

16 A par da tax lien, existe nos Estados Unidos da América, o instituto do levy significa o passo seguinte ao tax lien, qual seja, a alienação do bem para fazer frente à dívida. O Levy não encontra paralelo no direito brasileiro, em face da cláusula do art. 5º, LIV da Constituição Federal (ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal).

17 Ou seja, tem um alcance maior do que a medida brasileira, já que alcançaria bem das pessoas jurídicas vinculadas ao devedor.

do devedor, a indisponibilidade permanecerá. Registre-se que a medida existe nos Estados Unidos da América desde 1954¹⁸.

O princípio da eficiência e a análise econômica do direito

Embora a fazenda pública conte com outros instrumentos para a cobrança direta e indireta do crédito público (protesto, execução fiscal, exigência de certidões de regularidade fiscal), sem dúvida a averbação de indisponibilidade apresenta excelente custo benefício, inclusive, para o devedor. Todos os custos que envolvem a recuperação do crédito público devem ser levados em conta para a escolha de caminhos que permitam a sua realização. Conquanto a execução se processe no interesse do credor (art. 797 do CPC), ela deve se dar da forma menos onerosa ao devedor (art. 805 do CPC). Com efeito, ainda que se faça uso do protesto, por exemplo, o devedor deverá arcar com as custas extrajudiciais do protesto. A indisponibilidade, ao contrário, apresenta custos menor. Se comparado com o a execução fiscal, a diferença é ainda mais acentuada. É importante registrar que o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada-IPEA apurou o valor aproximado da cobrança das dívidas por meio do processo executivo no âmbito federal, considerando o orçamento do Poder Judiciário e o total de processos em trâmite. A conclusão foi no sentido de existir uma linha de corte que faria a cobrança não ser viável, isto é, os custos da cobrança seriam maiores do que o crédito a ser recuperado. Esse valor, em 2011, era de R\$ 4.685,39. Considerando que a ADI envolve a cobrança da Fazenda Nacional, é importante anotar que o IPEA realizou um estudo específico aos executivos fiscais da União, obtendo um valor ainda mais alto:

Considerando-se o custo total da ação de execução fiscal e a probabilidade de obter-se êxito na recuperação do crédito, pode-se afirmar que o *breaking even point*, o ponto a partir do qual é economicamente justificável promover-se judicialmente o executivo fiscal, é de R\$ 21.731,45. Ou seja, nas ações de execução fiscal de valor inferior a este, é improvável que a União consiga recuperar um valor igual ou superior ao custo do processamento judicial (2011). Como se vê, o custo unitário de um processo executivo fiscal é relativamente elevado, e a Fazenda Nacional, com base nesse estudo, alterou o valor mínimo para ajuizamento para R\$ 20.000,00 (Portaria MF 75/2012). Registre-se, por oportuno, que esse estudo levou em conta apenas o aspecto orçamentário do Poder Judiciário, não considerando as demais despesas públicas envolvidas, como os custos de manutenção dos órgãos de cobrança (Fazenda Nacional, INSS, conselhos de classe, bancos públicos, etc). A rigor, portanto, o custo de cobrança é ainda maior. Deve haver alternativas, portanto, para que o crédito público possa ser buscado de forma eficiente, ou seja, com uma boa relação custo/benefício. Na verdade, se possível, essa busca deve ficar, inclusive, fora do Poder Judiciário, a fim de que seja menos onerosa ao devedor e redunde num processo a menos em andamento.

Com efeito, e com a devida vênia aos que não entendem dessa forma, a averbação de indisponibilidade terá o condão de estimular o devedor a buscar a sua regularidade fiscal, tendo em vista a existência de certa anotação sobre sua propriedade. É importante registrar que a presença da averbação de indisponibilidade bem como o valor da dívida serão os critérios orientadores do ajuizamento da execução. Isso porque a PGFN passou a adotar a técnica do ajuizamento seletivo (ou condicionado) a fim de que só ocorra, de fato, o ajuizamento quando houver indícios das existências de bens aptos a fazer frente àquela cobrança. Ora, com a averbação da indisponibilidade, aumenta a chance de ocorrer o ajuizamento, o que acabará por onerar ainda mais os custos da cobrança. Assim, o devedor será estimulado a buscar a regularização da dívida, seja por meio de um parcelamento, pelo pedido de revisão da dívida, ou mesmo pela substituição da garantia na esfera administrativa, sem gerar outros custos a ele. Esse aspecto da eficiência se traduz numa racionalidade que é dessa forma descrita por Timm, ao afirmar que: “um agente racional dificilmente proporia uma ação cujos custos imediatos fossem superiores ao que espera receber com o julgamento

18 Eua, 1954

final da ação". (Timm, 2012, p. 393). Considerando essa realidade, a averbação de indisponibilidade se torna uma ferramenta mais racional e eficiente na cobrança do crédito público. Ora, a eficiência se traduz num agir racional e econômico no trato de recursos públicos. Mas, além disso, é um critério orientador de toda atividade administrativa, em especial a recuperação de valores ao erário, dada a necessidade de ser a cobrança menos onerosa possível ao devedor. O art.37 da Constituição Federal, incluído pela EC. 19/1998, ressalta esse aspecto a ser observado pela da administração pública¹⁹. Para Di Pietro (2002) a eficiência se apresenta de duas formas, a primeira relacionada à forma do agir do agente público, que deve apresentar o melhor desempenho possível em suas atividades, em busca dos melhores resultados. O segundo aspecto se relaciona à racionalidade na organização, estruturação e regimento da administração pública, com o fim de obter os melhores resultados no trato da coisa pública e na realização das políticas públicas. Gasparini resgata a ideia de rendimento como critério norteador do agir público (2006, p.21). A relação custo/benefício deve ser buscada ao máximo para que o princípio da eficiência seja atendido. Não é diferente o conceito clássico de Meirelles (1991):

o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. O princípio da eficiência trata, em especial, da realização da melhor relação custo/benefício. É um critério que prima pela racionalidade e por um aspecto econômico na gestão da administração pública. Ora, uma vez que a administração pública está, também, adstrita ao princípio da legalidade, é importante anotar a noção de Max Weber da importância do direito racional, o chamado direito calculável²⁰. A racionalidade e a busca pela eficiência são fundamentais para a administração pública. Cada vez mais o Estado, por meio da administração, é concludado a atender mais demandas e com recursos mais escassos. Sobre isso, basta ver que a Emenda Constitucional n. 95 passou a prever o teto de gastos, contido as necessidades a serem atendidas pelo Estado ainda continuam num nível crescent. Destarte, a partir de uma análise econômica do direito, bem como do princípio da eficiência, a averbação de indisponibilidade se revela uma técnica qualificada e adequada para a cobrança do crédito com custos mais reduzidos, o que afinal, atende os interesses do próprio devedor que pode satisfazer a exigência fiscal, com menor onerosidade.

CONCLUSÃO

Em resumo, os dispositivos acrescentados à Lei nº 10522/02 visavam dotar a cobrança do crédito público de maior efetividade e garantia, além de garantia maior segurança aos terceiros. Diga-se de passagem, a medida (indisponibilidade) buscava preservar a boa-fé de terceiros adquirentes de tais bens, haja vista que existe uma presunção de fraude à execução na alienação de bens de devedores com inscrição em dívida ativa que não tenham outros bens aptos à satisfação da dívida, conforme importante precedente do STJ. Dessa forma, existindo a averbação pré-executória, restaria preservado o interesse de eventual terceiro que poderia adquirir o bem sem saber de dívidas anteriores do vendedor²¹. Assim, a possibilidade de averbar a indisponibilidade a partir da inscrição em dívida ativa, que, diga-se de passagem, goza de presunção de validade, seria uma medida adequada e proporcional dentro do ordenamento jurídico. Registre-se que o Supremo Tribunal Federal já apreciou, na ADI nº 5135

(protesto das certidões de dívida ativa), diversos dos argumentos constantes na inicial da ADI em tela, manifestando-se pela constitucionalidade do protesto em face das alegadas ofensas ao princípio da livre iniciativa, isonomia, afastando a pecha de sanção política que pesava sobre o protesto das CDAs. Prevaleceu, entretanto, na suprema corte, o princípio de reserva de jurisdição, impedindo a indisponibilidade dos bens, embora admitindo a averbação. O Supremo Tribunal, de certa forma, afastou-se de seus precedentes em que admitiu atos de indisponibilidade sobre o patrimônio de particulares, por ato de ente não jurisdicional. Ademais, perdeu a oportunidade de conferir maior efetividade à cobrança da dívida ativa, que há anos padece de baixa eficiência. Ora, a eficiência é justamente o princípio orientador da administração pública, a qual deve buscar a recuperação de seus créditos de forma a atender à racionalidade e economia na cobrança, com o fim de apresentar a melhor relação custo/benefício possível. As medidas trazidas pela lei, com a devida vênia, eram proporcionais, adequadas e necessárias para a obtenção de melhores resultados na recuperação do crédito público, sem descurar dos direitos inerentes dos contribuintes.

REFERÊNCIAS

- Agravo de Instrumento 753.124/SP (2013, 26 de março). Relator: Marco Aurélio. Recuperado de <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho326058/false>
- Alexy, R. 2008. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros Editores.
- Ação Direta e Inconstitucionalidade 3141 (2018, 13 de dezembro). Relator Roberto Barroso. Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2202792>
- Ação Direta de Inconstitucionalidade 5135/DF (2016, 9 de novembro). Relator Min Roberto Barroso. Recuperado de <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4588636>
- Canotilho, J.J.G. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2 ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- Código de Processo Civil*. Brasília, DF: Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113105.htm
- Coelho, S. C. N. (1999). *Curso de direito tributário brasileiro*. 2ª ed., RJ: Forense.
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988* (1988). Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm
- Cunha, L.C. (2014). *A previsão do princípio da eficiência no projeto do novo código de processo civil brasileiro*. Revista de Processo. vol. 233/2014. 65-84.
- Decreto-Lei 70* (1966, 21 de novembro). Autoriza o funcionamento de associações de poupança e empréstimo, institui a cédula hipotecária e dá outras providências. Brasília, DF: Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del0070-66.htm
- Di Pietro, M.S.Z. (2002). *Direito Administrativo*. 14ª ed., São Paulo: Atlas.
- Embargos de Declaração no Recurso Especial 1141990/RS (2017, 18 de outubro). Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Recuperado de https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=77645056&num_registro=201303031670&data=20171026
- Emenda Constitucional n. 95* (2016, 15 de dezembro). Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc95.htm
- Gasparini, D. 2006. *Direito administrativo*. 11. ed. São Paulo: Saraiva.
- Hybka, M.M., 2015. Comparing efficiency of tax debt collection in Germany, Poland and the United Kingdom, *Ekonomia i Prawo. Economics and Law*", Polszakiewicz B., Boehlke J. (ed.), Vol. 14, No. 4/2015, pp. 427-442. DOI: <http://dx.doi.org/10.12775/EiP.2015.028>.

19 É importante registrar que o Decreto -Lei n. 200/1967 fazia menção à eficiência administrativa, quando tratava da relação entre a supervisão ministerial e a administração indireta.

20 Para que a exploração econômica capitalista proceda racionalmente precisa confiar em que a justiça e a administração seguirão determinadas pautas.

21 Registre-se, ainda, que a Lei nº 13097/15 passou a dar uma importância maior à necessidade de se averbar e registrar eventuais indisponibilidades ou ações que versem sobre imóveis, concretizando o princípio da concentração dos atos registraes

- Internal Revenue Service. Código de Receita Interna. (2016). Tax Code, Regulations and Official Guidance. Recuperado de <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26>
- Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal. (2011, 10 outubro). Recuperado de https://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=12982&Itemid=6.
- Lei 10.522 (2002, 19 de julho). Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10522.htm
- Lei 5172 (1966, 25 de outubro). Código Tributário Nacional. Brasília, DF: Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm
- Lei 8.443 (1992, 16 de julho). Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União. Brasília, DF: Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18443.htm
- Lei 6024 (1974, 13 de março). Dispõe sobre a intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras, e dá outras providências. Brasília, DF: Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6024.htm
- Lei Complementar 109 (2001, 29 de maio). Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Brasília, DF: Recuperado de http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS/LCP/Lcp109.htm
- Lei 13097 (2015, 19 de janeiro). DF: Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13097.htm
- Mandado de Segurança 33092/DF (2015, 24 de março). Relator: Gilmar Mendes. Recuperado de <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ms33092GM.pdf>
- Medina, J. M. G. (2019) *Constituição Federal Comentada*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- Meirelles, H.L. (1991). *Direito Administrativo*. Brasileiro. 16ª ed. atual., São Paulo: Revista dos Tribunais.
- OECD – (The Organisation for Economic Co-operation and Development). Recuperado de <http://www.oecd.org/general/Key-information-about-the-OECD.pdf>.
- Timm, L.B. (Org). (2012). *Direito e economia no Brasil*. São Paulo: Atlas.
- Portaria 33 (2018, 8 de fevereiro). Recuperado de <http://sijut2.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=90028&visao=anotado>
- Portaria 75 (2012, 22 de março). Recuperado de <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=37631>
- Supremo Tribunal Federal. Pleno – Indisponibilidade de bens de devedor contribuinte (2020, 3 de dezembro). Youtube. Recuperado de <https://www.youtube.com/watch?v=5MSkEx4eH0k>
