

A DECRETAÇÃO DE ATOS DE CONSTRICÇÃO PATRIMONIAL PELA FAZENDA PÚBLICA NA COBRANÇA DA DÍVIDA ATIVA: A CONTROVÉRSIA ACERCA DA AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA.

ACTS OF PATRIMONIAL CONSTRAINT BY THE TREASURY AT EXECUTABLE TAX DEBT COLLECTION: THE CONTROVERSY ABOUT “AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA”.



Mariana Ribeiro Barbio Correa¹

RESUMO: Busca-se analisar a constitucionalidade da averbação pré-executória, medida que visa a maior eficiência na persecução do crédito público ao dar publicidade à certidão de dívida ativa, garantindo existência de patrimônio para futura execução fiscal. Porém, foi contestada sua constitucionalidade, sendo necessário verificar sua compatibilidade com a ordem constitucional. Logo, serão examinados o contexto de sua criação, o sistema arrecadatório, as peculiaridades da cobrança do crédito público, o processo administrativo que pode ensejá-la e as críticas a ela relacionadas, concluindo-se pela sua constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Dívida ativa. Execução fiscal. Ineficácia. Averbação pré-executória. Constitucionalidade.

ABSTRACT: It seeks to analyze the constitutionality of the “averbação pré-executória”, measure that pursues to reduce ineffectiveness of the tax enforcement procedure by providing publicity for the overdue federal liabilities certificates to guarantee the existence of debtor’s property when judicially pursued. In order to analyze its compatibility with the Brazilian legal system, though, it is crucial to face the arguments that defends its inadequacy with Brazilian Constitution. So, it will be explained the context in which the “averbação pré-executória” was created, the tax collection structure, the administrative procedure that can originate it and the criticism about it, concluding about its constitutionality.

KEYWORDS: Overdue federal liabilities. Tax foreclosure. Ineffectiveness. Averbação pré-executória. Constitutionality.

SUMÁRIO: Introdução. 1. Sistema arrecadatório: dívida ativa, sua cobrança judicial e a necessidade de novas soluções para a persecução do crédito público. 2. Averbação pré-executória e a controvérsia acerca do instituto. 3. Análise da constitucionalidade da medida. 3.1 Inexistência de execução fiscal administrativa: mero procedimento de anotação em registro de bens e direitos. 3.2. Concretização do princípio da eficiência no sistema arrecadatório. 3.3. A possibilidade de veiculação da matéria por lei ordinária e a processualização da atividade administrativa. 3.4. Análise da constitucionalidade da restrição a direitos fundamentais: verificação da existência de sanção política. 4. Conclusão. Referências.

¹ Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Pós-graduada em Direito e Advocacia Pública pela Escola Superior de Advocacia Pública da Procuradoria do Estado do Rio de Janeiro.

SUMMARY: Introduction. 1. Tax collection structure: Overdue federal liabilities certificates, judicial collection and the need of new solutions to pursue tax enforcement proceeding. 2. “Averbação pré-executória” and its controversy. 3. The analysis of “averbação pré-executória constitutionality compatibility. 3.1 Non-existence of administrative enforcement: register of the overdue federal liabilities certificate. 3.2. Effectiveness of tax collection structure. 3.3. The vehicle to introduce the “averbação pré-executória” in the Brazilian legal system. 3.4 Constitutionality analysis of fundamental rights restriction. 4. Conclusions. References.

Introdução

A execução fiscal, meio usual de cobrança judicial da Dívida Ativa, tem se mostrado inefetiva. Muitas vezes, ela é proposta sem indício de patrimônio apto a saldar o débito cobrado, ficando o processo parado devido à não localização de bens penhoráveis. Congestiona-se o Judiciário com demandas não solucionáveis, demandando esforços desse Poder e da Administração em ações cujo fim será a prescrição intercorrente.

Por ser a atividade arrecadatória instrumental e haver vinculação do legislador e da Administração ao princípio da eficiência, a ineficácia da execução fiscal impõe que sejam buscadas novas formas de realizar o crédito público. Uma delas é a averbação pré-executória², pela qual, ainda em sede administrativa, averba-se a Certidão de Dívida Ativa (CDA) em registros de bens e direitos, tornando-os indisponíveis. Assim, a publicidade da dívida ocasiona presunção absoluta de fraude à execução, em caso de alienação ou oneração do bem. Garante-se a existência de patrimônio, evitando a propositura de execução fiscal que não alcançará a satisfação do crédito. Contudo, tal medida tem sua constitucionalidade contestada em seis Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI).

Diante da importância do tema, mostra-se necessária a análise da compatibilidade do instituto com a Constituição (CRFB). Para tanto, serão analisados a relevância da função arrecadatória para a sociedade, o processo de inscrição dos débitos em Dívida Ativa e as peculiaridades da execução fiscal. Serão investigados dados estatísticos e pesquisas sobre as causas da inefetividade da ação executiva. Ainda, serão estudados o procedimento administrativo estabelecido pela Portaria PGFN nº 33/18 e as críticas tecidas à averbação. Por fim, verificar-se-á sua constitucionalidade.

1. Sistema arrecadatório: dívida ativa, sua cobrança judicial e a necessidade de novas

² Incluída pela Lei nº 13.606/18 na Lei nº 10.522/02 (art.20-B, §3º, II).

soluções para a persecução do crédito público.

O Estado deve satisfazer os interesses e necessidades da sociedade, implementar serviços públicos e promover direitos fundamentais. Isso demanda estruturas e atividades, exigindo recursos. Logo, a atividade arrecadatória é instrumental³, é o meio para executar tais fins. Assim, a solidariedade social impõe que todos contribuam para formar o patrimônio para manutenção estatal. É da Fazenda Pública⁴ o dever de arrecadar, fiscalizar e distribuir receitas, de acordo com os fins estabelecidos pelo Poder Público.

Quando, a despeito da obrigação de contribuir, os créditos em face da Fazenda (tributários ou não tributários⁵) não são adimplidos no prazo legal, serão inscritos em Dívida Ativa⁶. Trata-se de procedimento para controlar a legalidade e apurar a liquidez, certeza e exigibilidade na constituição do crédito. Isso é necessário, pois, ao final, será constituído unilateralmente pelo credor o título executivo para embasar a execução fiscal.

Assim, havendo irregularidade do crédito, permite-se adequação ao ordenamento, devendo anular e refazer os atos, evitando a nulidade da cobrança⁷. É, portanto, “medida de economia processual e respeito ao contribuinte”⁸, evitando a propositura de ações de execução que possam ser anuladas e protegendo os devedores de cobranças indevidas.

Verificada a regularidade do crédito, ele será inscrito em registro próprio, lavrando-se termo de inscrição em Dívida Ativa, que deve conter elementos obrigatórios de identificação do débito e do devedor, que também constarão na CDA (art.202 do Código Tributário Nacional – CTN – e art.2º, §§ 5º e 6º da Lei de Execuções Fiscais – LEF). A inscrição é condição de exigibilidade da dívida, que passa a gozar de presunção relativa de liquidez e certeza⁹. A

³ TORRES, Ricardo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013, p.5.

⁴ É o conjunto de órgãos e atividades financeiras. Seu conceito se relaciona à gestão de finanças, fixação e implementação de políticas públicas, representando um aspecto financeiro do ente público.

⁵ Créditos tributários: decorrem de obrigação legal relativa a tributos, respectivas multas e adicionais; Créditos não tributários: derivam de obrigação legal ou contratual e abrangem “qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei” aos entes da federação – art.2º, §1º da LEF. O rol de créditos a serem considerados dívida ativa não tributária do art.39, §2º da Lei nº 4.320/64 é não exaustivo.

⁶ O conceito de Dívida Ativa se relaciona aos créditos fazendários de natureza tributária e não tributária, escriturados como receita em determinado exercício e não pagos no prazo. Abrange também atualização monetária, juros, multa de mora e demais encargos previstos na lei ou contrato (art.2º, §2º da Lei nº 6.830/80).

⁷ LOPES, Mauro Luís Rocha. *Processo judicial tributário: execução fiscal e ações tributárias*. São Paulo: Ímpetus, 2014, p.11.

⁸ PORTO, Éderson Garin. *Manual da execução fiscal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p.48.

⁹ Certeza do título: presença de elementos probatórios suficientes a revelar seguramente a existência da dívida. Decorre da previsão legal indicada no título, que traz a obrigação de pagamento do crédito inscrito. Liquidez: adequada identificação do objeto, não sendo necessário analisar elemento extrínseco ao título para precisá-lo ou ao seu valor. Exigibilidade: inexistência de impedimento à eficácia da obrigação, que deve estar vencida e não paga. (DIDIER JR., Fredie *et al.* *Curso de direito processual civil*, v.5, 7 ed.. Salvador: Juspodivm, 2017, p.262.)

presunção pode ser afastada por prova inequívoca, que cabe ao executado, da desconformidade do ato com a lei. Ela decorre dos dados no termo de inscrição, que apontam os elementos da dívida certa e determinada. A inscrição reflete os elementos de liquidez e certeza existentes no termo. Trata-se de decorrência da presunção de legitimidade do ato administrativo¹⁰.

A Certidão de Dívida Ativa é título executivo extrajudicial que constitui o direito de o credor realizar a obrigação nela consolidada (art.784, IX do Código de Processo Civil – CPC). Isso ocorre por um procedimento judicial diferenciado para execução dos créditos da Fazenda: a ação de execução fiscal (Lei nº 6.830/80 – LEF). Sua utilização depende de dois elementos: o sujeito ativo ser a Fazenda e o objeto ser crédito inscrito em Dívida Ativa. Esse procedimento especial, diferente daquele do CPC¹¹ para executar quantia certa, busca celeridade e efetividade, devido à importância do crédito público.

A execução fiscal se inicia com uma petição inicial simplificada, que indicará apenas o juiz a quem é dirigida, o pedido e o requerimento para a citação (art.6º da LEF). A CDA deve instruí-la, podendo ambas constituir um único documento (art.6º, §2º da LEF).

Proposta a ação, o CPC (arts. 799, IX e 828) permite obter a certidão de admissão e averbá-la junto a registro de bens, dando conhecimento a terceiros (possível também quando houver a constrição). Após a averbação, alienar ou onerar os bens ocasiona presunção absoluta de fraude à execução, evitando dilapidação patrimonial que impeça de saldar a dívida. No caso de créditos tributários, a presunção de fraude em caso de alienação ou oneração ocorre desde a inscrição em Dívida Ativa, salvo se reservado patrimônio para saldar a dívida (art.185, CTN).

Recebida a inicial, o juiz proferirá despacho com efeitos múltiplos e sucessivos, ordenando a prática de atos subsequentes¹², dentre os quais está a penhora (art.7º da LEF). Assim, a prática dos atos enunciados no art.7º independe de novas manifestações do juiz. Como o título já está formado, cita-se para pagar ou garantir a dívida com juros, multa de mora e encargos em 5 (cinco) dias e não para apresentar defesa (art.8º da LEF). O despacho citatório interrompe a prescrição (arts.174, parágrafo único do CTN e 202, I do Código Civil).

Findo o prazo para pagar ou garantir o juízo, se ficar inerte o devedor, a Fazenda

¹⁰ SILVA, José Afonso. *Execução fiscal*. São Paulo: RT, 1975, p.10, apud MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Dívida ativa*. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p.80.

¹¹ O CPC é aplicável subsidiariamente nos casos em que a LEF for lacunosa ou quando sua sistemática for menos vantajosa que a do CPC. Isso porque, após o “novo” CPC, a LEF não foi alterada e, em alguns casos, a aplicação da norma geral de execução (CPC) traria mais prerrogativas ao credor “comum” do que a LEF traz para a Fazenda. A não aplicação do CPC às execuções fiscais geraria uma subversão da lógica da LEF, pela qual se busca garantir maior celeridade e eficiência na persecução dos créditos públicos.

¹² Citação para pagar ou garantir a execução; penhora se não houver pagamento ou garantia; arresto, caso o executado não tenha domicílio ou se oculte; encontrados bens, registra-se a penhora ou arresto; avaliação dos bens.

pode penhorar quaisquer bens do executado, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, independentemente da data de constituição (arts. 30 da LEF e 184 do CTN). A exceção são os bens considerados impenhoráveis por lei (art.10 da LEF). Realizada a penhora ou garantido o juízo, o executado será intimado (art.12 da LEF), podendo ofertar embargos à execução no prazo de 30 (trinta) dias (art.16 da LEF)¹³.

A ação executiva busca satisfazer o crédito líquido, certo e exigível materializado no título (CDA) por meio da expropriação dos bens do devedor. Assim, não há cognição ou contraditório amplo, não sendo possível contestar ou recorrer. A defesa é limitada, ocorrendo por meio de exceção de pré-executividade, embargos à execução ou ações heterotópicas.

A exceção de pré-executividade é apresentada nos autos da execução e as alegações se limitam às matérias cognoscíveis de ofício e que não demandem dilação probatória¹⁴. Não é preciso garantir o juízo e, tratando-se de matéria de ordem pública, não há prazo para seu manejo.

Os embargos à execução são ação autônoma para desconstituir a CDA. A propositura depende de garantia integral do juízo (art.16, §1º da LEF) e só há efeito suspensivo se, além da garantia, forem comprovados o *fumus boni iuris* e *periculum in mora*¹⁵.

Ações heterotópicas¹⁶ não são propriamente defesa, mas seu resultado pode influenciar a existência do crédito e, assim, a execução fiscal. A propositura não inibe o credor de promover a execução (art.784, §1º do CPC), não suspende a execução fiscal. Isso só é possível se proposta antes do fim do prazo para embargos, garantido o juízo e comprovados o *periculum in mora* e *fumus boni iuris*, pois serão recebidas como embargos à execução¹⁷.

Portanto, a regra nos autos da ação de execução fiscal é a impossibilidade de discutir o débito, sendo necessária a propositura de ação autônoma para tanto. A discussão na execução se limita às matérias cognoscíveis de ofício e sem necessidade de dilação probatória.

Pode ser que não sejam encontrados o devedor ou bens para quitar o débito. Assim, o juiz, após intimar a Fazenda, suspende o processo (art.40 da LEF). A citação por edital do

¹³ Apesar de a LEF (art.16) trazer como termo *a quo* do prazo de embargos o depósito, a juntada da prova de fiança bancária ou seguro garantia, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) entende ser necessária redução a termo, formalizando o ato e intimando o executado, para iniciar o prazo para embargos.

¹⁴ Enunciado nº 393 da Súmula do STJ: A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.

¹⁵ STJ, Segunda Turma, *Recurso Especial (R.Esp.) nº 1.272.827/PE*, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Publicado em 19/06/18.

¹⁶ Mandado de segurança, ações declaratória e anulatória, repetição de indébito, consignação em pagamento... – art.38 da LEF.

¹⁷ Mesmo se proposta posteriormente ao prazo para embargos e requerida antecipação de tutela para a suspensão, é preciso garantir o juízo, sob pena de violar a isonomia por caminho alternativo aos embargos.

devedor possibilita a penhora de bens. Para os débitos não tributários, a suspensão pausa o cômputo da prescrição, mas para os tributários, exige-se lei complementar para tratar de prescrição, então ela continua a correr¹⁸ (art.146, III, “b” da CRFB).

Após um ano da intimação, inicia-se o prazo prescricional aplicável ao crédito, mesmo sem nova intimação. Findo o prazo e ouvida a Fazenda, a prescrição intercorrente será conhecida de ofício. Se, durante esses prazos, a Fazenda requerer diligência que acarrete a constrição ou citação do devedor (mesmo por edital), ainda que efetivada após o fim do prazo, a prescrição intercorrente é interrompida com data retroativa ao protocolo da petição em que foi requisitado o ato¹⁹.

Apesar de o procedimento especial da execução fiscal buscar celeridade e efetividade, ele tem se mostrado ineficaz, pois não consegue solver a dívida ou, se o faz, não é em sua integralidade. O Judiciário é acionado para tramitar uma ação cujo fim provável será a prescrição intercorrente. Há desperdício de recursos públicos e benefício aos maus pagadores, que deixam de arcar com os tributos por conhecimento dessa ineficácia.

Segundo o relatório *Justiça em números*, de 2020²⁰, o Poder Judiciário contava com um acervo de 77 milhões de processos pendentes de baixa, dos quais 55,8% estão na fase de execução. Os processos de conhecimento ingressam em número duas vezes maior que os de execução, porém o acervo dos segundos é 54,5% maior.

Esse relatório constata serem as execuções fiscais o maior fator de morosidade do Judiciário. Se ele deixasse de receber novas execuções fiscais, as existentes levariam 6 (seis) ano e 7 (sete) meses para serem aniquiladas. Elas correspondem a 39% do total de casos pendentes e 70% das execuções pendentes, com taxa de congestionamento próxima a 87%. Assim, de cada 100 (cem) execuções fiscais processadas em 2019, somente 13 (treze) foram baixadas. A justiça estadual concentra 85% das execuções fiscais. Já a Justiça Federal concentra 15%, mas é dela a maior taxa de congestionamento (93%), seguida da Justiça Estadual (86%)²¹.

O relatório conclui que a causa de as execuções fiscais serem o principal fator de morosidade do Judiciário é a sua propositura após frustradas as tentativas administrativas de localização do devedor e/ou patrimônio. Essas etapas, que já não tiveram sucesso, seriam

¹⁸ O despacho que ordenou a citação na execução fiscal, por força do art.174 do CTN, interrompeu a prescrição.

¹⁹ STJ, Primeira Seção, *R.Esp. nº 1.340.553/RS*, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Publicado em 16/10/18.

²⁰ Reproduzido pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), com base no ano de 2019. (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2020*. Brasília: CNJ, 2020, pp. 150-162. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 12 set. 2020.

²¹ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2020*, cit, pp.155-156.

repetidas em sede judicial. Dessa forma, o grande decurso de tempo entre o vencimento da obrigação e a cobrança possibilita dilapidação patrimonial e encerramento da atividade.

No estudo *Custo unitário do processo de execução fiscal na Justiça Federal*²², concluiu-se que poucas ações sobrevivem ao processamento da execução fiscal. Isso porque:

Apenas três quintos dos processos de execução fiscal vencem a etapa de citação (sendo que em 36,9% dos casos não há citação válida, e em 43,5% o devedor não é encontrado). Destes, a penhora de bens ocorre em apenas um quarto dos casos (ou seja, 15% do total), mas somente uma sexta parte das penhoras resulta em leilão. Contudo, dos 2,6% do total de processos que chega a leilão, em apenas 0,2% o resultado satisfaz o crédito. A adjudicação extingue a ação em 0,3% dos casos. A defesa é pouco utilizada e é baixo seu acolhimento: a objeção de pré-executividade ocorre em 4,4% dos casos e os embargos à execução em 6,4%, sendo seu índice de acolhimento, respectivamente, de 7,4% e 20,2%. Observe-se que, do total de processos da amostra deste estudo, a procedência destes mecanismos de defesa foi reconhecida em apenas 1,3% dos casos²³.

A pesquisa teve por base dados colhidos entre novembro de 2009 e fevereiro de 2011. Apesar de números desatualizados, as informações revelam uma realidade atual: a maioria das execuções fiscais não consegue satisfazer o crédito público, apresentando problemas recorrentes na localização dos devedores e de bens aptos a saldar a dívida.

A pesquisa *A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário* conclui que as grandes dificuldades da execução fiscal são citar o devedor e localizar bens para penhora²⁴. Conclui ainda que a causa da morosidade estaria relacionada à forma de organização burocrática do Judiciário.

A doutrina também se manifesta no sentido da ineficácia do sistema de cobrança, clamando por um procedimento mais célere e efetivo, pois o atual protege o devedor recalcitrante e dificulta a realização do direito material²⁵.

Destaca-se a lógica produtivista e burocrática de trabalho do Judiciário, focada em realizar as tarefas e não no resultado a ser atingido (satisfação do crédito). Assim, a citação, penhora e leilão são vistos como meras tarefas a serem cumpridas, sem o empenho com o

²² INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Custo unitário do processo de execução fiscal*. Brasília: IPEA, 2011, p. 33. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf. Acesso em: 16 nov. 2018.

²³ INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Custo unitário do processo de execução fiscal*, cit, p. 33.

²⁴ CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário*. Brasília: CNJ, 2011, p.12. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/2d53f36cdc1e27513af9868de9d072dd.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2018, p.12.

²⁵ Nesse sentido: PORTO, Éderson Garin. *Manual de execução fiscal*, cit, p.31 e CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães de. *Execução fiscal e efetividade: a análise do modelo brasileiro à luz do sistema português*. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p.55.

resultado ou com uma estratégia para sua realização²⁶. Então, mesmo que a Administração invista em prestar melhores informações sobre o devedor e bens, ficará submetida à lentidão do processo judicial e à falta de interesse de o Judiciário desenvolver sistemas para maior eficácia dessa função, que é exercida unicamente no interesse da Fazenda²⁷.

Por outro lado, também paralisa a execução a não seleção qualitativa pela Fazenda dos créditos a serem executados e a ausência de indicação correta de bens e da localização do devedor. O ajuizamento sem critérios desperdiça recursos da Fazenda e do Judiciário, escondendo créditos recuperáveis entre os que jamais serão adimplidos²⁸.

Em resumo, as causas para a morosidade e ineficácia são: a não localização do devedor e de bens; a necessidade de repetição, em sede judicial, de procedimentos realizados administrativamente sem sucesso; o tempo excessivo decorrido entre o vencimento da obrigação e a cobrança; a forma burocrática de atuação do Judiciário e o ajuizamento de execuções fiscais sem critério de seleção. Tudo isso contribui para um processo de execução fiscal caro, que se alonga por anos, muitas vezes sendo extinto pela prescrição intercorrente.

2. Averbação pré-executória e a controvérsia acerca do instituto.

Na tentativa de melhorar a qualidade da cobrança do crédito público, criou-se a averbação pré-executória (art.20-B da Lei nº 10.522/02, inserido pela Lei nº 13.606/18), pela qual se averba a CDA em registros de bens e direitos sujeitos à penhora ou arresto, tornando-os indisponíveis. A Portaria nº 33/18 da PGFN (art.21) definiu o instituto como “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 a prevenir a fraude à execução”. Perceba-se que não foi tratada a indisponibilidade.

A indisponibilidade não se refere à impossibilidade de alienar ou dar os bens em garantia, pois isso pode ser necessário para saldar a dívida. Ela ocasiona a ineficácia desses atos em relação à CDA averbada. Trata-se de presunção absoluta da ciência da existência do débito

²⁶ INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Custo unitário do processo de execução fiscal*, cit, p.36.

²⁷ CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães de. *Execução fiscal e efetividade*, cit, pp.57-58.

²⁸ HARADA, Kiyoshi. *Exame do anteprojeto de lei que dispõe sobre a cobrança de dívida ativa apresentado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e seu substitutivo*. 2007. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/9968/exame-do-anteprojeto-de-lei-que-dispoe-sobre-a-cobranca-de-divida-ativa-apresentado-pela-procuradoria-geral-da-fazenda-nacional-e-seu-substitutivo>. Acesso em: 17 nov. 2018.

por terceiro adquirente, caracterizando fraude à execução²⁹. Assim, garante-se a existência de patrimônio, viabilizando o ajuizamento seletivo da execução fiscal e evitando propositura de ações com pouca ou nenhuma probabilidade de sucesso.

Para concretizar essas finalidades, e obedecendo ao art.20-E da Lei nº 10.522³⁰, a Portaria nº 33/18 disciplinou a atuação da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional (PGFN) desde a inscrição em Dívida Ativa até a execução fiscal, criando uma etapa de cobrança administrativa do crédito entre essas duas fases.

A regulamentação começa com o controle de legalidade dos débitos, os quais devem ser encaminhados à PGFN em até 90 (noventa) dias da data em que se tornarem exigíveis, para análise dos requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade (arts. 1º e 4º). Presentes tais requisitos, o débito será inscrito, mas, se houver vício, será devolvido ao órgão para correção (arts. 4º e 5º). Há, ainda, um rol de situações em que não ocorrerá a inscrição (art.5º, §1º)³¹.

Inscrito o débito, devedor e corresponsáveis serão notificados para: em 5 (cinco) dias pagá-lo (valor atualizado com juros, multas e encargos) ou parcelá-lo; em 30 (trinta) dias

²⁹ CUNHA, Leonardo Carneiro. *A fazenda pública em juízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018, pp.439-440.

³⁰ 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.

³¹ I - os débitos relativos aos tributos enumerados nos incisos I a X do art.18 da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002; II - os débitos cuja constituição esteja fundada em matéria que, em virtude de jurisprudência desfavorável 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; III - os débitos cuja constituição esteja fundada em matéria sobre a qual exista Súmula ou Parecer do Advogado-Geral da União, ou Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, aprovada ou não pelo Ministro de Estado da Fazenda, que concluam em sentido favorável ao contribuinte; IV - os débitos cuja constituição esteja fundada em matéria decidida de modo favorável ao contribuinte pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle concentrado de constitucionalidade; V - os débitos cuja constituição esteja fundada em matéria decidida de modo favorável ao contribuinte pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso de constitucionalidade, e tenha sido editada resolução do Senado Federal suspendendo a execução da lei ou ato declarado inconstitucional; VI - os débitos cuja constituição esteja fundada em matéria sobre a qual exista enunciado de súmula vinculante, de súmula do STF em matéria constitucional ou de súmula dos Tribunais Superiores em matéria infraconstitucional, em sentido favorável ao contribuinte; VII - os débitos cuja constituição esteja fundada em matéria sobre a qual exista Nota ou Parecer vigente e aprovado pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional ou por Procurador-Geral Adjunto da Fazenda Nacional, em sentido favorável ao contribuinte; VIII - os débitos cuja constituição esteja fundada em matéria decidida de modo favorável ao contribuinte pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 1.035 e 1.036 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015; IX - os débitos cuja constituição esteja fundada em matérias decididas de modo favorável ao contribuinte pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de julgamento realizado nos termos do 1.036 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, com exceção daquelas que ainda possam ser objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal; X - os débitos cuja constituição esteja fundada em matérias decididas de modo favorável ao contribuinte pelo Tribunal Superior do Trabalho em sede de julgamento realizado nos termos do art.896-C do Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, com exceção daquelas que ainda possam ser objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal; (Redação dada pelo(a) Portaria PGFN nº 42, de 25 de maio de 2018); XI - os débitos cuja constituição esteja fundada em matéria sobre a qual exista jurisprudência consolidada do STF em matéria constitucional ou de Tribunais Superiores em matéria infraconstitucional, em sentido favorável ao contribuinte.

ofertar bens em garantia ou apresentar Pedido de Revisão de Dívida Inscrita (PRDI) (art.6º). A notificação é feita por via eletrônica ou postal (art.6º, §1º). Na eletrônica (e-CAC), utiliza-se o mesmo sistema do processo judicial eletrônico³². Considera-se realizada depois de decorridos 15 (quinze) dias da entrega do aviso no e-mail ou no dia seguinte à abertura, o que se der primeiro. A postal se realiza depois de 15 (quinze) dias de sua expedição e será feita no endereço informado pelo contribuinte ou responsável à Fazenda. Importante ressaltar a obrigação de o contribuinte manter seus dados atualizados junto ao Fisco.

Após a notificação, é possível apresentar antecipadamente bens em garantia (art.9º), que podem, inclusive, ser de terceiros³³ ou bens já penhorados cujo valor seja suficiente para garantir as dívidas. A análise da oferta deve ser feita em 30 (trinta) dias (art.11), podendo ser recusada pela inaptidão de os bens garantirem a dívida³⁴, pois não haveria maior eficiência.

Sendo aceita e em valor suficiente para garantia integral, viabiliza obter certidão de regularidade fiscal, mas não suspende a exigibilidade do crédito. Isso evita o ajuizamento de ações com apresentação de garantia para obter a certidão. Ainda, a aceitação inicia o prazo de 30 (trinta) dias para propor a execução fiscal, com indicação do bem ofertado à penhora, que, se não for aperfeiçoada, desfaz a aceitação, cancelando seus efeitos (arts. 13 e 14).

Pode o devedor apresentar o PRDI, o qual possibilita a reanálise dos requisitos de liquidez, certeza a exigibilidade dos débitos inscritos em Dívida Ativa (art.15)³⁵, tendo a PGFN prazo de análise de 30 (trinta) dia após o primeiro dia útil do protocolo do pedido (art.17, §1º).

Ele pode ser indeferido imediatamente, se estiver fora das hipóteses de admissão ou não for instruído com os documentos exigidos para comprovar o alegado (art.17, § 4º). Dessa decisão, cabe recurso, sem efeito suspensivo, em 10 (dez) dias. O deferimento do PRDI ocasiona cancelamento ou retificação da inscrição ou suspensão da exigibilidade do crédito. Sendo ele cancelado sem extinção, o órgão de origem deve sanar o vício existente (art.19).

Findos os prazos que começaram a correr com a notificação inicial sem que haja pagamento, parcelamento, oferta de garantia ou PRDI, a PGFN pode realizar medidas para

³² A lei nº 11.419/06 dispôs sobre a informatização do processo judicial, estabelecendo (art.5º, §§ 1º e 3º), que as intimações serão feitas por meio eletrônico, dispensando-se a publicação em órgão oficial, e serão consideradas realizadas no dia em que efetivada a consulta no sítio eletrônico, ou, se essa não for realizada em até 10 (dez) dias corridos da data do envio da intimação, considera-se automaticamente realizada na data de término do prazo.

³³ Deve haver concordância do terceiro e da Fazenda.

³⁴ Se forem inúteis ou inservíveis, de difícil alienação ou sem valor comercial, não sujeitos à expropriação judicial ou forem objeto de constrição judicial em processo movido por credor privilegiado (art.12).

³⁵ Podem ser alegados: pagamento, parcelamento, suspensão de exigibilidade por decisão judicial, compensação, retificação da declaração, preenchimento da declaração com erro, vício formal na constituição do crédito, decadência ou prescrição, ocorridos em antes da inscrição em Dívida Ativa; bem como para alegar as matérias previstas no art.5º (hipóteses em que o crédito não deveria ter sido inscrito), ocorridas antes ou após a inscrição; ainda, para alegar existência de causas de extinção ou suspensão do crédito antes ou depois da inscrição.

garantir o adimplemento, dentre as quais está a averbação pé-executória (art.7º).

A apresentação, dentro do prazo, de oferta antecipada³⁶ ou PRDI, suspende a prática dessas medidas (arts. 8º e 15, §2º). Ainda, o deferimento do PRDI, caso acarrete suspensão da exigibilidade do crédito, também impede a prática desses atos. Assim, a inércia do contribuinte possibilita efetivar a averbação pré-executória. Isso será informado ao contribuinte ou corresponsável, quando da notificação inicial (art.21, §1º).

A averbação pode recair sobre quaisquer bens ou direitos sujeitos a registro que integrem o patrimônio do devedor, estejam ou não escriturados. No caso de pessoa jurídica, devem fazer parte do ativo não circulante (art.22). Há ordem de prioridade³⁷ para sua realização: bens imóveis não gravados, bens imóveis gravados e demais bens e direitos passíveis de registro (art.22, §2º). Ainda, há bens que não se sujeitam a ela: os das Fazendas federal, estadual, municipal e do Distrito Federal e suas autarquias e fundações públicas; de empresa com falência decretada ou recuperação judicial deferida³⁸; pequena propriedade rural; bem de família e demais bens considerados impenhoráveis, nos termos da lei (art.23).

Averbada a CDA, o devedor será notificado para impugnação em 10 (dez) dias (art.25), instruindo-a com documentos para comprovar as alegações (art.26, §6º). Ela pode ser realizada pelo devedor, corresponsável e terceiro³⁹. Podem ser alegados: impenhorabilidade (art.833 do CPC); excesso, se bens forem avaliados em valor superior ao das dívidas que originaram a averbação; indicação de outros bens e direitos livres e desimpedidos⁴⁰; mudança de titularidade antes da inscrição; reserva de patrimônio suficiente para garantir a dívida, com indicação dos bens reservados (art.26). É possível indicar bens de terceiros⁴¹ (art.6º, §1º). Também podem ser indicados, pelo corresponsável, bens do devedor principal e, não sendo eles suficientes à satisfação integral, os do corresponsável permanecem constrictos (§§ 2º e 3º).

Caso alegado excesso de averbação, há critérios objetivos para avaliar os bens (art.26, §4º). Porém, inexistentes bens igualmente penhoráveis, ainda que o valor seja superior ao da dívida, o bem continuará averbado.

A PGFN tem 30 (trinta) dias a contar do primeiro dia útil após o protocolo para julgar a impugnação, podendo haver intimação do devedor para informações complementares,

³⁶ No caso da oferta antecipada de garantia, a suspensão é com relação ao montante oferecido (art.8º).

³⁷ A ordem pode ser excepcionalmente modificada por despacho fundamentado do Procurador da Fazenda.

³⁸ Pode ocorrer averbação em face dos eventuais responsáveis.

³⁹ Terceiro adquirente pode impugnar a averbação, no caso de aquisição anterior a inscrição, devidamente registrada no órgão competente; ou, se posterior, o terceiro indicar à averbação bens reservados pelo alienante, conforme art.185, parágrafo único do CTN (art.27).

⁴⁰ Deve ser observada a ordem de preferência do art.11 da LEF.

⁴¹ São necessárias expressa autorização do terceiro e aceitação pela Fazenda.

caso em que o prazo passa a contar do dia útil seguinte à sua apresentação (art.28). Sendo procedente a impugnação, a Fazenda deve determinar o cancelamento da averbação e, se for o caso, averbar os bens indicados em substituição, cancelando a averbação anterior (art.29).

Não apresentada ou rejeitada a impugnação, a execução fiscal deve ser encaminhada para ajuizamento em 30 (trinta) dias contados do primeiro dia útil após o fim do prazo para impugnar ou da rejeição. Não encaminhada no prazo, levanta-se o gravame, salvo em caso de suspensão de exigibilidade do crédito antes do ajuizamento (art.30). Enquanto não ajuizada a execução, é possível pedido do Procurador da Fazenda ou do devedor para substituir o bem ou direito gravado (art.31).

A averbação pode ser cancelada nos casos de extinção do débito, procedência da impugnação do devedor, desapropriação, decisão judicial e de não encaminhamento da inicial da execução fiscal (art.32). Se o cancelamento for determinado por decisão judicial, deve acontecer no prazo nela indicado e, para as outras hipóteses, em 10 (dez) dias de sua ocorrência (art.32).

A Portaria nº 33/18 tratou do ajuizamento seletivo das execuções fiscais, pelo qual a cobrança judicial se condiciona à localização de indícios de bens, direitos ou atividade econômica do devedor ou corresponsável, com aptidão para satisfazer o débito (art.33). Assim, previu um procedimento de consulta periódica às bases de dados patrimoniais e econômico-fiscais do devedor ou corresponsável, para localizar esses indícios⁴² (art.34), e a possibilidade de outras diligências com o mesmo fim junto (art.35).

Para garantir patrimônio para saldar o débito, os bens ofertados antecipadamente e aceitos pela Fazenda e os objetos de averbação serão indicados à penhora na execução, que deve ser instruída com o resultado do procedimento de localização de bens. Não havendo oferta antecipada, mas existindo indícios de atividade econômica, a inicial deve conter pedido de indisponibilidade de ativos financeiros, a ser realizada com a citação (art.36).

A Portaria nº33/18 traz uma série de diligências (arts. 37 e ss.) a serem realizadas em juízo pelos Procuradores para satisfazer o crédito. É possível, inclusive, celebrar Negócio Jurídico Processual, para a recuperação célere dos débitos ou obter garantias em dinheiro (art.38), permitindo adaptar a cobrança ao caso⁴³. Ainda, trata da preferência pela alienação, por iniciativa da Procuradoria, dos bens ou direitos penhorados (art.41).

Percebe-se que a averbação pré-executória foi inserida em um procedimento

⁴² Esse procedimento pode ser fundamentadamente dispensado se demonstrado que o débito é recuperável, podendo ajuizar a execução apresentando os indícios de existência de patrimônio ou atividade na inicial.

⁴³ CUNHA, Leonardo Carneiro. *A fazenda pública em juízo*, cit, p.433.

administrativo de persecução do crédito, no qual são garantidos contraditório e ampla defesa ao contribuinte e que tem por fim otimizar a cobrança da Dívida Ativa. Assim, busca-se propor a execução fiscal apenas se houver indícios de solvabilidade do devedor, evitando desperdício de dinheiro público e congestionamento do Judiciário.

Como demonstrado, execuções fiscais são as principais responsáveis pela taxa de congestionamento do Poder Judiciário e, muitas vezes, não atingem o objetivo de satisfação do credor. Assim, é preciso adoção de novos mecanismos para melhora da arrecadação.

A doutrina clama por mudança no procedimento estabelecido pela LEF, seja pela desjudicialização da cobrança ou de fases do processo⁴⁴, seja para limitar os privilégios da Fazenda⁴⁵. Contudo, há consenso da necessidade de mudar a forma de cobrar a Dívida Ativa.

A averbação pré-executória foi criada com intuito de melhorar a eficiência da persecução do crédito público. Contudo, não ficou imune a críticas, havendo seis Ações Diretas de Inconstitucionalidade⁴⁶ questionando-a. Inclusive, tramita o PLS nº 65/2018⁴⁷ no Senado, para excluir a possibilidade de decretar a indisponibilidade por ato administrativo.

Antes da averbação, parte da doutrina já se mostrava contrária à efetivação de atos de cobrança em âmbito administrativo, pois esse tipo de cobrança desprezaria o sistema de garantias constitucionais do contribuinte, exigindo ponderação entre a satisfação do crédito e as garantias, e consideração do posicionamento dos Tribunais Superiores sobre o tema⁴⁸.

Ainda, haveria insegurança jurídica e arbítrio ao retirar do Judiciário o controle dos atos de constituição do crédito, em prejuízo à propriedade privada, devido processo legal e supremacia desse Poder, já que a excussão dos bens deve ser precedida do devido processo legal judicial⁴⁹. A não submissão ao Judiciário aviltaria o Estado de Direito, pois as relações financeiras da Fazenda devem se subordinar à legalidade e não podem ser executadas *manu*

⁴⁴ Nesse sentido: GONÇALVES, Marcelo Barbi. Execução fiscal: um retrato da inoperância, o (bom) exemplo português e as alternativas viáveis. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro. v.69, pp.206-221, 2015; GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A execução fiscal administrativa no direito tributário comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2009; CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães de. *Execução fiscal e efetividade*, cit.

⁴⁵ SILVA, Américo Luís Martins da. *A execução fiscal da dívida ativa da Fazenda Pública*. São Paulo: RT, 2001; PORTO, Éderson Garin. *Manual da execução fiscal*, cit; COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. A “sois-dissant” execução fiscal administrativa. *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. v.11, pp.380-391. São Paulo: Dialética, 2007.

⁴⁶ STF, Tribunal Pleno, *ADI nº 5.881*, Relator Ministro Marco Aurélio; STF, Tribunal Pleno, *ADI nº 5.886*, Relator Ministro Marco Aurélio; STF, Tribunal Pleno, *ADI nº 5.890*, Relator Ministro Marco Aurélio; STF, Tribunal Pleno, *ADI nº 5.925*, Relator Ministro Marco Aurélio; STF, Tribunal Pleno, *ADI nº 5.931*, Relator Ministro Marco Aurélio.

⁴⁷ Altera a redação do inciso II do §3º do art.20-B da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, para excluir a possibilidade de a Fazenda Pública tornar indisponíveis os bens do devedor por ato administrativo.

⁴⁸ PORTO, Éderson Garin. *Manual da execução fiscal*, cit, p.31.

⁴⁹ COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Grandes questões atuais do Direito Tributário*, cit, p.391.

*militari*⁵⁰ pela Administração, cabendo a o Poder Judiciário fazê-lo.

Já as ADIs se baseiam em alegação de inconstitucionalidade formal e material, sintetizando os argumentos contrários à constrição de bens pela Fazenda. O vício formal alegado é a violação à exigência de lei complementar. Sendo medida com fim praticamente idêntico ao da indisponibilidade de bens do art.185-A do CTN, trata-se de privilégio do crédito tributário, demandando lei complementar para ser criada (art.146, III, “b” da CRFB). Ainda, teria havido nova atribuição de competência para a PGFN – carreira da AGU – realizar a averbação, o que exige lei complementar (art.131 da CRFB).

Quanto à inconstitucionalidade material, alega-se violação ao devido processo legal e à razoabilidade (art.5º, LIV, da CRFB); à reserva de jurisdição (art.5º, XXXV, da CRFB); à separação de Poderes (art.2º, da CRFB); à inafastabilidade do Poder Judiciário (art.5º, XXXV, da CRFB); ao contraditório e à ampla defesa (art.5º, LV, da CRFB); ao direito de propriedade (art.5º, XXII e art.170, II, da CRFB); à livre iniciativa (art.170, *caput* e parágrafo único), e ao princípio da isonomia (art.5º, *caput*, e 150, II, da CRFB).

Questiona-se o fato de a lei ter deixado a cargo da PGFN editar os atos de efetivação da averbação (art.20-E da Lei nº 10.522/02), pois a constrição patrimonial atrairia a competência do legislador para criar tal procedimento, não sendo viável a delegação.

Ainda, afirma-se que atribuir a possibilidade de a Fazenda tornar os bens indisponíveis teria inaugurado a execução administrativa, violando o sistema de cobrança do crédito público e contrariando a Constituição, que limitou a autotutela estatal. A LEF seria o meio para impedir arbitrariedades e exageros na arrecadação, resguardando as garantias do contribuinte ao submeter a cobrança ao Poder Judiciário. Assim, a averbação seria sanção política, forma de coagir o devedor ao pagamento sem intervenção do Judiciário.

Alega-se a existência de outros mecanismos para garantir a eficiência da função arrecadatória, como o procedimento cautelar fiscal (Lei nº 8.397/92), a declaração de indisponibilidade de bens (art.185-A, do CTN) e o arrolamento de bens e direitos (Instrução Normativa RFB nº 1.565/15), realizados sob o manto do Poder Judiciário.

Haveria violação ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa, pois a privação de bens exigiria cognição plena e exauriente mediante processo justo, regular, independente e imparcial, assegurando-se direito de defesa com a real oportunidade de influenciar o julgador. Isso não ocorreria quando é a Fazenda a constituir e executar seu próprio crédito, afetando o direito de defesa. Ademais, o procedimento da averbação se iniciaria a partir

⁵⁰ SILVA, Américo Luís Martins da. *A execução fiscal da dívida ativa da Fazenda Pública*, cit, p.154/155.

de presunção de notificação do devedor.

A violação à inafastabilidade, separação de poderes e reserva de jurisdição ocorreria, pois a possibilidade de a Fazenda decretar restrição patrimonial retiraria do Judiciário, que é imparcial, a competência de dirimir conflitos, analisar a execução fiscal e decretar a indisponibilidade e expropriação dos bens (atos reservados à jurisdição).

Também é alegada violação à isonomia, pois não haveria distinção entre bons e maus pagadores. Sofreriam as consequências da indisponibilidade aqueles que declaram bens, privilegiando quem os oculta. Ainda, afirma-se desrespeito à livre iniciativa, pois o bloqueio de bens poderia paralisar a atividade. Foi ressaltado que o STF reconhece a impossibilidade de serem estabelecidas sanções políticas, como a averbação, por obstarem a livre iniciativa.

A afirmação de existência de sanção política se fundamenta na falta de proporcionalidade da restrição ao direito do devedor, quando bloqueados bens para coagir ao pagamento. O meio seria desnecessário, por existirem outros menos gravosos, e haveria falta de proporcionalidade em sentido estrito entre o benefício e as restrições. Seriam postas em risco as atividades econômicas, principalmente as de pequeno e médio porte.

3. Análise da constitucionalidade da medida.

A despeito das críticas feitas a tal instituto, ele não se mostra em contradição com o ordenamento jurídico. Pelo contrário, busca concretizar princípios e finalidades que a Administração deve perseguir.

3.1. Inexistência de execução fiscal administrativa: mero procedimento de anotação em registro de bens.

A averbação pré-executória não inaugurou uma execução administrativa no Brasil. Ela é um procedimento de anotação da CDA em registro, para dar publicidade ao débito, garantindo a existência de bens quando proposta a execução, o que deve acontecer no prazo determinado pela Portaria, sob pena de não subsistir a constrição.

A execução de quantia certa ocorre com a expropriação do bem do executado e se efetiva com a adjudicação, alienação ou apropriação de frutos, rendimentos ou outros bens (arts. 824 e 825 do CPC). A legislação não autoriza a prática desses atos pela Administração, eles

somente ocorrerão em sede judicial, não havendo, portanto, execução administrativa.

3.2. Concretização do princípio da eficiência no sistema arrecadatório.

O princípio da eficiência impõe à Administração buscar a satisfação dos fins a ela atribuídos. Deve ser obtida a maior realização prática possível na concretização das finalidades coletivas, com o menor ônus para o Estado e liberdade dos cidadãos⁵¹.

Trata-se de princípio com âmbito de incidência amplo⁵², que se impõe também à cobrança da Dívida Ativa, seja administrativa ou judicial. Assim, diante da ineficácia da execução fiscal, há obrigação de o legislador e o administrador criarem medidas de melhoria da cobrança para que atinja, de fato, satisfação do crédito público. Essas medidas concretizam a eficiência na arrecadação, que é atividade instrumental e busca financiar os fins estatais, inclusive, direitos fundamentais. Logo, não configuram privilégio para a Administração⁵³.

Ainda, a existência de um rito especial de execução fiscal não impede a previsão de meios extrajudiciais para tornar a cobrança mais eficaz, isso se impõe pelo princípio da eficiência. O STF já reconheceu inexistir vedação para utilização desses mecanismos⁵⁴.

A averbação se insere em uma postura institucional da PGFN de buscar maior eficiência na persecução do crédito público. Há um modelo de cobrança instituído pela Portaria nº 396/16 da PGFN, o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos, que é um “conjunto de medidas, administrativas ou judiciais, voltadas à otimização dos processos de trabalho relativos à cobrança da Dívida Ativa da União, observados critérios de economicidade e racionalidade, visando a outorgar maior eficiência à recuperação do crédito inscrito”. Inclusive, a agilidade e eficiência na cobrança da Dívida Ativa são objetivos que constam no *II Pacto republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo*, assinado em 2009⁵⁵.

⁵¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade*. Interesse Público: Belo Horizonte, v. 11, n.57, set.2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35999>. Acesso em: 05 dez. de 2018.

⁵² MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 apud ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade*, cit.

⁵³ “A tributação, em Estados democráticos e sociais, é instrumento da sociedade para a consecução dos seus próprios objetivos. Pagar tributo não é mais uma submissão ao Estado, tampouco um mal necessário”. (PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2018, p.23).

⁵⁴ STF, Tribunal Pleno, ADI nº 5.135/DF, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Publicado em 07/02/18.

⁵⁵ BRASIL. *II Pacto republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm. Publicado em 26/05/09. Acesso em: 23 nov. 2018. Em seu anexo de metas prioritárias estão, no item 2, a “agilidade e efetividade da prestação jurisdicional” e no 2.11 a “revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo”.

A inclusão dos artigos 20-B, 20-C, 20-D e 20-E na Lei nº 10.522/18, que tratam de medidas para melhorar a persecução do crédito, ocorreu nesse contexto. Ainda, a inserção ocorreu em meio a outros artigos, que já traziam medidas nesse mesmo sentido (arts. 19, 20 e 20-A: possibilidade de não interposição de contestação ou recurso com base em valor mínimo de ajuizamento; arquivamento de execuções e não oposição de embargos do devedor quando a Fazenda for executada[...]).

A averbação pré-executória é uma das etapas da sistemática de ajuizamento seletivo. A presunção de fraude evita dilapidação patrimonial e garante bens para futura execução, ensejando sua efetividade. Ainda, traz segurança a terceiros de boa-fé e permite focar recursos e pessoal na cobrança de débitos recuperáveis, desafogando o Judiciário. Também concretiza a razoável duração do processo, ao evitar diligências para busca de patrimônio. A averbação procura equilibrar a escassez de recursos e a máxima realização da atividade arrecadatória. Portanto, decorre da busca de maior eficiência na cobrança da Dívida Ativa, prestigiando o fim instrumental da arrecadação, que é realizar necessidades coletivas e concretizar direitos fundamentais. Trata-se de mecanismo de otimização e racionalização da cobrança, permitindo avaliar o custo-benefício e utilidade da propositura da execução fiscal.

3.3. A possibilidade de veiculação da matéria por lei ordinária e a processualização da atividade administrativa.

A Constituição exige lei complementar para tratar de normas gerais sobre crédito tributário (art.146, III, “b”). Porém, a averbação pré-executória apenas materializa garantia já existente: a presunção de fraude à execução (art.185 do CTN). Assim, a norma geral que a institui é o Código Tributário Nacional (CTN) e não o art.20-B, §3º, II da Lei nº 10.522/02, que somente deu concretude ao CTN. A Lei nº 10.522/02 sequer é nacional, sendo aplicável apenas à União. Ela apenas procedimentalizou a garantia, o que não exige lei complementar.

Ademais, a possibilidade de dar publicidade à dívida por meio de averbação, ocasionando a presunção de fraude, não é nova no ordenamento. O próprio CPC (arts. 799, IX, e 828) traz essa permissão para os atos de propositura da execução e de constrição de bens.

Quanto à exigência de lei complementar para dispor sobre organização e funcionamento da AGU (art.131 da CRFB), já existe tal lei: LC nº 73/93, Lei Orgânica da AGU. É da PGFN a competência para cobrar os créditos públicos desde a inscrição até a efetivação.

O STF já reconheceu a possibilidade de criação de outros meios de cobrança. Não há, assim, novidade no exercício das competências da PGFN.

Também não há problema em a lei ter delegado à PGFN a regulamentação do procedimento. A evolução da sociedade exigiu mudança de paradigma do ato administrativo, autoritário e unilateral, para o processo administrativo. A imperatividade deve encontrar legitimidade no processo pré-constituído⁵⁶, com a valorização da formação da decisão.

A processualidade vem sendo exigida quando a atuação da Administração Pública afetar direitos ou restringir atividades⁵⁷. Para ser legítima a atuação, deve seguir o procedimento, o qual traz direitos e sujeições para ambas as partes, equilibrando a relação, protegendo direitos dos administrados e garantindo direitos fundamentais.

A participação dos interessados possibilita tomada de decisão mais embasada, ao sopesar os interesses envolvidos, garantindo contraditório e ampla defesa. Isso permite um encontro de vontades ao formar a decisão, com tendência à maior aceitação e cumprimento. Ainda, aproxima Administração e administrados, diminuindo o aspecto autoritário da função administrativa. A processualização também traz maior racionalidade, pois facilita a prática dos servidores e permite conhecimento do exercício da função administrativa pelos administrados, possibilitando maior controle e evitando arbítrio.

A própria Constituição trouxe a ideia de processualização na atuação administrativa (art.5º, LV, LIV; art.37, XXI; art.41, §1º, CRFB), consagrando certeza e proteção nas relações travadas com a Administração.

Assim, a Lei nº 10.522/02 (art.20-E) delegou à PGFN apenas a criação do procedimento para implementar a averbação pré-executória. A Portaria nº 33/18 da PGFN não criou direitos ou inovou na ordem jurídica, mas processualizou a atividade, como forma de legitimar o exercício do poder, pois direitos podem ser afetados com a averbação. Não há competência do legislador para criar tal procedimento, pois ele é forma de viabilizar o exercício da atividade administrativa, que, nesse caso, compete à PGFN.

3.4. Análise da constitucionalidade da restrição a direitos fundamentais: verificação de existência de sanção política

Um das críticas tecidas à averbação pré-executória é que ela seria sanção política

⁵⁶ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p.70.

⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*, cit, p.57.

do Estado. O STF entende por sanção política a “medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário que restrinja direitos fundamentais dos contribuintes devedores de forma desproporcional e irrazoável”⁵⁸. Assim, não há vedação à utilização de medida que restrinja direitos dos devedores, porém, ela não pode ser desproporcional e inviabilizar o exercício da atividade sem justo motivo. Trata-se de uma análise da proporcionalidade do meio utilizado.

Os direitos fundamentais não são absolutos, sendo admitidas restrições pelo legislador, desde que respeitados os limites iminentes⁵⁹ quando da atuação legislativa. O limite formal para restringir direitos fundamentais é o princípio da reserva legal, que exige autorização constitucional ou legal, expressa ou implícita. A atuação do Executivo deve ocorrer baseada na autorização dada pelo Legislativo. Não é possível delegação ou que a lei confira discricionariedade à Administração para as restrições⁶⁰. A averbação foi prevista por lei formal (Lei nº 13.606/18 alterou a Lei nº 10.522/02), que delegou apenas a criação do procedimento para sua realização (o que é constitucional). Assim, a limitação do direito está na lei, que não deixa margem à atuação discricionária da Administração.

Os limites materiais são os princípios da generalidade e abstração, não retroatividade, proteção ao núcleo essencial e proporcionalidade. Assim, só a lei geral e abstrata pode restringir direitos fundamentais, sem violar o núcleo essencial e atingir fatos consumados. Deve a restrição ser necessária, adequada e proporcional em sentido estrito ao fim pretendido.

A Lei nº 13.606/18 (que alterou a Lei nº 10.522/02) é aplicável a todos indistintamente, de forma hipotética (geral e abstrata) e apenas às situações futuras (débitos posteriores a 01/10/18⁶¹), tendo sido respeitada a generalidade e a abstração.

É preciso avaliar se houve violação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais tidos por violados, quais sejam: devido processo legal, contraditório, ampla defesa, livre iniciativa, reserva de jurisdição, separação de poderes, inafastabilidade do Poder Judiciário, propriedade e isonomia, e realizar o teste de proporcionalidade da medida.

A Constituição impõe que ninguém deve ser privado de seus bens sem o devido processo legal, no qual sejam observados o contraditório e a ampla defesa. A expressão “legal”

⁵⁸ STF, Tribunal Pleno, *ADI nº 5.135/DF*, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Publicado em 07/02/18.

⁵⁹ Ao mesmo tempo em que os direitos fundamentais se impõem como limite à atuação do Estado, podem ser limitados por ele. Assim, essa atividade limitadora também deve ser cercada por limites (formais e materiais). (NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012, p.440).

⁶⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, pp.350-351.

⁶¹ A lei nº 13.606 é de janeiro de 2018, com vigor na data da publicação e a Portaria PGFN nº 33 é de fevereiro de 2018, com previsão de aplicação aos créditos inscritos a partir de 1/10/18 – art.50. Ainda, pela Nota SEI nº 17/2018/PGDAU/PGFN-MF foi informada a operacionalização do procedimento a partir de março de 2019.

remete ao Direito, devendo o processo para privação de bens ou liberdade estar de acordo com o Direito com um todo⁶².

A acepção processual do devido processo legal garante o julgamento justo, com participação das partes e proteção de direitos, de acordo com regras estabelecidas. Já a acepção substancial se relaciona à proporcionalidade, vedando edição de normas desproporcionais e abusos no exercício da função pública, servindo de parâmetro para análise da constitucionalidade dos atos. É um ideal de justiça, racionalidade.

Do devido processo legal decorrem as garantias do contraditório e ampla defesa, que impõem a ciência dos atos e a possibilidade de contraditá-los por todos os meios possíveis, influenciando a decisão. A aplicação deles não se restringe ao âmbito judicial, incidindo no processo legislativo e administrativo⁶³. É uma garantia contra o exercício abusivo do poder, independentemente de qual seja⁶⁴. Assim, como a Administração se vincula ao princípio da juridicidade⁶⁵, ao ser criado e aplicado o procedimento da averbação pré-executória há sujeição a tais princípios. A violação ocorreria apenas se inexistisse procedimento claro, com prazos, e que garantisse ao contribuinte informação e possibilidade de contraditá-la.

É preciso lembrar ter o STF admitido a possibilidade de criação de outros métodos extrajudiciais de cobrança do crédito da Fazenda com objetivo aumentar sua eficácia, reconhecendo expressamente que isso não viola, por si só, o devido processo legal⁶⁶.

Ainda, a execução busca a expropriação de bens para satisfazer crédito líquido, certo e exigível. Cita-se para pagar ou garantir o juízo, e não para defesa, pois a regra é a não discussão do débito nos autos da execução. O exercício pleno da defesa ocorre em ação autônoma (embargos ou sucedâneos), condicionada à garantia integral do juízo e ao preenchimento do *periculum in mora* ou *fumus boni iuris*, caso desejada suspensão.

A Portaria nº 33/18 da PGFN criou um procedimento claro com etapas bem definidas e prazos razoáveis para o devedor e a Administração. Previu a notificação do devedor nas diversas etapas, possibilitando sua manifestação. Ainda, permitiu a discussão de algumas matérias (PRDI), a suspensão da prática da averbação em certas hipóteses, possibilitou sua

⁶² DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v.1, 14.ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p.45.

⁶³ Art.5º, LV, CRFB: 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; (grifo nosso)

⁶⁴ DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, 2012, cit, p.45.

⁶⁵ Impõe ser a Constituição, além de fundamento direto do agir da Administração, um filtro através do qual serão interpretados os atos normativos.

⁶⁶ “Em primeiro lugar, não há efetiva restrição a direitos fundamentais dos contribuintes. De um lado, inexistente afronta ao devido processo legal, uma vez que (i) o fato de a execução fiscal ser o instrumento típico para a cobrança judicial da Dívida Ativa não exclui mecanismos extrajudiciais, como o protesto da CDA”. (STF, Tribunal Pleno, *ADI nº 5.135/DF*, Relator Ministro Luís Roberto Barroso, Publicado em 07/02/18).

impugnação e trouxe prazo máximo de duração, caso não proposta a execução fiscal. Assim, o procedimento estabelecido garante justiça e equidade, limitando o poder da Administração.

Questionou-se o fato de não ser exigida comprovação do efetivo recebimento das notificações pelo devedor, pois poderia acarretar violação ao contraditório e ampla defesa, ao não ser dado conhecimento do processo e atos subsequentes. A Lei nº 10.522/02 (art.20-B, §1º) e a Portaria nº 33/18 da PGNF (art.6º, §§ 1º, 2º e 3º), previram a possibilidade de notificação por meio eletrônico (e-CAC) ou via postal.

A notificação eletrônica utiliza o método adotado no processo judicial eletrônico (art.5º, §§ 1º e 3º da Lei nº 11.419/06): a notificação é considerada realizada depois de 15 (quinze) dias da entrega do aviso no e-mail do contribuinte ou no dia seguinte à abertura, o que se der primeiro. Não há violação a direitos, busca-se, por meio da internet, facilitar a comunicação entre Administração e contribuinte. A realização por esse meio demanda opção expressa do devedor (Art.4º da Portaria SRF nº 259/16), que passará a ter como domicílio tributário a caixa postal eletrônica. Quando da opção, ele é informado sobre o funcionamento da intimação, sendo sua obrigação verificar a caixa.

A notificação postal se efetiva no endereço do contribuinte ou responsável e é considerada efetivada após 15 (quinze) dias de sua expedição, presumindo-se válida se enviada para o endereço informado por eles à Fazenda (art.20-B, §2º da Lei nº 10.522/02).

Tanto a Lei nº 9.784/09 (art.26, §3º), quanto o Decreto nº 70.235/72 (art.23, II, §2º, II) estabelecem a possibilidade de intimação via postal. Contudo, exigem comprovação de recebimento da notificação no domicílio eleito pelo devedor. O Decreto permite a presunção da data em que recebida (omitida a data, presume-se recebimento 15 dias após a expedição), porém sempre é exigida prova de recebimento. Assim, a Lei nº 10.522/02 e a Portaria nº 33/18 da PGNF destoam do regramento geral, podendo haver prejuízo do devedor.

Essa prova é garantia às duas partes do procedimento, evitando alegações de nulidade por violação ao contraditório e ampla defesa. Há aumento da segurança jurídica para o devedor e, ao evitar o significativo transcurso de tempo entre o processo administrativo e a execução fiscal, aumenta a possibilidade de a Fazenda conseguir que a dívida seja saldada, evitando o problema que se busca evitar com a averbação.

A imposição de a intimação ser entregue diretamente ao contribuinte só existe na notificação pessoal, que sequer foi prevista pela Lei nº 10.522/02. Assim, exige-se apenas a comprovação de entrega no domicílio fiscal do devedor, podendo ser recebida por terceiros⁶⁷.

⁶⁷ STJ, Segunda Turma, *AgInt no AREsp nº 932.816/DF*, Relatora Ministra Assusete Magalhães, Publicado em

Logo, diante dessa falha, deve ser feita interpretação conforme a Constituição⁶⁸, concretizando o direito de defesa. Para isso, pode ser aplicada a lógica do processo administrativo tributário, exigindo a prova da entrega no domicílio fiscal do devedor, presumindo sua ocorrência 15 (quinze) dias após a expedição, caso não conste a data na prova.

Portanto, não há violação ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório somente porque a constrição se dá em sede administrativa, quando tais princípios são garantidos pelo procedimento previsto na Portaria PGFN nº 33/18.

Outro ponto a ser considerado refere-se à separação de poderes, reserva de jurisdição e inafastabilidade do Poder Judiciário.

A separação de poderes foi concebida para limitar o exercício do poder e garantir direitos fundamentais aos cidadãos. Para evitar abusos, as funções estatais foram entregues a atores distintos e independentes, havendo mecanismos de controle recíprocos. Nessa divisão, cada Poder exerce de forma predominante, mas não estanque, uma função, existindo matérias de domínio exclusivo de cada um deles (reserva de jurisdição, de administração e de lei).

A reserva de jurisdição decorre da atribuição constitucional de exclusividade da primeira e última palavras no exame de certas matérias⁶⁹, principalmente relacionadas a direitos fundamentais, ao Judiciário. Nos casos não previstos na Constituição, somente haverá reserva de jurisdição quando inexistente “qualquer razão ou fundamento material para a opção por um procedimento não judicial de decisão de litígios”⁷⁰.

Como visto, a execução fiscal não afasta a possibilidade de criação de meios extrajudiciais de cobrança, o que já afastaria a reserva de jurisdição. Ainda, a constrição de bens não foi atribuída pela Constituição com exclusividade ao Judiciário. Somente atos decisórios do processo de execução estão sob seu domínio exclusivo⁷¹. A busca e constrição de bens não são atos de natureza jurisdicional, mas meramente executivos⁷². Isso porque:

- (i) não possuem intrínseca natureza jurisdicional; (ii) não possuem qualquer cunho

16/06/18.

⁶⁸ A supremacia da Constituição exige que as normas sejam interpretadas segundo seus preceitos, vigorando a presunção de constitucionalidade das leis. Pela interpretação conforme a Constituição, parte-se do princípio de que o legislador não pretendeu veicular lei inconstitucional. Assim, havendo uma interpretação que se coadune com a Lei Maior, ela deve ser aplicada em detrimento das demais que se mostrem contrárias.

⁶⁹ STF, Tribunal Pleno, *MS nº 23.452/RJ*, Relator Ministro Celso de Mello, Publicado em 12/05/2000.

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003 *apud* CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães de. *Execução fiscal e efetividade*, cit, p.74.

⁷¹ Nesse sentido: CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães de. *Execução fiscal e efetividade*, cit, p.68 e GONÇALVES, Marcelo Barbi. *Execução fiscal: um retrato da inoperância, o (bom) exemplo português e as alternativas viáveis*. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, cit., p.212.

⁷² CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães de. *Execução fiscal e efetividade*, cit, p.67.

decisório, senão caráter nitidamente cartorário; (iii) não compõem a lide; (iv) não atuam a *vontade concreta da lei*, (v) não substituem a vontade das partes pela do Estado-Juiz. Tudo isso não infirma a jurisdicionalidade do processo executivo. Significa, apenas, que *determinadas* atividades praticadas em seu bojo não possuem essa propriedade.⁷³

O despacho em que o juiz defere a inicial da execução fiscal importa em ordem para prática de diversos atos⁷⁴, que independem de sua atuação, sendo executados por servidores do cartório (art. 7º da LEF). Dentre eles, a penhora, o arresto e a avaliação dos bens.

Ainda, a autoexecutoriedade é atributo dos atos da Administração. Quando no exercício das atribuições a ela pertinentes, tais atos não dependem de autorização judicial para execução. Essa é uma das acepções da separação de poderes⁷⁵. Busca-se garantir o interesse público de forma rápida e eficaz, sem necessidade de acionar o Judiciário.

A persecução do crédito público é função do Executivo, sendo a averbação pré-executória meio para garantir bens para a execução, evitando o inadimplemento do crédito. Assim, os atributos do ato administrativo, do qual a CDA é dotada, permitem a prática de atos constritivos, ainda que seja necessário ajuizar a execução fiscal para a expropriação. Se ocorrer violação do ordenamento pela Administração ao concretizar a medida, cabe ao Judiciário atuar.

A inafastabilidade do Judiciário veda o impedimento ao acesso à justiça (art. 5º, XXXV da CRFB). Ela possui dois aspectos: desnecessidade de esgotar a via administrativa⁷⁶ e acesso à ordem jurídica justa, à tutela efetiva da relação material pelo processo.

A averbação não cria obstáculo ao acesso à jurisdição. É possível: propor ações para discutir o débito ou a inscrição; obter liminar para sua não realização ou suspensão, se indevida. Ainda, é preciso ajuizar a execução fiscal para expropriação. Assim, surgindo conflito, cabe ao Judiciário dirimi-lo, coibindo abusos. Porém, a execução não configura um conflito, pois ela tutela a satisfação do crédito e há presunção de certeza e liquidez da CDA⁷⁷.

⁷³ GONÇALVES, Marcelo Barbi. Execução fiscal: um retrato da inoperância, o (bom) exemplo português e as alternativas viáveis. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, cit., p.217.

⁷⁴ Citação do devedor para pagar ou apresentar garantia; se essas providências não forem tomadas, será realizada a penhora de bens; caso o devedor não possua domicílio conhecido ou se oculte, haverá a realização de arresto; encontrados bens, registra-se a penhora ou o arresto; por fim, será feita a avaliação dos bens encontrados.

⁷⁵ “A independência dos poderes significa: (a) que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não dependem da confiança nem da vontade dos outros; (b) que, no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros nem necessitam de sua autorização; (c) que, na organização dos respectivos serviços, cada um é livre, observadas apenas as disposições constitucionais e legais”. (SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 40.ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p.110) (grifo nosso).

⁷⁶ Há exceções: necessidade de esgotar as vias de solução administrativa da justiça desportiva e a necessidade de recusa de informações pela autoridade administrativa para que se possa impetrar *habeas data*.

⁷⁷ GONÇALVES, Marcelo Barbi. Execução fiscal: um retrato da inoperância, o (bom) exemplo português e as alternativas viáveis. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, cit., p.217.

O direito de propriedade também deve ser analisado. Ele tem conteúdo de caráter institucional, não é a Constituição que o define, mas sim a legislação ordinária. Assim, é possível nova definição de seu conteúdo e sua relativização⁷⁸, criando-se limites para garantir a sua função social⁷⁹.

Para aferir se essas definições são legítimas, devem ser ponderadas a liberdade individual e a ordem de propriedade socialmente justa. Quanto mais intenso o contexto social em que a propriedade estiver envolvida, maior a possibilidade de restrição. Portanto, a atualização do conteúdo da propriedade diante da função social possibilita à legislação suprimir poder originariamente reconhecido ao proprietário, desde que não submeta a propriedade unicamente aos interesses do Estado ou da sociedade⁸⁰. Percebe-se não serem possíveis medidas de cunho expropriatório que retirem o bem do domínio privado, as quais somente podem ser autorizadas pela Constituição.

Contudo, a averbação não busca expropriar o bem, não atingindo o núcleo essencial da propriedade. Ela apenas restringe o conteúdo de tal direito, ao gerar presunção de fraude à execução, para garantir a efetividade da cobrança da Dívida Ativa. Como visto, a atividade arrecadatória é instrumental, de modo que o direito individual nesse caso admite maior restrição. Assim, não há conteúdo expropriatório, sendo legítima a restrição estabelecida pela lei.

Quanto à livre iniciativa, ela é fundamento da República e princípio da ordem econômica (arts. 1º, IV e 170 da CRFB), assegurando o livre exercício de atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo casos previstos em lei. Corresponde à liberdade de empreender, organizar o capital e o trabalho visando a obter lucro. Porém, a ordem econômica busca assegurar existência digna, conforme ditames da justiça social, havendo diversos princípios informadores. Logo, há limite ao exercício da livre iniciativa, que, para ser legítima, deve ser compatível com esse fim e os demais princípios⁸¹.

Não é possível, portanto, deixar de arcar com as obrigações, pois está agindo

⁷⁸ “[...] a garantia constitucional da propriedade está submetida a um intenso processo de *relativização*, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária. As disposições legais relativas ao conteúdo têm, portanto, inconfundível *caráter constitutivo*. Isso não significa, porém, que o legislador possa afastar os limites constitucionalmente estabelecidos. A definição desse conteúdo pelo legislador há de preservar o direito de propriedade enquanto garantia institucional”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. E-book)

⁷⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, cit, E-book.

⁸⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, cit, E-book.

⁸¹ Soberania nacional; propriedade privada; função social da propriedade; livre concorrência; defesa do consumidor; defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; redução das desigualdades regionais e sociais; busca do pleno emprego; tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

contrariamente à justiça social, já que a arrecadação é instrumento para concretizar os fins do Estado e a solidariedade fiscal impõe o dever de contribuir para a manutenção estatal.

A averbação, em abstrato, não atinge o núcleo da livre iniciativa, que deve se adequar à justiça social. Porém, a limitação pode impedir a atividade, devendo ser analisada a constitucionalidade em concreto.

Outro ponto a ser considerado é a questão da isonomia, que busca tratamento igualitário a grupo de indivíduos que se encontre em mesma situação, vedando discriminações injustificáveis⁸². Esse ideal de justiça vincula tanto o legislador quanto os aplicadores da lei. Para não violar a isonomia, as leis que restringem direitos devem ser gerais e abstratas⁸³.

A averbação pré-executória se dirige a todos que têm débitos inscritos em Dívida Ativa e fiquem inertes após notificação para pagamento. Assim, não regula situação concreta ou direcionada a um destinatário. Ainda, concretiza a isonomia ao incentivar adimplemento e evitar desvantagens mercadológicas entre quem paga em dia e arca com os custos disso e os inadimplentes. A não implementação dessas medidas ocasiona tratamento anti-isonômico.

Considerados todos esses direitos, deve ser avaliada a proporcionalidade da medida. A Constituição tutela bens que podem se mostrar antagônicos e que precisem ser restringidos para o Estado alcançar suas finalidades. Assim, pode ser necessária medida que restrinja direitos fundamentais. O legislador e a Administração, ao escolherem realizar um fim, devem fazê-lo por meios adequados, necessários e proporcionais em sentido estrito. Logo, para ser constitucional, a medida deve ser proporcional, evitando excessos.

Para ser adequado, o meio que restringe direitos deve ser idôneo, contribuir para realizar um fim constitucionalmente legítimo, que é aquele não expresso ou implicitamente vedado pela Constituição. O Judiciário deve ter deferência às escolhas do Legislativo e só reconhecer a inconstitucionalidade do meio se houver certeza de que não contribui para alcançar o fim pretendido, respeitando a separação de poderes e o princípio democrático⁸⁴.

A averbação busca evitar a propositura desnecessária de execuções fiscais inefetivas, aumentando a eficiência da arrecadação, evitando e diminuindo a morosidade do Judiciário. Não há, portanto, vedação constitucional ao fim. O meio também contribui para alcançar o fim, pois busca racionalizar e efetivar a cobrança do crédito público, auxiliando o ajuizamento seletivo. Isso porque, ao dar publicidade à dívida e gerar presunção absoluta de fraude à execução, garante patrimônio para a futura execução fiscal, que só será proposta se

⁸² NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*, cit, p.494.

⁸³ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, cit, E-book.

⁸⁴ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, cit, pp.359-371.

houver possibilidade de adimplemento. Evita-se, também, o congestionamento do Judiciário. Portanto, a averbação mostra-se meio adequado para promover o fim.

A necessidade impõe análise comparativa entre os meios existentes e eficazes para alcançar o fim, verificando se são aptos a promovê-lo e se restringem menos direitos. É analisado se as outras medidas promovem o fim ao menos de forma equivalente à escolhida pelo legislador e se são menos onerosas aos direitos afetados. Só há inconstitucionalidade se o meio alternativo for menos restritivo aos direitos, ainda que promova o fim de forma igual ou mais intensa. Deve haver respeito às escolhas do Legislativo e à presunção de constitucionalidade das leis⁸⁵.

No caso da averbação pré-executória, somente os meios que garantem patrimônio antes de proposta à execução fiscal podem promover igualmente o fim. Assim, excluem-se da análise os aplicados após a propositura da execução fiscal: arresto de bens, averbação premonitória e indisponibilidade de bens e direitos do art.185-A do CTN; bem como os que apenas divulgam os débitos sem assegurar o patrimônio para futura expropriação: inscrição do devedor em cadastros de inadimplentes e encaminhamento da CDA para protesto.

A fraude à execução (art.185 do CTN) ocasiona a ineficácia, perante o Fisco, da alienação ou oneração de patrimônio por sujeito com débitos tributários após a inscrição em Dívida Ativa. O seu alcance se restringe aos débitos tributários, sendo menor que o da averbação. Também não há publicidade para conhecimento de terceiros. Assim, tal instituto tem menor idoneidade que a averbação, a qual ainda protege mais intensamente terceiros.

Já o arrolamento fiscal (art.64 da Lei nº 9.532/97) busca o acompanhamento patrimonial do devedor com real possibilidade de insolvência, servindo de apoio à medida cautelar fiscal, caso haja dilapidação patrimonial⁸⁶. É medida apenas informativa, que não ocasiona a constrição de bens, aplicável somente aos débitos tributários e devedores de vultosas quantias. Assim, sua finalidade é diversa da averbação.

A medida cautelar fiscal (Lei nº 8.397/92) objetiva coibir atos de disposição, por meio da indisponibilidade de bens para garantir patrimônio do devedor de débitos tributários e não tributários para a execução fiscal. Decretada pelo Judiciário, ela pode ser efetivada antes da constituição definitiva do crédito, começando o prazo para propositura da execução apenas 60 dias após o fim do processo administrativo de formação do crédito. Ainda, é possível a

⁸⁵ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, cit, pp.375-379.

⁸⁶ MELLO FILHO, João Aurino de (coordenação). *Execução fiscal aplicada: Análise pragmática do processo de execução fiscal*. Salvador: JusPodivm, 2014, p.173.

concessão liminar⁸⁷. Portanto, há maior tempo de constrição, maior limitação do contraditório e ampla defesa (diferidos na concessão liminar) e submissão à morosidade do Judiciário.

Já na averbação, a constrição do bem ocorre após inscrição em Dívida Ativa e do prazo para pagar, parcelar, garantir o débito ou apresentar PRDI. Realizado algum desses atos, ela ficará suspensa. Ainda, há limite temporal, pois o procedimento criado estabeleceu prazos para a prática dos atos no processo administrativo. Além disso, o contraditório e ampla defesa podem ser exercidos durante o processo de constituição, podendo ser apresentado PRDI após a constituição e inscrição em Dívida Ativa, sendo possível alegar certas matérias. Por fim, não se submete à lentidão judicial, mas é possível recorrer ao Judiciário, caso discorde do procedimento, hipótese inexistente na cautelar fiscal, que tramita perante esse Poder⁸⁸.

Assim, apesar de as medidas terem o mesmo fim e contribuírem para sua realização, a averbação o faz com menos restrições aos direitos fundamentais. Logo, mostra-se necessária.

Ressalte-se que tanto a adequação quanto a necessidade devem ser apuradas *ex post*, considerando o momento em que é analisada a constitucionalidade. Assim, alterado o quadro fático que ocasionou a criação da averbação, o meio pode deixar de ser adequado ou necessário, havendo inconstitucionalidade superveniente. Ainda, a análise da necessidade em concreto deve sopesar as peculiaridades do caso⁸⁹. Assim, a medida constitucional em abstrato, pode não o ser em concreto.

Na análise da proporcionalidade em sentido estrito, comparam-se a relevância de atingir o fim que restringe o direito e a intensidade da restrição. O fim deve ser relevante, compensando a limitação. Ela ocorre em três etapas: identificação da intensidade de restrição ao direito fundamental; definição da importância de concretizar a medida contrária ao direito restringido; aferição se a importância de realizar o fim justifica a limitação ao direito⁹⁰.

Nas duas primeiras etapas identifica-se o bem jurídico mais relevante por meio da atribuição de pesos (concreto e abstrato). Atribui-se maior peso quanto maior a restrição ou a satisfação do fim (concreto) e quanto mais fundamentais⁹¹ forem os bens (abstrato). Na terceira etapa, devem ser escalonadas em leves, médias e graves a intensidade da restrição e a importância da medida. Logo, a maior restrição exige maior importância do fim perseguido⁹².

⁸⁷ STJ, Primeira Turma, *REsp nº 466.723/RS*, Relatora Ministra Denise Arruda, publicado em 22/06/06.

⁸⁸ Não se pretende afastar a constitucionalidade da medida cautelar fiscal, mas somente ressaltar aspectos que, se comparados com a averbação pré-executória, demonstram a menor restrição ocorrida na segunda.

⁸⁹ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, cit, pp.372-373 e 379.

⁹⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, cit, p.382.

⁹¹ Analisa-se o grau de fundamentalidade, qual promove mais a dignidade e as bases axiológicas do constitucionalismo (princípios da autonomia, democrático, igualdade).

⁹² PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*, cit, p.383-386.

A análise da intensidade das restrições já foi realizada, concluindo-se: Não há violação à separação de poderes, reserva de jurisdição e isonomia; quanto ao contraditório, ampla defesa e devido processo legal, apesar da discussão sobre a notificação, a interpretação conforme a Constituição, para garantir prova do recebimento, encerra qualquer restrição; a limitação da propriedade e livre iniciativa ocorrem pelo interesse social⁹³, o que é permitido pela Constituição. Assim, a restrição é mínima.

A averbação pré-executória busca garantir a efetividade da execução fiscal, evitando sua propositura desnecessária. É medida essencial para efetivação da atividade arrecadatória, instrumental, direcionada a atender às finalidades estatais e às estruturas necessárias para tanto, inclusive direitos fundamentais.

Assim, diante da obrigação geral de contribuir para tais gastos, a medida promove a capacidade contributiva em sua dimensão positiva, que possibilita o direito de exigir a contribuição dos demais cidadãos, na medida de sua capacidade⁹⁴. Portanto, promovem-se a isonomia e justiça fiscal na aplicação da lei. Ainda, desestimula-se e corrige-se a concorrência desleal, que viola a isonomia e prestigia o mau pagador, pois quem paga em dia não consegue ofertar bens e serviços com os mesmos custos daquele que não cumpre com suas obrigações. Ademais, ela impede que a morosidade judicial aumente, pois permite concentrar esforços pessoais e materiais do Judiciário e da Fazenda na persecução de créditos recuperáveis.

Assim, a importância da averbação está escalonada no mais alto nível, enquanto as restrições aos direitos ou são inexistentes ou são leves. Há, dessa forma, precedência da medida restritiva. Logo, a averbação pré-executória é proporcional em sentido estrito.

Como não ocorreu violação ao núcleo essencial de nenhum direito fundamental e a medida se mostrou proporcional, não há sanção política, pois para sua configuração a medida coercitiva deve ocasionar restrições desproporcionais aos direitos do devedor.

4. Conclusão

A atividade arrecadatória é instrumental, permite que o Estado crie estrutura e promova atividades para atingir seus fins, inclusive, promover direitos fundamentais. Há, assim,

⁹³ A função social “não deve restringir a liberdade além do estritamente necessário; não deve, todavia, descuidar-se também da concretização da função social da propriedade”. (MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*, cit, E-book)

⁹⁴ CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães de. *Execução fiscal e efetividade*, cit, pp.32-34.

obrigação de o povo contribuir para a manutenção estatal. Quando ela não é cumprida, os débitos devem ser cobrados pela Fazenda e, para isso, serão inscritos em Dívida Ativa.

O título executivo, dotado de presunção de certeza e liquidez é formado de forma unilateral pela Fazenda, após a inscrição em Dívida Ativa, procedimento administrativo que controlará a legalidade, garantindo a higidez do crédito. A Portaria nº 33/18 da PGFN disciplinou a atuação da Procuradoria desde o controle de legalidade para inscrição em Dívida Ativa até sua atuação na execução fiscal, criando uma fase entre essas etapas. Nela, possibilita-se ao devedor pagar ou parcelar o débito, oferecer antecipadamente bens em garantia ou ofertar o PRDI.

Assim, mesmo após o procedimento de constituição do crédito (garante-se a possibilidade de impugnação) e inscrição em Dívida Ativa (controle de legalidade do débito), quando já há título líquido e certo, possibilita-se ao devedor nova oportunidade de adimplir ou, ao menos, contestar a dívida antes da propositura da Execução Fiscal.

Contudo, o contribuinte pode permanecer inerte aguardando a execução e ocorrer ocultação de bens, dilapidação de patrimônio e até encerramento da atividade, impossibilitando a cobrança. Havendo inércia, o Fisco pode praticar medidas para garantir o adimplemento: encaminhar a CDA para o protesto extrajudicial, comunicar a inscrição aos órgãos que operam banco de dados e a averbar a CDA em registro de bens e direitos sujeitos à penhora ou arresto. Nenhuma delas é nova no ordenamento e podem, em geral, ser utilizadas pelos credores. Assim, consolidou-se a possibilidade de a Fazenda, submetida ao princípio da legalidade, utilizá-los.

A execução fiscal tem sido ineficaz e se tornado o grande fator de morosidade do Judiciário. As principais causas para tanto são: a não localização do devedor e de bens; a necessidade de repetição, em sede judicial, de procedimentos realizados administrativamente sem sucesso; o tempo excessivo entre o vencimento da obrigação e a cobrança; a forma burocrática de atuação do Judiciário e o ajuizamento de execuções fiscais sem critério de seleção. Ao invés de satisfazer o crédito, ocorre a prescrição intercorrente.

Diante dessa realidade, o princípio da eficiência impõe que o legislador e a Administração atuem para buscar a melhor forma de concretizar as finalidades coletivas. Assim, como a arrecadação é instrumental, a aplicação desse princípio é imperativa e a criação de meios extrajudiciais de cobrança atende a esse comando. A existência da execução fiscal não impede a utilização de meios extrajudiciais, não há vedação ao uso deles.

Assim, a criação da averbação pré-executória pela Lei nº 13.606/18 (que alterou a Lei nº 10.522/02) ocorreu dentro da lógica de melhorar a persecução do crédito público e buscar

economicidade. Enquadra-se na postura institucional da PGFN de otimização da cobrança por meio da racionalidade e economicidade, para conferir maior eficiência à persecução do crédito.

A averbação pré-executória é ato de anotação da CDA em registro de bens, para dar conhecimento do débito a terceiros, ocasionando a presunção absoluta de fraude à execução, caso haja alienação ou oneração de bens. Busca garantir bens para a futura execução e está inserida na sistemática de ajuizamento seletivo, pelo qual somente serão propostas execuções se houver bens, direitos ou atividade que possam saldar a dívida. Pretende-se evitar execuções fiscais inefetivas, favorecendo a celeridade da tramitação judicial e a arrecadação, ao concentrar esforços materiais e pessoais em créditos com chance de recuperação.

O instituto materializou a fraude à execução, tratada na norma geral (art.185 do CTN), não inovando quanto às funções já exercidas pela PGFN, a quem incumbe a cobrança dos créditos públicos. Portanto, dispensado o seu tratamento por lei complementar. Ainda, ocorreu a delegação da normatização do instituto pela Lei, pois a atividade administrativa de cobrança é competência da PGFN e a processualização é meio para seu exercício legítimo, já que podem ser afetados direitos. A Portaria não inovou na ordem jurídica ou criou direitos.

A averbação não é medida inconstitucional, não configurando sanção política, pois essa implica em restrição desproporcional a direitos dos contribuintes, e isso não ocorreu. Os direitos fundamentais não são absolutos, podem ser restringidos, desde que respeitados os limites iminentes (limite formal: restrição autorizada pela lei ou pela Constituição; limites materiais: a restrição estabelecida de forma geral, abstrata e não retroativa, sem violar o núcleo essencial do direito e de forma proporcional à finalidade pretendida).

A criação da averbação pré-executória se deu pela Lei nº 13.606/18 (acrescentou o art.20-B à Lei nº 10.522/18). Assim, respeitou-se a reserva legal. A delegação do procedimento à Portaria não viola a reserva de lei, pois somente criou o procedimento para a atividade. Ainda, a lei disciplinou as relações em abstrato, sendo aplicada indistintamente àqueles que têm débitos em Dívida Ativa e apenas para o futuro (A Lei nº 13.606 é de janeiro de 2018 e entrou em vigor na data da publicação e a Portaria PGFN nº 33 é de fevereiro de 2018, com previsão de aplicação aos créditos inscritos a partir de 1/10/18 – art.50).

Também não houve desrespeito ao núcleo essencial dos direitos ditos afetados. O devido processo legal, contraditório e ampla defesa se aplicam também ao processo administrativo, que deve garantir existência de um procedimento claro, inibindo abusos do poder público e possibilitando ciência dos atos com a possibilidade de contraditá-los. Assim, a criação de um meio extrajudicial de cobrança só violará esses princípios, caso não haja esse

procedimento ou ele seja desrespeitado.

A Portaria PGFN nº 33/18 criou esse procedimento, que abriu nova possibilidade para o devedor adimplir ou contestar a dívida que já é líquida e certa. Apesar de haver limitação das matérias discutíveis, não há afronta a tais princípios, pois a execução também não possibilita discussão ampla. Assim, ele é benéfico ao contribuinte, permitindo mais uma chance para eliminar o débito sem depender da morosidade do Judiciário e de garantir o juízo.

O procedimento estabeleceu prazos razoáveis para prática dos atos pelo devedor e pela Fazenda. Ainda, possibilitou a averbação apenas em caso de inércia do devedor. Também delimitou os bens sobre os quais podem recair a averbação e os que a ela não se sujeitam. Possibilitou impugnação, com prazo para julgamento. Criou prazo máximo para duração da averbação, devendo a execução ser proposta dentro dele, sob pena de levantamento do gravame, salvo nos casos de suspensão de exigibilidade anteriores ao ajuizamento. Impôs a necessidade de notificar o devedor acerca dos atos praticados, possibilitando a defesa.

Contudo, andou mal a lei ao estabelecer a presunção de recebimento da notificação postal no domicílio do devedor. A prova da notificação assegura o efetivo direito de defesa e evita alegações de nulidade a serem realizadas perante o Judiciário, as quais se submeterão à sua morosidade e exigirão a repetição do procedimento. Com isso, decorre longo tempo, dificultando a recuperação do débito.

Assim, deve ser realizada a interpretação conforme a Constituição, para aplicar a lógica do Decreto nº 70.235/72, exigindo-se a comprovação da entrega da notificação no domicílio fiscal informado pelo devedor, podendo essa ser recebida por terceiros. Permite-se apenas a presunção da data de entrega, caso não conste na prova de recebimento. Afastou-se, então, qualquer violação ao devido processo legal, contraditório e ampla defesa.

Também não há violação à reserva de jurisdição. A cobrança dos créditos pode ser efetivada por meios extrajudiciais. A Constituição não atribuiu ao Judiciário a exclusividade no exercício da constrição, sendo ela praticada por servidor e não pelo juiz no processo de execução. Assim, não é atividade jurisdicional. O que se sujeita à reserva de jurisdição são os atos decisórios, os conflitos e a expropriação do bem no processo judicial, nenhum deles praticado durante a fase administrativa criada pela Portaria nº 33/18.

Foi respeitada a separação de poderes, pois a autoexecutoriedade da CDA autoriza a prática de medidas para evitar a frustração do crédito público. Sendo sua cobrança função do Executivo, é possível que ele pratique medidas que evitem prejuízo na arrecadação.

Ainda, não há violação à inafastabilidade do Poder Judiciário. Não se excluiu a

possibilidade de acionar o Judiciário para solucionar abusos, ilegalidades ou conflitos decorrentes do procedimento administrativo de cobrança. Também é possível o ajuizamento de ações para discutir o débito e obter liminar para a não realização ou suspensão da averbação pré-executória, sendo exigida a execução fiscal para expropriar o bem.

O conteúdo do direito de propriedade é definido pela ordem jurídica e pode ser restringido para ser compatibilizado com o interesse social. Porém, não é possível retirar do proprietário toda a utilidade do bem. A averbação não ocasiona expropriação do bem, mas apenas presunção de fraude à execução, limitando a propriedade para atender o fim da averbação, que possui alta relevância social devido ao caráter instrumental da arrecadação.

A livre iniciativa também é limitada pelo interesse social, devendo ser compatibilizada com a justiça social, assegurando existência digna. Logo, sendo a arrecadação instrumental para alcançar as finalidades estatais, há imposição de solidariedade fiscal na manutenção estatal. Assim, não é possível o devedor se esquivar de arcar com suas obrigações alegando liberdade de empreender, pois isso viola a justiça social.

Não houve violação à isonomia, pois a lei que institui a averbação alcança todos os inadimplentes que possuem débitos inscritos em Dívida Ativa (geral) e será aplicada sempre que ocorrer a hipótese nela disciplinada (abstrata). A averbação acaba por promover a isonomia, pois é mecanismo que incentiva o adimplemento e evita vantagem concorrencial a quem não arca com os custos de suas obrigações, obtendo vantagem mercadológica indevida.

A averbação pré-executória, a despeito das críticas, é medida proporcional, se mostrando adequada, necessária e proporcional em sentido estrito, para alcançar o fim pretendido.

Ela promove fim constitucionalmente legítimo: garantir existência de bens aptos a saldar a dívida, evitando propositura desnecessária de execução fiscal e aumentando a eficácia da arrecadação. A ineficácia da alienação ou oneração do patrimônio do devedor pela publicidade da CDA é idônea a alcançar tal finalidade. A medida é, portanto, adequada.

Também é necessária, pois o meio que promove igualmente o fim, a medida cautelar fiscal, é mais restritiva aos direitos do devedor. Ela se sujeita à morosidade judicial e pode ser decretada liminarmente, com a postergação do contraditório e ampla defesa. Ainda, pode ser deferida antes da constituição definitiva do crédito, prolongando sua duração até o final desse processo, quando começará o prazo para propor a execução fiscal. Já na averbação, a constrição ocorre após a inscrição em Dívida Ativa e apenas em caso de inércia do devedor. O seu procedimento garante o direito de defesa prévio e limitação temporal para a constrição.

Mostra-se proporcional em sentido estrito, pois atingir o fim da averbação pré-executória tem o mais alto nível de importância, enquanto as restrições aos direitos ou são inexistentes ou são leves (somente há restrição à propriedade e livre iniciativa e essa é permitida pelo ordenamento). Há, portanto, precedência da medida restritiva. A averbação, ao incrementar a arrecadação, contribui para promover direitos fundamentais e necessidades coletivas, evita congestionamento do Judiciário, permite concentração de esforços materiais e de pessoal na persecução de créditos recuperáveis, promove a isonomia e a livre concorrência.

Sendo medida proporcional, não pode ser qualificada como sanção política. Ressalte-se ter sido a análise da proporcionalidade realizada em abstrato, porém, é possível em um caso concreto ocorrer violação a algum direito, devendo ser afastada a constrição.

A possibilidade de a Fazenda decretar a constrição patrimonial administrativamente não tem o condão de violar direitos dos devedores ou princípios constitucionais, mas de melhorar a arrecadação, diante da inefetividade da ação de execução fiscal. Assim, ela é constitucional.

Porém, para a real efetividade da cobrança, são necessários investimentos em sistemas e pessoal, para que se possa cumprir o procedimento estabelecido pela Portaria, possibilitando a rápida localização de bens e o cumprimento dos prazos estabelecidos. A ausência de investimentos terá o efeito contrário do pretendido pela medida, transferindo a morosidade judicial para o âmbito administrativo e inviabilizando a constrição do bem e recuperação do crédito.

Existe uma possibilidade de diálogo entre o contribuinte e a Fazenda sem a necessidade de ação judicial e garantia do juízo para contestar o débito e a inscrição. Há vantagem para quem não pretende apenas ficar inerte e se beneficiar da inefetividade da execução fiscal. Porém, a atuação da PGFN deve se pautar na lei e princípios constitucionais, garantindo direitos fundamentais e evitando postura abusiva e autoritária, acarretando um processo sem legitimidade.

Não é possível afirmar se a medida será efetiva, mas ela é apropriada ao momento de ineficiência da execução fiscal, se enquadrando na tendência de racionalidade e economicidade buscada pela Fazenda. Nada impede, porém, que a alteração desse cenário ocasione a inconstitucionalidade superveniente do instituto. Por isso, a idoneidade e a necessidade devem ser apreciadas de acordo com o momento em que o controle de constitucionalidade será exercido.

Portanto, não foram vislumbradas violações insanáveis aos direitos dos devedores,

sendo elas justificadas pela finalidade realizada pela averbação. Ainda, diante da existência de dívida líquida, certa e exigível, cuja obrigação de pagamento ou de discussão é inegavelmente do devedor, não é admissível que sua inércia seja premiada com mecanismos ineficazes de cobrança. Dessa forma, a averbação está em consonância com a Constituição.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade*. Interesse Público: Belo Horizonte, v.11, n.57, set.2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35999>. Acesso em: 05 dez. 2018.

BRASIL. *Código Civil*. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm. Acesso em: 10 out. 2018.

_____. *Código de Processo Civil*. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. *Código Tributário Nacional*. Lei nº 5.172 de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de Direito Tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L5172.htm. Acesso em 18 out. 2018.

_____. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 18 out. 2018.

_____. *Decreto nº 70.235* de 06 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D70235cons.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. *Lei de Execuções Fiscais*. Lei nº 6.830 de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6830.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. *Lei nº 4.320* de 17 de março de 1964. Estatuí normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14320.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. *Lei nº 8.397* de 06 de janeiro de 1992. Instituí medida cautelar fiscal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8397.htm. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. *Lei nº 9.532* de 10 de dezembro de 1997. Altera a legislação tributária federal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9532.htm> Acesso em: 18 out. 2018.

_____. *Lei nº 9.784* de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. *Lei nº 10.522* de 19 de julho de 2002. Dispõe sobre o Cadastro Informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10522.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. *Lei nº 11.419* de 19 de dezembro de 2006. Dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11419.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. *Lei nº 13.606* de 09 de janeiro de 2018. Institui o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) na Secretaria da Receita Federal do Brasil e na Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; altera as Leis nºs 8.212, de 24 de julho de 1991, 8.870, de 15 de abril de 1994, 9.528, de 10 de dezembro de 1997, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.456, de 25 de abril de 1997, 13.001, de 20 de junho de 2014, 8.427, de 27 de maio de 1992, e 11.076, de 30 de dezembro de 2004, e o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); e dá outras providências. Disponível em: <http://planalto.gov.br/Ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13606.htm>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Portaria PGFN nº 33* de 08 e fevereiro de 2018. Regulamenta os arts. 20-B e 20-C da Lei nº 10.522 de 19 de julho de 2002 e disciplina os procedimentos para o encaminhamento de débitos para fins de inscrição em dívida ativa da União, bem como estabelece os critérios para apresentação de pedidos de revisão de dívida inscrita, para oferta antecipada de bens e direitos à penhora e para o ajuizamento seletivo de execuções fiscais. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=90028&visao=anotado>>. Acesso em: 18 out. 2018.

_____. Secretaria da Receita Federal. *Portaria SRF nº 259* de 13 de março de 2006. Dispõe sobre a prática de atos e termos processuais, de forma eletrônica, no âmbito da Secretaria da Receita Federal. Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?visao=anotado&idAto=25733>>. Acesso em: 12 nov. 2018.

_____. *II Pacto republicano de Estado por um sistema de justiça mais acessível, ágil e efetivo*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Publicado em 26/05/09. Acesso em: 23 nov. 2018.

_____. Senado Federal. *Projeto de Lei nº 65, de 2018*. Altera a redação do inciso II do § 3º do

art.20-B da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, para excluir a possibilidade de a Fazenda Pública tornar indisponíveis os bens do devedor por ato administrativo. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/132364>. Acesso em: 12 dez. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 466.723/RS*. – Distrito Federal. Primeira Turma, Relatora: Ministra Denise Arruda. (Acórdão). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=631742&num_registro=200201103928&data=20060622&formato=PDF. Publicado em: 22/06/06. Acesso em: 12 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.272.827/PE* – Distrito Federal. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. (Acórdão) Disponível em: http://www.stj.jus.br/repetitivos/temas_repetitivos/pesquisa.jsp. Publicado em: 31/05/13. Acesso em: 12 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *AgInt no AREsp 932.816/DF* – Distrito Federal. Relator: Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma. (Acórdão). Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Publicado em 19/06/18. Acesso em: 12 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.340.553/RS*, Brasília. Primeira Seção. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. (Acórdão). Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1371076&num_registro=201201691933&data=20181016&formato=PDF. Publicado em: 16/10/18. Acesso em: 12 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 393*, Brasília. Primeira Seção. Relator: Ministro Mauro Campbell Marques. (Acórdão). Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas2013_36_capSumula393](https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas2013_36_capSumula393.pdf).pdf. Acesso em: 12 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.135/DF* – Distrito Federal. Relator: Luís Roberto Barroso. (Acórdão). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85966>. Publicado em: 07/02/18. Acesso em: 12 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.881/DF* – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. (Inicial). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=713358869&prcID=5341622#>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.886/DF* – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. (Inicial). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5344151>. Acesso em: 01 out. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.890/DF* – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. (Inicial). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEl>

etronico.jsf?seqobjetoincidente=5347529. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.925/DF* – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. (Inicial). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5384510>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.931/DF* – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. (Inicial). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5436264>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.932/DF* – Distrito Federal. Relator: Ministro Marco Aurélio. (Inicial). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5437860>. Acesso em: 01 out. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de segurança nº 23.452/RJ* – Distrito Federal. Relator: Min. Celso de Mello. (Acórdão). Tribunal Pleno. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?classeNumeroIncidente=%22MS%2023452%22&base=acordaos&sinonimo=true&plural=true&page=1&pageSize=10&sort=_score&sortBy=desc&isAdvanced=true. Publicado em: 12/05/00. Acesso em: 12 dez. 2018.

CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães de. *Execução fiscal e efetividade: a análise do modelo brasileiro à luz do sistema português*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003 *apud* CAMPOS, Gustavo Caldas Guimarães de. *Execução fiscal e efetividade: a análise do modelo brasileiro à luz do sistema português*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. A “sois-dissant” execução fiscal administrativa. *Grandes questões atuais do Direito Tributário*. v.11. São Paulo: Dialética, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Relatório justiça em números 2020*. Brasília: CNJ, 2019, pp.150-162. Disponível em <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/08/WEB-V3-Justi%C3%A7a-em-N%C3%BAmeros-2020-atualizado-em-25-08-2020.pdf>. Acesso em: 12 set. 2020.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *A execução fiscal no Brasil e o impacto no Judiciário*. Brasília: CNJ, 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/2d53f36cdc1e27513af9868de9d072dd.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2018.

CUNHA, Leonardo Carneiro da. *A Fazenda Pública em júízo*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de direito processual civil*, v.1, 14. ed.. Salvador: JusPodivm, 2012.

DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; BRAGA, Paula Sarno; e OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil*, v. 5, 7. ed.. Salvador: JusPodivm, 2017.

GONÇALVES, Marcelo Barbi. Execução fiscal: um retrato da inoperância, o (bom) exemplo português e as alternativas viáveis. *Revista de Direito da Procuradoria Geral*, Rio de Janeiro. v.69, 2015.

GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. *A execução fiscal administrativa no direito tributário comparado*. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

HARADA, Kiyoshi. *Exame do anteprojeto de lei que dispõe sobre a cobrança de dívida ativa apresentado pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e seu substitutivo*. 2007. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9968/exame-do-anteprojeto-de-lei-que-dispoe-sobre-a-cobranca-de-divida-ativa-apresentado-pela-procuradoria-geral-da-fazenda-nacional-e-seu-substitutivo>>. Acesso em: 17 nov. 2018.

INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. *Custo unitário do processo de execução fiscal*. Brasília: IPEA, 2011. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7862/1/RP_Custo_2012.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2018.

LOPES, Mauro Luis Rocha. *Processo judicial tributário: execução fiscal e ações tributárias*. São Paulo: Ímpetus, 2014.

MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MELLO FILHO, João Aurino de (coordenação). *Execução fiscal aplicada: Análise pragmática do processo de execução fiscal*. Salvador: JusPodivm, 2014.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012. E-book.

MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Dívida Ativa*. São Paulo: Quatier Latin, 2004.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007 *apud* ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade*. Interesse Público: Belo Horizonte, v. 11, n. 57, set. 2009. Disponível em: <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35999>. Acesso em: 05 dez. 2018.

NOVELINO, Marcelo. *Direito constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2012.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*. 2.ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

PAULSEN, Leandro. *Curso de direito tributário*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PORTO, Éderson Garin. *Manual da execução fiscal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SILVA, Américo Luís Martins da. *A execução fiscal da dívida ativa da Fazenda Pública*. São

Paulo: RT, 2001.

SILVA, José Afonso. *Execução Fiscal*. São Paulo: RT, 1975 *apud* MORAES, Bernardo Ribeiro de. *Dívida Ativa*. São Paulo: Quatier Latin, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional positivo*. 40. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de direito financeiro e tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2013.