

DIREITO CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL ADMINISTRATIVA – PENHORA DE BENS SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL

A Procuradoria da Fazenda Nacional¹ está excogitando (palavra estranha como a proposta apresentada) a possibilidade de criar a “execução fiscal de natureza administrativa”.

Antes, cabe esclarecer que as disposições da referida execução fiscal seriam aplicadas à União, aos Estados, ao Distrito Federal e suas autarquias e fundações, sendo facultativamente estendidas aos Municípios e suas autarquias e fundações (art. 1º).

Esta esquisita proposta, encaminhada ao Congresso em forma de projeto de lei, foi a forma engendrada pela Fazenda Pública para, previamente, sem autorização judicial, penhorar e arrestar bens do executado (artigos 6º, § 4º, inciso III e 10, incisos I e III) e fazer, por conta própria, a arrematação de tais bens (art. 20).

Em primeiro plano, há que lembrar que a Fazenda Pública é uma entidade que tem direitos e deveres iguais aos de qualquer outra parte no processo, não tendo posição de hegemonia, uma vez que, segundo a ordem constitucional vigente, ainda vivemos em um “estado democrático de direito” (caput do art. 1º), sendo todos “iguais perante a lei” (caput do art. 5º).

Além disso, registre-se que o suposto interesse público defendido pela Fazenda não pode sobrepor-se aos princípios constitucionais do devido processo legal (art. 5º, LIV), do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV), que igualam as partes, em qualquer processo.

Desta forma, o Poder Público não dispõe de base constitucional para fazer predominar seu interesse sobre o do executado, muito menos tem poderes para

¹ Encaminhou o referido anteprojeto de lei à apreciação do Ministro de Estado da Fazenda, através do Ofício n. 624/PGFN.PG, de 14 de março de 2007.

conduzir seus interesses sobre a propriedade dos indivíduos, sem a necessária autorização judicial, por meio de uma artificiosa execução fiscal de “natureza administrativa”.

Saliente-se que a Constituição do Brasil, baseada na livre iniciativa, protege a propriedade [artigos 5º (caput), e inciso XXII, e 170, inciso II], sendo certo que a imposição de gravame ao patrimônio do executado, como se pretende pelo anteprojeto de lei em análise, constitui violação ao seu direito individual de não ter seus bens molestados sem o devido processo legal (art. 5º, LIV da CRFB).

Isto porque os atos de constrição patrimonial, como o arresto e a penhora, criam restrições à propriedade, além de deixá-la vinculada à pretensa dívida excutida.

Com efeito, o ato que cria ônus à propriedade não pode partir da vontade isolada do credor, que pretende garantir ou satisfazer o seu suposto crédito sem antes submeter sua pretensão à análise do Judiciário.

Vale ressaltar que, na República, a função jurisdicional cabe ao Poder Judiciário, que a exerce de forma independente e harmônica em relação aos demais poderes (art. 2º da CRFB), sendo o único autorizado a dirimir lesão ou ameaça a direito e a solucionar as controvérsias existentes (art. 5º, XXXV, da CRFB).

Logo, como os atos de cobrança, por meio do processo de execução, repercutem de forma sumária e imediata sobre o patrimônio do executado, é imprescindível que o Judiciário analise previamente a pretensão do credor, a fim de evitar abusos ou ilegalidades, devendo ficar sob sua responsabilidade a prática destes atos, de competência exclusiva da justiça.

O início do processo de execução cria para os indivíduos embaraços de ordem material e moral, passando os seus nomes a constar no rol de inadimplentes.

Dá a necessidade de o Judiciário intervir desde o início da execução, não podendo o credor, seja o Poder Público (como previsto no anteprojeto de lei) ou o particular ser detentor desta autorização.

A proposta da Fazenda Nacional equivale a retroagir ao tempo em que o credor, por sua conta e ordem, fazia a cobrança por seus próprios meios. Imagine se todos os credores passassem a agir desta forma?

Portanto, a possibilidade de acesso à Justiça depois de efetivado o arresto ou a penhora, não torna proposta constitucional, pois, antes que o Poder Judiciário julgue os embargos à execução, uma série de atos de restrição sobre a propriedade terão sido praticados pela Fazenda Pública, podendo acarretar lesões a direitos e prejuízos irremediáveis ao executado.

Vale esclarecer, por oportuno, que os atos de constrição patrimonial não podem, em hipótese alguma, ser confundidos com os atos de natureza meramente administrativa, que são próprios do Poder Executivo.

Ademais, há que se distinguir o atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos dos de cobrança de valores, inscritos em dívida ativa.

O primeiro restringe-se ao cumprimento do ato administrativo em razão do poder de polícia conferido à Administração Pública, fazendo cessar, de imediato, sem a intervenção judicial, a ilegalidade praticada pelo administrado na autodefesa do interesse social.

Todavia, isto não significa que o campo de atuação da Administração Pública seja livre. Ela deve observar as formalidades essenciais para o seu ato, tais como apresentação de notificação e lavratura de auto circunstanciado que comprove a ilegalidade e possibilite ao administrado a ampla defesa de seus direitos, em regular e devido processo legal.

O segundo, por se revestir de caráter de cobrança, é ato que exige a intervenção prévia do Judiciário, como se dá na cobrança de multa administrativa ou crédito tributário.

Contra as tentativas da Administração Pública de se auto-satisfazer de seus supostos créditos, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, à unanimidade, acolheu o voto do Min. Maurício Corrêa, que expôs o seguinte:

*“É verdade que tanto a doutrina quanto jurisprudência têm entendido que certos atos são próprios do poder administrativo, **na execução dos quais é irrecusável a auto-executoriedade, como os decorrentes do poder de policia.***

Há, porém, determinados atos ‘que lhe [à Administração Pública] são impróprios e, por isso mesmo, dependentes da intervenção de outro poder, como ocorre com a cobrança contenciosa de uma multa, que em hipótese alguma poderia ficar a cargo exclusivo dos órgãos administrativos’ (Hely Lopes Meireles, Direito Administrativo Brasileiro, 23^a. ed., Ed. Malheiros, SP, p. 1.421).

(...)

*A apuração, porém, do fato culposo ou doloso, nas hipóteses que fogem às atividades específicas da Administração, deve ocorrer no âmbito da jurisdição civil, pois a Constituição reservou exclusivamente ao Poder Judiciário, a função jurisdicional (CF, artigo 5^o, XXXV). **É o que ocorre, por exemplo, com a cobrança de dívidas fiscais e multas.**”²*

A Fazenda, por maior que seja o interesse público que represente, não tem o condão de, ao constituir um título executivo, por meio da inscrição na dívida ativa, invadir, por conta própria, o âmbito particular do indivíduo, levando constrição ao seu patrimônio, forçando-o, desta forma, a pagar uma dívida que pode ser

² STF-Pleno, MS n. 24.182-9-DF, rel. originário Maurício Corrêa, rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes em razão do art. 38, IV, “b” do RISTF, julgado 12/02/2004, DJ, de 03/09/2004.

questionável sob vários aspectos, inclusive em razão de sua interpretação perante o sistema jurídico vigente, como seu deus, *v.g.*, na questão referente ao caso da ampliação da base de cálculo do PIS e da COFINS, feita indevidamente pelo § 1º do art. 3º da Lei 9.718/98, que foi dirimida pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal a favor dos contribuintes³.

A propósito, é oportuna a transcrição de parte da ementa do acórdão da lavra do Min. Celso de Mello do Supremo Tribunal Federal, que bem retrata a hipótese em análise quanto aos abusos a que poderão ficar submetidos os cidadãos, diante da tentativa da Fazenda Pública de querer levar adiante a sua inusitada “execução administrativa”:

*“Não são absolutos os poderes que se acham investidos os órgãos e agentes da administração tributária, pois o Estado, em tema de tributação, inclusive de fiscalização tributária, está sujeito à observância de um complexo de direitos e prerrogativas que assistem constitucionalmente, ao contribuintes e aos cidadãos em geral. (...) **O atributo da auto-executoriedade dos atos administrativos, que traduz expressão concretizadora do ‘privilège du péréable’, não prevalece sobre a garantia constitucional da inviolabilidade domiciliar, ainda que se cuide de atividade exercida pelo poder público em sede de fiscalização tributária.** (...) A circunstância de a administração estatal achar-se investida de poderes excepcionais que lhe permitem exercer a fiscalização em sede tributária não a exonera do dever de observar, para efeito do legítimo desempenho de tais prerrogativas, os limites impostos pela Constituição e pelas leis da República, sob pena de os órgãos governamentais incidirem em frontal desrespeito às garantias constitucionalmente asseguradas aos cidadãos em geral e aos contribuintes em particular. **Os procedimentos dos agentes da administração tributária que contrariem os postulados consagrados na Constituição da República revelam-se inaceitáveis e não podem ser corroborados pelo Supremo Tribunal Federal, sob pena de inadmissível subversão dos postulados constitucionais que***

³ RE nº. 346.084-PR, rel. para acórdão Min. Marco Aurélio, publicado no DJU, de 01/09/2006.

definem de modo estrito, os limites-inultrapassáveis que restringem os poderes do Estado em suas relações com os contribuintes e com terceiros.”⁴

Deste modo, a Fazenda Pública não está acima de nenhum cidadão do país, não sendo razoável a criação de um processo de execução “administrativo”, sem o crivo inicial do Poder Judiciário para realizar a constrição patrimonial, sob o risível argumento de que a atual “sistemática, pela alta dose de formalidade de que se reveste o processo judicial, apresenta-se como um sistema altamente moroso, caro e de baixa eficiência.”⁵

Ora, se existe ineficiência por parte do Fisco na sua arrecadação, não será criando uma esdrúxula cobrança que se resolverá este grave problema, pois a Administração Pública somente estará transferindo a morosidade que acusa existir no Judiciário para seus órgãos, que tem revelado igualmente não possuir adequada estrutura para representar os interesses do povo, estancando a grave evasão fiscal existente no país.

Vale relembrar, por fim, que os Poderes da República são independentes e harmônicos entre si (art. 2º da CRFB), tendo o Executivo o papel de executar as leis e o Judiciário de proporcionar a sua aplicação, conforme a clássica lição de Montesquieu, no seu *Do Espírito das Leis*, sendo este equilíbrio a base do período histórico contemporâneo. Fora disso, é excogitação indevida, que não encontra amparo na Constituição do Brasil.

Pelo exposto, a proposta de lei em questão deverá ser rejeitada, por estar em desacordo com a Constituição.

Jorge Rubem Folena de Oliveira
Advogado

⁴ STF, Segunda Turma, HC 82.788/RJ, julgado, à unanimidade, em 12/04/2005, sem grifos no original.

⁵ Como exposto pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional, no item 21 de seu ofício n. 624/PGN.PG, de 14/03/2007.