

DA DECLARAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS PELA ADVOCACIA PÚBLICA NA FASE PRÉ-EXECUTÓRIA

RESUMO: Da averbação pré-executória da certidão de dívida ativa, com efeito da inalienabilidade do bem. Constitucionalidade. ADI 5.886/DF que declarou inconstitucional. Constitucionalidade da inalienabilidade de bens, em sede cautelar, pelo TCU. Teoria dos poderes implícitos. Dever de coerência na jurisprudência.

Introdução

A presente tese analisa importância do reconhecimento de competência da Fazenda Pública para a averbação pré-executiva da Certidão de Dívida Ativa, com efeito de inalienabilidade do bem, como expressão (implícita) do poder-dever (explícito) de cobrança da dívida ativa, e como meio de proporcionar eficiência na efetiva consecução daquele fim.

A cobrança da dívida ativa tem a finalidade primordial de garantir a realização de receitas previstas no orçamento público e, não menos importante, de impedir que se instale cenário tributário anti-isonômico, mediante contumaz inadimplência de contribuintes que, além do mais, pode configurar concorrência desleal entre empresas.

Há consenso que o atual modelo de execução fiscal é ineficiente e, neste sentido, a Lei nº 13.606/18 alterou a Lei nº 10.522/02 para prever expressamente a inalienabilidade do bem em cujo registro se averbou CDA, pela Fazenda Pública. Todavia, o STF julgou inconstitucional a expressão “*tornando-o inalienável*”, contida naquele dispositivo legal.

Com essa decisão, exasperou-se a já grande grau dificuldade para se colocar em prática um modelo de cobrança da dívida ativa mais eficiente - apto a superar o paradigma da ineficiência da execução fiscal - que, por razões óbvias, enfrenta forte oposição de boa parte do setor empresarial, e

conta com apoio de um senso comum que se criou no Brasil acerca de um Estado-Administração pesado, ineficiente e que adota posição de antagonismo para com os interesses do administrado.

O cenário é difícil, mas não impossível, pois o próprio Supremo tem precedente (MS nº 33.092/DF), no qual reconhece a constitucionalidade da decretação de inalienabilidade de bens por ato do TCU, despicienda a tutela judicial, ainda em sede cautelar, ou seja, sem a certeza e liquidez presumidas na CDA. Dessarte, o ordenamento jurídico pátrio (CPC, art. 926) – e a melhor doutrina –, exigem expressamente do Poder Judiciário que mantenham coerente sua jurisprudência.

Deste modo, deve-se atuar – pela via do ato administrativo que busca juridicidade no texto constitucional ou pela via legislativa – para que os mesmos fundamentos que validaram a constrição de bens pelo TCU, sem necessidade de intervenção judicial, também sejam aplicados à Fazenda Pública, *mutatis mutandis*.

I – IMPORTÂNCIA DO TEMA - A INEFETIVIDADE DO ATUAL MODELO DE EXECUÇÃO FISCAL

Dados do CNJ apresentado no Justiça em Números de 2022¹ demonstram que 65% do total de processos de execução nos tribunais brasileiros é composto de execuções fiscais, as quais apresentaram taxa de congestionamento (ausência de tramitação) de 90% em 2021. Correspondem as execuções fiscais por, respectivamente, 55,8%, 46,1% e 47,8% do acervo total de processos na Justiça estadual, Federal e Trabalhista.

O Ministro Dias Toffoli, em voto proferido na ADI 5.886/DF, em favor da averbação executória da Certidão de Dívida Ativa com efeitos de inalienabilidade do bem, destacou a baixa eficácia da execução fiscal, fazendo menção às considerações do saudoso Ministro Teori Zavascki, nestes termos:

No julgamento da ADI nº 5.135/DF, a Corte concluiu ser possível o protesto das certidões de dívida ativa. Na ocasião, o Ministro Teori Zavascki fez as seguintes considerações sobre esse protesto, as quais podem ser aproveitadas para o deslinde do presente caso:

“[P]or que esse meio [protesto das CDAs] seria legítimo para o particular, e não o seria para o Fisco nas mesmas condições? Eu penso que aqui o protesto está sendo atacado por sua eficiência e não pela sua ineficiência. **Quer dizer, quando se fala aqui - ouvi da tribuna -**

¹ <https://www.cnj.jus.br/judiciario-lanca-programa-para-destravar-processos-de-execucoes-fiscais/#:~:text=Ou%20seja%2C%20de%20cada%20100,Eleitoral%20por%200%2C01%25> p. 164/165 – Acesso em 31.08.2023.

sobre adequação, especialmente sobre o princípio da adequação, na verdade, nós tínhamos que falar da inadequação da execução fiscal, que é um meio de cobrança provadamente inadequado. Essa estatística de que quarenta por cento do estoque de processos judiciais se referem à execução fiscal é estarrecedora. Essa é a verdade. Hoje a execução fiscal não funciona, porque ela permite estratégias de demora por parte do devedor, que geralmente se dá por falta de um substrato patrimonial do devedor para arcar com a dívida. Lamentavelmente, o Judiciário arca com esse ônus, o que acho injusto, de ter essa estatística e de se dizer - que é uma verdade, embora não seja uma verdade que deva ser carregada contra o Judiciário - de que a execução fiscal não funciona. Os processos ficam parados nas prateleiras do Poder Judiciário.

Se as execuções fiscais têm baixa resolutividade, de modo a frustrar em alto grau a finalidade que tem como meio satisfativo do crédito fiscal, por outro lado, as execuções fiscais proporcionaram arrecadação de 44,6 bilhões de reais no ano de 2021.

Logo, a averbação pré-executiva de CDA com efeito de tornar inalienável o respectivo bem, tem capacidade evidente de melhorar os índices de êxito das execuções fiscais e, por consequência lógica, da própria arrecadação fiscal, de onde vem, ao fim e ao cabo, os meios de custeio do Estado brasileiro.

II - DO JULGAMENTO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA PARTE FINAL DO INCISO II DO §3º DO ART. 20-B DA LEI 10.522/2002 – ADI 5.886/DF

A sério, o tema da indisponibilidade de bens por ato Fazenda Pública, após inscrição do débito em dívida ativa, mas em etapa prévia à execução judicial, não prescinde que se encontre uma forma de superar o resultado do julgamento que declarou a inconstitucionalidade da parte final do inciso II do parágrafo 3º do artigo 20-B da Lei nº 10.522/2002, com redação dada pela Lei nº 13.606/2018.

Referido dispositivo legal foi lavrado com a seguinte redação:

Art. 20-B. Inscrito o crédito em dívida ativa da União, o devedor será notificado para, em até cinco dias, efetuar o pagamento do valor atualizado monetariamente, acrescido de juros, multa e demais encargos nela indicados. (...)

§ 3º Não pago o débito no prazo fixado no **caput** deste artigo, a Fazenda Pública poderá: [\(Incluído pela Lei nº 13.606, de 2018\)](#)

I - comunicar a inscrição em dívida ativa aos órgãos que operam bancos de dados e cadastros relativos a consumidores e aos serviços de proteção ao crédito e congêneres; e [\(Incluído pela Lei nº 13.606, de 2018\)](#)

II - averbar, inclusive por meio eletrônico, a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, **tornando-os indisponíveis**. [\(Incluído pela Lei nº 13.606, de 2018\)](#)

Como se pode verificar, foram algumas ADIs ajuizadas a propósito da comunicação de inscrição de dívida ativa a órgãos que operam cadastros de inadimplência e da averbação da CDA em órgãos de registro de bens e direitos, com efeito de indisponibilidade, julgadas em conjunto com a ADI nº 5.886/DF, cuja ementa restou assim exarada:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL, TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE. AVERBAÇÃO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA) EM ÓRGÃOS DE REGISTRO E INDISPONIBILIDADE DE BENS DO DEVEDOR EM FASE PRÉ -EXECUTÓRIA.

1. Ações diretas contra os arts. 20-B, § 3º, II, e 20-E da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 13.606/2018, que (i) possibilitam a averbação da certidão de dívida ativa em órgãos de registros de bens e direitos, tornando-os indisponíveis, após a conclusão do processo administrativo fiscal, mas em momento anterior ao ajuizamento da execução fiscal; e (ii) conferem à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional o poder de editar atos regulamentares.

2. Ausência de inconstitucionalidade formal. Matéria não reservada à lei complementar. Os dispositivos impugnados não cuidam de normas gerais atinentes ao crédito tributário, pois não interferem na regulamentação uniforme acerca dos elementos essenciais para a definição de crédito. Trata-se de normas procedimentais, que determinam o modo como a Fazenda Pública federal tratará o crédito tributário após a sua constituição definitiva.

3. Constitucionalidade da averbação da certidão de dívida ativa em registros de bens e direitos em fase anterior ao ajuizamento da execução fiscal. A mera averbação da CDA não viola o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a reserva de jurisdição e o direito de propriedade. É medida proporcional que visa à proteção da boa-fé de terceiros adquirentes de bens do devedor, ao dar publicidade à existência da dívida. Além disso, concretiza o comando contido no art. 185, caput, do Código Tributário Nacional, que presume “fraudulenta a alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, por crédito tributário regularmente inscrito como dívida ativa”. Tal presunção legal é absoluta, podendo ser afastada apenas “na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita”.

4. Inconstitucionalidade material da indisponibilidade de bens do devedor na via administrativa. A indisponibilidade tem por objetivo impedir a dilapidação patrimonial pelo devedor. Todavia, tal como prevista, não passa no teste de proporcionalidade, pois há meios menos gravosos a direitos fundamentais do contribuinte que podem ser utilizados para atingir a mesma finalidade, como, por exemplo, o ajuizamento de cautelar fiscal. A indisponibilidade deve respeitar a reserva de jurisdição, o contraditório e a ampla defesa, por se tratar de forte intervenção no direito de propriedade.

5. Procedência parcial dos pedidos, para considerar inconstitucional a parte final do inciso II do § 3º do art. 20-B, onde se lê “tornando-os indisponíveis”, e constitucional o art. 20-E da Lei nº 10.522/2002, ambos na redação dada pela Lei nº 13.606/2018.

Para o objetivo da presente tese, nos interessa o capítulo referente ao item “4” da ementa acima transcrita, que expõe, resumidamente, as razões que fundamentaram a declaração de inconstitucionalidade da expressão “*tornando-os indisponíveis*”.

Os fundamentos dos autores das ADIs, quanto ao ponto em análise (indisponibilidade de bens com averbação da CDA), estão assim resumidos no relatório do voto do E. Ministro Roberto Barroso, autor do voto condutor:

21. Quanto à inconstitucionalidade material, os requerentes alegam, resumidamente, que os dispositivos afrontam o **devido processo legal**, o **contraditório e ampla defesa**, a **reserva de jurisdição** e o **direito de propriedade**.

Colhe-se do voto do Ministro Roberto Barroso, que:

22. No que se refere apenas à possibilidade de indisponibilidade de bens do devedor (art. 20-B, § 3º, II, parte final), **tenho que a medida não passa no teste de proporcionalidade quanto ao subprincípio da necessidade. Isso porque há meios menos gravosos a direitos fundamentais do contribuinte que podem ser utilizados para atingir o mesmo objetivo: impedir a dilapidação patrimonial pelo devedor.**

23. Um exemplo é a possibilidade de ajuizamento da cautelar fiscal, regida pela Lei nº 8.397/92, que pode ser feito, inclusive, antes do fim do processo administrativo fiscal em determinadas hipóteses a fim de tornar indisponíveis os bens do devedor. Entendo que o objetivo de simplificar os procedimentos executórios não pode ser colocado à frente do direito de propriedade, que é ameaçado com a constrição de bens sem indícios de fraude por parte do contribuinte e sem determinação judicial. Nesse ponto, a norma não guarda semelhança com a previsão legal de protesto extrajudicial, chancelada por esta Corte na ADI 5.135, uma vez que, neste último caso, os bens do devedor não sofrem constrição.

Da leitura das razões de decidir acima, vê-se que, fundamentalmente, o STF entendeu que a Administração Pública, mesmo após o procedimento administrativo prévio à inscrição do débito em dívida ativa - por meio do qual já é franqueada ampla defesa e contraditório do administrado -, não prescinde da tutela jurisdicional para tornar indisponíveis bens suficientes à garantia do pagamento da dívida fiscal, ao teor de que ao assim proceder os mesmos resultados podem ser alcançados pela Fazenda Pública, porém com menor onerosidade ao devedor.

É o que compreendemos da fundamentação lançada no voto condutor, acima parcialmente transcrita.

Assim decidindo, somos da opinião de que o C. STF não andou bem neste juízo de valoração e sopesamento dos direitos em conflito e, mais grave, deixou de ser coerente com a razão de decidir utilizada em outros precedentes daquela Corte, em especial do julgamento proferido no Mandado de

Segurança nº 33.092/DF. Neste julgamento foi declarada válida decisão do TCU, em sede cautelar, em processo de Tomada de Contas Especial, de tornar indisponíveis os bens dos investigados, relativa à apuração de possíveis irregularidades na condução do processo de aquisição da refinaria Pasadena Refining System Inc. (PRSI) pela Petrobras America Inc. (PAI), subsidiária da Petróleo Brasileiro S.A., perante o grupo belga Astra Transcor.

A seguir, passaremos a expor as razões pelas quais discordamos da declaração de inconstitucionalidade em testilha e de como pensamos ser possível superar o resultado da ADI 5.886/DF.

III - COMO SUPERAR O JULGAMENTO DA ADI 5.886/DF

III.1 Da Teoria dos Poderes Implícitos

A teoria dos poderes implícitos, idealizada pela Suprema Corte dos Estados Unidos no famoso caso *McCulloch v. Maryland* (1819), está fundamentada na lógica de que a outorga de competência constitucional expressa a determinado órgão estatal importa no deferimento implícito, também a ele, dos meios necessários à integral consecução dos fins prescritos pelo constituinte. Nesse caso, “sob o voto de Marshall, a Corte foi unânime em reconhecer ao Congresso o poder de criar o Banco e declarar inconstitucional a tributação pelos Estados dos instrumentos do governo nacional”.²

No Brasil, a utilização da referida teoria desbordou da questão atinente a competências legislativas (implícitas) da União e imunidade tributária recíproca. Em pesquisa no site do Supremo Tribunal Federal³ encontramos 74 resultados para a expressão “*teoria dos poderes implícitos*”, sendo três delas de repercussão geral. A saber:

² Killenbeck (c2006, p. 110) *apud* CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. O caso *McCulloch v. Maryland* e sua utilização na jurisprudência do STF. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 247-270, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221_p247.

³ https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%22teoria%20dos%20poderes%20impl%C3%ADcitos%22&sort=score&sortBy=desc – acesso em 30.08.2023

Tema 29 – Tese: Leis que tratam dos casos de vedação a nepotismo não são de iniciativa exclusiva do Chefe do Poder Executivo;

Tema 184 – Tese: O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso País, os Advogados (Lei nº 8.906/94, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade - sempre presente no Estado democrático de Direito - do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante nº 14), praticados pelos membros dessa Instituição; e

Tema 241 Tese: O Exame, inicialmente previsto no artigo 48, inciso III, da Lei nº 4.215/63 e hoje no artigo 8º, inciso IV, da Lei nº 8.906/94, mostra-se consentâneo com a Constituição Federal. Com ela é compatível a prerrogativa conferida à Ordem dos Advogados do Brasil para aplicação do exame de suficiência relativo ao acesso à advocacia. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015.

Deveras, a amostragem acima é suficiente para demonstrar o apreço do STF pela teoria dos poderes implícitos. Neste sentido, Casagrande e Barreira:⁴

A decisão *McCulloch v. Maryland* foi muito significativa para a consolidação do governo federal norte-americano e um passo importante na formação da identidade dos EUA como nação. Além disso, a decisão consolidou algumas teorias como a dos poderes implícitos, a da limitação do poder de tributar dos Estados e da visão da Constituição como um texto de diretrizes gerais, cujos pormenores são deduzidos por meio de sua interpretação. O STF, como se verificou, utilizou tais teorias em suas decisões. Entre elas, destacam-se as relativas ao poder investigatório do MP, em especial o RE 593.727, que julgou a questão com repercussão geral. Embora a teoria dos poderes implícitos, em *McCulloch v. Maryland*, estivesse mais relacionada à repartição de competência relativamente à estrutura federativa dos EUA, foi utilizada num problema constitucional brasileiro que nada tinha a ver com a forma de Estado. Isso demonstra a plasticidade das teorias jurídicas, que podem adquirir, em outro lugar do mundo, aplicabilidade muito diferente da encontrada em seu lugar de origem. Entendemos, inclusive, que a aplicação da teoria apresenta pertinência. Por conseguinte, o caso *McCulloch v. Maryland* constitui enorme contribuição à história dos EUA e demonstra a força do constitucionalismo norte-americano para influir em outras tradições jurídicas, como na nossa.

⁴ *Ibidem* nota 1

Em verdade, fato é que a teoria em tela já foi largamente utilizada pelo STF para justificar poderes escondidos de órgãos como o Ministério Público, o Conselho Nacional de Justiça e o Tribunal de Contas e, quanto a este último, importa analisar o precedente fixado no Mandado de Segurança nº 33.092, no qual se lavrou a tese de que, com base na teoria dos poderes implícitos, deve-se reconhecer a **competência do tribunal de Contas** da união em **decretar, por meio de decisão cautelar, a indisponibilidade de bens** de pessoa física ou jurídica, sujeita a investigação. O acórdão do caso referido foi assim ementado:

Mandado de Segurança. 2. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial. 3. Dano ao patrimônio da Petrobras. Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis. 4. Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais. 5. Observância dos requisitos legais para decretação da indisponibilidade de bens. 6. Medida que se impõe pela excepcional gravidade dos fatos apurados. Segurança denegada.

Vale a transcrição de trecho do voto do Ministro Gilmar Mendes no referido precedente, no ponto em que dá destaque à consistente jurisprudência daquela Corte Constitucional em reconhecer os poderes implícitos do TCU - decorrentes de suas competências constitucionais expressas – necessários ao alcance das finalidades próprias às suas atividades. Argumento o eminente Relator para o MS nº 33.092 que:

Quanto ao mérito, **não há que se falar em ilegalidade ou abuso de poder em relação à atuação do TCU** que, ao **determinar a indisponibilidade dos bens, agiu em consonância com suas atribuições constitucionais**, com disposições legais e com a jurisprudência desta Corte.

Em primeiro lugar, verifico que o ato impugnado – inclusive no que tange à ordem cautelar de indisponibilidade de bens – está inserido no campo das atribuições constitucionais de controle externo exercido pelo Tribunal de Contas da União (art. 71, CF/88), pois são investigadas possíveis irregularidades, apontadas pelo Ministério Público junto ao TCU, quanto à operação de compra da refinaria mencionada.

Nesse ponto, vale destacar **que a jurisprudência desta Corte reconhece assistir ao Tribunal de Contas um poder geral de cautela**, que se consubstancia em **prerrogativa institucional decorrente das próprias atribuições que a Constituição expressamente outorgou à Corte de Contas para seu adequado funcionamento e alcance de suas finalidades**. É o que restou consignado por esta Corte, por exemplo, no julgamento do MS 24.510/DF, Plenário, rel. min. ELLEN GRACIE, DJ, 19.03.2004.

Nesse julgado, o ministro Celso de Mello acentuou, com propriedade, a importância da legitimidade constitucional dada ao TCU para **adotar medidas cautelares destinadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, de modo a permitir que possam ser**

neutralizadas situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário. Vale ressaltar o seguinte excerto do voto, no que aqui interessa

“(…) a atribuição de poderes explícitos, ao Tribunal de Contas, tais como enunciados no art. 71 da Lei Fundamental da República, supõe que se lhe reconheça, a essa Corte, ainda que por implicitude, a titularidade de meios destinados a viabilizar a adoção de medidas cautelares vocacionadas a conferir real efetividade às suas deliberações finais, permitindo, assim, que se neutralizem situações de lesividade, atual ou iminente, ao erário. (...) É por isso que entendo revestir-se de integral legitimidade constitucional a atribuição de índole cautelar, que, reconhecida com apoio na teoria dos poderes implícitos, permite, ao Tribunal de Contas da União, adotar as medidas necessárias ao fiel cumprimento de suas funções institucionais e ao pleno exercício das competências que lhe foram outorgadas, diretamente, pela própria Constituição da República. Não fora assim, e desde que adotada, na espécie, uma indevida perspectiva reducionista, esvaziar-se-iam, por completo, as atribuições constitucionais expressamente conferidas ao Tribunal de Contas da União.

(...) Na realidade, o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, destina-se a garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por afetar, comprometer e frustrar o resultado definitivo do exame da controvérsia. (...) Assentada tal premissa, que confere especial ênfase ao binômio utilidade/necessidade, torna-se essencial reconhecer - especialmente em função do próprio modelo brasileiro de fiscalização financeira e orçamentária, e considerada, ainda, a doutrina dos poderes implícitos - que a tutela cautelar apresenta-se como instrumento processual necessário e compatível com o sistema de controle externo, em cuja concretização o Tribunal de Contas desempenha, como protagonista autônomo, um dos mais relevantes papéis constitucionais deferidos aos órgãos e às instituições estatais”.

Esse entendimento tem sido reafirmado por este Tribunal em reiteradas decisões que envolvem, em maior ou menor medida, a discussão cautelar e meritória da abrangência do poder geral de cautela do TCU, a saber: MS 23.983, rel. min. Eros Grau, DJ 30.08.2004; MS 26.263 MC/DF, proferida pela ministra Ellen Gracie no exercício da Presidência (RISTF, art. 13, VIII), DJ 02.02.2007; MS 25481 AgR/DF, rel. min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe 25.10.2011).

Francamente, o reconhecimento pelo STF de implícitas competências a partir do texto constitucional a determinado órgão estatal não há de ser seletivo e deve baldear também para sítios em que haja patente afinidade temática e lógica aos precedentes: *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*.

Com efeito, comparando os argumentos dos autores e impetrantes, na ADI 5.886 e MS 33.092, nota-se, na prática, verdadeira identidade de causa de pedir (contraditório, ampla defesa e direito de propriedade), com exceção da alegação de violação da reserva de jurisdição, que aparece apenas na ADI. Do voto do Min. Gilmar Mendes no MS 32.092/DF, conta que:

É especificamente contra a decretação de indisponibilidade de seus bens que os impetrantes se insurgem, apontando violação do contraditório, da ampla defesa e do direito de propriedade, assim como nulidade da decisão impugnada, por inexistência de fundamentação, ausência de individualização das condutas supostamente irregulares dos

impetrantes e por falta de demonstração dos requisitos legais autorizadores da medida constritiva.

Deveras, embora a violação à reserva de jurisdição não apareça no Mandado de Segurança acima mencionado, nos aplece óbvio que este tema é o próprio pano de fundo da análise de constitucionalidade da declaração de indisponibilidade de bens pelo TCU, porquanto as decisões deste órgão que importem constituição de crédito, têm natureza de título executivo (CF, §3º do art. 71), assim como a inscrição de débito em dívida ativa, de sorte que ambos não prescindem da via judicial (reserva de jurisdição) para sua satisfação forçada. Dessarte, no reconhecimento da constitucionalidade do TCU em decretar a indisponibilidade de bens suficientes à garantia da dívida futura, está contido o pressuposto de que, em tal situação, não incide a reserva de jurisdição.

Todavia, o Supremo encontrou soluções diferentes, para situações análogas. Até pior, pois reconheceu competência ao TCU para decretar a indisponibilidade de bens ainda em fase cautelar, vale dizer, antes da existência de decisão imputando a dívida que se pretende garantir satisfeita com a oneração do patrimônio do futuro devedor, ao passo que negou tal competência ao Fisco, mesmo com decisão definitiva que constitui o crédito fiscal, inclusive com o débito devidamente convolado em título executivo, mediante inscrição em dívida ativa.

No MS 33.092/DF o Min. Gilmar Mendes, considerando que ao TCU compete o controle externos de contas (CF, art. 71), sustentou, com base da teoria dos poderes implícitos, que a imposição de inalienabilidade de bens de investigados é decorrência (implícita) daquela competência expressa. Pois bem. Se ao TCU compete fiscalizar as contas públicas, à Fazenda Pública compete a execução da dívida ativa (CF, art. 131 e 132).

Assim, se a teoria dos poderes implícitos serviu para fundamentar a competência do TCU para promover a indisponibilidade de bens, ainda em sede cautelar, visando assegurar eficácia e utilidade da sua decisão ao final, com a mesma ou até maior razão (dívida líquida e certa), deveria autorizar a Fazenda Pública que, pela averbação da CDA em órgão de registro de bens e direitos, também imponha referida indisponibilidade, visando aquelas às mesmas finalidades do TCU.

III.1.1 Da Dever de Coerência das Decisões para Integridade do Direito

Sem exagero, o dever de coerência das decisões judiciais, entre si, pode ser considerada tarefa das mais importantes no Estado Democrático de Direito, assim entendidas as Democracias Constitucionais que têm entre os principais paradigmas, o da igualdade.

A demonstrar tal importância, a Constituição Federal consagrou o princípio da isonomia no artigo “abre alas” do Título destinado aos Direitos e Garantias Fundamentais (CF, art. 5º, *caput*).

A valer, estando o Poder Judiciário, em especial do Supremo Tribunal Federal, dotado da competência para dar a última palavra sobre o sentido de aplicação da lei, o dever de coerência deste órgão para com suas próprias decisões deve ser elevado ao grau máximo de importância.

Colhemos das abalizadas reflexões do professor Lênio Streck que:⁵

Para alcançar a resposta correta – denominada na CHD de resposta adequada à Constituição – utilizou-se o caminho promissor desenhado a partir da imbricação da hermenêutica filosófica gadameriana como teoria da “*law as integrity*” de Dworkin, ambas importantes para a formação da Crítica Hermenêutica do Direito. Com efeito ambas são antirrelativistas e antidiscricionárias, apostando, respectivamente, **na tradição, coerência e na integridade para conter as “contingências” do Direito, que seduzem os juízes a julgar pragmaticamente.**

Concorre, nesse propósito, a regra do Código de Processo Civil de 2015, com redação de clareza solar:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação

Sobre sobredito artigo, ensina o professor Lênio Streck, que:⁶

Pois é sobre o artigo 926 que recai uma carga epistêmica de infinito valor. Por várias razões. Primeiro, porque um modo de evitar a jurisprudência lotérica é exigir coerência e integridade; segundo, a garantia da previsibilidade e da não surpresa; terceira, o dever de *accountability* em relação à Constituição, justamente ao artigo 93, IX. E um quinto elemento: o Supremo Tribunal Federal deve também manter a coerência e integridade nas suas próprias decisões. Em todas. Nesse sentido, cresce igualmente o papel do STJ, *locus* da unificação do Direito infraconstitucional.

⁵ Streck, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica. Quarenta temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Resposta adequada à constituição (resposta correta). Belo Horizonte: Letramento, 2017. p. 254

⁶ <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdicao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc> - Acesso em 30.08.2023

Conceitualmente: haverá coerência se os mesmos preceitos e princípios que foram aplicados nas decisões o forem para os casos idênticos; mais do que isso, estará assegurada a integridade do Direito a partir da força normativa da Constituição. A coerência assegura a igualdade, isto é, que os diversos casos terão a igual consideração por parte do Poder Judiciário. Isso somente pode ser alcançado por meio de um holismo interpretativo, constituído a partir de uma circularidade hermenêutica. Coerência significa igualdade de apreciação do caso e igualdade de tratamento. Coerência também quer dizer “jogo limpo”.

Dito isto, há que se exigir do E. STF observe o dever de coerência na sua jurisprudência constitucional - zelando pela integridade do Direito -, de modo a aplicar a mesma razão de decidir em ambos casos antes mencionados, ou seja, se reconheceu validade na decretação de indisponibilidade de bens por decisão cautelar do TCU, até com maior razão deve reconhecer válida a indisponibilidade de bens por meio de averbação de CDA pela Fazenda Pública.

Por fim, a propósito da coerência jurisprudencial, sobreleva destacar que, a se manter a lógica do entendimento vencedor na ADI 5.886/DF, segundo a qual a norma que atribuía à Fazenda Pública competência para a averbação pré-executiva de CDA, com efeitos de inalienabilidade do bem, não encontrou fundamento da Constituição Federal, de nada adiantará o Congresso Nacional discutir e aprovar os projetos de lei que tratam da cobrança administrativa da dívida ativa, como o PL 4.257/2019, de autoria do Senador Antônio Anastasia (PSDB/MG) e PL nº 2.488/202, proposta do Senador Rodrigo Pacheco, porquanto, se é inconstitucional a mera inalienabilidade decretada pela Fazenda, não haverá como encontrar validade no texto constitucional para ato mais gravoso, como a expropriação administrativa de bens, como prevista, por exemplo, nos artigos 29 e seguintes do PL 2.488/2022.

III.2 Da Tríplice Identidade das Ações – Inoponibilidade da Coisa Julgada em decorrência da ADI 5.886/DF

Convém que sejam traçadas breves linhas a respeito do julgamento da ADI 5.886/DF, que declarou inconstitucional a expressão “tornando-os inalienáveis”, contida na parte final do inciso II do §3º do art. 20-B da Lei 10.522/02.

A questão importa na medida em que na referida Ação de Inconstitucionalidade não houve apreciação da tese da aplicação da teoria dos poderes implícitos. Dessarte, sob este fundamento, é possível, no aspecto processual, que a questão tenha solução diversa.

Deveras, sob o prisma do direito processual, cumpre assinalar que a coisa julgada está atrelada à identidade de ações e, no Brasil, adota-se, para tanto, a teoria das três identidades, conforme lição de Thereza Alvin e José Manuel de Arruda Alvin Neto:⁷

À luz do que restou dito, convém cotejar as afirmações feitas com os textos de direito positivo, que dizem respeito ao princípio dispositivo e à teoria das três identidades, mercê da qual se identificam as ações, no direito brasileiro. (...) A identificação das ações é construída a partir de elementos essenciais e estruturais, os mais importantes do processo, especial e necessariamente, residentes na postulação do autor.

Vê-se que a teoria da tríplice identidade exige – para a coisa julgada - que haja coincidência das partes, do pedido e da causa de pedir.

A causa de pedir é o que nos interessa aqui, pois a competência da Fazenda Pública para a promover a inalienabilidade de bem sem a tutela judicial deve ser apreciada sob o fundamento (causa de pedir) da teoria dos poderes implícitos. Esse fundamento, aliado ao dever de coerência da jurisprudência (CPC, art. 926), será capaz de obter do STF que aplique ao tema em testilha a mesma *ratio decidendi* do Mandado de Segurança nº 33.092.

Nessa linha, havendo nova causa de pedir, vislumbra-se possível a reapreciação daquela questão, uma vez provocado o Poder Judiciário, pela via difusa ou concentrada. Esse é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, conforme precedente que segue:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REVOCATÓRIA. LITISCONSÓRCIO NECESSÁRIO. PERÍCIA. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA N. 7 DO STJ. COISA JULGADA. IDENTIDADE DE PEDIDO E CAUSA DE PEDIR. INEXISTÊNCIA. DECADÊNCIA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA N. 283/STF. DECISÃO SURPRESA. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. DECISÃO MANTIDA.

1. O recurso especial não comporta exame de questões que impliquem revolvimento do contexto fático-probatório dos autos (Súmula n. 7 do STJ).

1.2. No caso concreto, afirmar que o sócio foi protagonista das relações negociais em litígio, para afastar o entendimento da Corte estadual de autonomia da personalidade jurídica da sociedade empresária, a fim de reconhecer o litisconsórcio necessário, demandaria nova análise dos demais elementos fáticos dos autos, inviável em recurso especial, ante o óbice da referida súmula.

1.3. Eventual conclusão desta Corte Superior em sentido contrário ao das instâncias ordinárias - desnecessidade de fixação dos pontos controvertidos para perícia e pedido nitidamente protelatório - exigiria incursão no campo fático-probatório.

⁷ <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/177/edicao-1/coisa-julgada> - Acesso em 30.08.2023.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte, para o reconhecimento da coisa julgada, faz-se necessária a tríplice identidade - mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido -, o que não ocorreu.

3. O recurso especial que não impugna fundamento do acórdão recorrido suficiente para mantê-lo não deve ser admitido, a teor da Súmula n. 283/STF.

4. Ausente o enfrentamento da matéria pelo acórdão recorrido, mesmo após a oposição de embargos declaratórios, inviável o conhecimento do recurso especial, por falta de prequestionamento. Incidência da Súmula n. 211/STJ.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.972.809/SP, relator Ministro Antonio Carlos Ferreira, Quarta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 18/8/2023.)

Assim, se, de alguma maneira a questão em debate chegar ao Poder Judiciário, apresentado novo fundamento baseado na teoria dos pordes implícitos, estará descaracterizada a identidade de ações ensejadora da coisa julgada material.

Interessante, ainda, assinalar que no julgamento da ADI 5.886/DF quatro ministros (Dias Toffoli, Alexandre de Moraes, Rosa Weber e Carmen Lúcia) votaram pela improcedência integral da ação, enquanto que outros sete votaram pela procedência da ação no que toca à indisponibilidade de bens como efeito da averbação da CDA. E desses sete, dois se aposentaram (Marco Aurélio e Lewandowski), o que, por si só, abre a possibilidade de formação de maioria em favor da Fazenda Pública.

IV Dos caminhos possíveis para a Fazenda Pública retomar a questão

IV.1 Da decretação de indisponibilidade por meio de Parecer Jurídico

Com apoio nas lições do professor Gustavo Binenbojm, temos que a superação do paradigma da legalidade administrativa deve se dar pela substituição da lei pela Constituição, como cerne da vinculação administrativa à juridicidade, e não mais, portanto, à legalidade estrita:⁸

⁸ Binenbojm, Gustavo, Uma Teoria do Direito Administrativo, Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização, 3ª edição, Renovar, Rio de Janeiro, 2014, p. 37/38.

A ideia de *juridicidade administrativa*, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da *legalidade administrativa*, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra,, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação de legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*), mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição

A tese acima já forma corrente no Direito Administrativo,⁹ tem o ilustre Procurador do Estado do Rio de Janeiro como expoente, e abre caminho para que, a despeito da existência de regra legal explícita, desde que encontrado o fundamento em norma constitucional, possa a Fazenda Pública torne inalienável bens visando resguardar a satisfação de dívida fiscal já devidamente constituída da fraude creditória, sem a prévia chancela judicial.

O presente trabalho não tem a pretensão de demonstrar em quais termos deve ser lançado um parecer consultivo com tal propósito, mas apenas indicar que esse caminho é possível. Nesse caso, caberá aos colegas pareceristas a pavimentação desse caminho, considerando, por evidente, a difícil, mas não impossível tarefa de afastar aplicação, no caso concreto, da decisão prolatada na ADI 5.886/DF.

IV.2 De nova proposta legislativa

A edição de lei nova que discipline a decretação de inalienabilidade de bens em etapa pré-executória é um dos caminhos possíveis para a retomada do reconhecimento dessa importante competência.

Vale lembrar que já há tramitação de projetos de lei que alteram a cobrança da dívida ativa, prevendo não só a possibilidade de decretação da indisponibilidade de bens pela Fazenda Pública na fase pré-executiva, mas a própria expropriação do bem, nas situações em que dispõe, como é o caso do PL nº 2.488/2022.

⁹ Ver Gussoli, Felipe Klein em <https://www.conjur.com.br/2021-out-06/gussoli-juridicidade-norma-motora-direito-administrativo> - Acesso em 31.08.2023.

Conclusão

Pois bem. À guisa de conclusão, temos há consenso quanto à inefetividade do modelo de execução fiscal em vigor e que a averbação da certidão de dívida ativa, tornando o bem inalienável, pode ser importante instrumento em busca de maior eficiência na satisfação do crédito público.

Deveras, inobstante a declaração de inconstitucionalidade (ADI 5.886/DF) da expressão “*tornando-os indisponíveis*”, contida no inciso II do par. 3º do art. 20B da Lei nº 10522/02, é possível que se construa uma solução para que a Fazenda Pública possa se valer do instrumento da constrição de bens em fase pré-executiva. Isso porque, na referida ADI, a questão não foi analisada sob a ótica da teoria dos poderes implícitos, a qual já serviu de fundamento para o Supremo declarar constitucional a indisponibilidade de bens decretada pelo TCU (MS nº 33.092/DF).

Demonstrou-se, em reforço, o dever do Poder Judiciário manter a coerência da sua jurisprudência (CPC, art. 926), especialmente o Supremo, na condição de guardião da Constituição.

E mais, no MS 33.092/DF o Min. Gilmar Mendes reconheceu a aplicação da teoria dos poderes implícitos para o TCU decretar a indisponibilidade de bens, sem a tutela judicial. Todavia, votou pela inconstitucionalidade da mesma competência à Fazenda Pública na ADI 5.886/DF, mas sem apreciar a questão sob a ótica da referida teoria, de sorte que em nova oportunidade deve adequar de forma coerente seu entendimento. Além disso, dois Ministros que votaram pela procedência da referida ADI se aposentaram, o que confere reais possibilidades de formação de maioria em favor da Fazenda Pública.

A importância da advocacia pública em trabalhar pelo reconhecimento da sua competência para praticar ato de indisponibilidade de bem na fase pré-executória importa, inclusive, para a manutenção da viabilidade de regulamentação da execução fiscal administrativa – acréscimo de competência de proeminente importância institucional e inegável capacidade de conferir maior efetividade e eficiência no exercício da cobrança da dívida ativa -, porquanto, uma vez mantido o entendimento da ADI 5.886/DF, todas as propostas de criação da execução fiscal administrativa terão a mesma sorte da averbação de CDA com indisponibilidade vale dizer, a inconstitucionalidade.

Por fim, é deveras relevante que a busca por competências e pelo exercício de parcela do Poder Estatal não deve vir desacompanhada do dever de bem cumpri-las, o que implica que, na hipótese aqui debatida, a inscrição de débito em dívida ativa é tarefa que deve ser realizada com elevado esmero fundada numa visão do administrado não como subordinado ou antagonista, mas

como cidadão e da administração, evitando-se, a título de exemplo, a inscrição de débitos inconsistentes ou prescritos, cujos óbices à sua constituição devem ser reconhecidos pela Administração, sempre, de ofício.

Com esse propósito, propõe-se que a Advocacia Pública atue no sentido de:

(1) Estudar a viabilidade da constrição pré-executória de bens, pela averbação de CDA, com base em parecer jurídico que, no caso concreto, afaste a aplicação do entendimento firmado na ADI 5.886/DF;

(2) Trabalhe pela aprovação de lei nova que reconheça expressamente competência da constrição pré-executiva, mediante averbação da CDA, defendendo, em ação de controle de constitucionalidade, a constitucionalidade fundada na teoria dos poderes implícitos e o dever do STF de manter coerência na sua jurisprudência.

Referências bibliográficas

Alvim, Thereza; Alvim, José Manoel de Arruda Alvim Netto; em <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/177/edicao-1/coisa-julgada> - Acesso em 30.08.2023.

BINENBOJM, Gustavo, Uma Teoria do Direito Administrativo, Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização, 3ª edição, Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

CASAGRANDE, Cássio Luís; BARREIRA, Jônatas Henriques. O caso McCulloch v. Maryland e sua utilização na jurisprudência do STF. Revista de Informação Legislativa: RIL, Brasília, DF, v. 56, n. 221, p. 247-270, jan./mar. 2019. Disponível em: http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/56/221/ril_v56_n221.

Dworkin, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. Tradução Nelson Bandeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

Gussoli, Felipe Klein; em <https://www.conjur.com.br/2021-out-06/gussoli-juridicidade-norma-motora-direito-administrativo> - Acesso em 31.08.2023

Streck, Lenio Luiz. Dicionário de Hermenêutica. Quarenta temas Fundamentais da Teoria do Direito à Luz da Crítica Hermenêutica do Direito. Resposta adequada à constituição (resposta correta). Belo Horizonte: Letramento, 2017.

Streck, Lenio Luiz; em <https://www.conjur.com.br/2016-abr-23/observatorio-constitucional-jurisdiacao-fundamentacao-dever-coerencia-integridade-cpc> - Acesso em 30.08.2023