



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito

EBER ZOEHLER SANTA HELENA

PROPRIEDADE E SUA INDISPONIBILIDADE:

USO E ABUSO

Brasília-DF

2021

PROPRIEDADE E SUA INDISPONIBILIDADE: USO E ABUSO

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília – UNICEUB.

EBER ZOEHLER SANTA HELENA

SANTA HELENA, Eber Zoehler. A propriedade e sua indisponibilidade: uso e abuso. Brasília: 2021.

Tese apresentada para obtenção do grau de Doutor pelo Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UNICEUB).

Orientador Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior

1. Propriedade. 2. Indisponibilidade. 3. Inalienabilidade. 4. Ingravabilidade. 5. Clausulamento. 6. Improbidade administrativa. 7. Aquisição de terras por estrangeiro. 8. Sanção política. 9. Averbação pré-executória.

Brasília-DF

2021

PROPRIEDADE E SUA INDISPONIBILIDADE:**USO E ABUSO**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa
de Doutorado em Direito do Centro
Universitário de Brasília – UNICEUB

Banca Examinadora

Orientador - Prof. Dr. José Levi Mello do Amaral Júnior

Prof. Dr. Hercules Alexandre da Costa Benício

Prof. Dr. Marcelo Dias Varella

Prof. Dr. Marlon Tomazette

Prof. Dr. Paulo José Leonesi Maluf

Brasília, 15 de janeiro de 2021.

Às minhas eternas fontes de inspiração e estímulo, Lucia e Maria Helena, e aos meus *leitmotivs*, Judith, Breno e Vivian.

“La propriété est le droit de jouir et disposer des chose de la maniere la plus absolue, pourvu qu' on n' en fasse pas un usage prohibé par les lois ou parles reglements.” art. 544 do Código Civil francês.¹

.

¹ A propriedade é o direito de desfrutar e dispor das coisas da maneira mais absoluta, desde que não sejam utilizadas para fins proibidos por leis ou regulamentos.

Resumo

A presente tese busca analisar a propriedade privada e sua indisponibilização, de instituto condicionante do direito de família e sucessões, converteu-se em significativo instrumento processual coercitivo ou punitivo no direito público, tanto na esfera judicial quanto na extrajudicial, justificante de sua normatização expressa, submetendo-o ao devido processo legal, na proteção ao direito fundamental da propriedade, sob o prisma individual e socioeconômico.

Nesse sentido há de se indagar se a indisponibilização de bens afronta o direito fundamental à propriedade? Também inquirir se a legislação infraconstitucional ao criar novas espécies de indisponibilidade de bens contraria o núcleo constitucional do direito de propriedade.

Os atributos da propriedade privada, centro irradiador dos direitos pessoais e reais, vêm sendo mitigados nos ordenamentos contemporâneos, em especial sua disponibilidade, sob a justificativa teleológica da supremacia de outros valores como os interesses público ou social. Assim, há de se perquirir acerca das novas conformações de seus institutos em face da incidência e registro das restrições convencionais ou *ope legis* ao atributo magno da propriedade, sua disponibilidade, seja alienabilidade, comunicabilidade ou gravabilidade.

A propriedade como direito fundamental primevo apresenta atributos e limitações, sendo sua evolução histórica marcada por manifestações ideológicas. Dentre as indisponibilidades vigentes no direito privado, em especial família, sucessões e empresarial, e no direito público, processual ou administrativo, destaca-se na esfera processual a apenação por improbidade administrativa bem como medida coercitiva no tributário. Identifica-se relevante uso da indisponibilidade na via extrajudicial fiscal, no controle externo pelos Tribunais de Contas, mas a vedação de seu uso pelo Poder Legislativo, inclusive nas comissões parlamentares de inquérito. Conclui-se com a análise econômica da indisponibilização da propriedade e as reações a seu uso desmedido pelos Poderes Judiciário e Legislativo.

Abstract

The present thesis seeks to analyze private property and its unavailability, from a conditioning institute of family law and succession, has become a significant coercive or punitive procedural instrument in public law, both in the judicial and extrajudicial spheres, justifying its express standardization, submitting it to due legal process, in the protection of the fundamental right of property, under the individual and socioeconomic prism.

In this sense, is it necessary to investigate whether the unavailability of goods violates the fundamental right to property? Also, to inquire whether the infraconstitutional legislation when creating new types of unavailability of assets contradicts the constitutional nucleus of the right to property.

The attributes of private property, the center that radiates real rights, have been mitigated in contemporary law, especially their availability, under the teleological justification of the supremacy of other values such as public or social interests. Thus, it is necessary to investigate the new conformations of its institutes in view of the incidence and registration of conventional restrictions or *ope legis* to the great attribute of property, its availability, be it alienability, incommunicability or gravity.

Ownership as a primeval fundamental right has attributes and limitations, and its historical evolution is marked by ideological manifestations. Among the unavailability in force in private law, in particular family, succession and business, and in public, procedural or administrative law, the penalty for administrative impropriety stands out as well as a coercive measure in the tax. A relevant use of the unavailability is identified in the extrajudicial fiscal way, in external control by the Courts of Accounts, but the prohibition of its use by the Legislative Power, including in the parliamentary commissions of inquiry. It concludes with the economic analysis of the unavailability of the property and the reactions to its excessive use by the Judiciary and Legislative Powers

Resumen

La presente tesis busca analizar la propiedad privada y su indisponibilidad, desde un instituto condicionante de derecho de familia y sucesión, se ha convertido en un importante instrumento procesal coercitivo o punitivo en derecho público, tanto en la esfera judicial como extrajudicial, justificando su estandarización expresa. someterlo al debido proceso legal, en la protección del derecho fundamental de propiedad, bajo el prisma individual y socioeconómico.

En este sentido, es necesario investigar si la indisponibilidad de bienes viola el derecho fundamental a la propiedad? Asimismo, preguntar si la legislación infraconstitucional al crear nuevos tipos de indisponibilidad de bienes contradice el núcleo constitucional del derecho de propiedad.

Los atributos de la propiedad privada, el centro que irradia derechos reales, han sido mitigados en la ley contemporánea, especialmente su disponibilidad, bajo la justificación teleológica de la supremacía de otros valores como los intereses públicos o sociales. Por lo tanto, es necesario investigar las nuevas conformaciones de sus institutos en vista de la incidencia y el registro de restricciones convencionales u *ope legis* al gran atributo de la propiedad, su disponibilidad, ya sea la enajenación, incomunicabilidad o la gravedad.

La propiedad como un derecho fundamental primitivo tiene atributos y limitaciones, y su evolución histórica está marcada por manifestaciones ideológicas. Entre la falta de disponibilidad en vigor en el derecho privado, en particular la familia, la sucesión y los negocios, y en el derecho público, procesal o administrativo, se destaca la sanción por irregularidad administrativa, así como una medida coercitiva en el impuesto. Se identifica un uso relevante de la indisponibilidad en la vía fiscal extrajudicial, en el control externo por parte de los Tribunales de Cuentas, pero la prohibición de su uso por parte del Poder Legislativo, incluso en las comisiones de investigación parlamentarias. Concluye con el análisis económico de la falta de disponibilidad de la propiedad y las reacciones a su uso excesivo por parte de los poderes judicial y legislativo.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	15
1. A PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL PRIMEVO	19
2. A PROPRIEDADE E SUA INTERPRETAÇÃO IDEOLOGIZADA.....	39
3. DIREITO DE PROPRIEDADE: ATRIBUTOS E LIMITAÇÕES	54
3.1. ATRIBUTOS DO DIREITO DE PROPRIEDADE.....	57
3.2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE	65
3.3. TRANSMISSIBILIDADE DA PROPRIEDADE	67
3.4. PERDA DA PROPRIEDADE.....	77
3.5. BENS PÚBLICOS	80
4. A PROPRIEDADE E SUA INDISPONIBILIDADE NA ESFERA PRIVADA ...	85
4.1. INDISPONIBILIDADE NAS DOAÇÕES.....	88
4.2. INDISPONIBILIDADE NO DIREITO DAS SUCESSÕES.....	96
4.3. INALIENABILIDADE E INGRAVABILIDADE	120
4.4. INDISPONIBILIZAÇÃO NA FALÊNCIA.....	126
5. INDISPONIBILIDADE DA PROPRIEDADE NA ESFERA PÚBLICA.....	131
5.1. NORMAS COGENTES DE INDISPONIBILIZAÇÃO NO ATUAL ORDENAMENTO BRASILEIRO	134
5.2. A INDISPONIBILIZAÇÃO PATRIMONIAL NO CPC.....	141
5.3. A INDISPONIBILIDADE DE BENS ONLINE	162
5.4. INDISPONIBILIDADE NO REGISTRO IMOBILIÁRIO	178
5.5. INDISPONIBILIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	200

5.5.1. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA PROBIDADE.....	201
5.5.2. INDISPONIBILIDADE DE BENS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LIA	204
5.5.3. INDISPONIBILIZAÇÃO ABUSIVA.....	221
5.5.4. PRESUNÇÃO DE PERICULUM IN MORA.....	223
5.6. INDISPONIBILIDADE E NACIONALIDADE	237
5.6.1. ESCORÇO HISTÓRICO.....	239
5.6.2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	250
5.6.3. IMÓVEL RURAL E URBANO	251
5.6.4. CONCEITO DE ESTRANGEIRO	252
5.6.5. LIMITES PARA AQUISIÇÃO POR ESTRANGEIROS DE TERRAS BRASILEIRAS	258
5.6.6. TRANSMISSÃO E REGISTRO DO IMÓVEL ADQUIRIDO POR ESTRANGEIRO	262
5.6.7. RESTRIÇÕES À PROPRIEDADE ESTRANGEIRA NO DIREITO FORÂNEO.....	263
6. INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL NA VIA EXTRAJUDICIAL	269
6.1. INDISPONIBILIDADE DE CONTROLADORES DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS	271
6.2. INDISPONIBILIDADE DE RESPONSÁVEIS POR OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE	277
6.3. INDISPONIBILIDADE DE DIRIGENTES DE ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR.....	279
6.4. INDISPONIBILIDADE DE PESSOAS INVESTIGADAS OU ACUSADAS DE TERRORISMO	282

6.5.	INDISPONIBILIDADE FISCAL EXTRAJUDICIAL	286
6.6.	INDISPONIBILIZAÇÃO FISCAL NO DIREITO FORÂNEO	316
6.7.	INDISPONIBILIZAÇÃO DE BENS PELO PODER LEGISLATIVO.....	328
6.8.	INDISPONIBILIDADE CAUTELAR PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS	332
7.	ANÁLISE ECONÔMICA DA INDISPONIBILIZAÇÃO DA PROPRIEDADE	343
8.	REAÇÕES À INDISPONIBILIZAÇÃO DA PROPRIEDADE.	367
8.1.	INDISPONIBILIZAÇÃO PATRIMONIAL COMO “SANÇÃO POLÍTICA”	367
8.2.	INDISPONIBILIZAÇÃO EXCESSIVA COMO ABUSO DE AUTORIDADE..	377
8.3.	REGULAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE NA AÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA	381
8.4.	LIMITES PARA AQUISIÇÃO DE TERRAS POR ESTRANGEIROS	386
8.5.	AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA NO LEGISLATIVO	393
8.6.	AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA NO JUDICIÁRIO.....	404
	CONCLUSÕES	428
	REFERÊNCIAS BIBLIOGRAFICAS	434

Lista de Siglas

Certificado de Cadastro de Imóvel Rural - CCIR

Código Civil de 1916 – CCB/1916

Código Civil de 2002 - CCB/2002

Código de Trânsito Brasileiro-CTB

Código de Processo Civil de 1973 – CPC/1973

Código de Processo Civil de 2015 – CPC/2015

Código Tributário Nacional – CTN

Código de Trânsito Brasileiro - CTB

Conselho Nacional de Justiça – CNJ

Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA

Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário (Sisbajud),

Superior Tribunal de Justiça - STJ

Supremo Tribunal Federal – STF

Regimento Interno da Câmara dos Deputados - RICD

Índice de Legislação

Decreto nº 1.839/1907 - Lei Feliciano Pena.

Lei nº 3.071/1916 - Código Civil de 1916 - CCB/1916;

Lei nº 5.172/1966 - Código Tributário Nacional – CTN;

Lei nº 5.869/1973 - Código de Processo Civil de 1973 – CPC/1973;

Lei nº 6.015/1973 - Lei de Registos Públicos;

Lei nº 6.024/1974 - Lei da liquidação extrajudicial de instituições financeiras;

Lei nº 8.112/1990 - Estatuto do servidor público civil federal;

Lei nº 8.212/1991 - Plano de custeio da Seguridade Social;

Lei nº 8.397/1992 - Execuções fiscais, como medida cautelar fiscal, art. 185-A, aplicando-se à execução trabalhista, art. 889 da CLT;

Lei nº 8.429/1992 - Improbidade administrativa,

Lei nº 8.443/1992 - Tribunal de Contas da União, decisões cautelares;

Lei nº 9.503/1997 - Código de Trânsito Brasileiro-CTB

Lei nº 8.935/1994 - Estatuto dos Notários e Registradores;

Lei nº 9.447/1997 - Responsabilidade solidária de controladores de instituições financeiras submetidas aos regimes de que tratam a Lei nº 6.024/1974 e o Decreto-lei nº 2.321/1987;

Lei nº 9.637/1998 - Malversação de recursos de organizações da sociedade civil de interesse público-OSCIPs;

Lei nº 9.656/1998, alterado pela MP n. 2177-44/2001- Liquidação extrajudicial de entidades de saúde suplementar;

Lei Complementar nº 109/2001 e Dec. 4.942/2003 - Entidades de Previdência Privada sob intervenção ou em liquidação extrajudicial;

Lei nº 10.190/2001 - Liquidação extrajudicial de entidades de previdência privada aberta e de empresas seguradoras de capitalização;

Lei nº 10.406/2002 - Código Civil de 2002 - CCB/2002;

Lei nº 11.101/2005 - Lei de recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária;

Lei nº 11.977/2009 - Programa Minha Casa Minha Vida;

Lei nº 13.097/2015 - Matrícula registral;

Lei nº 13.105/2015 = Código de Processo Civil de 2015 - CPC/2015;

Lei nº 13.170/2015, alterada pela Lei nº 13.810/2019 - Cumprimento de sanções impostas por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas – CSNU a pessoas investigadas ou acusadas de terrorismo, de seu financiamento ou de atos a ele correlacionados; e

Lei nº 13.606/2018, normatizada pela Portaria PGFN nº 33/2018 - Averbação pré-executória de indisponibilidade pela PGFN.

INTRODUÇÃO

O instituto da indisponibilidade de bens originou-se no direito privado, gestado no direito de família ou no das sucessões, em regra por normas dispositivas que facultam ao titular convencionar o levantamento temporário do atributo da transmissibilidade da propriedade, caso do bem de família ou das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade; condicionantes das doações intervivos ou transmissões *mortis causa*, instrumentos jurídicos raramente utilizados na sociedade brasileira, refratária a convenções pós-morte.

Os atributos da propriedade privada, reconhecida como um dos direitos fundamentais primevos, centro irradiador dos direitos reais e pessoais, vêm sendo mitigados nos ordenamentos contemporâneos, em especial sua disponibilidade, sob a justificativa teleológica da supremacia de outros valores como os interesses público ou social.

Identifica-se tendência publicística do moderno Direito Civil, inclusive de sua fração inclusa no Direito das Coisas, assim como do ordenamento instrumental ínsito no Direito Processual Civil. Assim, há de se perquirir acerca das novas conformações de seus institutos, com relevo para seu ápice: sua transmissibilidade. Sobre a incidência das restrições convencionais ou *ope legis* a esse atributo magno da propriedade, se debruça a presente tese, no exame de sua funcionalidade, utilidade e eficácia, todavia também de sua exacerbação, por vezes abusiva, quando comparada a outros direitos imanentes ao indivíduo como privacidade, sobrevivência, relações sociais e outros.

Nos últimos anos tem-se verificado no direito pátrio posto o surgimento de inúmeros normativos legais e até infralegais, facultando, por vezes, determinando, a supressão da disponibilidade do patrimônio particular em nome da cautela e efetividade do processo expressas nas garantias patrimoniais. As medidas de indisponibilidade de bens figuram hoje nas mais variadas sendas do universo jurídico autóctone.

Tal proliferação se dá tanto na seara de direito público quanto no privado. Produto da evolução de institutos jurídicos ligados ao direito de família ou

sucessões, em sua maioria meramente dispositivas, normas de indisponibilidade continuam a facultar ao titular convencionar o levantamento temporário do atributo da propriedade em ser livremente transmitida, como no bem de família ou nas cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade, incomunicabilidade ou ingravabilidade.

Sobre esse universo, versa este estudo, que esperamos trazer luz sobre tema de crescente relevância na busca de maior eficiência e celeridade no processo executivo cível, tributário ou trabalhista, todavia por vezes contraditório em relação às garantias constitucionais da privacidade e propriedade, instrumento de conformação da personalidade humana, expressa nos bens que a envolvem e essencial ao desenvolvimento econômico-social das sociedades modernas. No ordenamento pátrio, o direito de propriedade vê-se restringido por diversas normas de ordem pública no campo do direito material bem como no adjetivo processual, tanto em nível constitucional como legal.

O problema aqui ventilado diz respeito aos preceitos justificantes da restrição ao exercício do atributo de dispor da propriedade por seu titular em face de outros direitos e interesses conflitantes e quais os instrumentos aptos a efetivar tal constrangimento. Nesse sentido, exsurgem questões sobre o dilema do conflito dos direitos e interesses compulsados. Para melhor se compreender o problema advindo de conflitos intersubjetivos individuais ou coletivos expressos na indisponibilização da propriedade privada, serão tratados, dentre outros questionamentos, aqueles correlacionados a seguir:

1. Qual o núcleo do direito fundamental à propriedade privada, como tutelado no caput e incisos XXII a XXIV do art. 5º da Constituição Federal, quando relacionado à (in)disponibilidade dos bens?
2. Como tratar a propriedade e sua disponibilidade, em face de seus profundos traços ideológicos, é possível?
3. Que direitos e interesses conflitantes com a propriedade justificam sua indisponibilização, em um rol taxativo ou não, como a indisponibilização dialoga com a propriedade e quais são as finalidades socioeconômicas

mais relevantes da propriedade passíveis de serem afetadas por esses direitos/interesses conflitantes?

4. Quais são os motivos justificantes e como devem atuar os entes públicos frente à constrição da propriedade, haveria uma inconsistência no ordenamento jurídico brasileiro ao permitir a indisponibilização generalizada da propriedade, muitas vezes sem o prévio contraditório?
5. A indisponibilização da propriedade assegura eficácia ao processo administrativo, cível, penal ou tributário?
6. São razoáveis as restrições à aquisição de imóveis rurais por estrangeiros presentes em nosso ordenamento?
7. Qual o impacto socioeconômico das restrições jurídicas decorrentes da indisponibilidade?
8. Quais os limites e a atuação do Poder Legislativo no tema indisponibilidade dos bens?
9. Como tem sido tratado pela jurisprudência o problema aqui veiculado, a exemplo da aplicação da teoria da sanção política pelo Supremo Tribunal Federal?
10. Portanto, como assegurar o direito fundamental à propriedade, como previsto e tutelado na Constituição Federal, frente às necessidades de cunho social ou outros direitos conflitantes?

Tais reflexos parecem dar-se não só na esfera jurídica, mas principalmente na esfera econômica e, quiçá, da personalidade dos detentores do bem restringido.

O CPC/2015, em especial seus arts. 837 e 854, além de disciplinar *ope legis* a penhora eletrônica de bens móveis e imóveis e indisponibilidade de recursos financeiros online, via BACENJUD/SISBAJUD, ainda expressamente autoriza sua instituição judicial à revelia do executado, ausente a ciência prévia dele. As alterações trazidas pelo CPC/2015 em regra dizem respeito à busca da efetividade do processo executivo na concretização dos títulos executivos judiciais e

extrajudiciais, para o qual a indisponibilização do patrimônio do executado mostra-se condição *sine qua non* para sua implementação.

As restrições ao livre tráfico jurídico dos bens hoje pululam sobremaneira em normas de ordem pública, determinando a suspensão cautelar da disponibilidade dos bens em casos de improbidade pública, insolvência, execução processual, fiscal ou trabalhista, liquidação extrajudicial de entidades financeiras, de previdência complementar ou de saúde suplementar e, recentemente, até no combate ao terrorismo internacional, em uma profusão de dispositivos esparsos e tópicos.

Essas restrições à livre disposição da propriedade em nosso ordenamento são o motivo do estudo aqui apresentado, por vezes compulsado com o direito comparado, caso da execução fiscal extrajudicial ou limitações da aquisição de áreas rurais por estrangeiros.

CAPÍTULO I

1. A PROPRIEDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL PRIMEVO

O direito à propriedade é considerado como direito fundamental de primeira geração/dimensão, como os direitos à vida, à liberdade, à liberdade de expressão, à participação política e religiosa, à inviolabilidade de domicílio, à liberdade de reunião, entre outros.

Restrições ao direito de propriedade só são aceitas pelo ordenamento quando fundadas em princípios de valoração superior a ele próprio, já tendo sido motivo de análise por este autor, Eber Zoehler Santa Helena (2005). Assim, a propriedade privada, configura-se como o esteio da sociedade contemporânea, refletindo seu modo de produção e de acumulação da riqueza. Restrições ao livre tráfico jurídico desses bens devem ser justificadas por valores maiores como o bem estar da família ou o interesse público. Portanto, os limites impostos ao uso, gozo e disposição da propriedade visam proteger o interesse público, a segurança nacional, a proteção econômica e instituições sociais como a família ou a incolumidade do indivíduo.

Assim, neste estudo enfocamos a propriedade como direito fundamental constitucionalmente assegurado, desde seus atributos mais relevantes até suas limitações mais restritivas, com relevo para o marcante traço da propriedade, sua disponibilidade, faculdade de que é detentor seu titular de transmitir o bem a outrem e a correspondente possibilidade de ser tal direito gravado, limitado ou mesmo suprimido *in extremis*.

A concepção da propriedade como direito individual indevassável vê-se expressa na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte da França em 26.08.1789 e votada definitivamente em 02.10.1789, que em seu art. 17 dispõe:

Art. 17 Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir evidentemente e sob condição de justa e prévia indenização.

O direito à propriedade mostrou-se como um dos alicerces das sociedades liberais modernas ao fixar-se como direito individual absoluto na mesma esfera do direito à vida e à liberdade, como mencionado por William Blackstone em seus Comentários às Leis da Inglaterra e remetido por Mary Ann Glendon ²:

O terceiro direito absoluto, [depois da vida e da liberdade] inerente a todos os ingleses, é o da propriedade: que consiste na utilização gratuita, fruição e disposição de todas as suas aquisições, sem nenhum controle ou diminuição, salvo apenas pelas leis do país. Tão grande, além disso, é o respeito à lei da propriedade privada que não se autoriza a menor violação dessa; não, nem mesmo para o bem geral de toda a comunidade. (1991, 20)

Glendon (1991, 22), em sua análise dos enfoques doutrinários acerca da origem da propriedade, destaca John Locke (1632-1704) e William Blackstone (1723-1780). John Locke, em sua obra “Segundo Tratado”, considera a propriedade como “estado da natureza”, resultado da ação humana, a exemplo da apropriação da terra ao plantá-la ou cultivá-la.

Tal posição jusnaturalista de Locke, examina Glendon, justifica-se por ser esse apoiador do regime parlamentar defendido pela burguesia afluyente, assim o direito divino dos reis seria fragilizado se pudesse estabelecer convincentemente que existem direitos naturais existentes antes e independente do estado soberano monárquico.

Na sociedade agrária britânica do século XVII, a propriedade era o candidato mais atraente para esse direito natural. A escolha inspirada de Locke, a propriedade como o direito natural protótipo, serviu simultaneamente para deslegitimar a monarquia como então existia, e para reforçar o poder político, tanto da aristocracia

² The third absolute right, [after life and liberty] inherent in every Englishman, is that of property: which consists in the free use, enjoyment and disposal of all his acquisitions, without any control or diminution, save only by the laws of the land.... So great moreover is the regard of the law for private property that it will not authorize the least violation of it; no, not even for the general good of the whole community (William Blackstone, Commentaries on the Laws of England).

rural como da crescente classe comerciante. O instituto da propriedade foi o pivô nas suas origens para um governo com base no consentimento.

Uma vez que o objetivo da supremacia parlamentar foi estabelecido na Inglaterra, a história da propriedade de Locke como direito natural desapareceu e direitos de propriedade continuaram a ser sujeitos a uma limitação significativa pelo costume e direito positivo. Esse também foi o caso no Canadá e em outros países cujos sistemas políticos eram modelados no padrão anglo-saxônico.

Nos Estados Unidos, a teoria de Locke acerca do jusnaturalismo da propriedade foi recepcionada de forma mais radical do que provavelmente ele próprio imaginaria. William Blackstone, britânico cuja obra foi mais lida e consultada pelos norte-americanos do que em sua terra natal, exacerba ainda mais os conceitos de Locke, como ressalta Glendon:³

Blackstone, ao contrário de Locke, estava interessado na propriedade para seu próprio bem. Na verdade, interessado é uma palavra demasiado branda para o sentimento de Blackstone sobre propriedade. Ele agitou sua alma de advogado. "Não há nada que tão geralmente atinge a imaginação e se engaja às afeições da humanidade", ele escreveu, "como o direito de propriedade; ou que o único e despótico domínio que um homem reivindica e exercita sobre as coisas externas do mundo, em total exclusão do direito de qualquer outro indivíduo no universo." Neste apóstrofo à propriedade, não encontramos se, e ou, mas. Um proprietário de imóveis, Blackstone nos diz regras sobre o que ele possui, não apenas como um rei, mas como um déspota. Os direitos de propriedade são absolutos, individuais e exclusivos. (1991, 23):

³ Blackstone, unlike Locke, was interested in property for its own sake. In fact, interested is too bland a word for the way Blackstone felt about property. It stirred his lawyerly soul. "There is nothing which so generally strikes the imagination and engages the affections of mankind," he wrote, "as the right of property; or that sole and despotic dominion which one man claims and exercises over the external things of the world, in total exclusion of the right of any other individual in the universe."¹¹ In this apostrophe to property, we find no ifs, ands, or buts. A property owner, Blackstone tells us, rules over what he owns, not merely as a king, but as a despot. Property rights are absolute, individual, and exclusive.

Glendon aduz à necessidade sentida pelos constituintes norte-americanos, em 1787 ao se reunirem em Filadélfia, de reafirmarem os direitos individuais, dentre os quais os da propriedade, decorrente da experiência vivida pela sociedade norte-americana nas décadas de 1770 e 1780, quando um poder público fragmentado em estados autônomos, com legislativos estaduais aliviando devedores associado à emissão exacerbada de papel-moeda, resultou em desvalorização de dívidas pendentes. Para coibir legislação desse talante, os redatores da Constituição escolheram proteger as transações da depredação legislativa, construindo no âmbito do governo o sistema de freios e contrapesos, ao invés de enumerar direitos, constituindo-o na principal proteção aos direitos individuais ou minoritários contra a tirania da maioria e a própria estrutura do governo foi desenvolvida em torno do problema de proteger a propriedade privada. Tal desígnio ficou expresso no texto constitucional norte-americano a exemplo de seu art. III e emendas V e XIV, que dispõem:

ARTIGO III

Seção 3

A traição contra os Estados Unidos consistirá, unicamente, em levantar armas contra eles, ou coligar-se com seus inimigos, prestando-lhes auxílio e apoio. Ninguém será condenado por traição se não mediante o depoimento de duas testemunhas sobre o mesmo ato, ou mediante confissão em sessão pública do tribunal. **O Congresso terá o poder de fixar a pena por crime de traição, mas não será permitida a morte civil ou o confisco de bens, a não ser durante a vida do condenado.**

EMENDA V

Ninguém será detido para responder por crime capital, ou outro crime infamante, salvo por denúncia ou acusação perante um Grande Júri, exceto em se tratando de casos que, em tempo de guerra ou de perigo público, ocorram nas forças de terra ou mar, ou na milícia, durante serviço ativo; **ninguém poderá** pelo mesmo crime ser duas vezes ameaçado em sua vida ou saúde; nem ser obrigado em qualquer processo criminal a servir de testemunha contra si mesmo; nem **ser privado** da vida, liberdade, ou **bens, sem processo legal; nem a propriedade privada poderá ser expropriada para uso público, sem justa indenização.**

EMENDA XIV (1868)

Seção 1

Todas as pessoas nascidas ou naturalizadas nos Estados Unidos e sujeitas a sua jurisdição são cidadãos dos Estados Unidos e do Estado onde tiver residência, **Nenhum Estado poderá fazer ou executar leis restringindo os privilégios ou as imunidades dos cidadãos dos Estados Unidos; nem poderá privar qualquer pessoa de sua vida, liberdade, ou bens sem processo legal, ou negar a qualquer pessoa sob sua jurisdição a igual proteção das leis.** (grifamos)

Assim, conclui Ingo Sarlet, acerca da relevância da doutrina de Locke e Hobbes na defesa do indivíduo em face do Estado e consequente desenvolvimento do constitucionalismo:

Cumpra salientar, neste contexto, que Locke, assim como já o havia feito Hobbes, desenvolveu ainda mais a concepção contratualista de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade, demonstrando que a relação autoridade-liberdade se funda na auto vinculação dos governados, lançando, assim, as bases do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII, que, por sua vez, desaguou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal. (2009, 38)

O direito à propriedade está previsto na Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovado pela Organização das Nações Unidas em 10.12.1948, que em seu art. 17 dispõe:

Artigo XVII

1. Todo indivíduo tem direito à propriedade, só ou em sociedade com outros,
2. Ninguém será arbitrariamente privado da sua propriedade.

O conceito de propriedade como direito absoluto vingou nas nações capitalistas ao longo dos séculos XVIII e XIX, com sua atenuação a partir da transição para o século XX em função da crescente supremacia do *welfare state* e sua necessidade de financiamento dos gastos sociais.

A propriedade, historicamente refúgio do indivíduo e sua personalidade, assim como do ente familiar ou empresarial, facilmente visualizável no brocardo "*My home, my Castle*", classifica-se dentre os primórdios dos direitos fundamentais contrapostos ao estado liberal e berço da democracia moderna, como nos assegura Cristiano Farias e Nelson Rosenwald:

A relação entre propriedade e liberdade coincide com o surgimento do Estado, que protege a propriedade como um direito, da mesma forma que tutela o indivíduo contra o arbítrio do Estado. Sempre que o Estado reivindica para si recursos produtivos, os indivíduos ou famílias não afirmam a sua liberdade, pois se tomam completamente dependentes do poder soberano. (...)

Diferencia-se a propriedade privada dos privilégios - modo típico de propriedade do antigo regime. Enquanto os privilégios traduziam um estamento, dirigindo-se a um determinado grupo social por expressar uma sociedade de castas, naturalmente excludente, a propriedade em seu sentido moderno representava o homem livre, capaz de entrar em posse de si mesmo. (...)

Defere-se ao homem razão e liberdade, sendo concebida uma sociedade composta por indivíduos isolados, portadores de direitos subjetivos invioláveis pelo Estado. Todos poderiam perseguir seus interesses e realizar seus ideais em um espaço de liberdade e igualdade formal, na qual os sujeitos abstratos não mais seriam qualificados por privilégios ou títulos nobiliárquicos, a par de suas diferenças sociais. (2012, 257)

Nesse diapasão, Robert Alexy, ao analisar os direitos fundamentais e suas garantias, considera o direito à propriedade no âmbito das ações estatais negativas dentre aqueles direitos a não eliminação de posições jurídicas, ou seja, como direito a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito e assinala que:

O protótipo de uma posição jurídica complexa é o do proprietário. O Tribunal Constitucional Federal observa corretamente que a propriedade, "para ser praticável na vida jurídica, [carece] necessariamente de conformação jurídica". Essa conformação se dá por meio de normas jurídicas que definem o instituto jurídico da propriedade. Às normas jurídicas que definem o instituto jurídico da propriedade pertencem normas sobre a criação e o desfazimento da posição do

proprietário, bem com normas que preveem consequências jurídicas a essa posição.

Podem ser eliminadas tanto, de um lado, posições jurídicas subjetivas concretas ou direitos concretos de propriedade, que surgiram porque foram cumpridas as condições estabelecidas pelas normas do instituto jurídico da propriedade (por exemplo: acordo e entrega, sucessão), quanto, de outro lado, as próprias normas do instituto jurídico da propriedade. Neste último caso, são eliminadas posições jurídicas abstratas, tais como a possibilidade ou a competência para realizar determinadas ações jurídicas baseadas na posição de proprietários.

A eliminação de uma posição jurídica abstrata ocorre, por exemplo, quando a aquisição de terrenos rurais ou florestais depende de uma autorização, o que torna impossível sob certas circunstâncias. A garantia constitucional do instituto jurídico da propriedade é subjetivada na medida em que existem direitos individuais à não eliminação de posições abstratas que se relacionam à criação, ao desfazimento e às consequências jurídicas da posição de proprietário. (2015, 199)

Assim, Robert Alexy, ao tratar da competência do cidadão em dispor de direitos fundamentais, exemplifica tais prerrogativas exatamente com o direito *prima facie* a uma competência, expresso na livre disposição da propriedade, ou seja, de adquirir e alienar, no caso terras rurais e florestais. Tais competências assemelham-se ao direito a não eliminação de uma posição como acima descrito, associando-se tanto ao conceito de garantia de institutos quanto ao conceito de liberdade.

O Tribunal Constitucional Federal alemão (*BVerfGE* 26, 215 (222)) justificou o direito à competência do cidadão de livre dispor da propriedade disposta no art. 14

da Lei Fundamental alemã⁴, reconhecendo a garantia do instituto como proibição endereçada ao legislador contra sua eliminação ou alteração substancial, afirmando:

Essa capacidade é também um componente elementar da liberdade de ação no âmbito da ordenação da propriedade. Por isso, uma proibição de alienação é uma das intervenções mais graves nesse âmbito de liberdade dos cidadãos. (...)

Essa garantia assegura um conjunto básico de normas, que definem a propriedade no sentido desse dispositivo de direito fundamental. (2015, 244)

Confirmada como direito fundamental indubitável, a propriedade, como outros direitos fundamentais, se sujeita ao processo legislativo constitucional derivado ou mesmo infraconstitucional, estando passível de acréscimos ou restrições, competindo às cortes constitucionais de cada ordenamento nacional ou subnacional a verificação da preservação do conteúdo protetivo constitucional pelo legislador, se restrição ou configuração do direito posto.

Nesse sentido, Robert Alexy analisa decisão do Tribunal Constitucional Federal (*BVerfGE* 37, 132) relativa à eliminação da rescisão contratual com proposição de novo contrato de locação, concluindo que a disposição não deve, por isso, ser qualificada como mera configuração, mas como restrição porquanto essa restrição ocorre por meio da eliminação de uma competência de direito civil, ainda que aceita a justificação pelo Tribunal do sopesamento da importância da moradia para o indivíduo e família com a liberdade contratual, concluindo por:

4 Artigo 14 [Propriedade – Direito de sucessão – Expropriação]

(1) A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei.

(2) A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum.

(3) Uma expropriação só é lícita quando efetuada para o bem comum. Pode ser efetuada unicamente por lei ou em virtude de lei que estabeleça o modo e o montante da indenização. A indenização deve ser fixada tendo em justa conta os interesses da comunidade e dos afetados. Quanto ao montante da indenização, em caso de litígio, admite-se o recurso judicial perante os tribunais ordinários.

O critério da não inibição da realização de um princípio de direito fundamental pressupõe que sempre que um sopesamento orientado pela máxima da proporcionalidade seja necessário (caso real de direitos fundamentais) ou simplesmente possível (caso potencial) não se pode falar em uma configuração, pois se trata de uma restrição. (2015, 338)

No Brasil, durante 322 anos colônia portuguesa, a propriedade fundiária teve seu fundamento na Lei das Sesmarias, instituída em 28.05.1375, sob o reinado de Fernando I (1367-1383), alterada a posteriori pelas Ordenações Afonsinas em 1446, Ordenações Manoelinas em 1511 e pelas Ordenações Filipinas em 1603. A terra brasileiros era doada pela Coroa portuguesa aos seus súditos sob a forma de concessão de uso, cujo beneficiário em contrapartida deveria cultivar a terra e torná-la produtiva.

Nelson Nozoe, ao sintetizar a legislação fundiária durante o período colonial, ressalta a multiplicidade normativa e a função paradigmática das sesmarias:

A legislação fundiária aplicada no decorrer de nosso período colonial foi baixada de modo descontínuo, dispersa em um amplo número de avisos, resoluções administrativas, cartas de doação, forais e os textos das Ordenações. Essa gama de dispositivos legais ensejou uma legislação fragmentada, nem sempre coesa, revogada e reafirmada de tempos em tempos. Apesar disso, nelas é possível verificar que as sesmarias constituem o regime jurídico básico acerca da terra. Instituído no reinado de Fernando I como uma lei agrária de fomento da produção agrícola e do cultivo de terras ermas – reconquistas aos mouros ou deixadas ao abandono por conta do declínio da população rural dizimada pela peste negra ou rarefeita pelo êxodo em direção aos centros urbanos –, a medida foi, posteriormente, denominada das sesmarias. (2005)

Sob o prisma do direito positivo pátrio, nosso ordenamento constitucional inaugural expresso na Constituição Imperial de 1824 dispunha em seu art. 179 como direito garantido pela Lei Maior a propriedade, equiparando-a a liberdade e a

segurança individual como fundamento dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, ressalvado seu uso por exigência do bem público.⁵

Mantendo a linha conceitual da anterior, a Constituição Republicana de 1891 tratou do tema em seu art. 72, § 17, em termos muito assemelhados aos da Carta Magna Imperial, facultando sua desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.⁶

A Constituição promulgada em 1934, após a repressão à Revolução Paulista de 1933, influenciada pelas constituições mexicana de 1917 e alemã de 1919, denominada de Weimar, incorporou inúmeros direitos sociais ao texto magno, inclusive a supremacia do interesse social ou coletivo em relação à propriedade, remetendo sua regulação à norma legal⁷.

5 Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte. (...)

XXII. É garantido o Direito de Propriedade em toda a sua plenitude. Se o bem publico legalmente verificado exigir o uso, e emprego da Propriedade do Cidadão, será elle préviamente indemnizado do valor della. A Lei marcará os casos, em que terá logar esta unica excepção, e dará as regras para se determinar a indemnisação.

6 Art. 72 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

§17 O direito de propriedade mantém-se em toda a sua plenitude, salva a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

7 Art 113 - A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

17) É garantido o direito de propriedade, que não poderá ser exercido contra o interesse social ou coletivo, na forma que a lei determinar. A desapropriação por necessidade ou utilidade pública far-se-á nos termos da lei, mediante prévia e justa indenização. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, poderão as autoridades competentes usar da propriedade particular até onde o bem público o exija, ressalvado o direito à indenização ulterior.

A Constituição do Estado Novo, outorgada em 1937 à sociedade brasileira, pouco alterou quanto às restrições à propriedade trazidas pela Constituição de 1934.⁸

A Constituição democrática de 1946, pós Estado Novo, em seu art. 147, manteve as condicionantes de 1934 e incluiu a promoção da justa distribuição da propriedade com a devida indenização.⁹

A Constituição outorgada de 1967 e sua Emenda 1/1969¹⁰, editadas sob o regime militar pós 64, pouco alteraram quanto ao tratamento anterior do direito fundamental à propriedade, exceto a inserção da indenização da expropriação por

8 Art 122 - A Constituição assegura aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

14) o direito de propriedade, salvo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia. O seu conteúdo e os seus limites serão os definidos nas leis que lhe regularem o exercício;

9 Art. 141 - A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, a segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

§ 16 - É garantido o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro. Em caso de perigo iminente, como guerra ou comoção intestina, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, se assim o exigir o bem público, ficando, todavia, assegurado o direito a indenização ulterior. (...)

Art. 147 - O uso da propriedade será condicionado ao bem-estar social. A lei poderá, com observância do disposto no art. 141, § 16, promover a justa distribuição da propriedade, com igual oportunidade para todos.

10 Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...):

§ 22. É assegurado o direito de propriedade, salvo o caso de desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, mediante prévia e justa indenização em dinheiro, ressalvado o disposto no artigo 161, facultando-se ao expropriado aceitar o pagamento em título de dívida pública, com cláusula de exata correção monetária. Em caso de perigo público iminente, as autoridades competentes poderão usar da propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior. (...)

§ 34. A lei disporá sobre a aquisição da propriedade rural por brasileiro e estrangeiro residente no país, assim com por pessoa natural ou jurídica, estabelecendo condições, restrições, limitações e demais exigências, para a defesa da integridade do território, a segurança do Estado e justa distribuição da propriedade

título de dívida pública, “com cláusula de exata correção monetária”, permitindo a emissão de títulos da dívida agrária e restringindo a aquisição de terras por estrangeiros.

A *Lex Legum* cidadã outorgada em 1988, dogmática e eclética, assegura o direito de propriedade dentre aqueles por ela considerados fundamentais em inúmeras disposições, a exemplo do art. 5º, XXII, ainda que relativizado por sua função social, art. 5º, XXIII, consagra, ainda no art. 5º, LIV, o direito de todo e qualquer cidadão a seus bens, não podendo ser destituído desses sem o devido processo legal, *ipsis verbis*:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...)

XXII - é garantido o direito de propriedade;

XXX - é garantido o direito de herança;

XXIII - a propriedade atenderá a sua função social;

XXIV - a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição;

XXV - no caso de iminente perigo público, a autoridade competente poderá usar de propriedade particular, assegurada ao proprietário indenização ulterior, se houver dano;

XXVI – a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família, não será objeto de penhora para pagamento de débitos decorrentes de sua atividade produtiva, dispondo a lei sobre os meios de financiar o seu desenvolvimento;

XXVII – aos autores pertence o direito exclusivo de utilização, publicação ou reprodução de suas obras, transmissível aos herdeiros pelo tempo que a lei fixar;

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes

de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País;

XXX – é garantido o direito de herança;

XXXI – a sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do de cujus;

XLI – a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais;

XLV - nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: (...)

b) perda de bens;

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

LV – 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;

A *Lex Legum* cidadã não só trata a propriedade como direito fundamental, ainda que não absoluto em face do estado social contemporâneo, como disciplina sua aplicação em vários dispositivos no próprio texto constitucional, a exemplo de seu inovador artigo 37, que em seu §4º¹¹ utiliza-se da indisponibilidade da

¹¹ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

propriedade para coibir abusos da administração na gestão do patrimônio público apenando-a quando da ocorrência de atos de improbidade administrativa.

Mais adiante em seu art. 60, nossa Carta Magna atinge seu ápice protetivo dos direitos e garantias individuais ao vedar expressamente qualquer alteração de sim mesma por emenda constitucional que tenha por objeto a abolição desses direitos e garantias individuais, dentre os quais se destaca o direito à propriedade, como antes visto, *ipsis verbis*:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

(...)

IV - os direitos e garantias individuais

A Carta Magna em seu art. 170 prevê o instituto da propriedade como princípio da ordem econômica, assim como sua função social.¹²

Exemplos de restrições ao direito de propriedade no texto constitucional não somente dizem respeito à sua função social, mas várias outras como no art. 176,¹³

¹² Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: (...)

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

que reza que o dono do solo não será também do subsolo; assim, as jazidas, minas e demais recursos minerais e potenciais de energia hidráulica sempre pertencerão à União, todavia fica assegurada a participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei, ademais garante ao concessionário o produto de sua lavra.

¹³ Art. 176. As jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais e os potenciais de energia hidráulica constituem propriedade distinta da do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, e pertencem à União, garantida ao concessionário a propriedade do produto da lavra.

§ 1º A pesquisa e a lavra de recursos minerais e o aproveitamento dos potenciais a que se refere o "caput" deste artigo somente poderão ser efetuados mediante autorização ou concessão da União, no interesse nacional, por brasileiros ou empresa constituída sob as leis brasileiras e que tenha sua sede e administração no País, na forma da lei, que estabelecerá as condições específicas quando essas atividades se desenvolverem em faixa de fronteira ou terras indígenas.

§ 2º É assegurada participação ao proprietário do solo nos resultados da lavra, na forma e no valor que dispuser a lei.

§ 3º A autorização de pesquisa será sempre por prazo determinado, e as autorizações e concessões previstas neste artigo não poderão ser cedidas ou transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

§ 4º Não dependerá de autorização ou concessão o aproveitamento do potencial de energia renovável de capacidade reduzida.

A Carta Magna, ao regular a aplicação de políticas públicas para o desenvolvimento urbano em seu art. 182 contém várias disposições acerca da propriedade de imóveis urbanos.¹⁴

Em seu § 2º do art. 182, nossa *Paramount Law* disciplina que a propriedade urbana que cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor. Se o §3º, em proteção ao direito de propriedade, determina que as desapropriações de imóveis urbanos sejam realizadas mediante prévia e justa indenização em dinheiro, já o §4º do mesmo dispositivo, por sua vez, ao disciplinar o adequado aproveitamento do solo urbano, permite ao Município exigir:

1. o parcelamento ou edificação compulsórios;
2. instituir imposto progressivo no tempo do IPTU;
3. do dono do solo urbano não utilizado, mediante lei específica, que este promova seu aproveitamento sob pena de desapropriação com pagamento em títulos da dívida pública, com prazo de resgate de até dez anos

¹⁴ Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes. (Regulamento) (Vide Lei nº 13.311, de 11 de julho de 2016)

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Mais adiante, o art. 184¹⁵, ao tratar das políticas públicas aplicáveis ao setor agrário, prescreve que a União pode promover a desapropriação de propriedade territorial rural, através de indenização com pagamento em títulos de dívida agrária, para fins de reforma agrária, desde que as benfeitorias úteis e necessárias sejam indenizadas em dinheiro, remetendo à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação, que veio a ser disposto na Lei Complementar 76/1993, com alterações significativas da Lei Complementar 88/1996.

Logo a seguir, em seu art. 185¹⁶, a *Lex Legum* considera como insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra e a propriedade produtiva, remetendo à legislação normatização de tal *desideratum*.

¹⁵ Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

¹⁶ Art. 185. São insuscetíveis de desapropriação para fins de reforma agrária:

I - a pequena e média propriedade rural, assim definida em lei, desde que seu proprietário não possua outra;

II - a propriedade produtiva.

Parágrafo único. A lei garantirá tratamento especial à propriedade produtiva e fixará normas para o cumprimento dos requisitos relativos a sua função social.

Já o art. 186 ¹⁷ discrimina os critérios a serem observados pela legislação ordinária infraconstitucional para considerar cumprida a função social da propriedade rural.

Nossa *Paramount Law* em seu art. 216, § 1º ¹⁸, prevê a possibilidade de vigilância, tombamento, desapropriação e outras formas de acautelamento e prevenção com a finalidade de preservar o patrimônio cultural brasileiro. Por tombamento tem-se o procedimento administrativo que determina restrição parcial ao direito de propriedade e, em regra, não concede direito à indenização. Por outro lado, a desapropriação constitui privação integral do proprietário ao seu direito e deve ocorrer apenas após a justa indenização.

O art. 243, por seu turno, prevê o confisco de terras onde se cultivem ilegalmente plantas psicotrópicas, exceção ao princípio fundamental de vedação ao confisco da propriedade.

Sendo o direito individual de propriedade, de primeira geração/dimensão, nascido no Estado liberal, com feição tipicamente privada, portanto; com o surgimento da segunda geração de direitos fundamentais, adquiriu feição tipicamente social, a partir da exigência dos textos constitucionais de que a propriedade atenda à sua função social; modernamente, com o reconhecimento dos

¹⁷ Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I - aproveitamento racional e adequado;

II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores

¹⁸ Art. 216. Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: (...)

§ 1º O Poder Público, com a colaboração da comunidade, promoverá e protegerá o patrimônio cultural brasileiro, por meio de inventários, registros, vigilância, tombamento e desapropriação, e de outras formas de acautelamento e preservação.

direitos fundamentais de terceira geração, a propriedade deverá respeitar, também, as leis ambientais.

O direito de propriedade considerado por nossa *Lex Legum* dentre aqueles por ela considerados fundamentais, art. 5º, XXII, apresenta-se como norma constitucional de eficácia contida, conforme terminologia adotada por José Afonso da Silva, como discriminado por Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

Em regra, as normas de eficácia contida exigem a atuação do legislador ordinário, fazendo expressa remissão a uma legislação futura. Entretanto, a atuação do legislador ordinário não será para tornar exercitável o direito nelas previsto (este já é exercitável desde a promulgação do texto constitucional), tampouco para ampliar o âmbito de sua eficácia (que já é plena, desde sua entrada em vigor), mas sim para restringir, para impor limitações ao exercício desse direito. (...)

Outro exemplo é o direito de propriedade. O inciso XXII do art. 5.º da Constituição garante o direito de propriedade, mas os incisos XXN e X:XXV apresentam os elementos de sua limitação, permitindo a desapropriação por necessidade ou utilidade pública ou por interesse social, bem como a requisição de propriedade particular pela autoridade competente no caso de perigo público iminente. Com efeito, embora a Constituição Federal assegure a imediata eficácia do direito de propriedade (art. 5.º, XXII), o mesmo texto constitucional já autoriza a imposição de restrição ao seu gozo, por meio de conceitos jurídicos de larga aceitação, tais como "necessidade ou utilidade pública" e "interesse social" (na hipótese de desapropriação - art. 5.0 , inciso XXN) ou "iminente perigo público" (na hipótese de requisição administrativa - art. 5.º, XXV).(2017, 59 e 60)

Assim, o direito à propriedade, em especial sua disponibilidade por seu titular, evolui gradualmente com as relações sociais e econômicas da sociedade onde viceja, desde sua origem familiar e clânica, passando por mutações ao longo da evolução socioeconômica atingindo ápices absolutos com o desenvolvimento capitalista e sua crescente relativização decorrente da expansão do *welfare state* e atingindo hodiernamente estágio complexo, como examinado neste estudo em suas várias nuances, com ênfase a sua indisponibilização na esfera privada e pública.

Em função de seus complexos e conflitantes reflexos na seara do indivíduo e do coletivo, a indisponibilidade da propriedade afigura-se como tema profundamente ideologizado, não como conceber-se o estudo da propriedade e seu elemento máximo ínsito em sua disponibilidade sem adentrarmos nas suas acepções ideologizadas, como analisado no próximo capítulo.

CAPÍTULO II

2. A PROPRIEDADE E SUA INTERPRETAÇÃO IDEOLOGIZADA

A questão do princípio da disponibilidade da propriedade identifica-se profundamente com as concepções e acepções do instituto em si, cujo viés conforma-se ao gradiente socioeconômico de sua análise, ou seja, sua ideologia.

Os termos ideologia e propriedade possuem inúmeras acepções, apresentando-se o instituto jurídico da propriedade de interpretação profundamente ideologizada, demonstrando a relevância socioeconômica do instituto para o desenvolvimento humano sob os aspectos coletivo e individual, expressando os conflitos imanentes ao instituto da propriedade de direitos e bens materiais como imateriais, coletivos ou individuais, pessoais ou reais, sendo sua disponibilidade um de seus elementos mais tangíveis ao interesse socioeconômico da comunidade detentora do bem em si.

Como exemplo da questão ideológica do tema propriedade, podemos encontrar em um dos primevos anarquistas Pierre-Joseph Proudhon (1809-1865) que, ao analisar a propriedade sua origem e ideologias, *ab initio*, questiona:

O que é a propriedade? Não posso responder simplesmente: é o roubo, ficando com a certeza que me entendem embora esta segunda proposição não seja mais que a primeira (escravatura), transformada?

Proponho-me discutir a própria base do nosso governo e instituições; a propriedade; estou no meu direito: posso enganar-me na conclusão a tirar das minhas buscas; estou no meu direito: apetece-me pôr o pensamento final do meu livro; estou sempre no meu direito.

Certo autor ensina que a propriedade é um direito civil, nascido da ocupação e sancionado pela lei; um outro sustenta que é um direito natural, tendo a sua origem no trabalho: e estas doutrinas; ainda que pareçam opostas, são encorajadas e aplaudidas. Eu pretendo que nem o trabalho, nem a ocupação, nem a lei, podem criar a propriedade; que ela é um efeito sem causa: é repreensível pensar assim? (1975, 11)

O termo ideologia foi pela primeira vez utilizado por Antoine-Louis-Claude Destutt, o conde de Tracy (Paris, 1754-1836), filósofo, político, soldado francês e

líder da escola filosófica dos Ideólogos. Criou o termo *idéologie* (1801) no tempo da Revolução Francesa, com o significado de ciência das ideias, tomando-se ideias no sentido bem amplo de estados de consciência.

Como destaca Bruno Leal Pastor de Carvalho (2018), Destutt, militar, aderiu à Revolução Francesa, destacando-se como deputado, fazendo parte dos sensualistas, com orientação nos pensamentos de Condorcet, todavia, seus pensamentos republicanos entraram em conflito com os partidários de Napoleão Bonaparte, que os acusaram de *idéologues*.

Passada uma década da queda da Bastilha, exilado em Bruxelas, começou a publicar *Eléments D'Ideologie*, desde 1801 a 1815, em quatro volumes, postulando a fundação de um original campo de estudos destinado a formar a base de todas as ciências: a ciência das ideias, tratando-as como fenômenos naturais que expressariam a relação entre o homem, organismo vivo e sensível e o seu meio natural de vida.

Assim, para ele, o que o estudo da ideologia possibilitava era o conhecimento da verdadeira natureza humana ao perguntar de onde provinham nossas ideias e como se desenvolviam.

Entretanto, com o tempo, o termo ideologia adquiriu uma conotação eminentemente pejorativa, a ponto do ensino da disciplina Ciência Moral e Política ser proibida no *Institut de France* (1812) por Napoleão Bonaparte, que acusou seu autor e outros professores da citada disciplina, de pregarem oposição ao seu governo.

Como Destutt defendia a distribuição de poderes e a liberdade política, considerando que esta não pode florescer sem liberdade individual e sem liberdade de imprensa, o regime déspota napoleônico não aceitou. Por consequência, desde Napoleão, o termo *ideologia* tornou-se inseparável da implicação pejorativa de que ideias são usadas para obscurecer a verdade e manipular pessoas.

Marx e Engels deram sua conotação atual ao conceberem *ideologia* como a *consciência falsa* determinada pelas relações sociais. Os seguidores de Marx mostraram mais interesse pelo conceito de ideologia do que ele próprio. Assim, a

chamada teoria marxista, que inclui Marx e seus seguidores socialistas/materialistas, tem utilizado amplamente o conceito de ideologia, embora nem sempre com o mesmo sentido dado por Marx.

Como enseja Luis Villoro (1985, 15), a partir dela, ideologia também pode significar um conjunto de crenças ligadas a uma classe social que as considera como sendo verdadeiras.

Terry Eagleton (1997, 70) aduz ao fato de Karl Marx descrever Destutt de Tracy como uma luz entre os economistas vulgares, embora o tenha atacado tanto em *A ideologia alemã* como em *O capital*, classificando-o, nesse último, de “*burguês doutrinário e insensível*”. Sem dúvida uma visão ideologizada do criador do termo.

Luis Villoro (1985, 16) faz uma releitura do conceito de ideologia a partir de alguns textos de Marx e de seus seguidores. Seu objetivo é averiguar em que consiste um pensamento ideológico para poder reconhecê-lo e descobrir sua função. Villoro esclarece que o termo “ideologia” não se aplica a enunciados ou crenças isolados, mas a conjuntos desses, que podem estar mais ou menos sistematizados ou teorizados ou ser compartilhados por um ou mais grupos de indivíduos. Assim, ideologia pode ser apreendida por seus conceitos gnosiológico ou sociológico. O primeiro relaciona ideologia a enunciados que podem ser verdadeiros ou falsos, já o conceito sociológico se refere à verificação das causas e efeitos sociais dos enunciados. Assim, buscam responder às perguntas:

1. Em que consiste a falsidade, ou insuficiente justificação, dos enunciados ideológicos?
2. Como se explica que certos indivíduos tenham crenças que podem expressar-se em enunciados ideológicos no sentido anterior?

O conceito gnosiológico (teoria geral do conhecimento humano) vincula a análise à questão da falsidade, quando enunciados ideológicos se expressam como um conhecimento, conforme a teoria do conhecimento, mas são na realidade uma forma de erro, forma de ocultamento de interesses e preferências de um grupo social que se passam por valores universais e que são aceitos por todos.

Assim inúmeros são os conceitos de ideologia que se apresentam dentro das duas vertentes, gnosiológica e sociológica, como:

1. Os produtos de um trabalho como coisas ou qualidades de coisas independentes desse trabalho, tendo esse sentido quando se fala em “deformação ideológica”, quando, por exemplo, se tenta explicar uma atuação política pelas ideias que declaram possuir seus atores e não pela função que realmente exercem. Para Luis Villoro (1985, 19), assim que Marx e Engels explicam a questão da religião e da filosofia idealista alemã;

2. Interesses particulares, de classe, como gerais; enunciados de valor (preferência pessoal) que se apresentam como enunciados de fatos; e/ou enunciados que expressam desejos e emoções pessoais subjetivas e se apresentam com descritivos de qualidades objetivas. Já o conceito sociológico identifica enunciados ideológicos com sua função social determinada, ambos encontrados na teoria marxista;

3. Um conjunto de enunciados que expressam crenças condicionadas pelas relações sociais de produção; assim poderia se falar de uma “ideologia do capitalismo”, da “ideologia da classe média”, ou da “ideologia do proletariado”; e

4. Um conjunto de enunciados que expressam crenças que cumprem uma função social de coesão entre os membros do grupo, Althusser, e de dominação de um grupo ou classe sobre outros, Marx e todos os autores marxistas.

Villoro (1985, 35) formula duas outras definições de ideologia, baseadas na teoria marxista, que se aproximam do que ele chama de uma visão *sociológica de ideologia*, isto é, os enunciados ideológicos não se identificam necessariamente com a questão da falsidade e sua relação com o conhecimento, mas se relacionam com causas e consequências sociais.

Assim, a ideologia seria resultado de todo um conjunto de crenças que manipulam os indivíduos para impulsioná-los à realização de ações que promovam o poder político de um grupo ou de uma classe, consistindo em uma forma de ocultamento de interesses e preferências de um grupo social que passam por valores universais e que são aceitos por todos.

Villoro (1983, 39) acredita que sozinhas as abordagens gnosiológica ou sociológica de ideologia são insuficientes para identificar enunciados que expressam uma ideologia. Assim, para se determinar se uma crença é ideológica deve-se demonstrar que se trata de uma crença não suficientemente justificada e que essa mesma crença cumpre uma função social determinada.

Nesse sentido, Villoro (1983, 110) propõe um quinto conceito de ideologia que relaciona as duas concepções do termo, gnosiológica e sociológica, que abrange tanto a função de dominação como a função social de promover o poder político de um grupo. Para ele, nem todas as crenças compartilhadas por um grupo social podem ser consideradas ideológicas, somente podem ser consideradas ideológicas crenças compartilhadas por um grupo social que:

1. Função mistificadora: não estão suficientemente justificadas, ou seja, que cumprem uma função de dominação, distorcendo a realidade; e
2. Função social: cumprem a função social de promover o poder político desse grupo, ou seja, se a aceitação dos enunciados pelos quais se expressam essas crenças favorece o êxito ou a conservação do poder por esse grupo.

Portanto, as ideologias, como manifestações de visões parciais da realidade, refletem o contexto social e econômico vivido pelas sociedades, tanto sob o prisma individual como coletivo, apresentando nuances em inúmeras acepções dessa mesma realidade a exemplo do instituto jurídico da propriedade e sua disponibilização..

A propriedade de bens materiais e imateriais, individual ou coletiva, pública ou privada, como instituto jurídico primevo, apresenta-se como um dos conceitos jurídicos mais relevantes no Direito, contudo, ou em razão disto, um dos mais tensos e voláteis em termos ideológicos, por expressar as relações socioeconômicas existentes nas sociedades desde sua sedentarização. A relevância da propriedade é ressaltada por Washington de Barros Monteiro (2003, 83), enfatizando ser o direito de propriedade não só relevante, mas o mais importante e o mais sólido de todos os direitos subjetivos, o direito real por excelência, eixo em torno do qual gravita o direito das coisas.

Todavia, essa centralidade da propriedade é simultânea a fluidez de seu conceito. O que é propriedade oscila conforme o local e tempo onde é utilizada. Carlos Roberto Gonçalves afirma que a organização jurídica da propriedade varia de país a país, conforme o regime político adotado, evoluindo desde a Antiguidade aos tempos modernos e considera:

“Indubitavelmente, a configuração do instituto da propriedade recebe direta e profundamente influência dos regimes políticos em cujos sistemas jurídicos é concebida. Em consequência, não existe, na história do direito, um conceito único do aludido instituto.

Nessa consonância, o conceito de propriedade, embora não aberto, há de ser necessariamente dinâmico. Deve-se reconhecer, nesse passo, que a garantia constitucional da propriedade está submetida a um intenso processo de relativização, sendo interpretada, fundamentalmente, de acordo com parâmetros fixados pela legislação ordinária.”. (2011, 228)

Como acentua Caio Mário da Silva Pereira (2004, 89), difícil e árdua se mostra a tarefa de conceituar a propriedade, que “*mais se sente do que se define*”, visto que a ideia de “*meu e teu*” na noção do assenhoreamento de bens corpóreos e incorpóreos independe do grau de conhecimento ou do desenvolvimento intelectual.

Nos dizeres de Maria Helena Diniz (2002, 105), a própria origem do vocábulo é obscura, entendendo alguns que vem do latim *proprietas*, derivado de *proprius*, designando o que pertence a uma pessoa. Assim, a propriedade indicaria toda relação jurídica de apropriação de um certo bem corpóreo ou incorpóreo, ainda que os incorpóreos sejam regidos por normas e princípios distintos e não sejam objeto deste estudo.

A regulamentação da propriedade e sua transmissão não são de hoje, sendo traço marcante da ideologia então predominante. No direito romano, a propriedade tinha caráter individualista e clânico/familiar, a exemplo da considerada primeira constituição romana, a denominada Lei das XII Tábuas, de 450 a.C., onde já se encontrava dispositivo regulando a propriedade e sua transmissão:

V - É de justiça que um pai deixe suas propriedades e escravos em herança a quem quiser. se alguém morre sem deixar testamento, e se apresenta sem herdeiros, ao parente mais

próximo caberá toda a herança. se não comparecer parente próximo, a herança passará para os membros da gens.

A presente lei exclui o demente da administração de seus próprios bens, e prescreve que estes sejam colocados sob os cuidados de seus parentes ou membros de sua gens.

Na Idade Média, expressando a ideologia medieval estamental, a propriedade passou por uma fase peculiar, com dualidade de sujeitos, o dono e o que explorava economicamente o imóvel, pagando ao primeiro pelo seu uso. Havia todo um sistema hereditário para garantir que o domínio permanecesse numa dada família de tal forma que esta não perdesse o seu poder no contexto do sistema político.

Após a Revolução Francesa, a propriedade assumiu feição marcadamente individualista, expressão da ideologia liberal da liberdade do indivíduo acima de tudo. Todavia, no século XX, foi acentuado o seu caráter social, contribuindo para essa situação as encíclicas *Rerum Novarum*, do Papa Leão XIII, e *Quadragesimo Anno*, de Pio XI. O sopro da socialização acabou, com efeito, impregnando a concepção da propriedade com suas condicionantes sociais, expressão ideológica como tantas outras, inclusive a burguesa de sua individualização extrema.

Pierre-Joseph Proudhon (1975, 49) nos traz a visão ideológica da propriedade de seu contemporâneo e autor do próprio conceito de ideologia ao afirmar que “*Segundo Destutt de Tracy a propriedade é uma necessidade da nossa natureza.*”.

Ainda em sua visão ideologizada da propriedade Proudhon conclui sua conhecida e referenciada obra “*O que é a propriedade?*” com as seguintes proposições:

Com efeito que sofismas, que obstinação de preconceitos se sustentariam perante a simplicidade dessas proposições.

I. A posse individual é a condição da vida social; cinco mil anos de propriedade o demonstram: a propriedade é o suicídio da sociedade. A posse está no direito; a propriedade é contra o direito. Suprimam a propriedade conservando a posse; e apenas por essa modificação no princípio modificareis tudo nas leis, no governo, na economia, nas instituições: expulsareis o mal da terra.

II. Sendo igual para todos o direito de ocupar, a posse varia com o número de possuidores; a propriedade não pode formar-se.

III. Sendo o efeito do trabalho também o mesmo para todos a propriedade perde-se pela exploração estranha e pelo arrendamento.

IV. Resultando necessariamente todo o trabalho humano de uma força colectiva toda a propriedade se torna, pela mesma razão, colectiva e indivisível: em termos mais precisos, o trabalho destrói a propriedade.

V. Sendo toda a capacidade trabalhadora assim como todo o instrumento de trabalho um capital acumulado, é injustiça e roubo uma propriedade colectiva, a desigualdade de tratamento e de riqueza, sob pretexto de desigualdade de capacidades. (1975, 246)

A visão ideologizada acima, exposta na primeira metade do século XIX e que inclusive veio a influenciar Karl Marx e outros filósofos materialistas daquele tempo, expressa a importância da ideologia para a conformação do mais relevante instituto jurídico da sociedade moderna: a propriedade individual. Desde tempos remotos da fixação do homem em seu habitat pela prática do cultivo agrícola e pastoril que a posse da terra reconhecida por todos mostrou-se útil e necessária ao desenvolvimento econômico.

Mesmo nos dias atuais a propriedade ainda é vista pelos marxistas como uma mistificação justificante da apropriação da riqueza do trabalho alheio. Ainda que os estados socialistas tenham reconhecidamente fracassado em sua revolução socialista da concentração da propriedade no estado e hoje se restrinjam a poucos e periféricos exemplares como a República Democrática da Coreia ou a República Socialista de Cuba, na doutrina filosófica jurídica e econômica, remanescem visões estigmatizadoras da propriedade.

Como nos afirma Edjar Dias Vasconcelos (2014), a burguesia precisava, naturalmente, de uma ideologia forte, que garantisse a propriedade privada, como direito natural. De igual modo afirmava-se que o direito divino era em benefício da nobreza, a garantia perpétua da transferência da herança do poder político. O entendimento axiológico à realidade prática do direito divino à propriedade privada

apresenta-se como uma manipulação ideológica, do mesmo modo que o direito do poder político que a nobreza fundamentava para o absolutismo, na defesa divina de uma classe social protegida por Deus.

Nesse sentido, da intervenção divina para criação do instituto patrimonial da propriedade, afirma Edjar Vasconcelos:

“O que se entende por hereditariedade substanciada no sangue. Quando teologicamente, não se sustenta exegeticamente, sendo que o Deus revelado na História, politicamente sempre fora contra a propriedade privada. Palavras de Jesus Cristo é mais fácil um camelo passar pelo fundo de uma agulha que um rico ir para o céu.

Continuava Deus na figura de Jesus, para segui-lo, era necessário vender todos os bens, e colocar o dinheiro em um fundo comum. Condição a priori indispensável para fazer parte de seu grupo. Epistemologicamente, Deus sempre fora contra a propriedade privada.

Hermeneuticamente, o direito a propriedade não é natural, muito menos divino. Deus exegeticamente sempre fora contra a concentração da renda. Entretanto, a burguesia precisava de uma ideologia semelhante a usada pela nobreza, que fundamentasse a propriedade como direito natural resultada do trabalho. A Formulação desenvolvida pelo filósofo John Locke no final do século XVII e princípio do século XVIII. (...)

Com efeito, a propriedade privada tem legitimidade com o direito natural, pelo fato de ser resultado do trabalho, as formas de elaboração. A ideologia dos princípios liberais referentes ao mecanismo de concentração da renda fundamenta-se em um ato teológico falso desenvolvido com argúcia e manipulação. Argumenta-se exegeticamente, quando Deus criou o mundo e o homem instituiu-se para o mesmo sobreviver com o trabalho. Motivo pelo qual, a propriedade resultada do trabalho é divina, do mesmo modo que a nobreza tinha direito ao poder político, por ser uma classe social ideologicamente protegida por Deus.

Ora tal modo de entender hermeneuticamente a concentração da renda, como fruto do trabalho, é tão somente uma ideologia perniciosa. (...)

Ideologia inventada, sobretudo, pelo paganismo liberal protestante europeu, produto da reforma como movimento político. Evidentemente, desse modo para garantir a

propriedade como direito natural, a burguesia funda o Estado político liberal.” (2014)

Assim, afirma Edjar Vasconcelos (2014), fundado em Karl Marx, a propriedade moderna apresenta-se como expressão última da riqueza sob a forma de capital acumulado, processo esse para os marxistas resultante do trabalho, em especial dos pobres, justificando-se pela teoria da mais valia, ou seja, do trabalho não pago à classe operária. Portanto, afirmam os marxistas, o acúmulo das mais valias possibilita à classe burguesa detentora do modo de produção adquirir a propriedade. Motivo pelo qual todas as formas de riquezas se fundam em mistificações. Conclui que a expropriação da força do trabalho não pode ser direito natural, em verdade, é sim um roubo, um engodo epistemológico, uma falácia.

O conceito de propriedade como direito absoluto, na medida em que o proprietário tem o mais amplo poder jurídico sobre aquilo que é seu. oponível a todos, vingou nas nações capitalistas ao longo dos séculos XVIII e XIX, com sua atenuação a partir da transição para o século XX em função da crescente supremacia do estado social. Tal adequação do instituto da propriedade a nova realidade é analisado por Isabel Vaz nos seguintes termos:

“A idéia de democracia política, tão brilhantemente desenvolvida no final do século XVIII, e durante o século XIX, começou a revelar-se insuficiente, com o advento da Revolução Industrial e das doutrinas marxista e católica. As duas grandes guerras constituíram fatores decisivos para a reformulação das doutrinas políticas e filosóficas, com inquestionáveis repercussões no Direito. Inicialmente, as nações envolvidas nos conflitos passaram a reformular suas constituições com o intuito de complementar a idéia de democracia política com a noção de democracia econômica e social. Novos direitos foram reconhecidos ao indivíduo, ampliando-se o âmbito da atuação de Estado, Para tornar substanciais os direitos formalmente reconhecidos pelas “Declarações” do Século XVIII, uma das primeiras e talvez a mais importante instituição a sofrer um redimensionamento foi a propriedade. Dada a íntima correlação entre a propriedade e a ideologia, a concepção desta, segundo as constituições do 2 pós-guerra não pode desvincular-se da idéia de “democracia econômica e social”,

Como instrumento de transformação social, a propriedade recebeu um tratamento jurídico pelos países do Leste Europeu,

no sentido de suprimir as principais formas de apropriação privada. E os países da Europa Ocidental imprimiram-lhe um regime mais flexível, com o intuito de democratizar-lhe o acesso,

A relação entre a propriedade e os acontecimentos políticos é inegável. Quase todas as mudanças políticas acarretam modificações no regime da propriedade.

Desde a Revolução Russa de 1917, os poderes públicos, através das constituições que promulgam, fazem experiências com o regime das propriedades, como se o sucesso ou o fracasso da organização social adotada dependesse delas. Acreditamos que, em grande parte, isso é verdade. (...)

Os modelos econômicos socialistas que determinaram a abolição da propriedade privada sobre os bens de produção não conseguiram realizar, na prática, as promessas das revoluções cuja idéia-força fora a sua supressão. Alguns modelos capitalistas, por outro lado, ao permitirem uma concentração exacerbada de rendas, chegaram, através de um regime dominial distinto, a resultados semelhantes de supressão do direito à propriedade. (1993, 3)

Como enfatiza Carlos Roberto Gonçalves, o fundamento jurídico da propriedade tem sido objeto de larga controvérsia entre juristas, filósofos e sociólogos, com fortes traços ideológicos, divergindo-se, em todos os tempos, sobre a origem e legitimidade. Sistematizando, dentre as várias teorias que foram sendo formuladas ao longo dos milênios desde sua origem, destacam-se:

Teoria da ocupação: funda-se a propriedade na ocupação das coisas, quando não pertenciam a ninguém (*res nullius*). É a mais antiga, remontando aos romanos. (Digesto, Livro XLI, Título I, p. 3), sendo aceita por muitos autores modernos, constituindo-se no fundamento da usucapião, instituto profundamente disseminado em nosso ordenamento e vida social, ainda que muitos entendam ser somente modo de aquisição e não de justificação da propriedade.

Teoria da especificação: apoia-se no trabalho, pensamento de viés marxista. Somente o trabalho humano, transformando a natureza e a matéria bruta, justificaria e negaria ao mesmo tempo o direito de propriedade, pois, se aceita, justificaria a apropriação pelo empregado da propriedade do empregador, e assim sucessivamente pelos novos empregados contratados pelo ex-empregado, agora empregador. Contrapõe-se a essa doutrina que o trabalho deve ter por recompensa o salário e

não a própria coisa por ele produzida. Ademais, se o trabalho fosse o fundamento único ou principal da propriedade, a criança, o velho, o inválido, não podendo trabalhar, não deveriam ter propriedade alguma, e toda a riqueza deveria pertencer só aos homens aptos ao trabalho. Ademais, o trabalho é somente um dos meios de produção e acumulação das riquezas.

Teoria da lei: sustentada por Montesquieu, em seu *Do Espírito das Leis*, e por Jeremy Bentham, no *Arte da Legislação*, assenta-se na concepção de que a propriedade é instituição do direito positivo: existe porque a lei a criou e a garante. A crítica contrapõe que a propriedade não se funda somente na vontade humana, porque o legislador poderia ser levado a suprimi-la, tendo apenas poder de regular-lhe o exercício, visto que a propriedade sempre existiu, mesmo antes de ser regulamentada pela lei.

Teoria da natureza humana: a mais aceita pela doutrina ainda que se apresente com viés ideológico burguês/capitalista, na visão marxista. A propriedade seria inerente à natureza humana, uma dádiva divina, para que possam prover às suas necessidades e às da família. A propriedade individual é condição da existência e da liberdade do homem. Efetivamente, mesmo nas comunidades primitivas verifica-se a noção de domínio, não individual, mas familiar ou clânico. Com o desenvolvimento dos processos produtivos da sociedade humana migrou-se gradualmente para a propriedade privada individual. Mesmo nos países socialistas/marxistas a propriedade privada não houve a abolição total dessa. Como a família ou o casamento, a propriedade corresponde a uma força social, que se desenvolve em meio de perenes vicissitudes e dissonâncias ideológicas. (2011, 247) (grifamos)

Como visto, Antoine-Louis-Claude Destutt, o conde de Tracy, ao criar o conceito de *idéologie* buscou desenvolver uma ciência das ideias, do fenômeno natural da consciência humana livre, expressando o liberalismo republicano, que logo foi contestado e reprimido pelo regime autocrático napoleônico, no que foi seguido pelo pensamento marxista ao vincular ideologia à falsa consciência determinada pelas relações sociais.

Do debate epistemológico acerca do conceito e abrangência do termo ideologia depreendem-se variações ontológicas que dizem respeito a aspectos axiológicos de seus autores, expressando o condicionamento social do pensamento, como analisado pela sociologia do conhecimento. Portanto, nenhuma linguagem é

neutra ou inocente, as ideologias retratam conflitos por inexistir ideologia dominante, mas ideologia da classe dominante.

Toda visão do mundo reflete determinada ideologia, sendo essa um modo de interpretar os fatos de forma distorcida e engendradora pela constelação de fatores que constituem nosso modo de ser e de estar no mundo. Como nos afirma Karl Popper (1974, 222), o intérprete não consegue libertar-se de seu habitat social, pois tornar sua mente mais objetiva não basta para alcançar a objetividade científica, atingível pela intersubjetividade do método científico, de caráter público, ou seja, pela possibilidade da repetição da experiência por outro ser, como nas ciências naturais, possibilitando a todos a crítica, mantida a dialética como parâmetro procedimental.

Tampouco se apresenta a linguagem jurídica neutra ou inocente, carregando consigo todo um sistema de pensamento, uma articulação de conceitos e de princípios, uma carga afetiva ou passional de valores, como pode ser verificado no contexto do instituto de propriedade.

Como exemplo clássico do viés ideológico no âmbito jurídico temos o instituto da propriedade em nosso foro constitucional. Nosso direito constitucional vem expressando a evolução dialética do instituto da propriedade com crescente relativização de sua plenitude em termos de disponibilidade em face de sua função social e ambiental. Nossa Magna Carta inaugural expressa na Constituição Imperial de 1824 dispunha em seu art. 179 a propriedade como direito garantido pela Lei Maior, coerente com o pensamento liberal então predominante, equiparando-a a liberdade e a segurança individual como fundamento dos direitos civis e políticos dos cidadãos brasileiros, ressalvado seu uso por exigência do bem público.

A Constituição Republicana de 1891 tratou do tema em seu art. 72, § 17, em termos muito assemelhados aos da Carta Magna Imperial, facultando sua desapropriação por necessidade ou utilidade pública, mediante indenização prévia.

A Constituição de 1934, influenciada pelas constituições mexicana de 1917 e alemã de Weimar (1919), incorporou a supremacia do interesse social ou coletivo em relação à propriedade, remetendo sua regulação à lei. Já a Constituição

democrática de 1946, pós Estado Novo, art. 147, manteve as condicionantes de 1934 e inovou ao incluir a promoção da justa distribuição da propriedade com a devida indenização.

A Constituição de 1967 e sua Emenda 1/1969, editadas sob o regime militar pós 64, pouco alteraram quanto ao tratamento anterior do direito fundamental à propriedade, exceto pela inserção da indenização da expropriação por título de dívida pública, “com cláusula de exata correção monetária”, permitindo a emissão de títulos da dívida agrária e, inovando nosso ordenamento constitucional, restringiu a aquisição de terras por estrangeiros, muito estimulada por nosso ordenamento imperial.

Ressalte-se que a restrição à disponibilidade da propriedade para estrangeiros ali inserida nunca antes esteve presente no foro constitucional, demonstrando evidente alteração do viés ideológico dominante em nossa sociedade, de uma valorização do imigrante no período colonial e imperial, estimulando a imigração, para um nacionalismo exacerbado, com algo de xenofóbico, iniciado no Estado Novo dos anos trinta e reforçado sob o regime militar pós 1964.

A Constituição cidadã de 1988, a exemplo de suas antecessoras, assegura o direito de propriedade dentre os considerados fundamentais, art. 5º, XXII, mantida sua função social, art. 5º, XXIII, consagrando o direito de todo e qualquer cidadão a seus bens, não podendo ser destituído desses sem o devido processo legal, art. 5º, LIV, mas inserindo a propriedade dentre os princípios da ordem econômica, bem como sua função social, art. 170, e sua indisponibilidade como pena por improbidade administrativa, art. 37, § 4º, vedando seu confisco para satisfação tributária, art. 150, IV.

O instituto da propriedade, seja ela material ou imaterial, individual ou coletiva, privada ou pública, expressa interesses socioeconômicos vinculados ao modo de produção de bens essenciais à sobrevivência humana, estando sujeito a interpretações profundamente ideologizadas. Impossível excluir a ideologia no conceito do que é “meu, teu ou nosso”.

A propriedade privada, seja direito natural, sob a ótica liberal individualista capitalista, seja produto da exploração e apropriação classista do trabalho humano, na visão marxista, apresenta-se na atualidade, ainda que relativizada por sua função social e ambiental, como esteio da democracia econômica e social, óbvio que burguesa, como diriam os marxistas.

Ainda que vista diferentemente pelos inúmeros vieses ideológicos, a propriedade, seja pública ou privada, expressa modos de produção de bens necessários à sobrevivência da espécie humana desde há muito. Ademais, dentre seus vários atributos e restrições a esses, a disponibilidade patrimonial mostra-se como essencial a sua existência. Nesse contexto, de relativização crescente da disponibilidade jurídica da propriedade, adentramos nos inúmeros institutos criados no ordenamento pátrio restringido sua exequibilidade.

CAPÍTULO III

3. DIREITO DE PROPRIEDADE: ATRIBUTOS E LIMITAÇÕES

A propriedade, sob o prisma de sua disponibilidade, enseja sua transmissão a outrem por seu titular originário, voluntária ou involuntariamente. Desde períodos imemoriais, a propriedade privada ou pública funda-se na transmissibilidade, sendo exceção sua vedação, por isso, não sendo aceita hoje a vedação perpétua de sua transmissão mesmo que por seu titular, limitando-se à esfera vitalícia, ou seja, até a próxima geração.

Entretanto, razões, de cunho econômico, social ou cultural, levaram as sociedades a fixarem eventos justificantes da indisponibilidade de bens por seus titulares, ou seja, vedação à livre disposição do bem por seu titular, condicionando-a a elementos e fatores independentes, em regra, de sua manifestação.

Uma das manifestações primevas de tais normatizações está presente nas Ordenações Afonsinas de 1446, primeira codificação do direito reíno, onde já encontrávamos, no Livro IV, o Título XIII – “*Do homem casado que da ou vende alguma coisa a sua barregã*”, onde fica vedada expressamente a doação de bens pelo homem casado a sua concubina ou barregã, exemplo de indisponibilidade subjetiva relativa, como hoje fixados pelo art. 1.642, V, do CCB/2002.¹⁹

¹⁹ Art. 1.642. Qualquer que seja o regime de bens, tanto o marido quanto a mulher podem livremente:

I - praticar todos os atos de disposição e de administração necessários ao desempenho de sua profissão, com as limitações estabelecida no inciso I do art. 1.647 ;

II - administrar os bens próprios;

III - desobrigar ou reivindicar os imóveis que tenham sido gravados ou alienados sem o seu consentimento ou sem suprimento judicial;

IV - demandar a rescisão dos contratos de fiança e doação, ou a invalidação do aval, realizados pelo outro cônjuge com infração do disposto nos incisos III e IV do art. 1.647 ;

V - reivindicar os bens comuns, móveis ou imóveis, doados ou transferidos pelo outro cônjuge ao concubino, desde que provado que os bens não foram adquiridos pelo esforço comum destes, se o casal estiver separado de fato por mais de cinco anos;

VI - praticar todos os atos que não lhes forem vedados expressamente.

O art. 69 do Código Civil de 1916 – CCB/1916 dispunha que, *in verbis*: "São coisas fora do comércio as insuscetíveis de apropriação, e as legalmente inalienáveis." Tal dispositivo não foi repetido no CCB/2002.

Assim, considerava-se que somente as coisas apropriáveis, úteis e raras poderiam ser consideradas objeto de direitos. Não eram consideradas como bens jurídicos:

1. as coisas comuns a todos (*res communes omnium*), entendidas como aquelas que podem ser utilizadas por qualquer pessoa, embora não suscetíveis de apropriação, por exemplo: o mar, a água corrente dos rios públicos, a luz solar e o ar atmosférico;
2. as coisas públicas (*res publicae*), entendidas como coisas do Estado, resultado da atividade humana, por exemplo: as ruas, as praças, as bibliotecas públicas etc.; e
3. as coisas da coletividade (*res universitatis*), que são aquelas pertencentes às cidades, como coletividade, e não aos cidadãos individualmente.

Os bens privados constituem, em regra, patrimônio disponível. Entretanto, há bens privados indisponíveis e que se constituem, portanto, *res extra commercium*. Como bens privados e voluntariamente colocados fora do comércio, portanto indisponibilizados, tem-se os bens gravados com cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade e de incomunicabilidade, os pertencentes a diretores de pessoa jurídica em liquidação, os bens de família, ou os direitos personalíssimos, dentre outros.

O fato de algum bem estar fora do comércio jurídico não significa a ausência de tutela do ordenamento jurídico, continua a ser objeto de direito, utilizado pelos seus titulares, como os bens de família por força legal, Lei 8.009/1990, ou convencional, arts. 1.711 a 1.722 do CCB/2002. Assim, o bem de família fica isento de execução por dívidas posteriores a sua instituição, salvo as que provierem de tributos relativos ao prédio ou despesas de condomínio, como ressalta Silvio de Salvo Venosa (2009, 386).

No tocante ao termo “indisponibilidade”, conforme o Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva (2016), esse exprime a qualidade atribuída às coisas que, sob encargo ou ônus de inalienabilidade, não podem ser vendidas nem alheadas sob qualquer pretexto. O vocábulo inalienabilidade, composto negativamente, exprime a condição imposta aos bens, para que não possam ser alheados ou alienados, atribuído ao bem. Podendo-se considerar no gênero indisponibilidade as espécies inalienabilidade, incomunicabilidade ou ingravabilidade.

Inalienável é expressão usada, na terminologia jurídica, para indicar a restrição imposta ao direito de propriedade, em referência a certas coisas, em virtude da qual não podem elas ser vendidas, cedidas ou alheadas. O caráter de inalienável às coisas ou bens pode resultar de imposição legal ou ter sido disposto por outrem, consoante faculdade que lhe é legalmente assegurada. O sentido de inalienável comporta, além de incessível, o de não onerável e de impenhorável. Não obstante se encontrarem os bens inalienáveis na insuscetibilidade de alienação ou de alheação são eles sub-rogáveis, a fim de que, em casos excepcionais, possam ser substituídos por outros bens, nos quais recairão os mesmos encargos.

Assim por indisponibilidade, ao contrário de disponibilidade, em sentido vulgar, entende-se a qualidade do que não se pode dispor, ou porque faça falta, ou porque se mostre necessário. É indicativo da coisa de que não se pode dispor, isto é, vender, dar, ceder. Mas, no sentido jurídico, exprime a qualidade atribuída às coisas que, sob encargo ou ônus de inalienabilidade, não podem ser vendidas nem alheadas sob qualquer pretexto. É o que não se pode dispor, ou seja, atributivo da condição das coisas que se acham sob imposição de indisponibilidade.

Encerra, assim, em seu conceito, amplo sentido, exprimindo como qualidade jurídica atribuída ao bem:

- a) A insuscetibilidade de apropriação, quando se trata de bens públicos, e a inalienabilidade advém desta sua condição;
- b) Sua não transferência a outrem, pelo que não pode ser cedido, vendido ou permutado; e

c) Não ser gravado com qualquer ônus real, como a hipoteca, o penhor ou a servidão. É a ingravabilidade.

Dispõe o art. 1.911 do CCB/2002 que a condição de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade, assim não podem ser os bens excutidos, expropriados por via judicial. Todavia, tem a jurisprudência reconhecido que obrigações *propter rem*, acompanham o bem, não se submetem às cláusulas de indisponibilidade, a exemplo do Resp 1499170, *ipsis verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE TERCEIRO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. BEM PÚBLICO. IMÓVEL COMPROMISSADO À VENDA POR INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA. PENHORA. DÍVIDA CONDOMINIAL. POSSIBILIDADE. 1. No que se refere à alegada afronta ao disposto no art. 535, inciso II, do CPC, verifico que o julgado recorrido não padece de omissão, porquanto decidiu fundamentadamente a quaestio trazida à sua análise, não podendo ser considerado nulo tão somente porque contrário aos interesses da parte. 2. Conforme consignado no acórdão recorrido, a referida unidade condominial já se encontrava desafetada para o compromisso de compra e venda. Assim, já havia se desfeito a possibilidade de inalienabilidade e impenhorabilidade do bem. 3. Ademais, em precedente idêntico ao dos autos, o STJ consignou que a natureza da obrigação não se aplica a vedação à penhora contida no art. 3º do Decreto-Lei 7.379/45 relativamente a dívida condominial, visto que se trata de obrigação diretamente vinculada ao bem e à sua própria manutenção, como integrante do todo, que não pode ficar privado do recebimento da respectiva quota-parte (REsp (REsp 218.838/SP, Rel. Ministro Aldir Passarinho Junior, Quarta Turma, julgado em 08/05/2001, DJ 15/10/2001, p. 267). 4. A jurisprudência do STJ entende que as despesas condominiais são consideradas dívidas *propter rem*, de modo que podem ensejar a penhora da unidade autônoma devedora, não prevalecendo contra o condomínio cláusulas de impenhorabilidade e inalienabilidade em contratos celebrados com terceiros. 5. Recurso Especial não provido (REsp 1499170/SP, Rei. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/ 08/ 2016, DJe 13/ 09/2016)

3.1. ATRIBUTOS DO DIREITO DE PROPRIEDADE

O art. 1.228 do CCB/2002, à semelhança de seu anterior, procura definir o supremo dos direitos reais: a propriedade; lista seus atributos e restrições além de vinculá-la à finalidade social, *ipsis litteris*:

Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

§ 1º O direito de propriedade deve ser exercido em consonância com as suas finalidades econômicas e sociais e de modo que sejam preservados, de conformidade com o estabelecido em lei especial, a flora, a fauna, as belezas naturais, o equilíbrio ecológico e o patrimônio histórico e artístico, bem como evitada a poluição do ar e das águas.

§ 2º São defesos os atos que não trazem ao proprietário qualquer comodidade, ou utilidade, e sejam animados pela intenção de prejudicar outrem.

§ 3º O proprietário pode ser privado da coisa, nos casos de desapropriação, por necessidade ou utilidade pública ou interesse social, bem como no de requisição, em caso de perigo público iminente.

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicado consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de cinco anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.

O dispositivo de nossa Carta Civil atual apresenta-se como mera repetição do fixado pelo CCB/1916 no que diz respeito à conceituação do instituto da propriedade, com mínimas alterações:

Art. 524. A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua.

Ainda que nosso CCB/2002 não conceitue especificamente o instituto jurídico da propriedade, discrimina seus elementos essenciais: a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

Clássico *ius in re*, a propriedade constitui-se:

1. Pelo seu uso, *jus utendi*, por seu poder de extrair, fruir frutos e produtos da coisa, permitindo retirar da coisa o proveito econômico que ela possa dar sem interposta pessoa, a exemplo da utilização do imóvel para moradia do proprietário;
2. Pela sua fruição, *jus fruendi*, dela recebendo todas suas utilidades; pressupõe o direito de colher os frutos que a coisa possa gerar, como ocorre com a colheita de frutas e rendimentos dos aluguéis;
3. Pela sua disponibilização, *jus abutendi*, ou *jus disponendi*, transformando-a, consumindo-a, alienando-a, segundo as necessidades ou a vontade demonstrada por seu titular, e como consequência dos direitos anteriores, representando a garantia de retirada do imóvel da esfera patrimonial dos proprietários, por alienação ou permuta, compra e venda ou doação, gravar de ônus o bem em garantia pignoratícia, hipotecária ou fiduciária, ou mesmo por abandono,
4. E finalmente pela sua reivindicação, *rei vindicatio*, direito de sequela ou de reaver o bem de quem o detenha injustamente, forçando seu retorno ao domínio de seu titular pelas ações reivindicatórias.

Mesmo repetindo o conceito legal da propriedade de seu Codex anterior, o CCB/2002 trouxe várias restrições à propriedade, visualizáveis nos parágrafos do art. 1.228 e em outros dispositivos legais.

O direito real de propriedade é o mais amplo dos direitos reais, *plena in re potestas*. A existência de um direito subjetivo à propriedade, como decorrência natural da existência do homem e da possibilidade de acúmulo de riqueza, acompanha a humanidade desde seus primórdios civilizatórios. As formas de

apropriação individual de bens, recepcionadas por nossos atuais ordenamentos jurídicos, esteiam-se especialmente no direito romano. Dele herdamos a estrutura do direito real da propriedade, consistente de um complexo de direitos ou prerrogativas exercidas por um ou vários indivíduos sobre uma coisa.

Para o Vocabulário Jurídico De Plácido e Silva (2003) o termo propriedade advém do latim *proprietas*, de *proprius* (particular, peculiar, próprio), genericamente designa qualidade que é inseparável de uma coisa, ou que a ela pertence em caráter permanente.

Assim, propriedade não somente exprime peculiaridade, como o que é próprio ou particular à coisa, achando-se, inseparavelmente, junto a ela ou parte dela. É sentido que lhe advém da expressão *prope*, que se entende junto de, perto de. É, assim, a pertinência exclusiva da coisa, atribuída à pessoa. Nesta razão é que, extensivamente, aplica-se o mesmo termo propriedade para designar a própria coisa, ou o bem que pertence exclusivamente a alguém.

O direito de propriedade apresenta-se como um direito complexo: formado por um conjunto de poderes que tornam a propriedade plena. Apresenta-se como um direito absoluto, ainda que relativizado nos tempos atuais, atribuindo a seu titular oponibilidade *erga omnes*, ou seja, direito oponível contra qualquer pessoa. Direito vitalício e perpétuo visto que é possível exercer o direito de propriedade indefinidamente, podendo inclusive ser transmitido a outras gerações, como normatizado pelo direito sucessório. Não acaba pelo seu não uso, desde que não caracterizado seu abandono, nos termos do art. 1.276 do CCB/2002.²⁰

²⁰ Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

§1º O imóvel situado na zona rural, abandonado nas mesmas circunstâncias, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade da União, onde quer que ele se localize.

§ 2º Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos de posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais.

Trata-se de direito exclusivo, pois o exercício do direito de propriedade exclui o direito de terceiro, ressalvada a hipótese de condomínios, horizontal e vertical, ou a recente multipropriedade. Apresenta-se igualmente como direito elástico ao admitir a distensão para a formação de outros direitos reais, sem que se descaracterize como propriedade, a exemplo dos direitos reais arrolados no art. 1.225 do CCB/2002.²¹

Ao instituto jurídico da propriedade, quanto aos bens corpóreos, ápice dos direitos reais, são atribuídos vários princípios, em especial, a exclusividade, a perpetuidade e a elasticidade.

O caráter absoluto, sua oponibilidade *erga omnes*, vincula-se a sua exclusividade; somente uma pessoa pode ser titular da propriedade sobre determinado bem, ainda que em condomínio, seja civil ou familiar, quando cada titular detém uma fração ideal única sobre o bem indiviso, o mesmo se aplicando às áreas comuns dos condomínios edifícios ou de lotes ou de multipropriedade, inovações recentes em nosso ordenamento, arts. 1.358-A a 1.358-U do CCB/2002, ainda que já existentes desde há muito em nossa realidade socioeconômica.

²¹ Art. 1.225. São direitos reais:

- I - a propriedade;
- II - a superfície;
- III - as servidões;
- IV - o usufruto;
- V - o uso;
- VI - a habitação;
- VII - o direito do promitente comprador do imóvel;
- VIII - o penhor;
- IX - a hipoteca;
- X - a anticrese.
- XI - a concessão de uso especial para fins de moradia;
- XII - a concessão de direito real de uso
- XIII - a laje.

Do princípio da exclusividade decorre a necessidade da mais ampla publicidade aos direitos reais, assecuratória da oponibilidade *erga omnes*, da aderência do direito à coisa e sua consequente seqüela, permitindo ao seu titular o exercício de vindicar a *res*, ou seja, reivindicar aquilo de que é proprietário.

Sítio por excelência da propriedade, os registros públicos de imóveis, de caráter constitutivo e publicístico, possibilitam presunção *juris tantum* de conhecimento da titularidade dos direitos reais, aspecto essencial à natureza absoluta desses, ainda que o registro em nosso ordenamento fixe presunção relativa da propriedade predial, ao contrário do alemão onde fixa em caráter absoluto.

Restrições que gravem os bens imóveis, reduzindo as faculdades inerentes à propriedade, devem ser registradas para sua eficácia e publicidade com o devido registro no fôlio real da circunscrição onde se localize o bem onerado, sob pena de serem ineficazes perante terceiros de boa-fé. Assim, reza a Lei 6.015/1973, art. 247 ²², pela averbação na matrícula de todos os atos de indisponibilidade que incidam sobre o imóvel. Ademais o CCB/2002, art. 979 ²³, exige que atos de igual teor, inclusive incomunicabilidade, sejam arquivados e averbados no Registro Civil de Pessoas Jurídicas e no de Empresas Mercantis, as Juntas Comerciais.

Já os bens móveis transmitem-se pela tradição, art. 1.226 do CCB/2002 ²⁴, ou seja, transferência da posse do bem móvel, ainda que os veículos estejam submetidos ao necessário registro nos órgãos estaduais e do DF para sua circulação, *ex vi* dos arts. 120 a 130 da Lei 9.503/1997- Código de Trânsito

²² Art. 247 - Averbar-se-á, também, na matrícula, a declaração de indisponibilidade de bens, na forma prevista na Lei.

²³ Art. 979. Além de no Registro Civil, serão arquivados e averbados, no Registro Público de Empresas Mercantis, os pactos e declarações antenupciais do empresário, o título de doação, herança, ou legado, de bens clausulados de incomunicabilidade ou inalienabilidade.

²⁴ Art. 1.226. Os direitos reais sobre coisas móveis, quando constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com a tradição.

Brasileiro-CTB ²⁵. Ressalte-se ser expressamente vedada pelo art. 128 a expedição de novo Certificado de Registro de Veículo enquanto houver débitos fiscais e de multas de trânsito e ambientais, vinculadas ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas, fazendo com que a indisponibilidade de veículos automotores possa ser registrada nos órgãos de trânsito, DETRANs, nos

²⁵ Art. 120. Todo veículo automotor, elétrico, articulado, reboque ou semi-reboque, deve ser registrado perante o órgão executivo de trânsito do Estado ou do Distrito Federal, no Município de domicílio ou residência de seu proprietário, na forma da lei.

Art. 121. Registrado o veículo, expedir-se-á o Certificado de Registro de Veículo - CRV de acordo com os modelos e especificações estabelecidos pelo CONTRAN, contendo as características e condições de invulnerabilidade à falsificação e à adulteração.

Art. 123. Será obrigatória a expedição de novo Certificado de Registro de Veículo quando:

- I - for transferida a propriedade;
- II - o proprietário mudar o Município de domicílio ou residência;
- III - for alterada qualquer característica do veículo;
- IV - houver mudança de categoria.

§ 1º No caso de transferência de propriedade, o prazo para o proprietário adotar as providências necessárias à efetivação da expedição do novo Certificado de Registro de Veículo é de trinta dias, sendo que nos demais casos as providências deverão ser imediatas.

§ 2º No caso de transferência de domicílio ou residência no mesmo Município, o proprietário comunicará o novo endereço num prazo de trinta dias e aguardará o novo licenciamento para alterar o Certificado de Licenciamento Anual.

§ 3º A expedição do novo certificado será comunicada ao órgão executivo de trânsito que expediu o anterior e ao RENAVAM.

Art. 128. Não será expedido novo Certificado de Registro de Veículo enquanto houver débitos fiscais e de multas de trânsito e ambientais, vinculadas ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas.

Art. 130. Todo veículo automotor, elétrico, articulado, reboque ou semi-reboque, para transitar na via, deverá ser licenciado anualmente pelo órgão executivo de trânsito do Estado, ou do Distrito Federal, onde estiver registrado o veículo.

termos do art. 185-A do Código Tributário Nacional – CTN ²⁶, para fins de bloqueio da propriedade no Registro Nacional de Veículos Automotores – RENAVAM, sendo hoje realizada online pelo sistema RENAJUD por determinação judicial.

O sentido de poder exclusivo e absoluto, que se exerce sobre determinada coisa, em caráter permanente, não se mostra arbitrário e infinito: vai até onde o impeça a natural limitação, imposta pela concorrência de outro direito igual ou superior a ele.

A perpetuidade decorre de sua irrevogabilidade, não se extinguindo pelo seu não-uso e sua transmissão por sucessão (*droit du saisine*). Todavia, pode a propriedade vir a ser perdida nas hipóteses do art. 1275 do CCB/2002 ou por usucapião.

A elasticidade diz respeito à possibilidade de serem desmembrados os direitos que compõem a propriedade, a exemplo do usufruto e da nua-propriedade. Corolário da elasticidade tem-se o princípio da consolidação, que informa serem tais situações excepcionais e sempre temporárias, não aceitando nosso ordenamento direitos reais limitados sobre coisa alheia, *ius in re aliena*, em caráter perpétuo, mesmo que por tempo indeterminado, no máximo vitalício para o beneficiário, a exemplo do direito de superfície regulado pelo Estatuto das Cidades, Lei

²⁶ Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 1º A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

§ 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido. (Incluído pela Lcp nº 118, de 2005)

10.257/2001, art. 21, e pelo CCB/2002, art. 1.360.²⁷ Como esclarece Cristiano Chaves de Farias:

A propriedade superficiária é um direito real imobiliário, temporário e autônomo, de fazer, ou de manter construção ou plantação em solo alheio, conferido ao titular (superficiário) a propriedade resolúvel da construção ou plantação, separada da propriedade do solo. (2012, 600)

Desse modo, o direito de propriedade, que se assegura em toda a sua plenitude, para que possa seu titular dispor da coisa livremente, fruindo-a a seu bel-prazer ou a alienando quando lhe aprouver, sofre as restrições advindas do respeito a direitos alheios ou fundadas no próprio interesse coletivo, em face dos princípios jurídicos que transformam a propriedade numa função social, com destino ligado ao bem-estar da sociedade.

3.2. FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE

No tocante à liberdade de disposição da propriedade e sua limitação em razão da função social, observa Gustavo Tepedino acerca do atual conteúdo da propriedade nos seguintes termos:

A propriedade, portanto, não seria mais aquela atribuição de poder tendencialmente plena, cujos confins são definidos externamente, ou, de qualquer modo, em caráter predominantemente negativo, de tal modo que, até uma certa demarcação, o proprietário teria espaço livre para suas atividades e para a emanção de sua senhoria sobre o bem. A determinação do conteúdo da propriedade, ao contrário, dependerá de centros de interesses extraproprietários, os quais vão ser regulados no âmbito da relação jurídica de propriedade. [...] Tal conclusão oferece suporte teórico para a correta compreensão da função social da propriedade, que terá, necessariamente, uma configuração flexível, mais uma vez devendo-se refutar os apriorismos ideológicos e

²⁷ Art. 1.369. O proprietário pode conceder a outrem o direito de construir ou de plantar em seu terreno, por tempo determinado, mediante escritura pública devidamente registrada no Cartório de Registro de Imóveis.

homenagear o dado normativo. A função social modificar-se-á de estatuto para estatuto, sempre em conformidade com os preceitos constitucionais e com a concreta regulamentação dos interesses em jogo. (1997, 321)

Nesse diapasão, reconhece Orlando Gomes ter a função social efeito sobre o exercício do direito de propriedade e não sobre sua substância em si, constituindo-se inclusive em sua fundamentação legal, sob interpretação jurisdicional:

“A resposta segundo a qual a função social da propriedade se identifica com o conjunto de limitações impostas pelo ordenamento jurídico confunde a ratio das leis restritivas com o seu texto. É verdade que se essas leis fossem a expressão resumida da função social da propriedade, a sua garantia constitucional teria maior segurança e certeza, muito embora a exequibilidade do controle exclusivamente legislativo esteja condicionada a uma espécie de delegação que o transfere para o Executivo a pretexto de que a lei não deve descer ao nível de regulamento. Dessa estratégia resulta insegurança e incerteza. Não é contudo sob esses aspectos que o problema deve ser abordado para a conceituação de função social da propriedade. Sua solução exige a determinação do alvo do conceito. A diferença está em que as limitações atingem o exercício do direito de propriedade, não a sua substância, e em que só se justificam se uma nova concepção do direito de propriedade é aceita.

A resposta segundo a qual a função social da propriedade é antes uma concepção com eficácia autônoma e incidência direta no próprio direito consente elevá-la à dignidade de um princípio que deve ser observado pelo intérprete, tal como sucede em outros campos do Direito Civil, como o princípio da boa-fé nos contratos. É verdade que assim considerada se torna uma noção vaga, que todavia não é inútil na medida em que inspira a interpretação da atividade do proprietário. Nessa ótica, a ação do juiz substitui a do legislador, do Congresso ou da Administração Pública. O comportamento profissional do magistrado passa a ser, no particular, ‘uma ação de invenção e de adaptação’, como se exprime Lanversin definindo a ação pretoriana como um meio de realizar a modernização do direito. É verdade que, nessa colocação, se corre o risco de um uso alternativo do direito ou de uma resistência empedernida. Como quer que seja, o preceito constitucional que atribui função social à propriedade não tem valor normativo porque não se consubstancia nas normas restritivas do moderno direito de propriedade, mas simplesmente se constitui no seu fundamento, na sua justificação, na sua ratio”. (2001, 79)

3.3. TRANSMISSIBILIDADE DA PROPRIEDADE

Nesse sentido, a questão da função social da propriedade traz a lume a função legislativa de restrição à livre disposição da propriedade. A técnica legislativa é livre ao atribuir à infração da lei, direta ou indireta, a sanção de inexistência do ato jurídico, a de nulidade, a de anulabilidade, a de impugnabilidade, ou a de ineficácia relativa, ou absoluta. Qual dessas foi a adotada é questão de interpretação da lei.

Francisco Cavalcanti Pontes de Miranda (2013, 390) refere-se ao princípio da irrestringibilidade do poder de disposição da propriedade que existe em todo sistema jurídico. Se o direito, pretensão, ação, ou exceção é suscetível de ser transferido, o poder de dispor é incólume à restrição pelos particulares. O que pode ocorrer é a limitação pela lei, o que, como vimos e aprofundaremos, a cada dia torna-se mais corriqueiro e recorrente. Não importa se direito, pretensão, ação, ou exceção, pessoal ou real. Há exceções ao princípio da vedação em tema contratual a exemplo do devedor que pode estipular ser o crédito contra ele não passível de ser cedido.

Como destaca Pontes de Miranda, em regra, os direitos são transferíveis, todavia sujeitos a restrições e impedimentos, por ele conceituado como princípio do paralelismo da transferibilidade e da constringibilidade, *ipsis verbis*:

A regra é a transferibilidade dos direitos: os direitos, salvo exceção legal, são transferíveis. Se estão intimamente ligados à pessoa que deles é titular, dizem-se direitos personalíssimos, classe dos direitos intransmissíveis, e a razão de não serem transmissíveis está em que a troca de sujeito ativo é impossível, logicamente. Quase sempre os direitos intransferíveis entre vivos também são intransmissíveis a causa de morte. Os direitos intransmissíveis também são inconstringíveis (= não suscetíveis de constrição: inarrestáveis, insequestráveis, impenhoráveis), posto que a lei possa abrir exceção ao princípio de paralelismo da transferibilidade e da constringibilidade. A intransferibilidade legal é inconfundível com a intransferibilidade negocial, inclusive estatutária. A alienabilidade segundo o art 1.723 nasce de negócio jurídico, mas é legal. A intransferibilidade dos bens da sociedade, sem permissão prévia da assembléia geral, é negocial, e não legal: falta poder aos outros órgãos da sociedade, sem a assembléia geral, para os transferir; mas eles, em si, são transferíveis. A falta está no sujeito, e não no direito. (2013, 398)

A legislação pode atribuir à infração da lei, direta ou indireta, tal e qual sanção de inexistência do ato jurídico, de nulidade, de anulabilidade, de impugnabilidade, ou de ineficácia relativa, ou absoluta. Qual dessas foi a adotada é questão de interpretação da lei. O princípio da irrestringibilidade do poder de disposição existe em todo sistema jurídico. Se o direito, pretensão, ação, ou exceção é suscetível de ser transferido, o poder de dispor é incólume à restrição pelos particulares. O que pode ocorrer é a limitação pela lei. Não importa tratar-se de direito, pretensão, ação, ou exceção, pessoal ou real.

Não só a norma legal pode tornar o bem intransmissível, mas também as partes, como quando o devedor estipular que o crédito contra ele não possa ser cedido, art. 286 do CCB/2002.²⁸ No caso de constar do instrumento da obrigação sua vedação à transmissão a terceiro fica a questão de tornar o crédito incedível ou apenas gerar o dever e obrigação de não no ceder.

Se o crédito se tornar incessível, sua intransmissibilidade opera contra terceiros, por se tratar, então, de qualidade do crédito, com todas as consequências em caso de abertura de concurso de credores ou em falência do credor que cedeu o incedível, e só o desconhecimento da cessão pode pré-excluir, caso de proibição convencional, a favor do cessionário de boa-fé a eficácia da qualidade convencionada. Se o crédito não se torna incedível, caso a convenção apenas operar-se no plano obrigacional, não há qualidade de incedível se apenas a convenção proibiu a cessão.

A parte que cria o direito pode convencionar a incedibilidade, a exemplo dos direitos autorais constantes de contrato de edição em que o editor não o possa ceder. Mas os direitos que vêm de outro titular, ou que a ele continuam vinculados, com a cessão, ao cedente, escapam à convencionabilidade da cessão, a exemplo de direitos de garantia em financiamentos como da hipoteca.

²⁸ Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

Pode ser fixado no contrato de hipoteca do imóvel a intransmissibilidade da garantia hipotecária, cedido o crédito, a hipoteca vence constituído o crédito à vista, porém não tem eficácia real convencionar que a propriedade se torne intransferível. A incedibilidade da hipoteca é registrável. A proibição de alienar imóvel somente tem eficácia pessoal; é irregistrável.

Nesse sentido assim se manifesta Márcio Guerra Serra:

Perguntamos: pode um bem hipotecado ser alienado? É possível as partes convencionarem, no título que formalize a garantia, sobre a indisponibilidade do bem afetado?

Não há razão teórica para esta proibição, uma vez que a hipoteca é um direito real e, como tal, a ela é garantido o direito de sequência, o qual permite que o direito real seja exercido nas mãos de quem quer que o bem se encontre. Desta forma, mesmo havendo a alienação para quem quer que seja, a dívida continua garantida, pois o imóvel poderá ser levado à praça para ser convertido em dinheiro para o pagamento da dívida independentemente da concordância dos adquirentes.

Apesar de clara a resposta do ponto de vista teórico, a questão também se encontra expressa em nosso Código Civil, que em seu art. 1.475 vai além, estabelecendo que eventual cláusula que proíba o proprietário devedor de alienar imóvel hipotecado é nula.

Todavia, o parágrafo único do referido artigo contraria o espírito de todo o exposto, ao estabelecer que podem as partes convencionar que vencerá antecipadamente a dívida garantida pela hipoteca se o imóvel for alienado. Como vimos, não haveria razão de ser na restrição da alienação do imóvel hipotecado; e mais, o que adianta o legislador proibir expressamente tal disposição se permite, contudo, que as partes estabeleçam o vencimento da dívida em caso de alienação? Esta disposição equivale à vedação da alienação, uma vez que o vencimento antecipado do crédito garantido pela hipoteca faz com que seja exigido de imediato, acabando com o uso da hipoteca. Esta disposição seria quase equivalente à de que a alienação do imóvel hipotecado depende do pagamento da dívida, o que em última análise implica na extinção da hipoteca.

Devemos lembrar que, no caso da alienação do imóvel hipotecado, a dívida acompanha o imóvel e não responsabiliza o adquirente por mais do que a simples entrega do imóvel, a

não ser que tenha pessoalmente se responsabilizado pela dívida no instrumento de aquisição, como se extrai do art. 1.479 do Código Civil, o qual dispõe que o adquirente do imóvel hipotecado, desde que não se tenha obrigado pessoalmente a pagar as dívidas aos credores hipotecários, poderá exonerar-se da hipoteca, abandonando-lhes o imóvel.(2016, 11)

Já o imóvel gravado pela alienação fiduciária para sua transmissão pelo devedor fiduciante, detentor da posse direta do bem, necessita de anuência do credor fiduciário, titular da propriedade resolúvel, enquanto não quitado o financiamento do bem, tanto móvel quanto imóvel. Ou seja, aqui não temos uma indisponibilidade do bem, visto que a propriedade direta do bem se encontra na titularidade do credor e possuidor indireto do bem, nos estritos termos dos arts. 22 e 29 da Lei nº 9.514/1997²⁹.

Se o devedor fiduciante vê-se impedido de disponibilizar o bem sem a anuência do credor fiduciário, também esse se vê impedido de apropriar-se do bem pelo simples inadimplemento do devedor, CCB/2002 art. 1.365.³⁰ Ressalta Cristiano Chaves de Farias:

A norma é de ordem pública e a decretação da invalidade se justifica pela vedação ao enriquecimento sem causa do credor que se encontraria em situação opressora de submeter o devedor a uma contratação injusta. (2021, 561)

A cláusula de inalienabilidade inserta nas doações, nos testamentos e em outros negócios jurídicos gratuitos é registrável, sendo que no testamento, ao incidir sobre a legítima, somente será válida se por justa causa arguida pelo testador no

²⁹ Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel. (...)

Art. 29. O fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.

³⁰ Art. 1.365. É nula a cláusula que autoriza o proprietário fiduciário a ficar com a coisa alienada em garantia, se a dívida não for paga no vencimento.

ato. A alienação, em tais casos, se pode haver assentimento ou ratificação pelo que estipulou, ou alguém por ele, é apenas ineficaz. Se foi inserto o pacto de não-transferência e, registrável, foi registrado, a superveniência do termo final ou da condição resolutiva opera como se a transferência não tivesse havido.

É pressuposto subjetivo nas transferências de direitos que esteja nelas presente outra pessoa que não o titular do direito, porquanto implica troca de pessoas titulares que mantém a identidade do direito, a despeito da mudança do sujeito visto que a pessoa, que era sujeito do direito, deixa de o ser; a que se inseriu, em lugar dela, no suporte fático, se torna sujeito do mesmo direito. A relação jurídica é outra; porque a relação jurídica, como todas as relações, só é idêntica se idênticos os seus termos e o seu objeto. O direito é o mesmo; a relação jurídica é que é outra. Assim, o direito transmuta-se pela relação jurídica, mantidos todos seus preceitos.

Para o negócio jurídico de disposição é preciso que se tenha o poder de dispor, que é inconfundível com a capacidade, que é qualidade da pessoa, e não situação referente ao direito de que se dispõe, assim mesmo o incapaz pode dispor de seus bens, desde que alicerçado por manifestação de seu tutor, curador e por decisão judicial. Há direitos indisponíveis e direitos de disponibilidade limitada. De regra, e não sempre, o poder de dispor compete ao titular do direito. Por vezes, em virtude de negócio jurídico, surgem outros que não o titular do direito com o poder de dispor, outras vezes, a lei mesma o atribui a quem não é o titular do direito, a exemplo do cônjuge como disposto no art. 1.647 do CCB/2002 ³¹, ou resulta do

³¹ Art. 1.647. Ressalvado o disposto no art. 1.648, nenhum dos cônjuges pode, sem autorização do outro, exceto no regime da separação absoluta:

I - alienar ou gravar de ônus real os bens imóveis;

II - pleitear, como autor ou réu, acerca desses bens ou direitos;

III - prestar fiança ou aval;

IV - fazer doação, não sendo remuneratória, de bens comuns, ou dos que possam integrar futura meação.

Parágrafo único. São válidas as doações nupciais feitas aos filhos quando casarem ou estabelecerem economia separada.

poder de representação dos absolutamente incapazes, desempenhado por seus tutores ou curadores, sob a égide judicial.

O titular do direito pode estar sujeito a limitações de dispor e a restrições de dispor, a exemplo do menor de dezesseis anos e o dono do prédio com a cláusula de inalienabilidade; ou somente o pode exercer com efeito relativamente limitado, ou restrito. Tem poder de dispor relativamente limitado o que consta do registro de imóveis, mas foi averbada contra ele alguma decisão de retificação, como no art. 167, II, 12, da Lei nº 6.015/1973 ³², ou registrada alguma penhora, arresto, sequestro, art. 167, I, 5 da Lei nº 6.015/1973 ³³, ou outra medida constritiva registrável, ou citação em ações, reais, ou pessoais reipersecutórias, relativas ao imóvel, art. 167, I, 21, da Lei nº 6.015/1973 ³⁴. E finalmente, pode no registro constar a própria indisponibilidade do imóvel art. 167, II, 11, da Lei nº 6.015/1973 ³⁵ O negócio jurídico não pode limitar o poder de dispor, ainda que relativamente; nem restringir, salvo em se tratando de clausulação legalmente permitida,

Se o que dispõe não tem poder de dispor, o negócio jurídico, ou ato jurídico *stricto sensu* ou ato-fato jurídico de disposição, é sem eficácia. Obtém eficácia se, em nome próprio, o disponente vem a adquirir o poder de dispor, como titular do

³² Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: (...)

II - a averbação (...)

12) das decisões, recursos e seus efeitos, que tenham por objeto atos ou títulos registrados ou averbados

³³ Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos (...)

I - o registro: (...)

5) das penhoras, arrestos e seqüestros de imóveis

³⁴ Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos (...)

I - o registro: (...)

21) das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis;

³⁵ Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos: (...)

II - a averbação (...)

11) das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade impostas a imóveis, bem como da constituição de fideicomisso;

direito se o adquirente estiver de boa-fé, e o alienante adquirir depois o domínio, considera-se revalidada a transferência e operado o efeito da tradição, desde o momento do seu ato, ou se ocorre ratificação pelo titular do direito. As regras jurídicas concernentes à disposição pelo não-titular do direito também incidem quando se trata de disposição pelo titular do direito se o seu poder de dispor é limitado, se a limitação tem por fim a tutela de outrem, ou se o ato de disposição é ratificável, arts. 94 e 95 do CCB/2002.³⁶

As proibições de alienar limitam o poder de dispor, ou por previsão legal, ou judicial. As proibições de alienar resultam de norma jurídica que torna indisponível, entre vivos, ou entre vivos e a causa de morte, o direito, que, segundo os princípios gerais de direito, seriam alienáveis. As inalienabilidades conforme os princípios gerais de direito, tais como as fixadas no CCB/2002, a exemplo dos bens de uso comum do povo, art. 99, I, a do usufruto, art. 1.393, a inaccessibilidade dos créditos segundo o art. 286³⁷, e a inalienabilidade devida a limite temporal do direito por serem resolúveis, arts. 1.359 e 1.953³⁸, não são proibições legais, são inalienabilidades primárias, decorrentes do próprio instituto da propriedade, e não em virtude de vedação legal motivada por terceiros, como na execução de débitos inadimplidos por seu titular.

³⁶ Art. 94. Os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertencas, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso.

Art. 95. Apesar de ainda não separados do bem principal, os frutos e produtos podem ser objeto de negócio jurídico.

³⁷ Art. 286. O credor pode ceder o seu crédito, se a isso não se opuser a natureza da obrigação, a lei, ou a convenção com o devedor; a cláusula proibitiva da cessão não poderá ser oposta ao cessionário de boa-fé, se não constar do instrumento da obrigação.

³⁸ Art. 1.359. Resolvida a propriedade pelo implemento da condição ou pelo advento do termo, entendem-se também resolvidos os direitos reais concedidos na sua pendência, e o proprietário, em cujo favor se opera a resolução, pode reivindicar a coisa do poder de quem a possua ou detenha.

Art. 1.953. O fiduciário tem a propriedade da herança ou legado, mas restrita e resolúvel.

Parágrafo único. O fiduciário é obrigado a proceder ao inventário dos bens gravados, e a prestar caução de restituí-los se o exigir o fideicomissário.

Se a disposição concerne à coisa cuja alienação é proibida por lei sem ser a favor de alguém, determinadamente, é nulo o ato de disposição, art. 166, II e VII, do CCB/2002 ³⁹. Se a coisa, por sua natureza, é inapropriável, ou inapropriável por outrem que a possua, o ato jurídico é inexistente.

Na classificação de Pontes de Miranda (2013, 389), as proibições legais de alienar distribuem-se em duas classes: as que tutelam a comunidade, a exemplo dos bens públicos, e as que tutelam somente determinadas pessoas, a exemplo do bem de família, cognominadas de proibições absolutas de alienar e proibições relativas de alienar.

Todo ato jurídico que viola a proibição de lei é nulo, salvo se a lei mesma estabelecer outra sanção, *in dubio*, entende-se nulo, inexistindo convalidação, ou ratificação; tampouco tutela da boa-fé. Mas a proibição de alienar pode não ter a sanção de nulidade. Se a proibição de alienar só tem por fito a proteção de alguma pessoa determinada, ou de determinadas pessoas, a disposição, que infringe a lei, é ineficaz quanto a essa, mas eficaz quanto às outras, ineficácia relativa. Se essas pessoas, podendo, assentirem, há toda a eficácia do ato de disposição. Também se dá a completa eficácia se a proibição cessa, ou se o direito protegido se extingue.

A proibição relativa de alienar opera como a proibição absoluta, mas pode ser afastada a relativa ineficácia se assente no ato de disposição aquele a favor de quem a lei a concebeu. A regra jurídica sobre proibição incidiu; a ineficácia é que se afasta, pelo assentimento do que ela protegeu. A ineficácia resultante da incidência da regra jurídica sobre proibição relativa de alienar tem de ser alegada; não se pode, de ofício, declarar. Só a pessoa a favor de quem se editou a regra jurídica pode alegar a ineficácia relativa, não por terceiros. Só é ineficaz a disposição; de modo que é ineficaz o ato de transmitir, modificar, ou extinguir, não o negócio jurídico, de

³⁹ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: (...)

II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; (...)

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

que o ato de disposição é adimplemento de dever ou obrigação. O contrato de compra e venda do imóvel que não pode ser alienado porque existe proibição relativa de alienação, a exemplo de ter sido registrada ação pessoal reipersecutória, nos termos do art. 167, I, 21, da Lei nº 6.015/1973, é válido e eficaz; a transmissão é que é relativamente ineficaz.

Os direitos são efeitos, o sistema jurídico tem toda a liberdade em considerá-los transferíveis, ou não. Se transferíveis, o fato da sua transferência não implica a da relação jurídica, razão por que não se há de levantar o problema lógico da identidade das relações jurídicas quando se transferem direitos. Direitos são efeitos; e tais efeitos consistem em situações ativas dos sujeitos, de modo que o sistema jurídico pode admitir que a transferência se dê, mantida a identidade do direito, a despeito da mudança subjetiva da relação jurídica, a exemplo da mudança do sujeito ativo da relação jurídica.

A identidade dos direitos, não obstante a troca de sujeitos, é possível porque o direito é conceito do plano da eficácia, no qual toda liberdade tem o legislador. Poderia ele conceber plano da eficácia em que os direitos, se transmitidos, perderiam a identidade; porém não foi essa a linha histórica que seguiu o pensamento humano e as consequências de tal concepção seriam diferentes das que ocorrem nos sistemas jurídicos positivos.

Como exemplo clássico de direitos indisponíveis temos os direitos da personalidade, que possuem as características de direitos: inatos; vitalícios; absolutos; indisponíveis; extrapatrimoniais; intransmissíveis. Assim sendo, estão fora do comércio; no entanto, isso não ocorre com todos os bens da personalidade, pois alguns, como a imagem ou o nome, são disponíveis desde que previstos em lei, nos termos do art. 11 do CCB/2002 ⁴⁰. O próprio CCB/2002 prevê a disponibilidade ao

⁴⁰ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

permitir a doação de órgãos, conforme preceitua o art. 14. Ademais são irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.⁴¹

Há outros direitos intransmissíveis, por disposições específicas de normas jurídicas, como já mencionados, no caso dos direitos reais, o usufruto, o uso e a habitação, arts. 1.393, 1.413 e 1.416 do CCB/2002 ⁴², onde o exercício do direito pode ser transmitido, mas sua titularidade não, sendo que a regra dos direitos reais, assim como os obrigacionais, é de serem disponíveis, independente de ser o direito real sobre coisa corpórea ou incorpórea.

A proibição judicial de alienar supõe a competência do juízo ou do tribunal para estabelecê-la. Não se confunde com a proibição legal de alienar, decorrente de ato judicial de começo de execução. São proibições judiciais: as que se produzem quando o juiz defere a venda só em hasta pública; as que resultam de registros preventivos, como o bem de família ou penhoras, arrestos e sequestros de imóveis art. 167, I, 1 e 5, da Lei nº 6.015/1973, a que é consequência das arrecadações de bens do ausente ou de bens da herança vacante, arts. 742 e seguintes do CPC/2015, ou arts. 125 e seguintes do Código de Processo Penal. A hipoteca legal não importa proibição judicial de alienar, e sim proibição legal.

As medidas judiciais que têm a eficácia de proibição judicial de alienar operam contra quem quer que as conheça. Para fixar a eficácia *erga omnes*, há de se efetivar o registro preventivo e a alienação por edital ou adjudicação. Não havendo ambos, o conhecimento pelo que adquiriu o bem, cuja alienação fora

⁴¹ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis.

Art. 14. É válida, com objetivo científico, ou altruístico, a disposição gratuita do próprio corpo, no todo ou em parte, para depois da morte.

⁴² Art. 1.393. Não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso.

Art. 1.413. São aplicáveis ao uso, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto.

Art. 1.416. São aplicáveis à habitação, no que não for contrário à sua natureza, as disposições relativas ao usufruto

proibida, pode ser provado pela intimação, citação ou notificação, que se lhe fez, ou por outros meios de direito. Se o juiz decretou o arresto, sequestro ou arrolamento dos bens do devedor, art. 301 do CPC/2015 ⁴³, ou outra medida constritiva, e, a despeito disso, foi vendido o bem a quem não sabia da existência da indisponibilidade do bem, e ainda assim o comprador faz-se proprietário se efetivado o registro do título, em se tratando de imóvel, ou pela tradição, ou pelo constituto possessório, se foi alienado móvel. Se sabia da indisponibilidade do bem imóvel, o registro opera a transferência; mas é retificável o registro pela ação de retificação pelo interessado, cumulada à de ineficácia do acordo de transmissão por falta, no vendedor, do poder de dispor. O credor, ainda dispõe de ação por ato ilícito contra o vendedor e comprador, art. 159 do CCB/2002. ⁴⁴

3.4. PERDA DA PROPRIEDADE

Como visto supra, o *jus disponendi* apresenta-se como um marcante atributo da propriedade. A faculdade de dispor física e juridicamente da coisa, desfazer-se dela, transmiti-la, exprime um dos direitos imanescentes à propriedade. Todavia, em inúmeras situações tal prerrogativa vê-se subtraída do feixe de faculdades de exercício de direito subjetivo sobre a coisa, denominado propriedade. Limitação desse escol pode originar-se na lei ou na convenção, resultando em sua perda. Assim, ainda que a propriedade seja perpetua, transmitindo-se pelo direito sucessório, também está sujeita à perda por seu titular, tanto de forma voluntária como involuntária.

⁴³ Art. 301. A tutela de urgência de natureza cautelar pode ser efetivada mediante arresto, sequestro, arrolamento de bens, registro de protesto contra alienação de bem e qualquer outra medida idônea para asseguuração do direito.

⁴⁴ Art. 159. Serão igualmente anuláveis os contratos onerosos do devedor insolvente, quando a insolvência for notória, ou houver motivo para ser conhecida do outro contratante.

A perda da propriedade pode dar-se por inúmeros motivos e instrumentos, como listado no art. 1.275 do CCB/2002 ⁴⁵. Pode dar-se por alienação, com a transferência voluntária de posse ou propriedade. Sendo o mais usual dos instrumentos de transmissão da propriedade, é a forma de extinção subjetiva do domínio em que o titular do direito, por vontade própria, transmite a outrem seu direito sobre a coisa.

Igualmente, pode dar-se pela renúncia, declaração unilateral formal abdicativa da propriedade, ato solene pelo qual o proprietário declara expressamente o seu intuito de abrir mão de seu direito sobre a coisa, a exemplo da renúncia ao direito de herança, nos termos do CCB/2002, art. 1.804⁴⁶.

A renúncia de fato da propriedade de bem móvel ou imóvel pode dar-se pelo simples abandono, denominada renúncia tácita, gerando a *res derelictae* ou coisa abandonada, . A renúncia expressa do bem imóvel exige escritura pública, por força do art. 108 do CCB/2002 e consequente registro na competente serventia registral imobiliária, art. 1.275, parágrafo único, do CCB/2002, quando o imóvel passará a ser considerado *res nullius* e poderá ser arrecadado e incorporado ao patrimônio público municipal ou do Distrito Federal, nos termos do art. 1.276 do CCB/2002.⁴⁷

⁴⁵ Art. 1.275. Além das causas consideradas neste Código, perde-se a propriedade:

- I - por alienação;
- II - pela renúncia;
- III - por abandono;
- IV - por perecimento da coisa;
- V - por desapropriação.

Parágrafo único. Nos casos dos incisos I e II, os efeitos da perda da propriedade imóvel serão subordinados ao registro do título transmissivo ou do ato renunciativo no Registro de Imóveis.

⁴⁶ Art. 1.804. Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão.

Parágrafo único. A transmissão tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança.

⁴⁷ Art. 1.276. O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com a intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que se não encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado, como bem vago, e passar, três anos depois, à propriedade do Município ou à do Distrito Federal, se se achar nas respectivas circunscrições.

Por abandono perde-se igualmente a propriedade, ato jurídico informal quando se deixa a coisa materialmente, o ato unilateral em que o titular do domínio se desfaz voluntariamente do seu bem, porque não quer continuar sendo, por vários motivos, seu dono. Por perecimento da coisa, desaparecimento do bem por motivos naturais ou deliberados.

A perda da propriedade também pode dar-se por desapropriação ocasionada pelo poder público, decorrente de necessidade ou utilidade pública ou interesse social, nos termos constitucionais, arts. 5º, XXIV, 182, §§3º e 4º, I, 184, §§ 1º e 5º e nos termos do CCB/2002, art. 1.275, V, 1.228, §3º, 1ª parte. Pode dar-se pelo direito de requisição da propriedade particular, CCB/2002, art. 1.228, §3º, 2ª parte. Ato involuntário por parte de seu titular, onde se manifesta o direito de requisição da propriedade particular pelo poder público: É o ato pelo qual o Estado, em proveito de um interesse público, constitui alguém de modo unilateral e auto executório, na obrigação de prestar-lhe um serviço ou ceder-lhe, transitoriamente, o uso de uma coisa, obrigando-se a indenizar os prejuízos que tal medida, efetivamente acarretar ao obrigado.

Temos ainda a possibilidade de desapropriação judicial fundada na posse pró-labore ou posse de trabalho, nos termos do CCB/2002, art. 1.228, §§ 4º e 5º. É o procedimento pelo qual o poder público, compulsoriamente, por ato unilateral despoja alguém de certo bem, fundado em necessidade pública, utilidade pública ou interesse social, adquirindo-o, mediante prévia e justa indenização, pagável em dinheiro, ou se o sujeito passivo concordar, em títulos de dívida pública, com cláusula de exata correção monetária.

Além dessas modalidades de perda da propriedade, pode-se acrescentar a usucapião, CCB/2002, arts. 1.238 a 1.244, meio de adquirir o domínio para o usucapiente e de perda para o antigo dono do imóvel que negligenciou na defesa de seu direito. A acessão, CCB/2002, arts.1.248 a 1.259, instituto pelo qual se dá a união ou incorporação de uma coisa a outra pertencente a outrem, acarretando aquisição de domínio deste último e perda para o proprietário que sofre as consequências da acessão. Finalmente, o casamento sob o regime de comunhão

universal de bens que, ao constituir a comunhão familiar, ocasiona a perda parcial da propriedade por seu titular em benefício do cônjuge.

3.5. BENS PÚBLICOS

Por sua condição e qualidade de inalienáveis, decorre que os bens, assim gravados, fruam o benefício da impenhorabilidade. Mas, o sentido da inalienabilidade mostra-se em conceito diverso nos bens de uso público e nos bens particulares.

No caso dos bens públicos, revela a insuscetibilidade de apropriação, de que decorre, também, a imprescritibilidade dos bens. Nesta circunstância, a inalienabilidade se funda na afetação do bem ao uso público, por determinação legal. E assim permanecerá enquanto a lei não lhe retirar a qualidade, admitindo a sua apropriação, ou o retirando do uso coletivo.

Nesse sentido, o CCB/2002 dispõe em seu art. 98 ⁴⁸ serem públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; considerados todos os outros particulares, independente da pessoa a que pertencerem.

Logo após, o CCB/2002, em seu art. 99, arrola as espécies de bens públicos pertencentes à sociedade ou a entes de direito público interno:

Art. 99. São bens públicos:

I - os de uso comum do povo, tais como rios, mares, estradas, ruas e praças;

II - os de uso especial, tais como edifícios ou terrenos destinados a serviço ou estabelecimento da administração federal, estadual, territorial ou municipal, inclusive os de suas autarquias;

⁴⁸ Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

III - os dominicais, que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada uma dessas entidades.

Parágrafo único. Não dispondo a lei em contrário, consideram-se dominicais os bens pertencentes às pessoas jurídicas de direito público a que se tenha dado estrutura de direito privado.

O CCB/2002, em seu art. 100 ⁴⁹, dispõe expressamente serem os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar, ou seja, uma inalienabilidade relativa, porquanto alterável *ex vi legis*.

Já os bens públicos dominicais, parcelas do patrimônio de pessoas jurídicas de direito público, por força do art. 101 do CCB/2002 ⁵⁰, podem ser alienados, observadas as exigências legais.

Observe-se que em regra os bens imóveis constantes do registro imobiliário são de natureza privada porquanto poucos são os imóveis públicos registrados, como ressalta Luiz Guilherme Loureiro:

Em regra, os imóveis públicos não ingressam no cadastro imobiliário, pois, segundo a doutrina tradicional, o domínio público não necessita da proteção assegurada pelo registro de imóveis, por não ser objeto de negócios jurídicos particulares, isto é, são inalienáveis, impenhoráveis e imprescritíveis. Para estes autores, a publicidade já é garantida pela norma constitucional ou pela norma legal que os cria, modifica ou extingue. Portanto, não ingressam no registro imobiliário, por exemplo, as ilhas fluviais ou oceânicas, as terras devolutas indispensáveis para a defesa das fronteiras e as terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, que são considerados bens da União (art. 20, II, IV e XI, da Constituição). No entanto, existem situações em que o proprietário perde o direito de dispor, por determinação legal, judicial ou administrativa, sendo a indisponibilidade expressa na restrição do poder de o

⁴⁹ Art. 100. Os bens públicos de uso comum do povo e os de uso especial são inalienáveis, enquanto conservarem a sua qualificação, na forma que a lei determinar.

⁵⁰ Art. 101. Os bens públicos dominicais podem ser alienados, observadas as exigências da lei.

proprietário de dispor da coisa, vendê-la ou onerá-la. Para que tais disposições tenham efeito *erga omnes* quanto a bens imóveis há de ser a indisponibilidade averbada na correspondente matrícula do Registro de Imóveis competente.

No entanto, o Código Civil define como "bens públicos" todos aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno e, portanto, nem todos são facilmente identificáveis pela leitura da Constituição, que só apresenta do rol dos bens públicos originários, mas existem também, segundo a doutrina mais autorizada, os bens públicos de aquisição derivada não estipulados expressamente nas normas constitucionais e legais, como, no caso de imóveis, os provenientes de desapropriação, os permutados com os particulares, os imóveis abandonados, os provenientes de herança jacente, os recebidos dos particulares por atos de liberalidade etc.

Em outras palavras, salvo os terrenos de marinha, as ilhas e alguns outros, a grande maioria dos imóveis de domínio público não possui estrutura ou localização física, ou qualquer sinal exterior que os diferencie dos imóveis privados.

Ademais, a íntima vinculação entre o bem e a destinação de utilidade pública que legitima sua especial disciplina jurídica, em muitos casos, não é perceptível, ou não mais subsiste, o que explica a instalação de milhares de núcleos populacionais informais tanto em imóveis privados, como públicos, levando à edição seguida de leis visando a solução do problema (v.g. Lei n. 13.465/2017, concernente à regularização fundiária urbana). (2019, 571)

Luiz Guilherme Loureiro traz a lume questão complexa relativa à possibilidade da usucapião de bens públicos. Ainda que o art. 102 do CCB/2002 reproduza os termos da Constituição Federal vigente, proibindo a usucapião de imóveis públicos urbanos, art. 183, § 3º, e rurais, art. 191, § 3º, a Lei nº 13.465/2017, que em seu art. 23 a permite no âmbito da Regularização Fundiária Urbana (REURB) ⁵¹, inclusive sem qualquer prazo mínimo de posse, somente vinculado à existência do uso do

⁵¹ Art. 23. A legitimação fundiária constitui forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016.

bem público antes de 22.12.2016. Tal abrangência questionável encontra-se sob exame de sua constitucionalidade no STF em virtude da ADI 5771, distribuída em 01.09.2017, espera deliberação do Excelso Pretório., apresentada pela Procuradoria Geral da República, em cuja peça inicial argui o requerente, dentre vários outros vícios da norma legal, *ipsis litteris*:

Mais um descompasso com o texto constitucional vê-se no art. 23 da Lei 13.465/2017, que cria o instituto da “legitimação fundiária”, definido como “forma originária de aquisição do direito real de propriedade conferido por ato do poder público, exclusivamente no âmbito da Reurb, àquele que detiver em área pública ou possuir em área privada, como sua, unidade imobiliária com destinação urbana, integrante de núcleo urbano informal consolidado existente em 22 de dezembro de 2016”. A fixação desse marco temporal para fins de aquisição de propriedade, desassociado de qualquer exigência de tempo mínimo de ocupação da área ou vinculação de seu uso a moradia, acaba por premiar ocupações clandestinas e ilícitas por parte de ocupantes ilegais de terras e falsificadores de títulos (os chamados “grileiros”) e desmatadores, além de incentivar novas invasões dessa natureza. Se a Constituição exige tais pressupostos para os institutos da usucapião especial urbano e rural (arts. 183 e 191), que cuidam da aquisição apenas de áreas particulares, não parece compatível com o regime constitucional que a “legitimação fundiária”, a envolver aquisição de áreas públicas, possa dispensá-los.

Portanto, a propriedade do bem com seus inúmeros atributos e limitações pode ser transmitida, abandonada ou perdida por seu titular, inclusive pode este vir a ter seu direito de dispor dela cerceado, restringido ou vedado, por vários motivos e disposições tanto legais quanto infralegais, como veremos neste estudo. A indisponibilização da propriedade será analisada em seus vários aspectos e nuances, sendo para fins metodológicos inicialmente dividida nas esferas do direito privado e do direito público. Iniciaremos pelo direito privado, sítio inicial do instituto da indisponibilidade, com suas espécies do direito civil, família, contratual e sucessões, trazendo questões como patrimônio familiar e sucessões e após o direito empresarial no tocante à falência e recuperação judicial e extrajudicial. Após, adentraremos da indisponibilização na esfera do direito público com suas varias searas, administrativa, tributária ou processual, nos tempos hodiernos, muito mais impactantes na propriedade privada do que a esfera privada, de onde se originou.

CAPÍTULO IV

4. A PROPRIEDADE E SUA INDISPONIBILIDADE NA ESFERA PRIVADA

Se a transmissibilidade do bem público em regra é vedada pelo ordenamento, gerando uma indisponibilidade *ope legis*, ainda que mitigada em tempos atuais, como demonstrado na usucapião por meio do REURB previsto na Lei nº 13.465/2017, tal não ocorre com os bens privados ou particulares, que se caracterizam por sua disponibilidade inerente ao próprio instituto, seja transmissibilidade, comunicabilidade ou gravabilidade.

Assim, a inalienabilidade dos bens particulares resulta numa restrição à capacidade civil do indivíduo, em virtude da qual os bens não podem ser cedidos ou transferidos por ele, mesmo que dele titularizado, enquanto dura ou prevalece a qualidade que, por lei ou por vontade da pessoa, de quem se houve a coisa ou o bem, lhe é determinada.

A cláusula de inalienabilidade, imposta pelo testador ou doador, pode ser temporária ou vitalícia. Quando a alienação se cumpre pela cessão, a inalienabilidade toma a feição de inaccessibilidade, ou seja, a não suscetibilidade de ser cedida.

Orlando Gomes, baseado em José Ulpiano P. de Souza, aborda aspectos contraditórios das três teorias sobre a inalienabilidade, incapacidade, obrigação de não fazer, e indisponibilidade da coisa:

A teoria da incapacidade parte da distinção entre a inalienabilidade propriamente dita e a proibição de alienar. A inalienabilidade, segundo Capitant, fere o bem em si próprio, enquanto a proibição de alienar atinge a pessoa do proprietário, não a coisa. A primeira alcança quem quer que seja dono do bem; a segunda, somente o proprietário gravado. Assim, a cláusula de inalienabilidade volta-se diretamente contra a pessoa do proprietário e não contra o bem, que conserva virtualmente a possibilidade de ser alienado. Cria, por conseguinte, uma incapacidade restrita, que hoje se diria falta de legitimidade para dispor do bem. Conquanto engenhosa e elucidativa, a doutrina da incapacidade do proprietário é rejeitada sob o fundamento inarredável de que somente a lei

pode ditar incapacidades, não sendo lícito a quem quer que seja criá-las.

A teoria da obrigação de não fazer parte da distinção entre a indisponibilidade real e a simples proibição de alienar. Estabelecida esta proibição, como encargo imposto a uma transmissão gratuita de bens, quem os recebe contrai a obrigação de não os alienar, empenhando-se numa abstenção. A inexecução implicaria resolução do negócio de disposição, mas, no rigor dos princípios, daria lugar apenas à indenização de perdas e danos. Tal consequência frustraria, porém, o fim da cláusula de inalienabilidade.

Conforme a teoria da indisponibilidade da coisa, a cláusula grava o bem de genuíno ônus real. Adere, por conseguinte, à coisa permitindo que se considere nula sua alienação a qualquer título, por desvio de destinação, tal como ocorre em outras situações nas quais também se manifesta. Contudo, não se trata de ônus real no sentido de direito real da coisa alheia, transferido ou retido por terceiro, mas de um corte, de um aniquilamento do direito de dispor.” (2001, 138)

Assim, a indisponibilização de bens, não sendo direito real de excussão sobre coisa alheia, mas encargo constringendo a transmissão de bens, pode se dar não só a partir de determinação judicial mas também por convenção na esfera do direito privado.

Dentre as indisponibilidades identificam-se as absolutas e as relativas tanto de origem negocial, legal como judicial. Por indisponibilidade absoluta temos aquelas que afetam todo um patrimônio, presente e futuro. Por indisponibilidade relativa temos aquelas que afetam um bem específico ou parcela de um patrimônio. Assim, podemos classificar as cláusulas como:

Absoluta - quando é vedado ao beneficiário a alienação do bem a quem quer que seja. Todavia, poderá ser levantada a restrição, mediante pedido fundamentado ao Juiz, com sub-rogação em outro bem, sobre que pesará o ônus, como veremos em capítulo adiante.

Relativa - quando a alienação é permitida somente a determinadas pessoas ou restritiva apenas a certos bens da herança.

Temporária - visa proibir a transmissão durante certo período de tempo, a exemplo da proibição de vender coisa comum pelo prazo máximo de 5 anos, art. 1.320, §1º, CCB/2002.

Vitalícia - visa proibir a alienação durante toda a vida do beneficiado, o que não implica, porém, inalienabilidade perpétua, que não é abrigada pelo nosso direito, sendo extinta após a sua morte.

Por indisponibilidades negociais temos aquelas estabelecidas, direta ou indiretamente, em face da vontade manifestada em algum negócio jurídico. Já as indisponibilidades judiciais decorrem do poder geral de cautela do magistrado, efetivada no âmbito do processo. Entretanto, como veremos neste estudo, vicejam indisponibilizações patrimoniais não só negociais ou judiciais como extrajudiciais, fundadas em previsões legislativas, a exemplo das cautelares de indisponibilização por tribunais de contas, órgãos administrativos, assim como averbação pré-executória fiscal indisponibilizante, julgada inconstitucional pelo Excelso Pretório como veremos no item 6.5.

Exemplo de indisponibilidade relativa temos na vedação expressa de compra e venda entre cônjuges dos tidos em comunhão, ou seja, um cônjuge não pode vender para o outro sua cota-parte do condomínio familiar fixado pelo regime matrimonial, somente podem transacionar aqueles bens considerados particulares a cada um, seja pelo regime de separação absoluta, legal ou voluntária, ou no parcial dos bens particulares, nos estritos termos do art. 499 do CCB/2002.⁵²

A venda de bens de ascendentes a descendentes também vê-se vinculado à anuência dos demais descendentes e cônjuge, desde que não seja regime de

⁵² Art. 499. É lícita a compra e venda entre cônjuges, com relação a bens excluídos da comunhão.

separação obrigatória, sendo anulável o ato se ajuizado no prazo decadencial de 2 anos, por força dos arts. 496 c/c 179 do CCB/2002.⁵³

Ademais nosso Códex institui indisponibilidade relativa para aquisições de bens pelos responsáveis pela guarda ou administração direta e indireta, como curadorias, tutorias, ou servidores e membros do poder público, *ex vi legis* do art. 497 do CCB/2002.⁵⁴

4.1. INDISPONIBILIDADE NAS DOAÇÕES

O tema da indisponibilidade dos bens por seu titular viceja tanto na seara privada quanto pública, como visto, sendo relevante destacar a possibilidade de sua indisponibilização nas relações contratuais não onerosas, a exemplo das transmissões gratuitas sob a forma de doações.

⁵³ Art. 179. Quando a lei dispuser que determinado ato é anulável, sem estabelecer prazo para pleitear-se a anulação, será este de dois anos, a contar da data da conclusão do ato.

Art. 496. É anulável a venda de ascendente a descendente, salvo se os outros descendentes e o cônjuge do alienante expressamente houverem consentido.

Parágrafo único. Em ambos os casos, dispensa-se o consentimento do cônjuge se o regime de bens for o da separação obrigatória.

⁵⁴ Art. 497. Sob pena de nulidade, não podem ser comprados, ainda que em hasta pública:

I - pelos tutores, curadores, testamenteiros e administradores, os bens confiados à sua guarda ou administração;

II - pelos servidores públicos, em geral, os bens ou direitos da pessoa jurídica a que servirem, ou que estejam sob sua administração direta ou indireta;

III - pelos juízes, secretários de tribunais, arbitradores, peritos e outros serventuários ou auxiliares da justiça, os bens ou direitos sobre que se litigar em tribunal, juízo ou conselho, no lugar onde servirem, ou a que se estender a sua autoridade;

IV - pelos leiloeiros e seus prepostos, os bens de cuja venda estejam encarregados.

Parágrafo único. As proibições deste artigo estendem-se à cessão de crédito.

Art. 498. A proibição contida no inciso III do artigo antecedente, não compreende os casos de compra e venda ou cessão entre co-herdeiros, ou em pagamento de dívida, ou para garantia de bens já pertencentes a pessoas designadas no referido inciso.

O CCB/2002, ao tratar das várias espécies de contratos no Título VI, Capítulo IV – Da doação, com poucas alterações em relação a seu antecessor de 1916, é expresso em seu art. 538 ao conceituar doação:

Art. 538 Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra.

Por meio dessa modalidade de negócio jurídico, o doador transfere de seu patrimônio bens ou vantagens para o donatário, sem qualquer remuneração, ainda que possível a fixação de encargos, ou seja, constitui ato de mera liberalidade, sendo um contrato benévolo, unilateral e gratuito, portanto deve ter interpretação restritiva.

Sua aceitação ou não é requisito essencial a essa modalidade contratual, sendo aceita de forma explícita ou implícita, como fixado no art. 539 do CCB/2002.⁵⁵ O art. 538 do CCB/2002, ao contrário de seu precedente art. 1.165 do CCB/1916⁵⁶, não mais menciona a locução "que os aceita" como no dispositivo anterior. A supressão do termo de aceitação expressa quando de sua conceituação no diploma legal trouxe dúvidas se a aceitação do donatário é ou não requisito essencial do contrato.

Maria Helena Diniz (2005, 482) entende que a aceitação do donatário continua sendo elemento essencial do contrato, pois "a doação não se aperfeiçoará enquanto o beneficiário não manifestar sua intenção de aceitar a doação". Para Carlos Roberto Gonçalves (2009, 255) a aceitação é indispensável para o aperfeiçoamento da doação e pode ser expressa, tácita, presumida ou ficta. Em

⁵⁵ Art. 539. O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita ou não a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo

⁵⁶ Art. 1.165. Considera-se doação o contrato em que uma pessoa, por liberalidade, transfere do seu patrimônio bens ou vantagens para o de outra, que os aceita.

Art. 1.166. O doador pode fixar prazo ao donatário, para declarar se aceita, ou não, a liberalidade. Desde que o donatário, ciente do prazo, não faça dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou, se a doação não for sujeita a encargo.

geral vem expressa no próprio instrumento, a exemplo do donatário comparecer à escritura que formaliza a liberalidade para declarar que aceita o benefício. Mas não é imprescindível que seja manifestada simultaneamente à doação, podendo ocorrer a posteriori.

A aceitação pelo donatário é tácita quando revelada por seu comportamento. Este não declara expressamente que aceita o bem que lhe foi doado, mas, por exemplo, recolhe os tributos devidos, demonstrando, com isso, a sua adesão ao ato do doador; ou, embora não declare aceitar a doação de um veículo, passa a usá-lo e providencia a regularização da documentação, em seu nome.

A aceitação é presumida pelo art. 539 do CCB/2002 quando o doador fixa prazo ao donatário para declarar se aceita, ou não, a liberalidade. Se o donatário, ciente do prazo, não o faça, dentro dele, a declaração, entender-se-á que aceitou. O silêncio atua, nesse caso, como manifestação de vontade. Tal presunção só se aplica às doações puras, que não trazem ônus para o aceitante; não se aplicando, por força do art. 546 ⁵⁷, quando a doação é feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa e o casamento se realiza. A celebração gera a presunção de aceitação, não podendo ser arguida a sua falta.

Por força do art. 543 do CCB/2002 ⁵⁸ ficto é o consentimento para a doação pura ao incapaz, dispensando-se a aceitação. A dispensa protege o interesse desse pois a doação pura só pode beneficiá-lo e tendo em vista ser-lhe impossível de consentir de forma eficaz em razão de sua incapacidade.

Já o art. 544 do CCB/2002 estatui que a doação de ascendente a descendente ou de um cônjuge a outro importa adiantamento no que lhe cabe por

⁵⁷ Art. 546. A doação feita em contemplação de casamento futuro com certa e determinada pessoa, quer pelos nubentes entre si, quer por terceiro a um deles, a ambos, ou aos filhos que, de futuro, houverem um do outro, não pode ser impugnada por falta de aceitação, e só ficará sem efeito se o casamento não se realizar.

⁵⁸ Art. 543. Se o donatário for absolutamente incapaz, dispensa-se a aceitação, desde que se trate de doação pura.

herança. A regra não constava do CCB/1916, que só previa a seus descendentes por ser o regime legal a comunhão universal e não ser o cônjuge herdeiro necessário, e aplica-se às hipóteses em que o cônjuge participa da sucessão do outro na qualidade de herdeiro, em concorrência com os descendentes, na denominada antecipação da legítima, previstas no art. 1.829 do CCB/2002.⁵⁹ Assim, a doação ao cônjuge, assim como aos descendentes, dispondo sobre os bens particulares de cada cônjuge, sob o regime de comunhão parcial, pois sob a comunhão universal o acervo patrimonial é comum em sua plenitude, no que seria ocioso doar; e no de separação obrigatória de bens, o cônjuge não concorre na sucessão.

Portanto, podem ser doados por um cônjuge ao outro; no regime de separação absoluta, convencional ou legal, todos os bens, em virtude da inexistência de bens comuns; no regime da comunhão parcial podem ser doados pelo cônjuge ao outro os bens particulares; no regime da comunhão universal, os excluídos da comunhão, CCB/2002, art. 1.668⁶⁰, já no regime de participação final

⁵⁹ Art. 1.829. A sucessão legítima defere-se na ordem seguinte:

I – aos descendentes, em concorrência com o cônjuge sobrevivente, salvo se casado este com o falecido no regime da comunhão universal, ou no da separação obrigatória de bens (art. 1.640, parágrafo único); ou se, no regime da comunhão parcial, o autor da herança não houver deixado bens particulares;

II – aos ascendentes, em concorrência com o cônjuge;

III – ao cônjuge sobrevivente; IV – aos colaterais.

⁶⁰ Art. 1.668. São excluídos da comunhão:

I – os bens doados ou herdados com a cláusula de incomunicabilidade e os sub-rogados em seu lugar;

II – os bens gravados de fideicomisso e o direito do herdeiro fideicomissário, antes de realizada a condição suspensiva;

III – as dívidas anteriores ao casamento, salvo se provierem de despesas com seus aprestos, ou reverterem em proveito comum;

IV – as doações antenupciais feitas por um dos cônjuges ao outro com a cláusula de incomunicabilidade;

V – os bens referidos nos incisos V a VII do art. 1.659.

dos aquestos os bens próprios de cada cônjuge, excluídos os aquestos, CCB/2002, art. 1.672.⁶¹

O CCB/2002 estabelece regras gerais de indisponibilidade patrimonial a seu titular aplicáveis a doações, fixando limites aos atos de doação, a exemplo dos estatuídos nos arts. 158, 548, 549 e 550 do CCB/2002, em muito semelhantes a seu precursor Códex em seus arts. 106, 1.175, 1.176 e 1.177.⁶²

O art. 158 do CCB/2002, assim como seu antecedente art. 106, presume fraudulentos os negócios de transmissão gratuita de bens, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência. A doação pelo devedor já insolvente, ou por ela reduzido à insolvência, por configurar fraude contra credores

⁶¹ Art. 1.672. No regime de participação final nos aquestos, cada cônjuge possui patrimônio próprio, consoante disposto no artigo seguinte, e lhe cabe, à época da dissolução da sociedade conjugal, direito à metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento.

⁶² CCB/2002 Art. 158. Os negócios de transmissão gratuita de bens ou remissão de dívida, se os praticar o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, ainda quando o ignore, poderão ser anulados pelos credores quirografários, como lesivos dos seus direitos.

§ 1º Igual direito assiste aos credores cuja garantia se tornar insuficiente.

§ 2º Só os credores que já o eram ao tempo daqueles atos podem pleitear a anulação deles.

Art. 548. É nula a doação de todos os bens sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

Art. 549. Nula é também a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

Art. 550. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal.

CCB/1916 Art. 106. Os atos de transmissão gratuita de bens, ou remissão de dívida, quando os pratique o devedor já insolvente, ou por eles reduzido à insolvência, poderão ser anulados pelos credores quirografários como lesivos dos seus direitos.

Parágrafo único. Só os credores, que já o eram ao tempo desses atos, podem pleitear-lhes a anulação

Art. 1.175. É nula a doação de todos os bens, sem reserva de parte, ou renda suficiente para a subsistência do doador.

Art. 1.176. Nula é também a doação quanto à parte que exceder a de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

Art. 1.177. A doação do cônjuge adúltero ao seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até 2 (dois) anos depois de dissolvida a sociedade conjugal (arts. 178, § 7º, VI, e 248, IV).

podendo a sua validade ser impugnada por meio da ação pauliana, sem a necessidade de comprovar conluio (*consilium fraudis*) entre doador e donatário. Somente quem não tem dívidas insolúveis tem a faculdade de fazer liberalidades. A regra busca proteger os credores do doador. Se as dívidas desse superam o ativo, ou seja, o seu patrimônio, caracterizando o estado de insolvência, a doação constitui inaceitável liberalidade realizada com dinheiro alheio.

A limitação à doação universal fixada no art. 548, como em seu predecessor 1.175, impede que o donatário se desfaça do seu patrimônio sem que lhe seja garantido o mínimo para sua subsistência. Não haverá restrição se este tiver alguma fonte de renda ou reservar para si o usufruto dos referidos bens, ou de parcela deles, pois o legislador vedou foi a doação universal (*ornnium bonorum*) sem que o doador conserve o necessário para assegurar a sua sobrevivência.

Para Carlos Roberto Gonçalves (2009, 275), a limitação visa proteger o autor de liberalidade tão ampla, impedindo que, por sua imprevidência, fique reduzido à miséria, bem como a sociedade, evitando que o Estado tenha de amparar mais um carente, não bastando que o donatário se comprometa a assisti-lo, moral e materialmente. A nulidade recai sobre a totalidade dos bens, mesmo que o doador seja rico e a nulidade de uma parte baste para que viva bem. Se forem feitas doações sucessivas, em épocas diferentes, as que não deixaram o doador sem meios para subsistir são válidas, restringindo-se a nulidade sobre aquela que tenha o despojado do restante de seus bens, ou o houver reduzido à privação de meios para viver, sendo doações simultâneas, todas serão nulas.

Ainda que justificável em razão da defesa de princípios como a sobrevivência do indivíduo como fundamento para as limitações à doação universal, tal limitação contradiz o princípio maior da autonomia da vontade dos indivíduos, pois somente esses é que sabem a melhor forma de dispor da sua vida e, conseqüentemente, do seu patrimônio, só sendo lícito limitá-los com o real prejuízo aos outros indivíduos. Entretanto, justifica-se, desde que demonstrada a incapacidade do doador em responder por seus atos, elemento caracterizador da impropriedade da transmissão do patrimônio pelo doador.

Já o art. 549 do CCB/2002 veda a doação inoficiosa, ou seja, a doação que afaste a herança legítima, ao proclamar ser nula a doação quanto à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. Assim, caso exista doação em vida de patrimônio que possa ser herdado, por previsão do CCB/2002, este patrimônio deve ser colacionado da herança, ou seja, deve ser descontado na hora de herdar.

Percebe-se ser tal restrição mais uma interferência na liberdade do indivíduo de dispor de seu patrimônio, trazendo a questão do porque não poder o ascendente dar a maior parte do seu patrimônio para um filho e não a outro? Pode não ser equânime, pode não ser razoável ou moral, pura questão ideológica, mas não se vê razões fundadas para ser ilegal.

Outra vedação à liberdade de dispor de seu patrimônio, fenômeno como vemos muito disseminado em nosso ordenamento, encontra-se no art. 550 do CCB/2002, ao dispor que a doação do cônjuge adúltero a seu cúmplice pode ser anulada pelo outro cônjuge, ou por seus herdeiros necessários, até dois anos depois de dissolvida a sociedade conjugal, Tal proibição teria o propósito de proteger a família e repelir o adultério, que constitui afronta à moral e aos bons costumes. A vedação à doação à concubina ou barregã, ou seja, a proibição em doar para a amante, representa mais uma limitação com o intuito de proteger a família, certamente com mais fundamento que a vedação à doação inoficiosa vista antes, mas ainda merecedor de questionamento se cabe ao Estado tomar a decisão se este valor é que deve ser protegido em detrimento do afeto e relação interindividual existente entre o cônjuge e seu amasio.

Nesse sentido, há de se lembrar de que o patrimônio do indivíduo pertence somente a este e não à família, que as pessoas tomam as condutas segundo seus critérios de satisfação, e que só faz sentido limitar as liberdades individuais se estas estiverem ferindo os direitos inerentes à vida humana, o que não necessariamente condiz com as relações familiares.

Assim, se o indivíduo é autônomo e a concubina ou barregã é quem o faz feliz, certamente as condutas para beneficia-la são as que garantem a maior satisfatividade deste indivíduo. Em seguida, o direito é quem segue a realidade, e

não a realidade que segue o Direito. Portanto, os indivíduos têm amantes já há séculos e não cabe ao Estado interferir nas relações civis, salvo desestruturação social, por fim, se família não é valor a ser albergado por aquele cidadão, o que justificaria a coletividade impor este valor a ele? No que pese a família ser valor extremamente relevante, a autonomia de vida e as liberdades civis também o são, não tendo sentido o estado tentar impor a forma de família que se vive.

Na seara das doações e a indisponibilidade patrimonial tem-se igualmente a questão de o contrato trazer em si a indisponibilização do bem para seu beneficiário, ou seja, a doação com cláusula de inalienabilidade. Ocorre quando o contrato de doação no qual o donatário encontra-se impedido de alienar, de forma onerosa ou gratuita, o bem doado. Por força do art. 1.911 do CCB/2002 ⁶³ a “cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade”. Reforçando o dispositivo tem-se a Súmula 49 do STF que dispõe: “A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens”. Já o parágrafo único do referido artigo 1.911 informa que no caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros.

⁶³ CCB/2002 Art. 1.911. A cláusula de inalienabilidade, imposta aos bens por ato de liberalidade, implica impenhorabilidade e incomunicabilidade.

Parágrafo único. No caso de desapropriação de bens clausulados, ou de sua alienação, por conveniência econômica do donatário ou do herdeiro, mediante autorização judicial, o produto da venda converter-se-á em outros bens, sobre os quais incidirão as restrições apostas aos primeiros.

CCB/1916 Art. 1.676. A cláusula de inalienabilidade temporária, ou vitalícia, imposta aos bens pelos testadores ou doadores, não poderá, em caso algum, salvo os de expropriação por necessidade ou utilidade pública, e de execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis, ser invalidada ou dispensada por atos judiciais de

Art. 1.677. Quando, nas hipóteses do artigo antecedente, se der alienação de bens clausulados, o produto se converterá em outros bens, que ficarão sub-rogados nas obrigações dos primeiros. qualquer espécie, sob pena de nulidade.

O tema da indisponibilização patrimonial por ato de liberalidade tem reflexos variados no direito sucessório no denominado clausulamento como a seguir examinado.

4.2. INDISPONIBILIDADE NO DIREITO DAS SUCESSÕES

A indisponibilização do patrimônio desde há muito viceja no direito, em especial no direito privado com relevo para o direito das sucessões com o clausulamento de atos de transmissão mortis causa ou doação, com disposições legais afetando a legítima, direito à sucessão por força legal, como na testamentária, direito à sucessão por disposição voluntária de seu titular.

No direito romano, pela *Lex Julia de Fundo Dotali et Adulteriis*, proibia-se o marido de alienar o imóvel dotal sem o consentimento da mulher além de outras leis que proibiam a venda de terrenos religiosos ou a venda dos imóveis em litígio.

Segundo Carlos Alberto Dabus Maluf (2018, 18), a cláusula de inalienabilidade no direito romano e no antigo direito funcionava exclusivamente no interesse do gratificado ou da família, embora tenha sido alargado seu domínio de aplicação até a proteção, mesmo, de interesses de terceiros. A proibição de alienar, imposta por um testamento, teve por fim, primitivamente, proteger as famílias contra as prodigalidades ou a má administração de um de seus membros, para o efeito de conservarem os bens do patrimônio familiar. No direito romano, a cláusula de inalienabilidade tinha caráter especial e mui restrito de ser essencialmente pessoal e por isso temporária, após a morte do instituído, a quem ela era feita, o bem tornava-se livre ou alienável.

Para os romanos, o poder de proibir a alienação de um bem derivava do direito de testar livremente, e por isso era certa a sua força obrigatória. A proibição de alienar tinha seu fundamento na Lei das XII Tabuas "*Uti legassit super pecunia tutelave suae rei, ita jus esto*", uso e proteção do dinheiro que ele dispôs em sua própria coisa, é assim o direito de bom ânimo, ou seja, o testador podia dispor de seus bens como bem entendesse, contanto que respeitasse as restrições legais impostas à liberdade de testar.

As desavenças familiares, a prodigalidade ou a perspectiva de dilapidação do patrimônio por má administração engendraram restrições ao direito de propriedade. No direito romano, tais restrições se tornaram obrigatórias por força do conceito do direito de testar livremente. Os romanos reconheceram a imposição dessas medidas restritivas, por vontade do próprio interessado em sua criação, ora para garantir ao beneficiado "contra um espírito de dissipação" ou "uma prodigalidade muito perigosa", ora "contra uma inexperiência em razão da idade".

Conforme Dabus Maluf (2018, 19), os romanos utilizaram-se muito dessa cláusula nos atos a título oneroso e nos atos a título gratuito, ainda que tivesse sua origem em cláusula quase exclusivamente testamentaria, a razão seria não haver no direito romano o instituto das doações entre vivos, com poucas exceções.

Como condição para a validade da cláusula de inalienabilidade tinha-se que devia ela ser inserta em um ato principal; estipulada isoladamente não tinha valor, por faltar-lhe a base necessária para a avaliação das perdas e danos, que constituem, em todas as matérias, a sanção preferida do direito romano (Lei 61, Liv. 2, Tít. 14, de pactis)

José Ulpiano Pinto de Souza mostrava, como principal exemplo da proibição de alienar, o pacto de preferência, inserto pelo vendedor em contrato a título oneroso:

O comprador se obriga, caso queira revender o bem adquirido, a revende-lo, de preferência a seu vendedor ou à pessoa por este designada, de sorte que não poderá validamente alienar a um terceiro senão no caso de recusa do beneficiário de prevalecer-se do direito concedido, conforme a Lei 75, D., Liv. 18, Tít. 10"14.. (1910, 40)

A proibição de alienar imposta por um testamento tinha por fim, originariamente, proteger as famílias contra as prodigalidades ou a má administração de um de seus membros, para o efeito de conservarem os bens do patrimônio familiar. Assim, a cláusula de inalienabilidade tinha o caráter especial e muito restrito de ser essencialmente pessoal e por isso temporária: após a morte do instituído a quem ela era instituída, o bem se tornava livre ou alienável.

Influenciado pelo direito romano, o direito luso-brasileiro antigo abrigou as restrições ao direito de propriedade sob a mesma *ratio*: proteção da família. *Ab initio*, o ordenamento reinol estatuiu a inalienabilidade relativa, Ordenações, Livro 4.º, Título 11 ⁶⁴, sendo que a inalienabilidade absoluta inexistia no direito antigo português e era considerada nula e como não escrita.

O Decreto nº 1.839, de 31.12.1907 ⁶⁵, conhecido como Lei Feliciano Pena, que “Regula o deferimento da herança no caso da successão ab intestato”, em seu art. 3º alterou profundamente o direito de inalienabilidade dos bens particulares, ao estabelecer a inalienabilidade provisória ou absoluta. Aberta estava, pois, a possibilidade de se restringir a alienação da propriedade de forma vitalícia.

⁶⁴ "Titulo 11. Cada um poderá vender a sua cousa a quem quizer, e pelo melhor preço que puder e não será obrigado vendel-a a seu irmão, nem a outro parente, nem poderão dizer que a querem tanto por tanto. Nem poderão os filhos, nem outros descendentes desfazer a venda, e haver a cousa tanto por tanto, por dizerem que foi de seu avoengo.

"§ 1.º. Porém, se o testador em seu testamento deixar sua herança, ou legado a alguma pessoa, mandando que o não possa vender, nem emalhear, senão a algum seu irmão ou parente mais chegado, cumprir-se-há o que pelo testador for mandado.

§2º. E bem assim, se algum deu, ou vendeu alguma cousa sua a outrem, com condição que não a possa vender, nem alienar, senão a seu irmão, ou a outra certa pessoa, fazendo-se a emalheação em outra maneira, será nenhuma e de nenhum efeito".

⁶⁵ Art. 1º Na falta de descendentes e ascendentes, defere-se a successão ab intestato ao conjugue sobrevivente, si ao tempo da morte do outro não estavam desquitados; na falta deste, aos collateraes até ao sexto gráo por direito civil; na falta destes, aos Estados, ao Districto Federal, si o de cujus for domiciliado nas respectivas circumscripções, ou á União, si tiver o domicilio em territorio não incorporado a qualquer dellas.

Art. 2º O testador que tiver descendente ou ascendente succesivel só poderá dispor de metade do seus bens, constituindo a outra metade a legitima daquelles, observada a ordem legal.

Art. 3º O direito dos herdeiros, mencionados no artigo precedente, não impede que o testador determine que sejam convertidos em outras especies os bens que constituirem a legitima, prescrevalhes a incommunicabilidade, attribua á mulher herdeira a livre administração, estabeleça as condições de inalienabilidade temporaria ou vitalicia, a qual não prejudicará a livre disposição testamentaria e, na falta desta, a transferencia dos bens aos herdeiros legitimos, desembaraçados de qualquer onus.

O dispositivo foi a posteriori alterado pelo art. 1.723 do CCB/1916⁶⁶, atual art. 1.848 do Codex vigente.⁶⁷

A Lei Feliciano Pena reduziu o conteúdo da legítima de 2/3 para metade e admitiu a incidência de gravames na legítima. O CCB/2002, em sentido oposto, deu maior proteção à cota reservatária, a legítima, não admitindo a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa, art. 1.848, § 1º⁶⁸, como o admitia o CCB/1916 em seu art. 1.723.

Orlando Gomes fazia ácida crítica à possibilidade de conversão dos bens da legítima, nos seguintes termos:

Não obstante o direito reconhecido dos herdeiros legitimários, autoriza a lei a conversão dos bens da legítima em outras espécies. Com esta permissão absurda, abandonou-se o princípio tradicional de que a legítima é uma quota legalmente reservada sobre os mesmos bens do espólio. Diz-se, entretanto, que não está sacrificado porque se tem de considerar não a natureza dos bens, mas o seu valor. Seria dívida, por conseguinte, em qualquer espécie, não sendo de sua essência o recolhimento in natura.

Admite-se, em consequência, que, ao testar, determine o ascendente sejam convertidos em imóveis os bens móveis, ou vice versa, uns ou outros em títulos de crédito, e assim por diante. É pacífico que a conversão se consente em bens de

66 Art. 1.723. Não obstante o direito reconhecido aos descendentes e ascendentes no art. 1.721, pode o testador determinar a conversão dos bens da legítima em outras espécies, prescrever-lhes a incomunicabilidade, confiá-los à livre administração da mulher herdeira, e estabelecer-lhes condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia. A cláusula de inalienabilidade, entretanto, não obstará a livre disposição dos bens por testamento e, em falta deste, à sua transmissão, desembaraçados de qualquer ônus, aos herdeiros legítimos. (Redação dada pelo Decreto do Poder Legislativo nº 3.725, de 15.1.1919)

67 Art. 1.848. Salvo se houver justa causa, declarada no testamento, não pode o testador estabelecer cláusula de inalienabilidade, impenhorabilidade, e de incomunicabilidade, sobre os bens da legítima

§ 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros.

68 Art. 1848§ 1o Não é permitido ao testador estabelecer a conversão dos bens da legítima em outros de espécie diversa.

diferentes ou diversas espécies. A conversão somente se faz após a partilha, pois, doutro modo, não se pode determinar a parte conversível. (2001, 143)

A sub-rogação dos gravames em outros bens prevista no art. 1677, do CCB/1916, e hoje mantida no art. 1.848, § 2º, do CCB/2002 ⁶⁹ depende de expressa autorização judicial.

Julio Soares Neto (2004) pondera que a jurisprudência não tem admitido a cláusula testamentária de vedação à sub-rogação. Caso haja extrema valorização do bem gravado, como acontece com ações de uma sociedade anônima, o gravame permanece incidindo sobre todo o bem. Admite-se a sub-rogação de gravame incidente em bem particular de um cônjuge, em outro, de propriedade do casal.

Ademais, o atual Codex não mais previu, como existia no art. 1.723 do CCB/1916, a possibilidade da livre administração dos bens da legítima pela mulher herdeira. Essa cláusula, em regra, vinha acompanhada da incomunicabilidade, sendo utilizada para tornar ineficaz eventual cláusula contida em pacto antenupcial, no sentido de que o marido teria a livre administração dos bens da mulher. A realidade da igualdade entre os cônjuges não permite mais tal distinção.

No tocante ao usufruto dos bens, mostra-se controvertido o entendimento de que a inalienabilidade se estende aos frutos e rendimentos, ainda quando houver expressa manifestação do testador neste sentido, podendo ou não se aplicar o art. 834 do CPC.⁷⁰

Nesse sentido, assim se expressa Caio Mário da Silva Pereira:

⁶⁹ Art. 1.677. Quando, nas hipóteses do artigo antecedente, se der alienação de bens clausulados, o produto se converterá em outros bens, que ficarão sub-rogados nas obrigações dos primeiros.

Art. 1.848, § 2º Mediante autorização judicial e havendo justa causa, podem ser alienados os bens gravados, convertendo-se o produto em outros bens, que ficarão sub-rogados nos ônus dos primeiros.

⁷⁰ Art. 834. Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e os rendimentos dos bens inalienáveis

Mas não se considera viável que a inalienabilidade abranja igualmente os frutos e rendimentos, porque, neste caso, o direito do herdeiro ou legatário seria nada; faltar-lhe-ia disponibilidade juntamente com o aproveitamento de seus créditos. Uma cláusula gravando a herança de inalienabilidade e impenhorabilidade, com extensão dos rendimentos, somente pode interpretar-se com o entendimento que a extensibilidade prevista é relativa apenas à impenhorabilidade, restando os bens inalienáveis, mas disponíveis os frutos e rendimentos, salvo os ainda não percebidos. (2009, 241)

Além de estar implícita na cláusula de inalienabilidade, a impenhorabilidade também pode ser estipulada isoladamente, como leciona Ana Luiza Maia Nevares:

Imposta de forma autônoma, terá efeito próprio e de menor abrangência do que aquele oriundo da cláusula de inalienabilidade, determinando que os bens gravados serão insuscetíveis de penhora pelos credores do beneficiado. Poderão ser alienados livremente, através de procedimento de sub-rogação de gravame, que apenas verificará a equivalência ou superioridade do valor do bem a ser permutado ou do preço da compra e venda, no qual ficará sub-rogada a cláusula, não cabendo qualquer análise quanto aos motivos da disposição do bem (2001, 216)

Julio Soares Neto (2004), com esteio na doutrina de Amílcar de Castro, defende não se estender a inalienabilidade aos frutos e rendimentos, podendo esses serem penhorados. Quanto à cláusula de impenhorabilidade também deve conter vedação expressa à penhora, para que não incida a norma processual. Os valores mobiliários de uma sociedade anônima também podem ser clausulados com gravames de inalienabilidade, usufruto, fideicomisso e isso é muito comum quando o patrimônio mobilizado do testador é superior ao imobilizado.

O bem inalienável pode ser dado em usufruto, uso e habitação ou ainda ser desapropriado, todavia, não pode ser usucapido.

Desde há muito que o legislador, a jurisprudência e a doutrina se defrontam ante direitos por vezes conflitantes: os do autor da herança e os de seus herdeiros. Feliciano Pena, autor do projeto que originou o Dec. 1.839/1907, primeiro diploma legal a introduzir em nosso ordenamento norma disciplinando o clausulamento testamentário, pós Ordenações Filipinas, ao justificá-la, assinalou que se tratava de

uma providência a que os testadores recorreriam nos casos em que o seu conhecimento profundo das condições dos herdeiros determinasse a necessidade ou conveniência da adoção das restrições. Esta linha de pensamento, originária do direito romano, prevaleceu para o estabelecimento das conhecidas cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade, incomunicabilidade ou ingravabilidade.

Como assinala Dabus Maluf (2018, 18), a cláusula de inalienabilidade no direito romano e no antigo direito funcionava exclusivamente no interesse do gratificado ou da família, embora se tenha alargado seu domínio de aplicação até a proteção, mesmo, de interesses de terceiros. A proibição de alienar, imposta por um testamento, teve por fim, primitivamente, proteger as famílias contra as prodigalidades ou a má administração de um de seus membros, para o efeito de conservarem os bens do patrimônio familiar. Assim, no direito romano, a cláusula de inalienabilidade tinha caráter especial e mui restrito de ser essencialmente pessoal e por isso temporária, após a morte do instituído, a quem ela era feita, o bem se tornava livre ou alienável.

Como visto, nas desavenças familiares, na prodigalidade ou na perspectiva de dilapidação do patrimônio por má administração originaram restrições ao direito de propriedade decorrente do direito sucessório. Registre-se que, no direito romano, tais restrições se tornaram obrigatórias por força do conceito do direito de testar livremente, ou seja, o testador podia dispor de seus bens como bem entendesse. Influenciado pelo direito romano, o direito luso-brasileiro antigo abrigou as restrições ao direito de propriedade sob a mesma *ratio*: proteção da família.

Questão polêmica advinda da vigência da Lei Feliciano Pena dizia e diz respeito ao fato de ser necessário ou não que o testador justificasse as restrições impostas à propriedade, motivo de polêmica até nossos dias, como veremos.

Parcela da doutrina, a exemplo de José Ulpiano (1910, 89), entendia que o testador poderia determinar a conversão dos bens legitimados ou a incomunicabilidade, sem a necessidade de justificativa. O mesmo, contudo, não podia ocorrer com o estabelecimento da inalienabilidade, pois esta só seria válida e eficaz se o testador declarasse a causa e condições que o motivaram à sua imposição.

José Ulpiano ao interpretar a mesma Lei 1.839/1907, questionava o significado da expressão “condições”, no art. 3º da referida lei, “estabeleça as condições de inalienabilidade temporária ou vitalícia?”: teria um significado técnico jurídico de “acontecimentos futuros e incertos”, ou assumiria um sentido genérico de “circunstâncias, caracteres, qualidades, requisitos, motivos, causas etc.?”.

Mas todos estes significados se afastam do sentido rigoroso ou técnico em que a condição é definida como um acontecimento futuro e incerto do qual depende a eficácia ou a resolução da obrigação, verificando-se ele ou não; condição neste sentido é já *quod condit*, isto é, o que funda, o que constitui um ato jurídico. E visível que o art. 3º da Lei n. 1.839, de 1907, não empregou a palavra condições no sentido rigoroso ou técnico, mas em sentido diferente, à maneira dos casos supra referidos, onde a palavra condição não está sujeita a uma ideia precisa.

Somente aí é que a lei emprega a palavra condições, não o fazendo quando faculta a convertibilidade, ou a incomunicabilidade, ou a exclusiva administração da mulher herdeira. Parece que não pode ter outro significado diverso do seguinte: circunstâncias, causas, motivos, hipóteses, porque a figura jurídica encargo está implícita em todas as cláusulas nele facultadas,

A lei, aí, quer dizer que o ascendente determinará os motivos, as circunstâncias, as hipóteses ou, em suma, a causa pela qual o descendente terá a faculdade de alienar os bens herdados ou fora da qual não poderá aliená-los temporária ou vitaliciamente.

Mas, daquele notado procedimento do legislador, ao facultar as diversas cláusulas mencionadas nesse art. 30, é forçosa a seguinte conclusão: o ascendente, para determinar a conversão dos bens legítimos em outras espécies, para prescrever a sua incomunicabilidade, para atribuir à mulher herdeira a sua livre administração, basta-lhe manifestar a sua vontade, sem expressar os motivos, as hipóteses as circunstâncias, ou as condições, ou causa porque o faz; mas, para estabelecer a sua inalienabilidade, precisa expressar os motivos, as circunstâncias, as hipóteses, ou as condições, ou a causa porque a estabelece. De modo que, se o testador limitar-se a estabelecer puramente que os bens legítimos serão inalienáveis, sem expressar os seus motivos ou condições, ou melhor, a sua causa, arrisca-se à impugnação da validade de sua cláusula, diante dessa interpretação restrita. (1910, 90)

A palavra condição é daquelas que, no uso jurídico, pronunciam-se muito frequentemente sem ater-se a uma ideia precisa e por isso têm muitas significações. Às vezes é adotada para significar um requisito essencial a qualquer fato jurídico, por exemplo, quando se diz: o consentimento é condição essencial do contrato; o decurso do tempo é condição essencial da prescrição. Outras vezes significa cláusula ou pacto pelo qual uma parte estipula certas vantagens, ou impõe alguns ônus à outra parte. Podendo significar estado ou qualidade da pessoa, como a condição de pai de família, de eleitor etc... Há casos também em que condição equivale à causa final, como no caso de doação com encargos a exemplo de manutenção de entidade benemérita.

Entretanto, este último pensamento nunca prevaleceu em nosso direito, pois jamais se exigiu do testador que assim agisse, já que ele justificasse seu ato se quisesse e, não o fazendo, nulidade alguma acarretaria para o testamento.

Todavia, o advento do CCB/2002 alterou o *status quo*. Indubitavelmente a legítima do monte herdável veio a ser consideravelmente reforçada com o CCB/2002. Contrariando a doutrina e a jurisprudência majoritária, firmada sob o pálio do CCB/1916, o art. 1.848 do Codex exige expressamente a motivação: “*Salvo se houver justa causa, declarada no testamento,...*”

Assim, os bens que alguém venha a deixar a seus descendentes, outros parentes, ou estranhos, por força de sucessão legítima ou disposição testamentária, poderão ser gravados de cláusulas restritivas com a finalidade de impossibilitar sua alienação, penhora, sequestro e comunicação, desde que devidamente justificada no tocante à cota reservatária.

Soares Neto assinala tratar-se de cláusula geral a ser integrada pelo magistrado, pois não há parâmetros para se saber o que é justo ou não.

Se a mãe clausula a legítima do filho alcoólatra por temer que este torre o imóvel em bebida, tal ato é razoável; mas se o filho tornar-se crente e abstinente, deverá o juiz desconsiderar o gravame, a meu visto. (2004)

A questão da possibilidade de cancelamento pelo herdeiro da cláusula de indisponibilidade fixada por testamento ainda é motivo de interpretações várias pela doutrina e em especial pela jurisprudência, desde que plenamente justificada.

Exemplo paradigmático do dissídio quanto à possibilidade do cancelamento de clausulamento testamentário podemos encontrar no acórdão emitido na apreciação do Resp 1.422.946 – MG pela 3ª Turma do STJ:

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. CLÁUSULA DE INCOMUNICABILIDADE. PEDIDO DE CANCELAMENTO. 1 - Pedido de cancelamento de cláusula de inalienabilidade incidente sobre imóvel recebido pelo recorrente na condição de herdeiro. 2 - Necessidade de interpretação da regra do art. 1576 do CC/16 com ressalvas, devendo ser admitido o cancelamento da cláusula de inalienabilidade nas hipóteses em que a restrição, no lugar de cumprir sua função de garantia de patrimônio aos descendentes, representar lesão aos seus legítimos interesses. 3 - Doutrina e jurisprudência acerca do tema. 4 - Recurso especial provido por maioria, vencida a relatora. (STJ - REsp: 1422946-MG 2013/0398709-1, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 25/11/2014, T3 - TERCEIRA Turma., Data de Publicação: DJe 05/02/2015)

No Resp 1.422.946-MG, o recorrente era proprietário de imóvel, com área parcialmente tombada pelo patrimônio histórico-cultural, recebido por meio de testamento, lavrado em 03.08.1971, de seus genitores, já falecidos, gravado com cláusula de inalienabilidade vitalícia, impenhorabilidade de frutos e rendimentos, e incomunicabilidade. O pleito de cancelamento do clausulamento, contido em testamento lavrado sob a égide do CCB/1916, foi acolhido pelo juízo de primeiro grau quanto à área tombada “tendo em vista o interesse público justificado pela iminente necessidade de preservação do bem ali edificado e tombado”, sendo rejeitado para o restante do imóvel.

Em nível de apelação no TJMG teve o recurso não acolhido pois:

A mera conveniência econômica do apelante não justifica o cancelamento da cláusula de inalienabilidade imposta pelos seus genitores quando da transmissão do seu patrimônio aos herdeiros.

Em nível de recurso especial junto ao STJ, foram apresentadas as seguintes razões justificantes para a revogação do clausulamento do bem herdado:

O recorrente defende a necessidade de revogação da cláusula de inalienabilidade sobre a totalidade do imóvel, sustentando que: violação dos arts. 1.848 e 1.911 do CC/02; e 1.676 do CC/16, bem como dissídio jurisprudencial:

a) as cláusulas restritivas impostas por seus genitores somente se justificariam, atualmente, se fosse para assegurar o bem-estar da família, para impedir a dilapidação de bens, evitando que a disposição do bem de maneira indiscriminada;

b) é aposentado, com renda que lhe permite uma vida confortável com sua família, não podendo tê-la comprometida para arcar com as despesas de um imóvel em outro estado, que hoje só lhe traz prejuízos;

c) há inconveniência na privação dos herdeiros em dispor da coisa que lhes pertence, por interesse do testador, retirando do comércio o bem clausulado e contrariando o interesse social de circulação de riquezas;

d) deve ser admitida a retirada dos gravames, sem a necessidade de sub-rogação de outro imóvel, quando não houver justa causa que justifique a sua manutenção, devendo-se levar em conta o princípio da função social da propriedade, da dignidade humana e da livre disposição de bens. (STJ - REsp: 1422946-MG 2013/0398709-1, Relator: Ministra Nancy Andrlghi, Data de Julgamento:25/11/2014, T3 -TERCEIRA Turma., Data de Publicação: DJe 05/02/2015)

A relatora, Ministra Nancy Andrigli, ao examinar o pleito negou provimento ao recurso especial em razão de não vislumbrar dissenso jurisprudencial tampouco a ocorrência de ofensa aos arts 1.676 do CCB/1916, 1.848 e 1.911 do CCB/2002, uma vez que, para o levantamento do gravame, exige-se a presença de justa causa, não servindo para isso o uso de argumento acerca da mera conveniência econômica do herdeiro, e ainda, de que, na hipótese, o recorrente sequer manifestou intenção de promover a sub-rogação do imóvel, nos termos do art. 1911, p único do CCB/2002.

O ministro Paulo de Tarso Sanseverino inaugurou a divergência, a fim de dar provimento ao apelo extremo para julgar procedente o pedido e autorizar a extinção do gravame sobre toda a área, conforme requerido na petição inicial, e não apenas da área tombada, sob os seguintes fundamentos:

- a) o STJ já se manifestou acerca da necessidade de se interpretar a regra do art. 1.676 do Código Civil de 1916 com ressalvas, admitindo o cancelamento da cláusula de inalienabilidade nas hipóteses em que a restrição, no lugar de cumprir sua função de garantia de patrimônio aos descendentes, representar lesão aos seus legítimos interesses;
- b) a cláusula de inalienabilidade representa uma severa restrição ao direito de propriedade, pois impede que o proprietário exerça um dos poderes inerentes ao domínio: o de dispor livremente do bem;
- c) os pais do recorrente impuseram a cláusula da inalienabilidade vitalícia a todos os bens integrantes da herança, de forma irrestrita, motivo pelo qual não há falar que a sua intenção foi resguardar especificamente o prédio denominado "Castelinho", de inegável valor histórico local, mas, sim, de proteger pura e simplesmente o patrimônio de sua prole, sem que houvesse, ao menos em princípio, um motivo específico para tanto;
- d) consoante aludido pelo recorrente, suas irmãs Rosinha de Queiroz Gonzaga e Magda Furtado de Queiroz já obtiveram, pelos mesmos fundamentos, o cancelamento da cláusula de inalienabilidade resultante da herança dos mesmos genitores para outros imóveis. (STJ - REsp: 1422946-MG 2013/0398709-1, Relatora: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 25/11/2014, T3 -TERCEIRA Turma., Data de Publicação: DJe 05/02/2015)

O Ministro em seu voto divergente menciona jurisprudência do mesmo STJ, REsp 303424/GO, REsp 89792/MG e REsp 10020/SP, no sentido da necessidade de se interpretar a regra do art. 1.676 do CCB/1916 com ressalvas, admitindo-se o cancelamento da cláusula de inalienabilidade quando a restrição, ao invés de cumprir sua função de garantia de patrimônio aos descendentes, representar lesão aos seus legítimos interesses.

No mesmo sentido posicionou-se o Ministro João Otávio de Noronha, arguindo ter-se a área restante se tornado imprestável, pois, desapropriada a sede onde consta edificado o imóvel tombado, a manutenção da cláusula constitui-se em uma efetiva penalidade ao proprietário, que não pode a ela sequer dar a função social e econômica.

Tendo sido verificado empate na votação da Turma foi designado para desempate o Ministro Marco Buzzi, que acompanhou a divergência no que tange à exclusão da cláusula de inalienabilidade do restante da área do terreno além do já autorizado edifício tombado, pois se assim não ocorresse dar-se-ia a perda das características que mais valorizavam o imóvel assim como sensível diminuição da possibilidade real de utilização econômica com a locação da área, pois o remanescente do terreno não abrigava qualquer prédio para locar ou auferir rendas periódicas, havendo justificação econômica. Ressalta que os genitores do insurgente, por meio de testamento lavrado, promoveram a partilha da herança entre sete herdeiros, tendo gravado todos os bens que constituíram a herança com cláusulas de inalienabilidade vitalícia, de impenhorabilidade de seus frutos e rendimentos e de incomunicabilidade, demonstrando não terem o objetivo de preservar o viés histórico dos bens transmitidos, mas exclusivamente garantir a incomunicabilidade patrimonial do acervo. Todavia, identifica-se a indisponibilidade reduziriam as possibilidades de obtenção de rendas, somada ao alto custo de manutenção do bem, peculiaridades que importariam em verdadeira desconstrução da própria proteção que o testamenteiro instituidor da restrição objetivou estabelecer a bem dos beneficiários da transmissão.

No CCB/1916, lei revogada, mas que regeu a constituição de grande parte das cláusulas restritivas que ainda hoje vigoram, a instituição dos gravames de inalienabilidade, incomunicabilidade, impenhorabilidade, pelo testador, decorria simplesmente de seu íntimo, independente de qualquer motivação expressa. Apenas em duas hipóteses (expropriação por necessidade ou utilidade pública e execução por dívidas provenientes de impostos relativos aos respectivos imóveis) é que sua vontade não era respeitada. Assim, uma vez imposto o gravame, o herdeiro deveria conviver com a cláusula pelo período estabelecido até o fim de sua vida.

Tal prerrogativa foi abrandada pelo CCB/2002 ao exigir a justa causa para o clausulamento testamentário da legítima, facultada sua sub-rogação em outros bens, desde que devidamente motivada e por autorização judicial. No que o relator de desempate menciona haver na petição inicial pedido subsidiário no qual o autor pleiteava a liberação do gravame para a alienação do imóvel com o compromisso da

sub-rogação da cláusula de inalienabilidade para outro bem. Ademais, ressalta o relator, tais gravames sobre a propriedade devem ser respeitados até o final da vida do herdeiro, porquanto a função social dessa cláusula é uma só: proteger os beneficiários e seus interesses.

Todavia, como menciona o relator, ocorrem situações em que a restrição imposta por tais cláusulas acaba por criar grande dificuldade para aqueles que receberam os bens clausulados, desvirtuando a intenção inicial dos testadores, acabando por prejudicar os herdeiros por não poderem dispor livremente do patrimônio recebido. Hipótese na qual o relator entendeu se encaixar a causa em exame. Observa que o Município de Conselheiro Lafaiete, por duas vezes, teria intentado ações de desapropriação em virtude de o insurgente não ter conseguido honrar com a política de proteção ao patrimônio histórico-cultural, ainda que desistido das demandas, denotando o alto custo de manutenção do imóvel, inclusive tributário, não tendo o proprietário interesse em construir, tampouco poderio financeiro para tanto, afrontando o princípio da razoabilidade. Conclui o relator:

Assim, a cláusula imposta pelos genitores do recorrente - que, em vez de proteger o herdeiro, apresenta-se como fator de lesividade aos seus interesses - por impossibilitar qualquer aproveitamento do patrimônio imobiliário - descumpra o ditame máximo da função social da propriedade (artigo 5º, inciso XXIII, da CF), uma vez afastada a sua utilidade ante a inviabilidade de sua comercialização e consequente geração de riqueza, deixando de proporcionar para o ora insurgente e para toda a coletividade a sua necessária destinação social e econômica.

Desta forma, não apenas nas hipóteses em que verificada a iminente necessidade financeira do herdeiro é de se baixar o gravame sobre a propriedade, mas também, e principalmente, quando esta, em virtude da cláusula restritiva, não contribuir para o desenvolvimento de seu proprietário, ou da coletividade, exatamente como é o caso ora em questão na qual se verifica que a manutenção do gravame ocasiona um verdadeiro paradoxo/contradição entre a finalidade objetivada com a instituição da restrição e o efetivo proveito conferido ao beneficiário, além de ensejar a violação aos princípios da função social da propriedade e da razoabilidade. (STJ - REsp: 1422946-MG 2013/0398709-1, Relator: Ministra Nancy Andrighi, Data de Julgamento: 25/11/2014, T3 -TERCEIRA Turma., Data de Publicação: DJe 05/02/2015)

Assim, o relator de desempate acompanhou a divergência inaugurada pelo Ministro Paulo de Tarso Sanseverino para dar provimento ao recurso especial e julgar integralmente procedente o pedido inicial, a fim de autorizar a extinção do gravame de todo o imóvel.

Estas mesmas restrições podem ser estabelecidas nos atos de doação, quer por adiantamento de legítima, quer por mera liberalidade, devendo tais gravames, dada sua importância e repercussão no mundo dos negócios, serem averbados nas circunscrições imobiliárias a que pertencem os imóveis, na forma prescrita na Lei de Registros Públicos, art. 167, II, 1.⁷¹

A inserção de cláusulas de inalienabilidade, incomunicabilidade e impenhorabilidade, que pode incidir na disponível, bem como na legítima quando houver justa causa, é denominada de deserdação *bona mente*, bastante criticada pela doutrina de Orlando Gomes, que defendia a legitimidade apenas da cláusula de incomunicabilidade, por não ser prejudicial ao herdeiro e nem tirar o bem do comércio, não atingindo a economia e a circulação de riquezas. Cláusula cominatória, na modalidade de cláusula de decadência, conforme define Orlando Gomes:

A cláusula cominatória, na sua modalidade de cláusula de decadência, é a determinação acessória de uma disposição testamentária pela qual o testador priva o herdeiro, ou o legatário, do direito a ele atribuído, se impugnar o testamento, pretendendo anulá-lo.

É válida em relação às liberalidades, que podem deixar de ser feitas, como acontece em relação aos bens disponíveis de testador com herdeiros necessários. Se é livre para dispor desses bens, livre deve ser para privar da liberalidade o herdeiro, assim instituído, que impugne o testamento. Se

71 Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos....

II - a averbação: ...

11) das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade impostas a imóveis, bem como da constituição de fideicomisso;

impede entretanto o exercício de um direito derivado de norma de ordem pública, a cláusula é nula. Não vale desse modo a disposição destinada a privar o herdeiro legítimo da quota hereditária que lhe pertence de pleno direito.

Tem-se por ineficaz a cláusula de decadência destinada a salvar disposições testamentárias defesas em lei, como as que contemplam pessoas incapazes de suceder. (2001:127)

Pela cláusula socino, uma espécie de cláusula penal, o testador pode estabelecer que o herdeiro necessário não venda bens constantes da legítima, sob pena de sofrer desconto equivalente na parte disponível.

Soares Neto (2004) esclarece que a jurisprudência tem admitido a extensão dos gravames de inalienabilidade, prevista no art. 1.911, que englobou a incomunicabilidade e a impenhorabilidade, em relação à herança recebida por representação, todavia o autor entende que tal previsão só será válida se prevista no testamento, que deverá conter a necessária motivação.

No tocante à extensão da inalienabilidade, predomina o entendimento de que a inalienabilidade se estende aos frutos e rendimentos quando haja expressa manifestação do testador neste sentido, não se aplicando o art. 650, I, do CPC.⁷²

Soares Neto (2004), seguindo a doutrina de Amílcar de Castro, defende não se estender a inalienabilidade aos frutos e rendimentos, podendo esses serem penhorados. A cláusula de impenhorabilidade também deve conter vedação expressa à penhora, para que não incida a norma processual. Os valores mobiliários de uma Sociedade Anônima também podem ser clausulados com gravames de inalienabilidade, usufruto, fideicomisso e isso é muito comum quando o patrimônio mobilizado do testador é superior ao imobilizado. A jurisprudência admite que o herdeiro, antes de materializado seu quinhão pela partilha, ofereça bens próprios para sobre eles recair cláusula restritiva, ficando livre assim o bem herdado.

72 Art. 650. Podem ser penhorados, à falta de outros bens:

I - os frutos e os rendimentos dos bens inalienáveis, salvo se destinados a alimentos de incapazes, bem como de mulher viúva, solteira, desquitada, ou de pessoas idosas;

Para ter eficácia erga omnes, o clausulamento é essencial o conhecimento pelo tabelião e pelo registrador das possibilidades de restrição da disponibilidade do patrimônio pelo autor em termos de cláusulas testamentárias.

O testamento público é ato extremamente formal, só perdendo para o casamento, mas em certos aspectos a rigidez do sistema cede diante de características próprias do instituto.

Ao notário não é dada a tarefa de verificar se o testador é ou não proprietário dos bens testados, o que não ocorre com uma simples compra e venda ou doação, cuja eficácia é imediata, habilitando o beneficiário a transmitir o domínio quando de seu registro, exceto se o instrumento dispor expressamente em contrário. O contemplado com a deixa somente a receberá se o testador for, ou vier a ser, o titular do domínio, nada impedindo de ser a disposição ineficaz, se houver superveniente alienação.

O CCB/2002 em seu art. 2.014 ⁷³ admite que o testador possa indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha. Igualmente, não é atribuição do notário averiguar se as deixas testamentárias invadem ou não a legítima.

Soares Neto (2004) observa que o registrador imobiliário, em seu exame de legalidade de instrumentos de doação, por antecipação da legítima, deve se restringir ao exame formal evitando adentrar em questões de alta indagação, como o respeito à parcela reservatária de outros herdeiros, fato referente exclusivamente ao interesse dos titulares desses direitos subjetivos.

No mesmo sentido, Soares Neto (2004) observa que os formais de partilha, representando grande parte dos títulos inscritos no Registro de Imóveis, são documentos complexos que devem ser examinados com cautela, já que envolvem

73 Art. 2.014. Pode o testador indicar os bens e valores que devem compor os quinhões hereditários, deliberando ele próprio a partilha, que prevalecerá, salvo se o valor dos bens não corresponder às quotas estabelecidas.

questões de sucessão hereditária, com o cumprimento de intrincados testamentos, além dos aspectos tributários e registrais de praxe.

O registrador deve lastrear e entender como foi realizada a sucessão, se por cabeça ou estirpe, a ordem de vocação hereditária, se as cláusulas testamentárias foram cumpridas na partilha homologada, e isto nada mais é do que a verificação do princípio básico da continuidade dos registros.

Não é raro que haja partilha homologada omitindo gravames testamentários. Neste caso, o oficial deve exigir que o Juízo se manifeste ratificando a decisão, não sendo necessário o levantamento de dúvida para Vara de Registros Públicos.

Em nosso ordenamento da *civil law*, a transmissão dos bens *post mortem* é profundamente parametrizado e restritivo, praticamente suprimindo a liberdade individual de dispor dos bens amealhados pelo esforço humano ao longo de sua existência. Contrário senso, a pessoa viva não pode dispor de seu patrimônio em valor superior a 50% deste, pois fere o direito dos seus herdeiros de receber alguma parte do seu quinhão. Aqui, diz-se que está protegendo a família, valor fundante do ordenamento, sobrepondo a autonomia do indivíduo e sua liberdade, tal disposição é partícipe de uma série de proibições à regência do seu patrimônio sem que haja de fato um dano ao bem jurídico tutelado, ou seja, não desnatura a família o fato de não se deixar herança.

Observe-se que ao cidadão é possível desfazer-se de todo seu patrimônio em vida, ainda que não todo por doação, art. 548 do CCB/2020, ou que caracterize prodigalidade, estando o pródigo sujeito à incapacitação e curatela, art. 1.782 do CCB/2002 ⁷⁴. Todavia, não pode dispor integralmente de seu patrimônio para após vida se tiver herdeiros necessários, ou seja, ascendentes, descendente ou cônjuge. ou seja, o testamento restringe-se à parcela disponível do de cujus.

⁷⁴ Art. 1.782. A interdição do pródigo só o privará de, sem curador, emprestar, transigir, dar quitação, alienar, hipotecar, demandar ou ser demandado, e praticar, em geral, os atos que não sejam de mera administração.

A cota reservatária da legítima também não pode ser atingida pelo fideicomisso, nem pelo usufruto, sendo este último muito utilizado, em que pese sua ilegalidade. Mas o usufruto viual, previsto no CCB/1916, no art. 1.611, § 1º ⁷⁵, tinha natureza legal, podendo incidir sobre a quarta parte ou metade, se o casal não tinha filhos, dos bens do cônjuge falecido, inclusive na *portio debita*, legítima, aceitando a jurisprudência que essa quarta parte recaia sobre um único bem.

Ainda que parcela da doutrina defenda que o usufrutuário seria um herdeiro necessário, como mencionado por Soares Neto (2004) o entendimento de Gustavo Tepedino, não podendo assim ser excluído da sucessão, a jurisprudência tem entendido pela inaplicabilidade do instituto se o cônjuge supérstite, além da meação, já tiver sido contemplado por testamento, a exemplo do acórdão do STJ a seguir transcrito:

Trata o caso da incidência do art. 1.611, § 1º, do CC/1916 (usufruto legal) quando a companheira é contemplada em testamento com bens de valor superior ou igual àqueles sobre os quais recairia o usufruto. A finalidade do usufruto viual do consorte sobrevivente é garantir um mínimo necessário para o cônjuge ou companheiro que não possui obrigatoriamente quinhão na herança do falecido, como no caso de comunhão parcial ou separação absoluta, em sucessões abertas na vigência do CC/1916, que não considerava o cônjuge como herdeiro necessário. Assim, na espécie, a companheira não faz jus ao usufruto legal, pois já contemplada, em testamento, com bem de valor superior ou igual àqueles sobre os quais recairia o usufruto. A deixa de propriedades por meio de testamento transmitiu, por consequência, os direitos de usar e de fruir a coisa na proporção exigida pelo referido artigo. Se assim não fosse, permitir o usufruto de outros bens, além dos já legados, poderia esvaziar a legítima. Precedentes citados: REsp 28.152-SP, DJ 27/6/1994, e REsp 34.714-SP, DJ 6/6/1994. REsp 594.699-RS, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, julgado em 1º/12/2009.

⁷⁵ Art. 1.611 (...) § 1º O cônjuge viúvo, se o regime de bens do casamento não era o da comunhão universal, terá direito, enquanto durar a viuvez, ao usufruto da quarta parte dos bens do cônjuge falecido, se houver filhos deste ou do casal, e à metade, se não houver filhos, embora sobrevivam ascendentes do de cujus.

O usufruto viual deve ser registrado no Registro de Imóveis, já que só o usufruto oriundo do poder familiar, encetado no Direito de Família, não necessita da publicidade registral. É possível haver renúncia em relação ao usufruto viual que não é tributável, pois não é fruto da manifestação de vontade, não havendo hipótese de incidência em lei.

O direito real de habitação previsto no artigo 1.831 do CCB/2002⁷⁶ não proíbe que o viúvo contraia um novo enlace, fato criticado pela doutrina, já que não é razoável que cônjuge supérstite habite imóvel pertencente aos filhos do inventariado, vitaliciamente, e case novamente, estendendo esse beneplácito à sua nova prole e ao seu novo consorte.

O mesmo direito deve ser concedido ao companheiro, sendo controvertida a questão da vigência ou não das Leis 8.971/94 e 9.278/96. O direito real de habitação deve ser deferido mesmo que haja vários imóveis destinados à residência, basta que o cônjuge sobrevivente afete um deles. É necessário o registro da habitação, que também não é tributável.

Questão interessante diz respeito à imposição de gravames em doações como burla à vedação ao clausulamento da legítima. Nesse sentido, Soares Neto (2004) menciona a inserção de gravames nas doações ou liberalidades, com intuito de burlar o preceito contido no art. 1.848 do CCB/2002, que veda o clausulamento pelo testador da legítima sem justa causa declarada no testamento. Há quem entenda que não se pode estender um comando normativo restritivo, a outra norma, onde o legislador optou pela ausência de restrição.

A doação, por ser um contrato, necessita da manifestação de vontade das duas partes, embora seja um negócio jurídico unilateral, sendo a liberalidade pura e bilateral quando houver encargo. Porém, se o doador intencionar burlar o sistema,

⁷⁶ Art. 1.831. Ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação relativamente ao imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único daquela natureza a inventariar.

ferindo a cláusula geral da boa-fé, doando um imóvel ao absolutamente incapaz, ao invés de fazer testamento, sendo em tal hipótese dispensada a aceitação, art. 543 do CCB/2002 e em se tratando de doação pura, onde a cláusula de inalienabilidade não descaracteriza a liberalidade, encetar em seu bojo o gravame da inalienabilidade sem motivar a justa causa, na opinião de Soares Neto (2004), o caso será de invalidade, tendo em vista o objetivo de fraudar a lei imperativa, art. 166, VI, do CCB/2002.

Como questiona Soares Neto o grau de liberdade do testador:

Como já foi dito, pode o testador determinar os bens que compõem a legítima, estabelecendo em vida a partilha total de seu patrimônio, mas poderá ele impor condição, termo ou encargo em relação aos bens deixados?

Resposta deve ser dada com cuidado, pois não havendo herdeiros legitimários ou necessários, poderá testar livremente, exercitando o direito de erepção, que é a faculdade de dispor de seus bens a quem lhe aprouver, sem as amarras impostas pela legítima, preterindo os herdeiros colaterais (artigo 1.850 do CCB/2002).

Pelo princípio da sobra aquilo que sobejar, dentro da esfera da disponível deverá ser distribuído entre os herdeiros necessários. Os elementos acidentais do negócio jurídico, acima mencionados, só são admitidos em relação à parte disponível, nunca sobre os bens da legítima. Quanto ao termo que é a estipulação de prazo para o exercício do direito, existe vedação expressa no artigo 1.988 do CCB/2002. A doutrina critica essa restrição, tendo em vista que o termo é menos gravoso do que a condição e o encargo, já que o direito é incorporado de plano, ao patrimônio do contemplado, enquanto que na condição suspensiva, tal fato só acontecerá se determinado evento futuro e incerto for implementado. O mesmo ocorre com o encargo, verificando-se incorporação do direito e por isso também é menos gravoso do que a condição. O termo é admitido nos legados, assim como a condição e o encargo, diferindo da interpretação a ser dada ao testamento. A expressão se é muito utilizada para a condição, enquanto que para o encargo emprega-se, para que, a fim de que, com a obrigação de. (2004)

Soares Neto indaga acerca do grau de liberdade de clausulamento do testador e a responde:

“Seria possível estabelecer condição no sentido de que o herdeiro só receberá a herança se casar com determinada mulher?

Este tipo de condição denominada de suspensiva é controvertida, havendo duas correntes uma tradicional, dizendo que se se tratar de causa nobre será lícita e outra, sustentando que tal disposição fere o direito de liberdade e por isso deve ser considerada ilícita. Para os que a consideram lícita, tal condição só tem cabimento se não incidir sobre a legítima como sói ser. A condição de permanecer viúva e não se casar é lícita, mas a de trocar de religião é tida como ilícita. Assim como essas, várias outras existem e devem ser examinadas de per se. Na condição resolutiva, o direito ingressa no patrimônio do beneficiado, que poderá exigir dos herdeiros ou legatários caução muciana para garantia do bem. A exigência da construção de um mausoléu em favor do testador é um exemplo de encargo, que também poderá ser o de alimentar determinada pessoa. O descumprimento do encargo não faz caducar o testamento, a menos que o testador estabeleça esse preceito, mas em se tratando de condição suspensiva, a morte do herdeiro antes do seu implemento, implica na caducidade da cláusula. O sucessor que adquire bem sob condição resolutiva, detém propriedade resolúvel. “(2004)

Observe-se outra indisponibilidade sucessória em nosso ordenamento, aqui é vedada a “*pacta corvina*”, por força do art. 426 do CCB/2002, mantendo a vedação de seu predecessor art. 1.089 do CCB/1916 ⁷⁷, ou seja, é proibido que se negocie sobre os bens que possivelmente serão herdados, enquanto a pessoa ainda é viva, a exemplo da proibição de testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo, como disposto no art. 1.863 do CCB/2002, nos mesmos termos que o art. 1.630 do CCB/1916 ⁷⁸, sendo assim vedado o pacto sucessório. Como assinala Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz (2015), não há vedação à instituição

⁷⁷ CCB/2002 Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

CCB/1916 Art. 1.089. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

⁷⁸ CCB/2002 Art. 1.863. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo..

CCB/1916 Art. 1.630. Art. 1.630. É proibido o testamento conjuntivo, seja simultâneo, recíproco ou correspectivo..

recíproca de bens em instrumento testamental, podendo ser feito em atos distintos, mas não em um só:

A proibição, conforme já demonstrado, não se refere à substância da disposição recíproca ou simultânea, mas alude, apenas e exclusivamente, à forma externa. Se os cônjuges instituírem-se reciprocamente herdeiros, em instrumentos distintos, na mesma data, o testamento é plenamente válido, não incidindo na sanção do artigo 1.863 da Lei Civil.

A vedação legal abrange tão somente o testamento feito conjuntamente por duas ou mais pessoas, em um mesmo e único ato, por ser inadmissível o pacto sucessório em nosso direito, contrariando essa forma de testar o caráter de revogabilidade que é essencial às disposições testamentárias.

Assim, justifica-se a proibição por ser o testamento conjuntivo espécie de pacto sucessório e contrariando característica essencial do testamento: sua revogabilidade. Portanto, um casal, desejando testar simultaneamente, pode comparecer a um Tabelionato de Notas e cada um solicitar a lavratura de seu testamento, em cédulas testamentárias distintas, o que não é permitido é a formalização do ato em um mesmo instrumento. Elaborando-os separadamente, ainda que na mesma ocasião e perante o mesmo tabelião, podem deixar os bens um para o outro, não sendo considerados testamentos conjuntivos, pois cada qual conserva a sua autonomia, podendo ser revogado unilateralmente por cada um ou por ambos.

O Código Civil é expresso na nulidade do eventual “contrato de doação” firmado entre as partes e relativo a ser disponibilizado *pos mortem* ao dispor em seus arts. 166⁷⁹ e 426⁸⁰. A razão da proibição dos pactos sucessórios justifica-se por ser imoral vincular um ato jurídico à morte de alguém. Tal pacto produziria no

⁷⁹ Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:

I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz;

VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

⁸⁰ Art. 426. Não pode ser objeto de contrato a herança de pessoa viva.

beneficiário um interesse na morte do outro contratante, e pelo fato de ser pacífico o tema sobre ser defeso doações que tenham por objeto a herança *post mortem*, a exemplo de Carlos Roberto Gonçalves:

Trata-se de regra tradicional e de ordem pública, destinada a afastar os *pacta corvina* ou *votum captandae mortis*. A sua inobservância torna nulo o contrato em razão da impossibilidade jurídica do objeto.

O nosso ordenamento só admite duas formas de sucessão causa mortis: a legítima e a testamentária. O dispositivo em questão afasta a sucessão contratual.

Apontam os autores, no entanto, duas exceções:

é permitido aos nubentes fazer doações antenupciais, dispondo a respeito da recíproca e futura sucessão, desde que não excedam a metade dos bens (CC, arts. 1.668, IV, e 546);

podem os pais, por ato entre vivos, partilhar o seu patrimônio entre os descendentes (CC, art. 2.018).

Parece-nos que, em face do novo diploma, somente a partilha intervivos pode ser considerada exceção à norma do art. 426, por corresponder a uma sucessão antecipada, visto que os citados arts. 546 e 1.668, que tratam de doações entre cônjuges, não contemplam a hipótese de recíproca e futura sucessão causa mortis. A cláusula que assim dispõe é considerada não escrita, por fraudar lei imperativa, contrariando disposição absoluta de lei (CC, arts. 166, VI, e 1.655). Na realidade, nas doações propter nuptias a exceção é apenas aparente, porquanto a doação, como foi dito, não vem subordinada ao evento morte, mas sim ao casamento, sendo a morte mera consequência. (2014, 25)

No mesmo sentido, Flávio Tartuce analisa a nulidade absoluta dos contratos que tenham por objeto bens disponíveis *post mortem*:

Por fim, e sem prejuízo de outros dispositivos contratuais que também consagram a função social, é importante comentar o art. 426 do CC, que também limita a liberdade contratual no que tange ao conteúdo do negócio. Por esse comando legal, não pode ser objeto de contrato herança de pessoa viva. Trata-se da antiga vedação dos pactos sucessórios ou *pacta corvina*. Desse modo, exemplificando, ninguém poderá vender um bem que ainda não herdou antes da morte do autor da herança. O contrato assim celebrado estará eivado de nulidade absoluta

virtual, nos termos do art. 166, VII, 2.a parte, do CC, segundo o qual: “É nulo o negócio jurídico quando: (...) a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção”

(...)

De acordo com o último inciso do art. 166 (inc. VII), o contrato será passível de nulidade, quando a lei assim o declarar (nulidade textual) ou proibir o ato sem cominar sanção (nulidade virtual). Concretizando, entre as várias hipóteses previstas na legislação nacional, como nulidade textual cite-se a nulidade prevista pelo art. 51 do Código de Defesa de Consumidor (rol de cláusulas abusivas); bem como a nulidade da doação universal, que se refere à transmissão de todos os bens, sem a reserva do mínimo para a sobrevivência do doador (art. 548 do CC). Como exemplo de nulidade virtual, proíbe o art. 426 do CC que os contratos tenham por objeto a herança de pessoa viva (proibição do pacto sucessório ou pacta corvina). Na última hipótese, o ato é proibido, apesar de não haver sanção expressa nesse sentido. Sendo o contrato celebrado não obstante a proibição, o caso é de nulidade absoluta. (2017, 117 e 310)

José Fernando Simão esclarece acerca da vedação legal à validade de contratos que tenham por objeto a herança de pessoa viva.:

A grande razão trazida pela doutrina é de cunho moral e seus efeitos perante a sociedade. É o chamado ‘votum alicujus mortis’. O contrato que transfere a herança de pessoa viva só produz efeitos após a morte daquele que tem o bem ou bens transferidos. Assim, desperta-se o desejo de morte ou de antecipação de morte, daquele de quem a herança se trata.

Um segundo motivo é a possível pressão a que se sujeitaria o herdeiro. Se ele puder, com o autor da herança ainda vivo, dispor da herança, em momento de dificuldade financeira momentânea estaria tentado a cedê-la onerosamente.

Há um outro motivo de ordem lógico-jurídica. Não há herança de pessoa viva. Simplesmente, antes da morte de certa pessoa existe o sujeito titular de um patrimônio. Herança pressupõe o fato jurídico morte. Se meu pai está vivo, herança não há. Há patrimônio apenas. (2017)

4.3. INALIENABILIDADE E INGRAVABILIDADE

Como visto, os bens privados constituem, em regra, patrimônio disponível, todavia podem submeter-se ao gênero indisponibilidade onde tem-se os bens gravados com cláusula de inalienabilidade, ingravabilidade e de incomunicabilidade,.

Todavia, existem doutrinadores que entendem ser a indisponibilidade não gênero, mas espécie, distinta da inalienabilidade, a exemplo de Luiz Guilherme Loureiro, que utiliza o exemplo dos bens públicos:

A indisponibilidade e a inalienabilidade, que são figuras distintas, constituem meios de tutela do interesse público (bem público) ou de determinados interesses privados que beneficiam toda a sociedade: a família (indisponibilidade do bem de família e proibição da doação universal), do crédito (inalienabilidade do imóvel dado em hipoteca cedular e dos bens do falido etc.). Extinguindo-se a utilidade ou destinação pública do bem, não subsiste nenhum motivo para subtraí-lo do tráfico jurídico. E várias são as modificações do patrimônio público indisponível (ou inalienável, segundo o nosso Código Civil) que podem causar a extinção de sua destinação ao interesse público: perda da qualidade natural que conferia ao imóvel um interesse público (ex. perda irreversível da cobertura vegetal de área de proteção ambiental), extinção da pessoa jurídica de direito público titular do patrimônio (ex. rede estatal de ferrovia), subtração do bem à finalidade pública por lei ou decisão administrativa, ainda que tácita (desafetação).

Outrossim, não se pode confundir alienabilidade do bem com a condição de coisa fora do comércio. O bem público, ainda que mantenha tal qualificação, apenas é subtraído do comércio privado, mas não é absolutamente vedada a sua transferência na órbita, segundo as regras do direito público, o que é parte da constituição da sua particular condição jurídica. Vale dizer, os imóveis públicos são suscetíveis de negociação (2019, 569)

Por inalienabilidade tem-se a restrição imposta ao beneficiado de poder dispor da coisa, ou seja, de aliená-la, e, por consequência, vedada sua gravação por outros direitos reais, ainda que possível sua vinculação a ato futuro como a previsão de legado testamentário. Por força desta circunstância o imóvel ingravável não pode ser cedido a qualquer título, onerado com hipoteca e nem sobre ele será possível

constituir os direitos reais de anticrese e os outros mencionados no art. 1.225 do CCB/2002.⁸¹

Assim, dispõe o art. 1.420 do CCB/2002 que a gravabilidade decorre da titularidade dominial, ou seja, para ser oferecido em garantia de negócio encetado por seu titular, condição *sine que non* é ter sua alienabilidade, não estar indisponível.⁸²

Polêmica de longa data foi definitivamente dirimida pelo texto do art. 1.911 do CCB/2002 ao dispor expressamente que a indisponibilidade, quando oriunda de ato de liberalidade implica em impenhorabilidade e incomunicabilidade.

O preceito legal veio a confirmar a Súmula 49 do Supremo Tribunal Federal⁸³, albergando a melhor doutrina. Assim, ingressando um bem no patrimônio do *de cujus* clausulado de indisponibilidade, o cônjuge supérstite não deve ser contemplado na partilha a título de meação, somente o podendo como herdeiro concorrencial, se caso permitir o regime matrimonial.

Assim, não há mais dúvida; um bem gravado com a cláusula de inalienabilidade, não se comunica ao outro cônjuge, e o casamento dissolvido pela separação consensual ou judicial o mesmo não é levado à partilha, continuando ele gravado daquela cláusula de inalienabilidade até que a mesma seja revogada por

81 Art. 1.225. São direitos reais:

I - a propriedade; II - a superfície; III - as servidões; IV - o usufruto; V - o uso; VI - a habitação; VII - o direito do promitente comprador do imóvel; VIII - o penhor; IX - a hipoteca; e X - a anticrese.

82 Art. 1.420. Só aquele que pode alienar poderá empenhar, hipotecar ou dar em anticrese; só os bens que se podem alienar poderão ser dados em penhor, anticrese ou hipoteca.

§ 1o A propriedade superveniente torna eficaz, desde o registro, as garantias reais estabelecidas por quem não era dono.

§ 2o A coisa comum a dois ou mais proprietários não pode ser dada em garantia real, na sua totalidade, sem o consentimento de todos; mas cada um pode individualmente dar em garantia real a parte que tiver.

⁸³ STF SÚMULA 49 A cláusula de inalienabilidade inclui a incomunicabilidade dos bens.

quem a estabeleceu ou com sua transmissão desembaraçada aos herdeiros legítimos.

A Súmula 49 decorreu de discussão que durou cerca de 30 anos no Pretório Excelso, tendo o Pleno a adotado após lapidar voto do Min. Orosimbo Nonato, proferido em 1942, no RE 5.108, onde ficou assentado que a inalienabilidade comportava incomunicabilidade e,

...qualquer que seja a natureza da comunhão conjugal, direito de que é titular o marido. parece indiscutível que a comunicação dos bens de um cônjuge à sociedade conjugal é alienação, ficando, ainda, o bem comunicado sujeito a outra alienação 'causa mortis' em vista do seu antigo titular, se pré-morrer o outro cônjuge. A comunicação é, assim, uma alienação e, no fundo, sempre de natureza contratual: a ela, pois, não poderá estar sujeito um bem inalienável

A instituição de gravames sobre os próprios bens também é tema analisado pela doutrina. Para Sílvio Rodrigues (1979, 139), ninguém pode tornar inalienável e, por conseguinte, impenhorável, um bem de seu domínio, ainda que inexista vedação expressa ao clausulamento do bem pelo próprio titular do domínio do bem, exceto a constituição de bem de família, bem de família legal, por força da Lei 8.009/1990, ou convencional, constituído por ato voluntário no exercício da faculdade prevista no art. 1.711 do CCB/2002 ⁸⁴, por contrariar princípios de direito e normas legais, a contrário senso, posição diversa seria facultar ao devedor isentar seu bem de responder por uma dívida, quando o princípio normativo é no sentido de que o patrimônio do devedor responde por suas obrigações.

⁸⁴ Art. 1.711. Podem os cônjuges, ou a entidade familiar, mediante escritura pública ou testamento, destinar parte de seu patrimônio para instituir bem de família, desde que não ultrapasse um terço do patrimônio líquido existente ao tempo da instituição, mantidas as regras sobre a impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial.

Parágrafo único. O terceiro poderá igualmente instituir bem de família por testamento ou doação, dependendo a eficácia do ato da aceitação expressa de ambos os cônjuges beneficiados ou da entidade familiar beneficiada.

O instituto da proteção ao bem de família, que ampara as cláusulas limitadoras do direito de propriedade, instrumentos para se atingir aquelas finalidades, está integralmente condicionado à vontade do instituidor, de tal maneira, que nenhum ato judicial poderá invalidar ou dispensar o gravame.

Afora os casos específicos de expropriação por necessidade ou utilidade pública, de execução por dívida proveniente de impostos e de venda do bem clausulado quando da extinção do respectivo condomínio, art. 1.676 do CCB/2002 ⁸⁵, a cláusula limitadora não poderá ser invalidada ou dispensada, sob pena de nulidade de pleno direito.

A coisa deve encontrar-se disponível, isto é, não estar fora do comércio. Consideram-se nesta situação as coisas insuscetíveis de apropriação, indisponibilidade natural, e as legalmente inalienáveis, sejam estas indisponíveis por força de lei, indisponibilidade legal, ou devido a cláusula de inalienabilidade colocada em doação ou testamento (indisponibilidade voluntária). São igualmente inalienáveis ou não graváveis os valores e direitos da personalidade, art. 11 do CCB/2002 ⁸⁶, bem como os órgãos do corpo humano, art. 199, § 4º, da Constituição ⁸⁷.

A disponibilidade alcança a coisa litigiosa, como se extrai do art. 457 do CCB/2002 ⁸⁸, que impede o adquirente de demandar pela evicção se sabia da litigiosidade, quando adquiriu a coisa, pois assumiu voluntariamente o risco de o

⁸⁵ Art. 1.676. Incorpora-se ao monte o valor dos bens alienados em detrimento da meação, se não houver preferência do cônjuge lesado, ou de seus herdeiros, de os reivindicar.

⁸⁶ Art. 11. Com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo o seu exercício sofrer limitação voluntária.

⁸⁷ Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada. (...)

§ 4º A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.

⁸⁸ Art. 457. Não pode o adquirente demandar pela evicção, se sabia que a coisa era alheia ou litigiosa.

alienante sucumbir. Por sua vez, o art. 109 do CPC ⁸⁹ confirma a possibilidade de ser alienada coisa litigiosa. Embora a citação válida torne a coisa litigiosa, CPC, art. 240 ⁹⁰, tal fato não impede a sua alienação.

Nem sempre, porém, a coisa *in commercium* pode ser transferida ao comprador. Não pode a coisa alheia, venda *a non domino*, salvo se o adquirente estiver de boa-fé, e o alienante adquirir depois a propriedade. Nesse caso, considera-se realizada a transferência desde o momento em que ocorreu a tradição, CCB/2002, art. 1.268, § 1º. A eficácia da venda de coisa alheia depende de sua posterior revalidação pela superveniência do domínio. Se for admitida a convalidação, a venda em princípio não é nula, mas anulável. Não pode ser transferida ao comprador, pelo aludido contrato, coisa que já lhe pertence. Ninguém pode adquirir o que já é seu, ainda que o desconheça.

As cláusulas de restrições ao poder de dispor da propriedade podem constar de negócios jurídicos unilaterais, bilaterais ou plurilaterais entre vivos, ou de disposições *mortis causa*. Podem tratar de condicionamentos à disposição, como subordinar a termo ou condição ou anexar um modus, disposições modais propriamente ditas, ou efetivamente limitadoras do poder de disposição da coisa em si, cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade, ou de incomunicabilidade. Essas últimas não constituem em si um fim, nem condição, nem simples termo. Essas cláusulas gravativas, de efeitos pessoais ou reais, não contém modus. Não

⁸⁹ Art. 109. A alienação da coisa ou do direito litigioso por ato entre vivos, a título particular, não altera a legitimidade das partes.

§ 1º O adquirente ou cessionário não poderá ingressar em juízo, sucedendo o alienante ou cedente, sem que o consinta a parte contrária.

§ 2º O adquirente ou cessionário poderá intervir no processo como assistente litisconsorcial do alienante ou cedente.

§ 3º Estendem-se os efeitos da sentença proferida entre as partes originárias ao adquirente ou cessionário.

⁹⁰ Art. 240. A citação válida, ainda quando ordenada por juízo incompetente, induz litispendência, torna litigiosa a coisa e constitui em mora o devedor, ressalvado o disposto nos arts. 397 e 398 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil) .

há nelas um dever, mas sim restrição de poder. Não há obrigação, mas restrição a direito.

Assim, não podem ser inseridas cláusulas em contrato de compromisso de venda e compra, já que a disponibilidade é faculdade do proprietário e não de simples promissário comprador, sendo, pois, inerente ao domínio do imóvel. De igual modo, ao usufruto, isto porque a inalienabilidade do usufruto decorre da própria Lei, art. 1.393 do CCB/2002.⁹¹

4.4. INDISPONIBILIZAÇÃO NA FALÊNCIA

A Lei de recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária, Lei 11.101/2005, veio a ser atualizada em várias disposições pela Lei 14.112, de 24.12.2020, como deixar expressa no art. 6º a suspensão dos atos de execução contra o devedor em recuperação, antes mencionada genericamente.⁹²

Lei 11.101/2005, em seu art. 103, decreta a indisponibilidade dos bens do devedor desde a decretação da falência ou do sequestro, perdendo o devedor seu direito de administrar os seus bens ou deles dispor, independente de requisição por credores. Assim, fica vedado ao devedor praticar todo e qualquer ato da vida civil de caráter patrimonial que possa comprometer seus bens, passando tal competência ao administrador judicial nomeado. Observe-se que o devedor continua proprietário de seus bens, perdendo somente a capacidade deles dispor, sendo-lhe facultado

⁹¹ Art. 1.393. Não se pode transferir o usufruto por alienação; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso.

⁹² Lei 11.101/2005: Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial suspende o curso da prescrição e de todas as ações e execuções em face do devedor, inclusive aquelas dos credores particulares do sócio solidário.

Lei 14.112/2020: Art. 6º A decretação da falência ou o deferimento do processamento da recuperação judicial implica: (...)

III - proibição de qualquer forma de retenção, arresto, penhora, sequestro, busca e apreensão e constrição judicial ou extrajudicial sobre os bens do devedor, oriunda de demandas judiciais ou extrajudiciais cujos créditos ou obrigações sujeitem-se à recuperação judicial ou à falência.

requerer as providências que julgar necessárias à conservação de seus direitos e fiscalizar a administração do processo falimentar, nos termos do parágrafo único do mesmo art. 103.

A determinação do montante a ser indisponibilizado será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no CPC. Observe-se que o art. 154, § 5º ⁹³, faculta ao magistrado responsável pelo processo de liquidação da empresa falida a indisponibilização patrimonial de bens do administrador em caso de rejeição de suas contas como administrador da massa, servindo como título executivo para indenização da massa.

Arrecadados os bens do devedor, serão eles administrados pelo Juízo da falência que deverá utilizar desses bens para liquidação do passivo da massa falida. Nesse sentido, o mesmo diploma legal seus arts. 82, § 2º, e 154, § 5º, ⁹⁴ prevê a possibilidade do magistrado ordenar, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, a indisponibilidade de bens particulares dos réus, sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis.

⁹³ Art. 154. Concluída a realização de todo o ativo, e distribuído o produto entre os credores, o administrador judicial apresentará suas contas ao juiz no prazo de 30 (trinta) dias. (...)

§ 5º A sentença que rejeitar as contas do administrador judicial fixará suas responsabilidades, poderá determinar a indisponibilidade ou o seqüestro de bens e servirá como título executivo para indenização da massa.

⁹⁴ Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. (...)

§ 2º O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

Art. 154. Concluída a realização de todo o ativo, e distribuído o produto entre os credores, o administrador judicial apresentará suas contas ao juiz no prazo de 30 (trinta) dias. (...)

§ 5º A sentença que rejeitar as contas do administrador judicial fixará suas responsabilidades, poderá determinar a indisponibilidade ou o seqüestro de bens e servirá como título executivo para indenização da massa.

Jean Carlos Fernandes faz críticas às disposições ali contidas como extensão abusiva da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, nos seguintes termos:

O artigo 82 da Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei 11.101/05) prevê a forma de apuração da responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, controladores e administradores, seguindo o procedimento ordinário e autorizando ao magistrado, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de seus bens particulares, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

Sabe-se que a responsabilização dos sócios por obrigações sociais é exceção, sendo certo que os efeitos já percebidos pela aplicação extensiva da teoria da desconsideração da personalidade jurídica são desastrosos, ampliando absurdamente os riscos impostos aos empreendedores. Não podemos incorrer no mesmo erro ao interpretar o artigo 82, § 2º, da Lei 11.101/05.

Com efeito, a indisponibilidade de bens não pode afetar os poderes de usar e gozar, muito menos afrontar o princípio da dignidade da pessoa humana, privando os seus proprietários do necessário à subsistência. A decisão judicial que assim se afasta das garantias constitucionais carece de juridicidade, negando o princípio da legalidade. (2014)

Todavia, Richard Posner (2011, 10) identifica ver que a concessão de mais direitos aos devedores na falência, como exclusão da garantia trazida pela indisponibilização dos bens dos responsáveis pelo ente em processo de falência, longe de provocar uma avalanche de tomadas de empréstimos irresponsáveis, poderia reduzir a quantidade de empréstimos e, conseqüentemente, a incidência das falências, pois levaria os credores a emprestar quantias menores a devedores de risco. Portanto, os credores podem se opor à flexibilização das regras de falência por temerem não o aumento da inadimplência, mas a redução do volume dos empréstimos. Imagine quão poucos empréstimos haveria se os tomadores não tivessem nenhuma obrigação de reembolsar ou garantir tal reembolso aos credores. Assim, conclui Posner:

A partir dessa constatação, fica fácil ver que a concessão de mais direitos aos devedores em casos de falência, longe de

provocar uma avalanche de tomadas de empréstimo irresponsáveis, poderia reduzir a quantidade de empréstimos e, conseqüentemente, a incidência das falências, pois levaria os credores a emprestar quantias menores a devedores de risco. Portanto, os credores podem se opor à flexibilização das regras de falência por temerem não o aumento da inadimplência, mas a redução do volume dos empréstimos. (Imagine quão poucos empréstimos haveria se os tomadores não tivessem nenhuma obrigação de reembolsar os credores.) Note-se também que tanto as regras de falência excessivamente rígidas quanto aquelas excessivamente lenientes prejudicam os credores: se, a exemplo do que acontecia na Roma antiga, a lei determinasse que o devedor inadimplente poderia ser espartilhado em tantas partes quantos fossem os seus credores, o índice de inadimplência de empréstimos seria muito baixo. Em compensação, a maioria das pessoas teria medo de tomar dinheiro emprestado. Entende-se assim por que os agiotas quebram as pernas do devedor inadimplente, mas não o matam.

(...)

Esta discussão ilustra duas vantagens da abordagem econômica do direito que estão intimamente relacionadas. Em primeiro lugar, essa abordagem oferece um ponto de vista imparcial sobre temas jurídicos politicamente controversos. Os estudiosos convencionais da falência tendem a ser partidários dos devedores ou dos credores (razão pela qual o curso sobre falência é às vezes chamado de “Os direitos dos devedores” e, outras vezes, de “Os remédios judiciais dos credores”, em vez de simplesmente “Falência”). O economista, por sua vez, não favorece nenhum dos lados. Favorece apenas a eficiência. Em segundo lugar, a abordagem econômica frequentemente desfaz antinômias que podem suscitar disputas (neste caso, ao demonstrar as relações mútuas entre os interesses dos devedores e os dos credores). (2011, 10 e 11)

Assim, o crédito garantido por instrumentos assecuratórios da adimplência, como a indisponibilidade patrimonial de responsáveis por empresas em processo de falência, é interessante tanto para o credor quanto para o devedor.

Se na esfera privada a indisponibilização patrimonial desde há muito viceja, como instrumento assecuratório de direitos individuais ou coletivos, a exemplo do bem de família ou do devedor inadimplente em recuperação judicial ou extrajudicial, no direito público a indisponibilização patrimonial expandiu-se celeremente nos

tempos atuais, em especial como instrumento de proteção do crédito e do patrimônio público, como a seguir analisado.

CAPÍTULO V

5. INDISPONIBILIDADE DA PROPRIEDADE NA ESFERA PÚBLICA

Como visto, o instituto da indisponibilidade de bens teve sua origem no âmbito do direito privado, produto da evolução de institutos jurídicos ligados ao direito de família ou sucessões, em normas na maioria meramente dispositivas, normas essas que facultam ao titular convencionar o levantamento temporário do atributo da propriedade de ser livremente transmitida, como no bem de família ou nas cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade que condicionam doações intervivos ou transmissões mortis causa. Todavia, tais restrições ao livre tráfico jurídico dos bens não são de uso frequente em nossa sociedade, em geral avessa a convenções pós-morte.

Mas, apesar de pouco vicejarem no direito de família ou sucessões, o instituto da indisponibilidade nos tempos atuais relampeja como instrumento de garantia da pessoa com base em seu patrimônio, em especial seu crédito, assegurando a eficácia de obrigações constituídas por seu titular no direito creditório a exemplo do direito contratual, falimentar ou fiscal, permitindo ao credor garantir a exigibilidade das obrigações assumidas pelo devedor.

Desde há muito viceja no direito à indisponibilização dos bens como instrumento de segurança jurídica, cautelar e premonitória, em especial como garantia dos créditos inadimplidos, a exemplo da Lei nº 2.024/1908, Lei de Fallencias, que dispunha:

Art. 11. Antes da sentença da declaração da fallencia, enquanto se proceder ás diligencias preliminares, poderá o juiz, ex-officio ou a requerimento do justificante, decretar o sequestro dos livros, correspondencia, titulos e bens do devedor, para salvaguarda do activo, nos casos do art. 1º § 1º.

No mesmo sentido, o Decreto nº 5.746/1929, que modificou a Lei de Fallencias então vigente, prescrevia:

Art. 15. Nos casos do art. 2º, durante o processo preliminar da fallencia (art. 12), o juiz, ex officio, ou a requerimento do autor, poderá, ordenar o sequestro dos livros, correspondencia e bens do réo e prohibir qualquer alienação ou disposição de

bens, para salvaguarda do activo, publicando-se o despacho, em edital, pela imprensa.

Todavia, por vezes a indisponibilização patrimonial apresentou viés claramente político, a exemplo do Governo Provisório da Revolução de 1930, sob a égide de Getúlio Vargas, criado pelo Decreto nº 19.398, de 11.11.1930, que determinou pelo Decreto nº 19.440, de 28.11.1930, em seu art. 43, sobre a indisponibilidade de bens dos responsáveis pela gestão ou aplicação de dinheiros públicos, nos seguintes termos:

Art. 43. São nulos de pleno direito, em relação à Fazenda Pública, todos os atos de alienação, oneração, ou desistência de qualquer bem, direito ou ação, dos responsáveis pela gestão ou aplicação de dinheiros públicos, inclusive membros do Congresso Nacional, ou dos Governos federal, estaduais ou municipais, no período do Governo que determinou a Revolução, no que venham a frustrar, no todo ou em parte, as indenizações ou restituições a que possam ser obrigados, nos termos deste decreto e mais disposições aplicáveis.

O Decreto nº 19.630, de 27.01.1931, reafirmou a indisponibilidade de bens das pessoas a que se refere o Decreto nº 19.440, de 28.11.1930, *ipsis verbis*:

Art. 1º Continua, expressamente proibida a alienação; ou oneração, de quaisquer bens, moveis, ou imóveis, ações, ou direitos pertencentes às pessoas a que se refere o decreto n. 19.440, de 28 de novembro de 1930 (arts. 9º, 12 e 43) .

Art. 3º Continua expressamente proibida o recebimento dos depósitos que essas mesmas pessoas possuam em bancos, casas bancárias, caixas econômicas ou outros estabelecimentos, público ou particulares, assim como em caixas, ou cofres, existentes em casas fortes, em todo o território do país.

Parágrafo único. Para o fim visado na segunda parte deste artigo, a autoridade que para isso for designada, na Capital Federal, nos Estados, ou no Território do Acre, interditara, lacrando-os, as mesmas caixas, ou cofres.

Art. 2º Continua expressamente proibida a retirada por parte dessas pessoas, de quaisquer importâncias, seja qual for a sua proveniência, as quais serão depositadas pelos devedores, em conta corrente do credor, no Banco do Brasil, ou em suas agências, onde as houver, e, nos demais lugares, em estabelecimento de credito escolhido por quem efetuar o

pagamento, se para isso, outros não tiver sido designado pela autoridade competente.

Todavia, o Decreto nº 19.630/1931 reconhece os abusos da norma, recém editada há menos de três meses antes, quanto à indisponibilização exacerbada dos bens dos agentes públicos e responsáveis pela gestão, ou aplicação dos dinheiros públicos, *ipsis verbis*:

Considerando a necessidade de acautelar os interesses da Fazenda Pública, quanto à efetivação das providências a que se referem os arts. 9º e 12 do decreto n. 19.440, de 28 de novembro de 1930;

Considerando que, pelo art. 43 do mesmo decreto, são nulos, de pleno direito, em relação a dita Fazenda Pública, todos os atos de alienação, oneração, ou de existência, de qualquer bem, direito ou ação, dos responsáveis pela gestão, ou aplicação dos dinheiros públicos, inclusive membros do Congresso Nacional, ou dos Governos Federal, Estaduais ou Municipais, no período do governo que determinou a Revolução, no que venham a frustrar, no todo ou em parte, a indenizações, ou restituições, a que possam ser obrigados;

Considerando, porem, que, para manutenção das pessoas visadas por essa proibição ou para salvaguarda desses bens, ou direitos, ou mercê de outras circunstâncias, pode ser necessária a liberação, ou oneração parcial do patrimônio dessas pessoas: (...)

Art. 4º O ministro da Justiça, na Capital Federal, e os presidentes, ou interventores nos Estados, por si, pelo secretário de Estado, ou funcionários, a que delegarem essa função, poderão permitir e até a percentagem que, em cada caso, livremente fixarem, a liberação ou oneração parcial dos referidos fundos, ou bens, para despesas inadiáveis de seus proprietários, com a manutenção sua e de sua família, ou movimentação de sua atividade econômica, inclusive profissional.

Art. 5º O pedido de liberação, ou oneração, será dirigido à autoridade competente (art. 4º) em petição, devidamente selada, com a firma reconhecida, acompanhada das necessárias provas e documentos, e na qual se motivem as razões determinantes do mesmo. Uma vez autuado, ordenará a autoridade as diligências que julgar necessárias e, ouvida a respeito a comissão central de sindicância, no prazo de vinte e quatro horas, decidirá dentro em quarenta e oito horas,

ordenando a expedição do alvará, de que trata o art. 6º deste decreto, ou visando os cheques ou ordens, de que trata o § 1º do mesmo artigo.

Art. 6º Nas escrituras que se lavrarem, para a dita alienação, ou oneração, serão transcritos os alvarás expedidos pela autoridade competente, autorizando essas transações.

§ 1º Para o levantamento de fundos, nos estabelecimentos bancários, caixas econômicas ou outros quaisquer, bastará o visto da mesma autoridade, nos cheques, ou ordens de pagamentos, emitidos pelo interessado.

Como pode ser acima identificado, a indisponibilização pura e simples do patrimônio dos indivíduos deve cercar-se de restrições e instrumentos inibidores de seu uso indiscriminado e por vezes abusivo pelo poder público, muitas vezes com evidente viés político.

5.1. NORMAS COGENTES DE INDISPONIBILIZAÇÃO NO ATUAL ORDENAMENTO BRASILEIRO

A propriedade privada, em especial os bens de raiz, configura-se como um dos esteios da sociedade moderna, refletindo seu modo de produção e de acumulação da riqueza, ainda que subordinada à sua finalidade social. As limitações encontraram terreno fértil no campo das normas de direito público, em uma multiplicidade de dispositivos esparsos, em regra como instrumento assessório de medidas assecuratórias da efetividade de decisões tanto na esfera administrativa como jurisdicional, determinando a suspensão cautelar da disponibilidade dos bens. Dentre as inúmeras medidas indisponibilizante presentes em nosso ordenamento destacam-se:

1. A dos responsáveis pelos entes a serem liquidados extrajudicialmente, no caso de liquidação extrajudicial de empresas de seguros, regulada pelos arts. 2º e 3º da Lei 5.627/1970 ⁹⁵
2. A dos responsáveis pelas instituições financeiras em processo de liquidação extrajudicial, Lei 6.024/1974 onde se verifica a indisponibilização dos bens dos responsáveis tanto na fase pré-intervenção, art. 36, como na fase da intervenção, arts 38, 44 e 45, assim como a responsabilidade solidária de controladores de instituições financeiras, art. 2º da Lei 9.447/1997, a ser examinada no item 6.1;
3. A dos responsáveis pelas entidades de previdência privada sob intervenção ou em liquidação extrajudicial, normatizada pela Lei Complementar 109/2001, arts. 59 a 61, a ser examinada no item 6.3;
4. As execuções fiscais, como medida cautelar fiscal são previstas no art. 185-A Lei 8.397/1992, aplicando-se à execução trabalhista, nos termos do art. 889 da CLT ⁹⁶.
5. Os responsáveis por atos de improbidade administrativa tem seus bens indisponibilizados pelo art. 7º, parágrafo único, da Lei 8.429/1992 ⁹⁷, analisada no item 5.5;

⁹⁵ Art 2º Os administradores e conselheiros fiscais das Sociedades de Seguros ou de capitalização, que entrarem em regime de liquidação extrajudicial compulsória, ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo os referidos bens ser vendidos, cedidos ou prometidos vender, vedada a constituição de ônus reais sobre eles.

Parágrafo único. A indisponibilidade de que trata o presente artigo decorrerá do ato que declarar o regime da liquidação extrajudicial compulsória e atingirá todos aqueles que tenham exercido as funções nos 12 (doze) meses anteriores ao mesmo ato.

Art 3º Os administradores e conselheiros, cujos bens sejam declarados indisponíveis, somente poderão ausentar-se do lugar da liquidação mediante prévia autorização da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), atendido, no que couber o disposto no item III, do art. 34, do Decreto-lei nº 7.661, de 21 de junho de 1945.

⁹⁶ Art. 889 - Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.

6. Estatuto do servidor público civil federal, art. 136 da Lei nº 8.112/1990, como penalidade disciplinar;⁹⁸
7. Plano de custeio da Seguridade Social, art. 53, §1º, da Lei 8.212/1991, dos devedores tributários da contribuição;⁹⁹
8. Tribunal de Contas da União, decisões cautelares, art. 44 da Lei 8.443/1992;¹⁰⁰
9. Débitos de Imposto sobre a Propriedade Territorial Rural (ITR), referentes aos cinco últimos exercícios impedem o registro público de qualquer

⁹⁷ Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

⁹⁸ Art. 136. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, nos casos dos incisos IV, VIII, X e XI do art. 132, implica a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

⁹⁹ Art. 53. Na execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, será facultado ao exequente indicar bens à penhora, a qual será efetivada concomitantemente com a citação inicial do devedor.

§ 1º Os bens penhorados nos termos deste artigo ficam desde logo indisponíveis.

§ 2º Efetuado o pagamento integral da dívida executada, com seus acréscimos legais, no prazo de 2 (dois) dias úteis contados da citação, independentemente da juntada aos autos do respectivo mandado, poderá ser liberada a penhora, desde que não haja outra execução pendente.

§ 3º O disposto neste artigo aplica-se também às execuções já processadas.

§ 4º Não sendo opostos embargos, no caso legal, ou sendo eles julgados improcedentes, os autos serão conclusos ao juiz do feito, para determinar o prosseguimento da execução.

¹⁰⁰ Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento. (...)

§ 2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.

transferência ou garantia sobre o imóvel rural, art. 21 da Lei nº 9.393/1996;¹⁰¹

10. Débitos do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) e das multas de trânsito, impedem a transferência da propriedade do veículo a terceiros, art. 124, VIII, da Lei nº 9.503/1997, Código Brasileiro de Trânsito;¹⁰²
11. Malversação de recursos de organizações da sociedade civil de interesse público-OSCIPs, art. 10 da Lei 9.637/1998;¹⁰³
12. Liquidação extrajudicial de entidades de saúde suplementar, art. 23 da Lei 9.656/1998, alterado pela MP 2177-44/2001;¹⁰⁴

¹⁰¹ Art. 21. É obrigatória a comprovação do pagamento do ITR, referente aos cinco últimos exercícios, para serem praticados quaisquer dos atos previstos nos arts. 167 e 168 da Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973 (Lei dos Registros Públicos), observada a ressalva prevista no caput do artigo anterior, in fine.

¹⁰² Art. 124. Para a expedição do novo Certificado de Registro de Veículo serão exigidos os seguintes documentos: (...)

VIII – comprovante de quitação de débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito vinculados ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas;

¹⁰³ Art. 10. Sem prejuízo da medida a que se refere o artigo anterior, quando assim exigir a gravidade dos fatos ou o interesse público, havendo indícios fundados de malversação de bens ou recursos de origem pública, os responsáveis pela fiscalização representarão ao Ministério Público, à Advocacia-Geral da União ou à Procuradoria da entidade para que requeira ao juízo competente a decretação da indisponibilidade dos bens da entidade e o seqüestro dos bens dos seus dirigentes, bem como de agente público ou terceiro, que possam ter enriquecido ilicitamente ou causado dano ao patrimônio público.

§ 1º O pedido de seqüestro será processado de acordo com o disposto nos arts. 822 e 825 do Código de Processo Civil.

§ 2º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações mantidas pelo demandado no País e no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

§ 3º Até o término da ação, o Poder Público permanecerá como depositário e gestor dos bens e valores seqüestrados ou indisponíveis e velará pela continuidade das atividades sociais da entidade.

13. Liquidação extrajudicial de entidades de previdência complementar, art. 43, § 3º, art. 59 e art. 60 da Lei Complementar n. 109/2001 e Dec. 4.942/2003, analisada no item 6.3;¹⁰⁵
14. Liquidação extrajudicial de entidades de previdência privada aberta e de empresas seguradoras de capitalização, art. 3º da Lei nº 10.190/2001;¹⁰⁶

¹⁰⁴ Art. 24-A. Os administradores das operadoras de planos privados de assistência à saúde em regime de direção fiscal ou liquidação extrajudicial, independentemente da natureza jurídica da operadora, ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

§ 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a direção fiscal ou a liquidação extrajudicial e atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato

§ 2º Na hipótese de regime de direção fiscal, a indisponibilidade de bens a que se refere o caput deste artigo poderá não alcançar os bens dos administradores, por deliberação expressa da Diretoria Colegiada da ANS.

§ 3º A ANS, ex officio ou por recomendação do diretor fiscal ou do liquidante, poderá estender a indisponibilidade prevista neste artigo:

I - aos bens de gerentes, conselheiros e aos de todos aqueles que tenham concorrido, no período previsto no § 1o, para a decretação da direção fiscal ou da liquidação extrajudicial

II - aos bens adquiridos, a qualquer título, por terceiros, no período previsto no § 1o, das pessoas referidas no inciso I, desde que configurada fraude na transferência.

§ 4º Não se incluem nas disposições deste artigo os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis pela legislação em vigor

§ 5º A indisponibilidade também não alcança os bens objeto de contrato de alienação, de promessa de compra e venda, de cessão ou promessa de cessão de direitos, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público, anteriormente à data da decretação da direção fiscal ou da liquidação extrajudicial.

§ 6º Os administradores das operadoras de planos privados de assistência à saúde respondem solidariamente pelas obrigações por eles assumidas durante sua gestão até o montante dos prejuízos causados, independentemente do nexo de causalidade.

§ 3º À vista do relatório do liquidante extrajudicial, e em se verificando qualquer uma das hipóteses previstas nos incisos I, II ou III do § 1o deste artigo, a ANS poderá autorizá-lo a requerer a falência ou insolvência civil da operadora.

§ 4º A distribuição do requerimento produzirá imediatamente os seguintes efeitos: (...)

III - a manutenção da indisponibilidade dos bens dos administradores, gerentes, conselheiros e assemelhados, até posterior determinação judicial;

¹⁰⁵ Art. 43. O órgão fiscalizador poderá, em relação às entidades abertas, desde que se verifique uma das condições previstas no art. 44 desta Lei Complementar, nomear, por prazo determinado, prorrogável a seu critério, e a expensas da respectiva entidade, um diretor-fiscal. (...)

15. Recuperação judicial, extrajudicial e falência do empresário e da sociedade empresária, art. 82, § 2º, e art. 154, § 5º, da Lei 11.101/2005;¹⁰⁷, analisada no item 4.4;
 16. Os beneficiários de subvenção econômica em financiamento do Programa Minha Casa Minha Vida, art. 6, § 5º, da Lei 11.977/2009 ¹⁰⁸;
 17. Matrícula registral, art. 54 a 58 da Lei 13.097/2015, analisada no item 5.4;
 18. Código de Processo Civil-CPC, indisponibilização de bens do devedor executado, art. 824 em diante da Lei 13.105/2015, analisada no item 5.2;
-

¹⁰⁶ Art. 3º Às sociedades seguradoras de capitalização e às entidades de previdência privada aberta aplica-se o disposto nos arts. 2º e 15 do Decreto-Lei no 2.321, de 25 de fevereiro de 1987, 1º a 8º da Lei no 9.447, de 14 de março de 1997 e, no que couber, nos arts. 3º a 49 da Lei no 6.024, de 13 de março de 1974.

Parágrafo único. As funções atribuídas ao Banco Central do Brasil pelas Leis referidas neste artigo serão exercidas pela Superintendência de Seguros Privados - SUSEP, quando se tratar de sociedades seguradoras, de capitalização ou de entidades de previdência privada aberta.

¹⁰⁷ Art. 82. A responsabilidade pessoal dos sócios de responsabilidade limitada, dos controladores e dos administradores da sociedade falida, estabelecida nas respectivas leis, será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrir o passivo, observado o procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. (...)

§ 2º O juiz poderá, de ofício ou mediante requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade de bens particulares dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento da ação de responsabilização.

Art. 154. Concluída a realização de todo o ativo, e distribuído o produto entre os credores, o administrador judicial apresentará suas contas ao juiz no prazo de 30 (trinta) dias. (...)

§ 5º A sentença que rejeitar as contas do administrador judicial fixará suas responsabilidades, poderá determinar a indisponibilidade ou o seqüestro de bens e servirá como título executivo para indenização da massa.

¹⁰⁸ Art. 2º Para a implementação do PMCMV, a União, observada a disponibilidade orçamentária e financeira

I - concederá subvenção econômica ao beneficiário pessoa física no ato da contratação de financiamento habitacional;

Art. 6º A subvenção econômica de que trata o inciso I do art. 2º será concedida no ato da contratação da operação de financiamento, com o objetivo de: (...)

§ 5º Nas operações com recursos previstos no caput; (...)

III – não se admite transferência intervivos de imóveis sem a respectiva quitação.

§ 6º As cessões de direitos, promessas de cessões de direitos ou procurações que tenham por objeto a compra e venda, promessa de compra e venda ou cessão de imóveis adquiridos sob as regras do PMCMV, quando em desacordo com o inciso III do § 5º, serão consideradas nulas.

19. Cumprimento de sanções impostas por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas – CSNU com a indisponibilização do patrimônio das pessoas investigadas ou acusadas de terrorismo, de seu financiamento ou de atos a ele correlacionados, Lei 13.170/2015, alterada pela Lei nº 13.810/2019, analisada no item 6.4;
20. Averbação pré-executória de indisponibilidade pela PGFN, art. 25 da Lei 13.606, de 09.01.2018, normatizada pela Portaria PGFN nº 33, de 08.02.2018, analisada no item 6.5

As limitações patrimoniais encontraram terreno fértil no campo das normas de direito público, em uma plêiade de dispositivos esparsos, em regra como instrumento assessório de medidas assecuratórias da efetividade de decisões tanto na esfera administrativa quanto na jurisdicional, determinando a suspensão cautelar da disponibilidade dos bens, algo como o preâmbulo da penhora judicial.

A jurisprudência tem refletido e interpretado essa tendência em acórdãos ou decisões monocráticas como do E. Supremo Tribunal Federal no MS 34.410-DF - indisponibilização de bens pelo Tribunal de Contas da União - ou dos temas de recursos repetitivos do Superior Tribunal de Justiça, que tratam especificamente da indisponibilização de bens por questões tributárias ou de improbidade administrativa:

Tema 425 - A utilização do Sistema BACENJUD/SISBAJUD, no período posterior à *vacatio legis* da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras.

Tema 701 - É possível a decretação da "indisponibilidade de bens do promovido em Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro.

Tema 714 - A indisponibilidade de bens e direitos autorizada pelo art. 185-A do CTN depende da observância dos seguintes requisitos: (i) citação do devedor tributário; (ii) inexistência de pagamento ou apresentação de bens à penhora no prazo legal; e (iii) a não localização de bens penhoráveis após esgotamento

das diligências realizadas pela Fazenda, caracterizado quando houver nos autos (a) pedido de acionamento do BACENJUD/SISBAJUD e consequente determinação pelo magistrado e (b) a expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado e ao Departamento Nacional ou Estadual de Trânsito DENATRAN ou DETRAN.

A indisponibilização do patrimônio vincula-se diretamente na seara procedimental ao princípio da responsabilidade patrimonial de seu titular, *ex vi* do art. 391 do CCB/2002 ¹⁰⁹ que estatui “respondem todos os bens do devedor” ao se verificar o inadimplemento de suas obrigações. Essa disposição consagra o princípio da responsabilidade patrimonial – a primazia de tratar desse assunto coube ao art. 591 do CPC/1973 ¹¹⁰, atual art. 789, culminando notável evolução histórica no sentido de transformar em patrimonial a antiga responsabilidade pessoal do obrigado pelo inadimplemento, hoje vedada exceto em caso de obrigações de alimentos ¹¹¹.

5.2. A INDISPONIBILIZAÇÃO PATRIMONIAL NO CPC

A edição em 2015 do Código de Processo Civil-CPC/2015 pela Lei 13.105/2015 veio a alterar significativamente o processo civil em nosso ordenamento pátrio, todavia, o CPC/2015, no tocante ao processo de execução foi relativamente tímido em suas inovações, especialmente quando comparadas àquelas referentes ao trato geral da jurisdição e do processo de conhecimento.

Demonstração da somenos importância dada a ele pode ser mensurada na Exposição de Motivos do Anteprojeto da Comissão constituída pelo Ato nº 379/2009 do Presidente do Senado Federal e que resultou no PL 166/2010 do Senado Federal, onde se identifica somente quatro vezes o uso do termo “execução”.

¹⁰⁹ Art. 391. Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor.

¹¹⁰ Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

¹¹¹ STF Súmula Vinculante 25: É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.

Todavia, verifica-se que o processo executivo no CPC/2015, hoje fundido ao de conhecimento, quando não fundado em título extrajudicial, situação que exige processo de execução específico, teve parcela considerável de seu disciplinamento renovado pela Lei 13.105/2015, na busca da efetividade do processo executivo na concretização dos títulos executivos judiciais e extrajudiciais, para o qual a indisponibilização do patrimônio do executado mostra-se condição *sine qua non* para sua implementação, como a seguir analisado.

O processo de execução apresenta-se no sistema processual como o sintoma mais eloquente das dissonâncias sociais na esfera cível ao expressar não só os conflitos de interesses como a resistência à satisfação voluntária de status jurídicos já constituídos e presentes em títulos judiciais ou extrajudiciais, materializado em uma obrigação certa, líquida e exigível, como ressalta Fredie Didier:

Fica evidente que a satisfação da obrigação é o objetivo principal da execução civil lato sensu. De nada adianta ao credor obter uma sentença judicial lhe assegurando certo direito se este não lhe for, efetivamente, satisfeito pelo devedor.(...)

Em outras palavras, enquanto que a cognição civil tem como objetivo a justa composição do litígio entre as partes, com a promulgação de uma sentença declaratória, constitutiva ou condenatória, a execução civil visa, por outro lado, a justa realização de justiça no caso concreto, i.e. a busca de uma justiça efetiva.

Pode-se conceituar, portanto, a execução civil, segundo a lição de LEONARDO GRECO, como a modalidade de tutela jurisdicional que consiste na prática pelo juiz (ou por outrem sob sua supervisão) de uma série de atos coativos concretos sobre o devedor e sobre o seu patrimônio, a fim de, à custa dele e independentemente do concurso da sua vontade, tornar efetivo o cumprimento de prestação por ele inadimplida, desde que tais atos coativos estejam previamente constituídos na forma da lei.(...)

Estudos de diversos doutrinadores ao redor do globo (no Brasil, cita-se, de modo especial, ARAKEN DE ASSIS e LEONARDO GRECO) tentam descobrir quais seriam as causas para que a execução civil não consiga alcançar o seu objetivo de assegurar a satisfação da obrigação estipulada entre as partes ou imposta por sentença (seja judicial, seja arbitral).

Algumas delas podem ser enumeradas, de modo que qualquer modificação da legislação deveria trazer formas de combater tais fatores da crise da execução civil:

- (a) o alegado excesso de processos em todas as nações ocidentais;
- (b) os custos e a morosidade do aparato judicial ao credor, fato notoriamente conhecido por todos, em todo o mundo;
- (c) a inadequação dos procedimentos executórios diante das mudanças culturais e económicas, gerando ineficiência do Poder Judiciário, retardos desnecessários aos processos e benesses involuntárias aos devedores;
- (d) o surgimento de um novo ambiente económico e sociológico no qual, associado à volatilização da riqueza, há um claro estímulo consumerista que leva ao empobrecimento e consequente endividamento das pessoas onde os devedores passaram a encontrar justificativa à sua mora, como se fosse algo natural, de modo que, como bem notado por LEONARDO GRECO, o inadimplemento das obrigações pelo devedor deixou de ser vexatório e reprovável, multiplicando as ações de cobrança e execuções (fator a, citado supra), através das quais o sujeito passivo ainda usufrui vantagens, à custa do credor; e, por fim,
- (e) como consequência destas mudanças sociais experimentadas no comportamento das sociedades ocidentais e de eventuais benefícios que os legisladores acabaram outorgando aos devedores, a ineficiência das coações processuais.

Infelizmente, sem a devida coação (dentro, claro, dos limites previstos em lei e sem afronta à dignidade da pessoa humana), os devedores não cumprem as suas obrigações, tornando-se necessária a existência de instrumentos processuais eficazes para a satisfação do crédito, dentro dos limites impostos por um devido processo legal. (2016, 32 e 34)

Nesse sentido, Vicente Amadei, ao tratar das alterações trazidas pelo CPC/2015, assinala:

Daí, a clássica assertiva de que, em execução, o processo caminha do direito (singularizado e definido num título executivo) aos fatos (desajustados com a ordem jurídica, que, agora, então, se impõe, necessariamente, ajustar) indica, a rigor, de um lado, um grave desarranjo no convívio social pelo não cumprimento espontâneo das obrigações consolidadas, e,

de outro, a necessidade de reequilíbrio da balança com poder de império judicial ou força justa para a sua satisfação forçada.

Dentre os processos executivos, a execução por quantia certa contra devedor solvente é, sem dúvida, aquela que tem maior volume de feitos judiciais em trâmite e, também, a que apresenta maior grau de insatisfação, ao que parece crescente nas prateleiras dos foros, a reclamar, com efeito, uma reengenharia aplicada aos diversos fatores que atuam em suas causas, quer daqueles de feição metajurídica, como são os de ordem educativa e econômica, quer daqueles próprios do universo do direito, incluso o de direito processual civil, a reclamar constante aperfeiçoamento do sistema formal executivo. (2016, 111),

Nesse contexto de ineficácia do processo de execução em satisfazer o exequente titular de crédito judicial ou extrajudicial, identifica-se o surgimento e evolução gradual do instituto da indisponibilização do patrimônio do executado, com relevo para os valores financeiros disponíveis no sistema bancário, de fácil acesso e movimentação pelo juízo em tempo de penhora online, introduzida no CPC/1973 pela Lei 11.382/2006 e aperfeiçoada pelo CPC/2015.

Evidentemente, a excussão deve estar sujeita a limites oriundos desde o foro constitucional com o princípio da proteção à propriedade até princípios processuais como o da menor onerosidade para o devedor inscrito no art. 620 do CPC/1973 ¹¹² e agora no art. 805 do CPC/2015. ¹¹³

Devem ainda serem necessariamente os princípios gerais do processo civil ínsitos na Constituição Federal como o devido processo legal, a isonomia, o contraditório, a inafastabilidade do controle jurisdicional, a imparcialidade do juiz, a

¹¹² Art. 620. Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

¹¹³ Art. 805. Quando por vários meios o exequente puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o executado.

Parágrafo único. Ao executado que alegar ser a medida executiva mais gravosa incumbe indicar outros meios mais eficazes e menos onerosos, sob pena de manutenção dos atos executivos já determinados.

publicidade dos atos processuais, o duplo grau de jurisdição e a duração razoável do processo. Ademais, essenciais se mostram igualmente a estrita observância dos princípios próprios do processo executivo cível como a existência do devido título executivo, seja judicial ou extrajudicial, *nulla executio sine titulo*, desfecho único, disponibilidade da execução, menor onerosidade, patrimonialidade, utilidade, lealdade e boa-fé processual, atipicidade dos meios executivos e contraditório.

Na sequência do instituto da indisponibilidade acerba trazido pela LC 118/2005 ao processo tributário, a Lei 11.382/2006 alterou o CPC/1973 introduzindo inúmeros dispositivos à execução dentre os quais a averbação premonitória no registro de imóveis, gerando presunção de fraude à execução a alienação ou oneração do bem gravado, art. 615-A ¹¹⁴, além da introdução dos procedimentos de indisponibilização online também no processo executivo cível.

Em refluxo ao movimento da exacerbada indisponibilização patrimonial a Lei 13.097/2015, com vigência plena a partir de 18.02.2017, após *vacatio legis* de dois anos, veio a confirmar a matrícula registral como centro das indisponibilidades relativas ao bem imóvel dela objeto, vedando a oposição de “situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel”, facilitando o tráfico jurídico-econômico ao fixar sítio específico para as indisponibilidades que afetem o bem imóvel.

Nos termos do art. 54 da Lei 13.097/2015, os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes se não tiverem sido anteriormente registradas ou averbadas na matrícula do imóvel o registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias, a averbação de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, ou de restrição

¹¹⁴ Art. 615-A. O exeqüente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei, e a averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência.

.O CPC/2015, em especial seus arts. 837 e 854, além de introduzir *ope legis* a indisponibilidade de bens *online*, via BANCENJUD/SISBAJUD, de dinheiros e bens

imóveis e móveis, leia-se veículos, ainda expressamente autoriza sua instituição judicial à revelia do executado, sem qualquer ciência prévia dele.¹¹⁵

115 Art. 837. Obedecidas as normas de segurança instituídas sob critérios uniformes pelo Conselho Nacional de Justiça, a penhora de dinheiro e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meio eletrônico.

Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

§ 1º No prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da resposta, de ofício, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição financeira em igual prazo.

§ 2º Tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente.

§ 3º Incumbe ao executado, no prazo de 5 (cinco) dias, comprovar que:

I - as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis;

II - ainda remanesce indisponibilidade excessiva de ativos financeiros.

§ 4º Acolhida qualquer das arguições dos incisos I e II do § 3º, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade irregular ou excessiva, a ser cumprido pela instituição financeira em 24 (vinte e quatro) horas.

§ 5º Rejeitada ou não apresentada a manifestação do executado, converter-se-á a indisponibilidade em penhora, sem necessidade de lavratura de termo, devendo o juiz da execução determinar à instituição financeira depositária que, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, transfira o montante indisponível para conta vinculada ao juízo da execução.

§ 6º Realizado o pagamento da dívida por outro meio, o juiz determinará, imediatamente, por sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, a notificação da instituição financeira para que, em até 24 (vinte e quatro) horas, cancele a indisponibilidade.

§ 7º As transmissões das ordens de indisponibilidade, de seu cancelamento e de determinação de penhora previstas neste artigo far-se-ão por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional.

§ 8º A instituição financeira será responsável pelos prejuízos causados ao executado em decorrência da indisponibilidade de ativos financeiros em valor superior ao indicado na execução ou pelo juiz, bem como na hipótese de não cancelamento da indisponibilidade no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, quando assim determinar o juiz.

§ 9º Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exequente, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido por autoridade supervisora do sistema bancário, que tornem indisponíveis ativos financeiros somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa à violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, na forma da lei.

O CPC/2015 veio a manter e expandir a indisponibilização *on line* concedendo-lhe status de pré-penhora, instituto de garantia da efetividade da excussão posterior.

O art. 854 do CPC/2015, para parcela considerável da doutrina possui redação melhor do que a do art. 655-A do CPC/1973, ao dispor que a comunicação do magistrado é para determinar a indisponibilização da quantia no valor da execução e não mais para primeiro requisitar informações e depois proceder ao bloqueio, a exemplo de Marcelo Abelha que assim se manifesta:

“Esta foi uma inovação importantíssima que não constava no texto do artigo 655 do CPC de 1973. Pode-se dizer que os operadores do direito têm uma excelente oportunidade para cumprir com exatidão o modelo constitucional de processo previsto na Constituição e expressamente adotado no artigo 1º do CPC/2015.

Pela letra do artigo 523, § 3º e 829, § 1º verifica-se que a penhora, em sentido lato, é realizada depois do prazo (15 e 03 dias respectivamente) para cumprimento "espontâneo" da obrigação revelada no título executivo. Contudo, o caput do artigo 854 trata do ato de indisponibilidade dos ativos financeiros, ou seja, não é ainda a penhora, que só se efetiva após a ciência do executado e depois de ter lhe sido dada a chance de se defender pela mini impugnação do artigo 853, § 3º.

Assim, é perfeitamente cabível e recomendável que se interprete a expressão "sem dar ciência prévia do ato ao executado" identificando este momento como o que antecede o prazo para o adimplemento, ou seja, tão logo o juiz despache a inicial ou o requerimento executivo.

A indisponibilidade não é penhora, mas ato antecedente e preparatório. Da penhora do dinheiro, como ato perfeito e acabado, será previamente intimado o executado que terá oportunidade de se defender pela mini impugnação.

Diz o artigo 854 que o ato de apreensão online dos ativos financeiros serão realizados sem a ciência prévia do executado. Assim, frise-se, segundo o modelo constitucional de processo, antes mesmo de proceder a citação do executado (no processo de execução) ou a sua intimação (no cumprimento de sentença) proceder-se-á a realização do ato de apreensão dos ativos financeiros pela forma descrita no

dispositivo. A inovação é importante pois normalmente a citação ou intimação prévia permitia que o executado esvaziasse suas contas bancárias tornando infrutífero o ato de penhora.

Ao reconhecer que a penhora só ocorre depois de rejeitada ou não interposta a mini impugnação, então, o dispositivo é perfeitamente compatível com os arts 523, § 3º e 829, § 1º. Em nosso sentir o legislador tornou in re ipsa a urgência transferindo para este momento inicial a indisponibilidade dos ativos financeiros. A indisponibilidade em nada impede, antes facilita, o cumprimento espontâneo nos prazos de 15 e 03 dias.” (2016)

No mesmo sentido, Fernando Giacon Ciscato em seu artigo intitulado “Alteração impactante do CPC: Penhora online sem a ciência do executado” afirma:

A indisponibilidade, sem a ciência prévia do executado não tinha previsão legal no artigo 655 do CPC de 1973. Agora, o artigo 854 é claro ao prever o ato de indisponibilidade online dos ativos financeiros, sem a ciência prévia do executado.

Dessa forma, antes mesmo de proceder a citação do executado, no processo de execução, ou a sua intimação, no cumprimento da sentença, proceder-se-á a realização do ato de indisponibilidade dos ativos financeiros.

A modificação é relevante, pois na vigência do antigo Código, a citação ou intimação prévia acabava permitindo que o executado adotasse medidas preventivas e acabasse tornando inócua a tentativa da penhora online.

Deve ficar claro que o novo dispositivo traz um ato construtivo prévio à penhora, o qual foi denominado como indisponibilidade de ativos financeiros, realizada na própria conta do executado sem transferência dos valores para conta do juízo. Este valor indisponível na conta somente será transformado em penhora e transferido para conta do juízo após a defesa prevista no artigo 854, § 3º. (2016)

Como visto o art. 854 do CPC/2015, agora em uma Subseção V - Da Penhora de Dinheiro em Depósito ou em Aplicação Financeira, específica antes disposição inexistente, aprimora a indisponibilização financeira introduzida no CPC/1973 pela Lei 11.382/2006, ao instituir ato construtivo prévio à penhora.

Sob a denominação de indisponibilização de ativos financeiros, a excussão preambular das disponibilidades do executado inicia-se pela requisição do exequente e à revelia do executado, sem transferência dos valores para a conta do juízo, restringindo-se ao bloqueio do valor apresentado pelo exequente no seu requerimento ou petição inicial, tornando a quantia indisponível para movimentação bancária.

A conversão da indisponibilidade financeira em penhora, com a transferência do valor indisponibilizados para a conta judicial somente pode ocorrer após a intimação do executado fixada no § 3º do art. 854 para sua impugnação. Assim, a convolação da indisponibilidade em penhora, ato de apreensão e depósito do bem do executado, só após a revelia do executado ou a rejeição pelo juízo da denominada pela doutrina de mini impugnação.

Enquanto a penhora de dinheiro deve ser requerida pelo exequente, a indisponibilização excessiva, se identificada pelo juízo, deve ser de ofício retificada no prazo de 24 horas seguintes ao bloqueio. Tal dispositivo peremptório apresenta-se como resposta a inúmeros casos verificados na prática forense com prejuízos consideráveis aos executados.

Intimado o executado ou seu constituído do bloqueio de seu patrimônio bancário no processo de execução de título extrajudicial ou no cumprimento de sentença, nos termos do § 2º do art. 854, deve impugnar em 5 dias o excesso na indisponibilização ou a impenhorabilidade de seus ativos financeiros, nos termos do

art. 833 ¹¹⁶, na ordem fixada pelo art. 835 ¹¹⁷, vedada oposição de mérito. Durante esse prazo não pode ocorrer a conversão da apreensão em penhora permanecendo o montante bloqueado na conta do executado.

¹¹⁶ Art. 833. São impenhoráveis:

- I - os bens inalienáveis e os declarados, por ato voluntário, não sujeitos à execução;
- II - os móveis, os pertences e as utilidades domésticas que guarnecem a residência do executado, salvo os de elevado valor ou os que ultrapassem as necessidades comuns correspondentes a um médio padrão de vida;
- III - os vestuários, bem como os pertences de uso pessoal do executado, salvo se de elevado valor;
- IV - os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2o;
- V - os livros, as máquinas, as ferramentas, os utensílios, os instrumentos ou outros bens móveis necessários ou úteis ao exercício da profissão do executado;
- VI - o seguro de vida;
- VII - os materiais necessários para obras em andamento, salvo se essas forem penhoradas;
- VIII - a pequena propriedade rural, assim definida em lei, desde que trabalhada pela família;
- IX - os recursos públicos recebidos por instituições privadas para aplicação compulsória em educação, saúde ou assistência social;
- X - a quantia depositada em caderneta de poupança, até o limite de 40 (quarenta) salários-mínimos;
- XI - os recursos públicos do fundo partidário recebidos por partido político, nos termos da lei;
- XII - os créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra.

§ 1o A impenhorabilidade não é oponível à execução de dívida relativa ao próprio bem, inclusive àquela contraída para sua aquisição.

§ 2o O disposto nos incisos IV e X do caput não se aplica à hipótese de penhora para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como às importâncias excedentes a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8o, e no art. 529, § 3o.

§ 3o Incluem-se na impenhorabilidade prevista no inciso V do caput os equipamentos, os implementos e as máquinas agrícolas pertencentes a pessoa física ou a empresa individual produtora rural, exceto quando tais bens tenham sido objeto de financiamento e estejam vinculados em garantia a negócio jurídico ou quando respondam por dívida de natureza alimentar, trabalhista ou previdenciária.

Art. 834. Podem ser penhorados, à falta de outros bens, os frutos e os rendimentos dos bens inalienáveis.

O CPC/2015 nada dispõe sobre o contraditório nessa fase preambular, evidentemente deve ser facultada oposição pelo exequente, em igual prazo para sua manifestação, porquanto poderá o executado trazer exceção indireta em relação à indisponibilidade dos ativos.

Tanto os embargos quanto a impugnação preveem como fundamento da defesa/ação a penhora incorreta e/ou avaliação errônea. É incorreta a penhora feita em quantia maior do que a que foi pretendida na execução, a exemplo da indisponibilidade excessiva, e também é incorreta a penhora/indisponibilidade de bem impenhorável. O executado pode alegar tais óbices em seus embargos ou na impugnação. A apreensão dos valores só se transforma em penhora após a rejeição/ausência de impugnação. Assim, identificam-se várias similitudes entre a penhora e a indisponibilidade.

¹¹⁷ Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

- I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;
- II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;
- III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;
- IV - veículos de via terrestre;
- V - bens imóveis;
- VI - bens móveis em geral;
- VII - semoventes;
- VIII - navios e aeronaves;
- IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias;
- X - percentual do faturamento de empresa devedora;
- XI - pedras e metais preciosos;
- XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;
- XIII - outros direitos.

§ 1º É prioritária a penhora em dinheiro, podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

§ 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.

§ 3º Na execução de crédito com garantia real, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, e, se a coisa pertencer a terceiro garantidor, este também será intimado da penhora.

O art. 675 do CPC/2015 faculta a oposição de embargos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada a sentença, já no cumprimento de sentença ou execução até 5 dias dos atos executivos, mas sempre antes da emissão da carta respectiva.¹¹⁸

O cancelamento da indisponibilidade financeira indevida deve se dar com a mesma rapidez com que é feito o bloqueio, ou seja 24 horas, visto que causa enorme transtorno a seu titular, devendo o responsável pela demora responder pelos danos causados. A eventual responsabilização do sistema bancário pela demora na restituição é motivo de questionamentos por Eduardo Talamini nos seguintes termos:

Eventualmente, erros da instituição financeira vêm a gerar prejuízos ao exequente (p. ex., indevidamente, ela deixa de bloquear os ativos do executado, a despeito de comunicada para tanto) — hipótese em que também deverá ser objetivamente responsabilizada (C. Civil, art. 927, par. ún).

Em segundo lugar, nem sempre a demora na liberação de bloqueios indevidos ou excessivos é imputável à instituição financeira. Pode derivar — e isso já se constatou na prática em várias ocasiões — da própria inércia ou desorganização do órgão judiciário. Ora, nesse caso, o Poder Público deve responder objetivamente pelos danos causados ao executado (CF, art. 37, §6º).

Além disso, o exequente responde objetivamente pela execução indevida. Essa responsabilidade aplica-se tanto à execução provisória (art. 520, 1) quanto à definitiva (art. 776). Se, em execução indevida, houver bloqueio e penhora de depósitos bancários ou aplicações financeiras, e isso gerar danos ao executado, o exequente estará obrigado a ressarcirlos. (2017)

118 Art. 675 Os embargos podem ser opostos a qualquer tempo no processo de conhecimento enquanto não transitada em julgado a sentença e, no cumprimento de sentença ou no processo de execução, até 5 (cinco) dias depois da adjudicação, da alienação por iniciativa particular ou da arrematação, mas sempre antes da assinatura da respectiva carta.

O § 9º do art. 854 exclui a responsabilidade de partidos coligados, nos casos de coligações, ou seja, se partido x está coligado com o partido y e deste é o ilícito, o fato de estarem coligados não solidariza o primeiro com o segundo, pois a coligação só se justifica para fins eleitorais.

O art. 789 do CPC/2015 ¹¹⁹ determina que o devedor responda com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei. Tem-se, portanto, que o referido artigo faz expressa ressalva no sentido de que nem todo o patrimônio do devedor é passível de penhora e, conseqüentemente, fica sujeito à execução. A remissão aos bens impenhoráveis atrai questão de duas alterações introduzidas pelo CPC/2015 no tema da impenhorabilidade presente no art. 833.

Primeiro, a inclusão do inciso XII relativo aos créditos oriundos de alienação de unidades imobiliárias, sob regime de incorporação imobiliária, vinculados à execução da obra, ou seja reforçar a proteção ao patrimônio de afetação e excluir os outros condôminos de eventuais atrasos nas obras imobiliárias, protegendo o adquirente, pois, este compra e o valor é vinculado a execução da obra, sendo afetado na execução, não tendo mais como o vendedor pegar o dinheiro e a obra parar.

Segundo o disposto no § 2º do mesmo art. 833, ao excluir a penhora e indisponibilidade dos valores disponíveis na conta para pagamento de prestação alimentícia, independentemente de sua origem, bem como as importâncias salariais inferiores a 50 (cinquenta) salários-mínimos mensais, R\$ 52.250,00 em 2020,

¹¹⁹ Art. 789. O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei.

devendo a constrição observar o disposto no art. 528, § 8º, e no art. 529, § 3º ¹²⁰. A exceção salarial em termos quantitativos tem sido criticada pela doutrina pela elevada quantia, a exemplo de Vanessa Salmaço Martins:

Ora, 50 salários mínimos, é algo em torno de R\$ 40.000,00. Assim uma pessoa que ganha mais de quarenta mil reais, o excesso será separado para ser penhorado. Mas, quem no Brasil ganha R\$ 40.000,00 de salário?

Não seria um abuso dizer que quem ganha R\$ 10.000,00 de salário, não poderá ter R\$ 500,00 penhorados? (2016)

Efetivamente, em um país com uma renda média de R\$ 2.398,00 no 1º Trimestre de 2020, conforme IBGE (2021), excluir-se valores correspondentes a R\$ 52.250,00 em 2020 da responsabilidade por obrigações assumidas perante terceiros apresenta-se desproporcional a nossa realidade, ou seja, um abuso, com reflexos socioeconômicos em especial para a circulação dos recursos ao restringir o crédito pela redução da segurança do retorno dos valores creditados ou das obrigações em geral assumidas.

No tocante à ordem de penhora, o art. 835 do CPC/2015 ¹²¹ confirma o reconhecimento pelo legislador da proeminência dos patrimônios financeiros virtuais

¹²⁰ Art. 528. No cumprimento de sentença que condene ao pagamento de prestação alimentícia ou de decisão interlocutória que fixe alimentos, o juiz, a requerimento do exequente, mandará intimar o executado pessoalmente para, em 3 (três) dias, pagar o débito, provar que o fez ou justificar a impossibilidade de efetuá-lo. (...)

§ 8º O exequente pode optar por promover o cumprimento da sentença ou decisão desde logo, nos termos do disposto neste Livro, Título II, Capítulo III, caso em que não será admissível a prisão do executado, e, recaiando a penhora em dinheiro, a concessão de efeito suspensivo à impugnação não obsta a que o exequente levante mensalmente a importância da prestação.

Art. 529. Quando o executado for funcionário público, militar, diretor ou gerente de empresa ou empregado sujeito à legislação do trabalho, o exequente poderá requerer o desconto em folha de pagamento da importância da prestação alimentícia.(...)

§ 3º Sem prejuízo do pagamento dos alimentos vincendos, o débito objeto de execução pode ser descontado dos rendimentos ou rendas do executado, de forma parcelada, nos termos do caput deste artigo, contanto que, somado à parcela devida, não ultrapasse cinquenta por cento de seus ganhos líquidos.

em detrimento dos físicos ao ascender na ordem de preferência para penhora os títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado do inciso IX para II e os títulos e valores mobiliários com cotação em mercado do inciso X para o III.

Ademais, o CPC/2015 suprimiu a ideia de que a penhora em dinheiro é onerosa, empurrando outros bens na frente para serem penhorados como ocorria no CPC/1973, ao equiparar a dinheiro, para fins de substituição da penhora, a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento, justificando-se o acréscimo de 30% como garantia para perdas do valor de mercado dos títulos.

Quanto à ordem de bens passíveis de penhora fixada no art. 835 do CPC/2015 e a preferência dada aos recursos financeiros expressos em valores monetários, Marcelo Abelha argumenta que::

(...) a penhora do dinheiro não é apenas prioritária, ou seja, o primeiro bem do patrimônio do executado deve ser penhorado, afinal de contas, numa execução por quantia o que se espera é

¹²¹ Art. 835. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

II - títulos da dívida pública da União, dos Estados e do Distrito Federal com cotação em mercado;

III - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

IV - veículos de via terrestre;

V - bens imóveis;

VI - bens móveis em geral;

VII - semoventes;

VIII - navios e aeronaves;

IX - ações e quotas de sociedades simples e empresárias;

X - percentual do faturamento de empresa devedora;

XI - pedras e metais preciosos;

XII - direitos aquisitivos derivados de promessa de compra e venda e de alienação fiduciária em garantia;

XIII - outros direitos.

o recebimento do dinheiro. Há algo mais no referido parágrafo. É que, ao dizer que, "podendo o juiz, nas demais hipóteses, alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto", traz outra consequência importantíssima, que é o caráter absoluto do dinheiro, ou seja, além de prioritário, é absoluto. Isso significa que não se pode alterar a ordem estabelecida nos incisos para desprivilegiar a penhora de dinheiro.

Todos os bens dos incs. II a XIII estão dispostos naquela ordem de preferência, por que o legislador presumiu ser essa a ordem de maior liquidez, ou seja, dos bens que mais facilmente são convertidos em dinheiro. Eis aí o motivo pelo qual a penhora do dinheiro é prioridade, ou seja, deve ser procurado ou buscado em primeiro lugar, e, havendo outros bens, o dinheiro possui um caráter absoluto, não se sujeitando à inversão da ordem de preferência a que todos os outros bens se sujeitam. Com isso, com a regra do art. 835, § 1º, está superada a absurda Súmula 417 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe que, "na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto". (2016, 339),

Assim, segundo o autor, havendo dinheiro disponível, sua constrição representa prioridade absoluta diante de outros bens do executado, em decorrência da facilidade que este tipo de penhora garante à satisfação do credor. No mesmo sentido, ou seja, da eficiência da penhora eletrônica, ou seja, de disponibilidades monetárias existentes no sistema financeiro e passíveis de excussão imediata pelo sistema judicial manifesta-se Luiz Guilherme Marinoni:

A penhora de dinheiro é a melhor forma de viabilizar a realização do direito de crédito, já que dispensa todo o procedimento destinado a permitir a justa e adequada transformação de bem penhorado - como o imóvel - em dinheiro, eliminando a demora e o custo de atos como a avaliação e a alienação do bem a terceiro. Além disso, tal espécie de penhora dá ao exequente a oportunidade de penhorar a exata quantia necessária ao seu pagamento. Não é por acaso, portanto, que o "dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira" (art. 835, I, CPC), tem a preferência legal na ordem da penhora, sequer podendo o juiz alterar a ordem de preferência nesse caso (art. 835, § 1.0, CPC). O executado não tem, em princípio, direito à nomeação de bens à penhora. Tem o dever de pagar (art. 829, caput, CPC). O exequente tem direito à penhora de quantia em dinheiro e para tanto pode requerê-la eletronicamente (art. 854,

CPC). Não se trata de solução secundária para individualização dos bens a penhorar o direito à penhora eletrônica prefere aos demais (arts. 774, V, 835, I e § 1.º, 848, I e 854, CPC). O direito à penhora eletrônica é corolário do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva, na medida em que esse tem como consequência imediata o direito ao meio executivo adequado à tutela do direito material. Não há dúvida que a penhora eletrônica é a principal modalidade executiva destinada à execução pecuniária, razão pela qual não se pode negá-la ao exequente. (2017, 931)

Todavia, parcela da doutrina entende que a precedência dos bens penhoráveis deve observar o princípio do equilíbrio entre a melhor satisfação do credor e a menor onerosidade do devedor como sustenta, Teresa Arruda Alvim Wambier (2016, 1261):

Ordem preferencial x penhora em dinheiro prioritária - inciso I e parágrafo primeiro. O inc. I atine à penhorabilidade de dinheiro, que se mantém como primeira espécie de bens penhoráveis. Aliás, não poderia ser diferente, dado que se está cogitando de execução por quantia certa, cuja finalidade é a satisfação de crédito pecuniário do exequente. Nesse contexto, merece, desde já, comentar o § 1º que estabelece que "prioritária a penhora em dinheiro; nas demais hipóteses, o juiz pode alterar a ordem prevista no caput de acordo com as circunstâncias do caso concreto". Bem se vê que, por força do texto legal, prioritariamente (e não preferencialmente) a penhora recairá em dinheiro; a ordem dos demais bens penhoráveis, elencados nos incs. II a XIII, poderá ser alterada à luz das particularidades do caso concreto. Diante dessa redação, a literalidade da norma parece conferir um caráter absoluto para a penhora de dinheiro, circunscrevendo a liberdade do juiz para alterar a ordem somente nas demais hipóteses. Trata-se de raciocínio diverso daquele sedimentado pela Súmula 417 do STJ: "Na execução civil, a penhora de dinheiro na ordem de nomeação de bens não tem caráter absoluto". Não concordamos com tal raciocínio. A interpretação dos dispositivos legais não pode se dar em função apenas de sua literalidade, nem tampouco de forma isolada do sistema normativo como um todo. A nosso ver, mesmo a penhora em dinheiro, conquanto tenha caráter prioritário, pode ser flexibilizada. A ordem legal estabelecida para a penhora deve ser ajustada de forma a conciliar, no caso concreto, os princípios da máxima utilidade da execução em favor do exequente e o da menor onerosidade ao executado, com vistas a buscar uma execução equilibrada e proporcional.

Camila Chagas Saad (2019, 207) apresenta um exemplo de possibilidade de flexibilização da prioridade da penhora de dinheiro pela existência de créditos de maior liquidez que a disponibilidade financeira, a exemplo da penhora de mão própria, penhora de crédito cuja constrição judicial recai sobre crédito do executado contra o próprio exequente, quando o crédito objeto de penhora de mão própria tem como resultado final sua compensação automática com o débito em execução. Assim, temos uma modalidade de penhora por simples permuta de valores e que poderia constar em primeiro lugar na ordem do art. 835 do CPC/2015, já que, sendo crédito líquido, mostra-se como meio mais fácil de quitação da dívida, garantindo maior efetividade mesmo em relação ao dinheiro, além de ter menor onerosidade para o executado.

Portanto, se a penhora online ou indisponibilidade financeira eletrônica reluz por sua agilidade, celeridade e eficácia no bloqueio de valores do executado a serem disponibilizados pelo juízo para o exequente, assegurando a efetividade da penhora dos valores financeiros, também se mostra como instrumento processual que atrai inúmeras críticas e entretantos como os de Raphael Ragazzoni Marques da Silva:

Mecanismo importante, pois muito utilizado, que em vista da tecnologia hoje existente se faz possível. Consiste na possibilidade de obter informações, bloquear e desbloquear contas via internet, onde o magistrado comunica o Banco Central pela via eletrônica sobre a necessidade da constrição. Tal estratégia contribui em muito para a celeridade e efetividade das execuções, entretanto são lesivas no sentido de que em muitas ocasiões quedam-se constrangidos valores acima do necessário, indivíduos diversos do pretendido, assim como não ser sempre esta a forma menos gravosa ao executado (conforme princípio da menor gravosidade da penhora), bem como alguns outros pontos causadores de debates sobre a legalidade e legitimidade deste mecanismo (violação de sigilo bancário, desrespeito ao devido processo legal e outros).(...)

Entretanto, há quem não entenda a penhora online como o "melhor dos mundos" pelos seguintes motivos:

(i) Suposta infração ao princípio da menor onerosidade ao executado;

- (ii) Possibilidade de penhora de salários, que em princípio são considerados impenhoráveis por sua natureza alimentar (ou valor proveniente de bem de família, cujo valor será destinado a compra de outro bem destinado àquela entidade familiar);
- (iii) Criticada por não observar/prestigar o contraditório e a ampla defesa;
- (iv) Entendimentos e nuances práticas discutíveis;
- (v) Discricionariedade do aplicador, o que pode gerar inclusive excesso de penhora;
- (vi) Outra crítica é que nem sempre a penhora respeita a capacidade empresarial, incidindo de forma demasiadamente onerosa nas contas da empresa, podendo reduzi-la a situação de insolvência, já que realizada "inaldita altera pars";
- (vii) Demora na determinação do desbloqueio, o que pode gerar incomensuráveis danos morais e materiais ao suposto devedor;
- (viii) Bloqueio de valores em mais de uma conta do devedor, o que caracterizaria uma responsabilização em dobro, ou seja, por duas quotas, quando deveria responder por uma (caso de responsabilidade solidária). (2015)

A indisponibilidade dos bens de executado não impede a penhora e a adjudicação, já que a medida apenas impede que o proprietário se desfaça de seu patrimônio. Com base nesse entendimento, a 3ª Turma do STJ (REsp: 1493067 RJ) autorizou a adjudicação, medida judicial que dá posse e a propriedade bens, de uma fazenda pertencente ao espólio do ex-deputado federal Sérgio Naya. O imóvel havia sido declarado indisponível em ação civil pública ajuizada pelas vítimas do desabamento do edifício Palace II, em 1998. No processo, a adjudicação tem o objetivo de quitar o crédito em uma ação trabalhista, sem relação com o acidente.

Político e empresário, Naya morreu em 2009. Ele era o principal acionista da construtora responsável pela obra do edifício Palace II, no Rio de Janeiro, cujo desabamento deixou oito mortos e dezenas de famílias desabrigadas. O pedido de adjudicação foi feito após o trânsito em julgado de ação de responsabilidade civil movida contra a construtora Sersan, Matersan Materiais de Construção e o próprio Sérgio Naya, por danos materiais e morais relativos a acidente de trabalho.

Decisão interlocutória indeferiu o pedido de assinatura de carta de adjudicação em razão da indisponibilidade de todos os bens de Naya, decretada na ação ajuizada pelas vítimas do desabamento. A relatora, Ministra Nancy Andrighi, votou a favor do pedido. Segundo ela, a indisponibilidade de bens é medida cautelar atípica, deferida com base no poder geral de cautela do juiz, por meio da qual é resguardado o resultado prático de uma ação pela restrição ao direito do devedor de dispor sobre a integralidade do seu patrimônio, sem, contudo, privá-lo definitivamente do domínio, e cujo desrespeito acarreta a nulidade da alienação ou oneração, explicou a ministra que a indisponibilidade cautelar, diferentemente do arresto, da inalienabilidade e da impenhorabilidade, legal ou voluntária, atinge todo o patrimônio do devedor, e não um bem específico, não vinculando, portanto, qualquer bem particular à satisfação de um determinado crédito.

Em relação à adjudicação, Nancy Andrighi, em seu relatório, destacou que apesar de o instituto possuir características similares à dação em pagamento, dela se distingue por nada ter de contratual, consistindo em ato executivo de transferência forçada de bens, *ipsis verbis*:

“Em vista da ausência de direito dos representados pelo autor da ação civil pública a bens determinados dos devedores comuns pois a indisponibilidade de bens não cria direito de preferência em relação aos demais credores, e também porque a indisponibilidade somente é óbice à disposição do patrimônio pela vontade do devedor, não podendo, assim, impedir a atividade coativa da expropriação o acórdão recorrido merece reforma, haja vista que apontou óbice que não é suficiente para obstruir adjudicação do bem à recorrente”

Concluindo a 3ª Turma do STJ (REsp: 1493067 RJ) em seu julgamento, *ipsis litteris*:

RECURSO ESPECIAL. CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. INTEGRALIDADE DO PATRIMÔNIO. EXECUÇÃO. EXPROPRIAÇÃO. ADJUDICAÇÃO DE BEM. COISA DETERMINADA E ESPECÍFICA. IMPEDIMENTO. AUSÊNCIA. 1. Cinge-se a controvérsia a determinar se:

a) a indisponibilidade de bens do executado, deferida em ação civil pública, impede a adjudicação de um determinado bem a

credor que executa o devedor comum com substrato em título executivo judicial; e

b) é possível ao juiz negar-se assinar a carta de adjudicação sob esse fundamento, mesmo já tendo extinto a execução com substrato no art. 794, II, do CPC/73.

2. A indisponibilidade é medida cautelar atípica, deferida com substrato no poder geral de cautela do juiz, por meio da qual é resguardado o resultado prático de uma ação pela restrição ao direito do devedor de dispor sobre a integralidade do seu patrimônio, sem, contudo, privá-lo definitivamente do domínio e cujo desrespeito acarreta a nulidade da alienação ou oneração.

3. A indisponibilidade cautelar, diferentemente do arresto, da inalienabilidade e da impenhorabilidade, legal ou voluntárias, atinge todo o patrimônio do devedor, e não um bem específico, não vinculando, portanto, qualquer bem particular à satisfação de um determinado crédito.

4. Além disso, apesar de a adjudicação possuir características similares à dação em pagamento, dela distingue-se por nada ter de contratual, consistindo, em verdade, em ato executivo de transferência forçada de bens, razão pela qual não fica impedida pela indisponibilidade cautelar, que se refere à disposição voluntária pelo devedor.

5. Recurso especial conhecido e provido. (STJ - REsp: 1493067 RJ 2014/0007450-8, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 21/03/2017, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/03/2017)

5.3. A INDISPONIBILIDADE DE BENS ONLINE

Existem mais de um sistema para proceder com uma indisponibilidade online, a exemplo do CNIB, RENAJUD e BACENJUD/SISBAJUD, que se diferenciam conforme o objeto a se indisponibilizar.

Nesse contexto de expansão da indisponibilização dos bens do devedor, tanto na esfera judicial como extrajudicial, identifica-se como precursora da indisponibilização online a Lei Complementar 118/2005, alterando e acrescentando dispositivos à Lei 5.172/1966 - CTN, antecipou a presunção de fraude na alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo, por sujeito passivo em débito para com a Fazenda Pública, com a simples inscrição do crédito tributário em dívida ativa,

antes exigia-se estar o crédito em execução judicial, além de ter introduzido o art. 185-A, com a figura da “indisponibilidade eletrônica” dos bens do devedor tributário que, embora citado, não assegurou o juízo, apresentando bens à penhora, ou não foram eles encontrados.¹²²

A LC 118/2005, foi editada sob o argumento da necessidade de se compatibilizar a legislação tributária com o novo paradigma do concurso creditório trazido pela nova lei de falências, Lei 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

Trata-se do aprofundamento e disposição em nível de lei complementar das medidas cautelares fiscais já previstas pelas Leis nº 6.830/1980 e Lei 9.532/1997, reguladoras das medidas cautelares fiscais, que já previam privilégios para o fisco em prejuízo do princípio de paridade de tratamento das partes, como a medida cautelar fiscal indisponibilizadora dos bens do devedor de obrigatória concessão, sempre que requerida pelo fisco; a ação de depósito dos tributos retidos na fonte, podendo culminar com a prisão civil do devedor em até 90 dias, julgado inconstitucional pelo STF (HCs 87.585 e 92.566) e firmado pela Súmula Vinculante 25 já mencionada, e a penhora online das contas bancárias do devedor.

122 Art. 185. Presume-se 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. ~~em fase de execução.~~

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

§ 1 A indisponibilidade de que trata o caput deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite.

§ 2o Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o caput deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.

O *praeceptum juris* deixa dúvidas quanto a sua eficácia, já que se aplica expressamente aos casos em que já não foram encontrados os bens excutíveis, e quanto a sua operacionalidade em relação aos bens imóveis, ainda que sistema semelhante já esteja em uso quanto a valores existentes no sistema financeiro.

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

O art. 185-A do CTN é mais amplo e mais invasivo ao patrimônio do devedor do que a mera penhora “*on line*” disciplinada pelo CPC. Isso porque o art. 185-A do CTN prevê a indisponibilidade universal dos bens e direitos do executado. Como pontua o STJ:

O bloqueio universal de bens e de direitos, previsto no art. 185-A do CTN, não se confunde com a penhora de dinheiro aplicado em instituições financeiras, por meio do sistema BACENJUD, disciplinada no art. 655-A do CPC (redação conferida pela Lei 11.382/2006). (STJ. 2ª Turma. AgRg no Ag 1164948/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 02/02/2011)

Por ser uma medida muito grave, a indisponibilidade de que trata o art. 185-A do CTN só pode ser decretada pelo juiz se forem preenchidos três requisitos que podem ser extraídos da própria redação do dispositivo. São eles:

1. Citação do devedor. A indisponibilidade só pode ser decretada se o executado já foi citado, “devidamente citado”.
2. Inexistência de pagamento ou apresentação de bens à penhora no prazo legal O art. 185-A afirma que somente poderá ser determinada a indisponibilidade se o devedor, após ser citado, “não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal”.

3. Exaurimento das diligências na busca por bens penhoráveis

A indisponibilidade só pode ser decretada se a Fazenda Pública provar que tentou outras diligências para achar bens penhoráveis do devedor e, mesmo assim, não obteve êxito. Quais são as diligências que devem ser exigidas da exequente para que se considerem esgotados os meios de busca de bens?

Segundo o STJ, para que a Fazenda Pública prove que esgotou (exauriu) todas as diligências na tentativa de achar bens do devedor, basta que ela tenha adotado duas providências:

a) a exequente deve ter pedido e o juiz determinado a penhora “*on line*” (BACENJUD);

b) a exequente deve ter expedido ofícios aos registros públicos do domicílio do executado e ao Departamento Nacional ou Estadual de Trânsito - DENATRAN ou DETRAN.

Repare, na letra “b”, que basta que a Fazenda Pública tenha feito pesquisas de bens nos registros públicos localizados no domicílio do executado, cartórios existentes na cidade do devedor. Assim, não se exige que a Fazenda Pública realize busca em todos os registros de imóveis do País, por exemplo.

O STJ entende que exigir isso não seria razoável. Se forem tentadas as duas providências acima e mesmo assim não forem localizados bens penhoráveis, neste caso será possível que a Fazenda Pública requeira e o juiz determine a indisponibilidade do art. 185-A do CTN. O tema foi definido pelo STJ em sede de recurso especial repetitivo, tendo sido firmadas as seguintes teses:

Tema 714 (26.11.2014) - A indisponibilidade de bens e direitos autorizada pelo art. 185-A do CTN depende da observância dos seguintes requisitos: (i) citação do devedor tributário; (ii) inexistência de pagamento ou apresentação de bens à penhora no prazo legal; e (iii) a não localização de bens penhoráveis após esgotamento das diligências realizadas pela Fazenda, caracterizado quando houver nos autos: a) pedido de acionamento do Bacen Jud e consequente determinação pelo magistrado e b) a expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado e ao Departamento Nacional ou

Estadual de Trânsito - DENATRAN ou DETRAN. STJ. 1ª Seção. REsp 1.377.507-SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 26/11/2014 (recurso repetitivo) (Info 552).

O STJ consagrou o entendimento acima na Súmula 560:

Súmula 560: A decretação da indisponibilidade de bens e direitos, na forma do art. 185-A do CTN, pressupõe o exaurimento das diligências na busca por bens penhoráveis, o qual fica caracterizado quando infrutíferos o pedido de constrição sobre ativos financeiros e a expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado, ao Denatran ou Detran. STJ. 1ª Seção. Aprovada em 09/12/2015. DJe 15/12/2015.

O bloqueio universal de bens e de direitos previsto no art. 185-A do CTN não se confunde com a penhora de dinheiro aplicado em instituições financeiras, por meio do Sistema BACENJUD, disciplinada no art. 655-A do CPC. Assim, o STF e o STJ solidificaram o entendimento do uso imediato do sistema BACENJUD independente do prévio exaurimento das buscas extrajudiciais, *ipsis verbis*:

Tema 631/STF - Desnecessidade de comprovação do prévio exaurimento das vias extrajudiciais de busca de bens para o deferimento de penhora eletrônica pelo denominado sistema BacenJud, requerida após a Lei 11.382/2006.

Tema 425/STJ - A utilização do Sistema BACEN-JUD, no período posterior à vacatio legis da Lei 11.382/2006 (21.01.2007), prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras.

Para que seja decretada a penhora on-line, não é necessário que o credor tente localizar outros bens penhoráveis em nome do devedor. Não se exige do exequente o exaurimento das vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados (STJ. Corte Especial. REsp 1112943/MA, Rel. Min. Nancy Andrichi, julgado em 15/09/2010).

Para que seja decretada a indisponibilidade de bens de que trata o art. 185-A do CTN, exige-se que a Fazenda Pública exequente prove que tentou localizar outros bens penhoráveis em nome do devedor. Exige-se o exaurimento das

diligências na busca por bens penhoráveis (STJ. 1ª Seção. REsp 1.377.507- SP, Rel. Min. Og Fernandes, julgado em 26/11/2014).

Todavia o STF em duas importantes decisões sobre o tema afastou o habeas corpus da indisponibilização patrimonial, nos seguintes termos:

1. "O habeas corpus , garantia de liberdade de locomoção, não se presta para discutir confisco criminal de bem". [HC 99.619, rei. p/ o ac. min. Rosa Weber, j. 14.02.2012, 1ª T, DJE de 22.03.2012.],
2. "O habeas corpus não é o meio adequado para impugnar ato alusivo a sequestro de bens móveis e imóveis bem como a bloqueio de valores." (HC 103.823, rei. min. Marco Aurélio, j. 03.04.2012, 1ª)

Críticas são apostas pela doutrina contra a figura da penhora *online* de contas bancárias por confundirem dinheiro disponível com saldo em conta corrente. Kiyoshi Harada (2005) faz ácida crítica ao mecanismo de indisponibilização dos bens do devedor estatuído pela Lei Complementar 118/2005, ao introduzir no CTN o art. 185-A, como impor ao juiz que de ofício decrete a *"indisponibilidade universal de bens e direitos do devedor, transformando pessoas e entidades referidas no caput do art. 185-A em auxiliares da Justiça"*, atribuindo ao juiz de verificar o excesso de constrição, quando deve *"determinar o imediato levantamento da indisponibilidade excedente"*.

Alega Harada ser muito fácil bloquear contas bancárias online, todavia *"... leva-se meses para desfazer a constrição judicial"* podendo resultar até na falência da empresa, concluindo Harada que, desde há muito, *"a ineficiência, a inoperância e a incompetência dos órgãos públicos vêm sendo supridas por instrumentos legislativos, cada vez mais truculentos contra contribuintes"*.

Nesse sentido, expressa-se Kiyoshi Harada (2005), quanto à indisponibilização dos bens do devedor estatuído pela Lei Complementar 118/2005, ao introduzir no CTN o art. 185-A, *ipsis litteris*:

Depois de ordenar a indisponibilidade de forma aleatória, prescreve o § 1º que o juiz deverá determinar o levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem o valor da dívida sob execução. A avaliação da compatibilidade e

proporcionalidade da garantia, representada pela indisponibilidade de bens ou direitos, far-se-á com base nas informações que os órgãos executores da constrição judicial deverão prestar, imediatamente, conforme determina o § 2º.

O abuso legislativo é patente, assim como a irracionalidade dos preceitos referidos. A lei, substituindo as eventuais providências a serem requeridas pela exequente, impõe ao juiz providência de ofício, consistente no decreto de indisponibilidade universal de bens e direitos do devedor, transformando pessoas e entidades referidas no caput do art. 185-A em auxiliares da Justiça, a quem cabe a execução da constrição judicial decretada. Verificado o excesso de constrição, o juiz deverá determinar o imediato levantamento da indisponibilidade excedente. (...)

Ora, qualquer profissional que milita no foro sabe que bloquear contas bancárias por via eletrônica, por exemplo, não leva mais que um minuto. Porém, para desbloqueá-las pode levar anos. Mesmo ante a prova de quitação do tributo, muitas vezes, indevido, leva-se meses para desfazer a constrição judicial. Hoje, existe ordem cronológica até para cumprimento de determinados despachos judiciais como, por exemplo, aquele que ordena a expedição do mandado de levantamento do dinheiro depositado pelo réu vencido na demanda, sujeito ao agendamento prévio para épocas cada vez mais distantes.

A violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade está confinada no próprio § 1º do art. 185-A. O bloqueio indiscriminado de todos os bens e direitos, como está no art. 185-A caput, poderá acarretar a falência da empresa como consequência da interrupção de fornecimento de matérias primas; poderá ensejar a prática de crimes contra ordem tributária, pela impossibilidade de recolhimento de tributos retidos na fonte; poderá ensejar o inadimplemento da folha salarial com graves consequências, enfim, “n” situações imprevisíveis poderão ocorrer colocando por terra abaixo o esforço dos legisladores na preservação de unidades produtivas, por meio da Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, em função da qual foi editada a LC nº 118/05 sob comento.(...)

De há muito, a ineficiência, a inoperância e a incompetência dos órgãos públicos vêm sendo supridas por instrumentos legislativos, cada vez mais truculentos contra contribuintes. Cancelamento do CNPJ/CIC ou sua inativação, ao mesmo tempo em que tornam obrigatória sua apresentação para prática de inúmeros atos da vida civil; apresentação de certidão negativa em “n” situações, até para a Fazenda devedora

cumprir sua condenação judicial a favor do particular, leões informatizados, que expedem intimações a alhures para deixar o contribuinte em estado de alerta permanente; uso abusivo do regime de retenção de tributos na fonte, transformando empresas e empresários em fiscais de tributos, sem remuneração etc. Um dia o legislador vai acabar descobrindo e implantando uma forma sofisticada de transferir, automaticamente, a qualquer hora do dia ou da noite, bens e direitos do contribuinte-devedor aos cofres da entidade política credora, dispensando as obsoletas providências burocráticas de um processo judicial de cobrança.

A LC 118/2005 possui pontos elogiáveis como a prelação dos direitos reais, por força de sua aderência, no concurso creditório da insolvência, frente aos créditos tributários. O diploma legal, em resposta aos reclamos reiterados dos agentes creditícios, e mesmo da doutrina, seguindo o exemplo quase absoluto da legislação comparada, assegura no art. 186 do CTN, a primazia dos créditos com garantias reais, em caso de falência, frente aos créditos tributários, no limite do valor do bem gravado.

A indisponibilização *on line* teve sua viabilização e concretização pela constituição da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens-CNIB pelo Provimento n. 39 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, com início de seu funcionamento em 01.07.2012, vindo a atingir tal desideratum, como demonstram os números constantes do site do CNJ (2020), verificando-se até 27.11.2020 a existência de 941.014 ordens de indisponibilidade e cancelamento com impacto sobre 1.434.511 pessoas físicas e jurídicas com bens indisponibilizados via CNIB.

.Para fins de publicidade das decisões judiciais indisponibilizante temos o sistema CNIB (Central Nacional de Indisponibilidade de Bens), sistema de alta

disponibilidade, criado e regulamentado pelo Provimento nº 39/2014 ¹²³, da Corregedoria Nacional de Justiça e se destina a integrar todas as indisponibilidades de bens decretadas por magistrados e por autoridades administrativas.

O CNIB tem como objetivos dar eficácia e efetividade às decisões judiciais e administrativas de indisponibilidades de bens relacionando no art. 5º dos seus

¹²³ Art. 2º. A Central nacional de indisponibilidade terá por finalidade a recepção e divulgação, aos usuários do sistema, das ordens de indisponibilidade que atinjam patrimônio imobiliário indistinto, assim como direitos sobre imóveis indistintos, e a recepção de comunicações de levantamento das ordens de indisponibilidades nela cadastrada.

§ 1º. A ordem de indisponibilidade que atinja imóvel específico e individualizado continuará sendo comunicada pela autoridade que a expediu diretamente ao Oficial de Registro de Imóveis competente para a averbação, podendo o encaminhamento ser promovido por via física ou eletrônica conforme disposto nas normas da Corregedoria Geral da Justiça a que submetida a fiscalização da respectiva unidade do serviço extrajudicial.

§ 2º. A comunicação de levantamento de indisponibilidade cadastrada será efetuada na Central Nacional de Indisponibilidade de Bens - CNIB pela autoridade competente, sem prejuízo de comunicação, pela referida autoridade, diretamente ao Oficial de Registro de Imóveis em que promovida averbação da indisponibilidade em imóvel específico, a fim de que proceda ao seu cancelamento. (...)

Art. 13. Para afastamento de homonímia, resguardo e proteção da privacidade, os cadastramentos e as pesquisas na Central Nacional de Indisponibilidade de Bens - CNIB serão feitas, exclusivamente, a partir do número de contribuinte de pessoa física (CPF) ou jurídica (CNPJ).

usuários ¹²⁴. Inclusive está prevista a indisponibilização extrajudicial em seus arts. 6º e 10, como Tribunal de Contas, BACEN, Superintendência de Seguros Privados-SUSEP e outros entes fiscalizadores¹²⁵. Sendo as indisponibilizações divulgadas para os Tabeliães de Notas e Oficiais de Registro de Imóveis de todo o território

¹²⁴ Art. 5º. Os usuários da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens - CNIB são definidos nas seguintes categorias:

- a) máster (responsável pela administração técnica da central, a ser realizada pela ARISP);
- b) administrador máster (membro ou servidor do Tribunal ou de órgãos públicos encarregado de cadastrar magistrados e servidores para acesso à CNIB);
- c) magistrado;
- d) autoridade;
- e) assessor máster (servidor do Tribunal habilitado para cadastrar as ordens de indisponibilidade, ou sua revogação, decorrentes de decisão judicial);
- f) assessor (servidor do Tribunal com acesso limitado para preenchimento de comunicação de indisponibilidade, ou sua revogação, para oportuna assinatura pelo magistrado caso prefira não delegar a realização do ato específico a assessor máster previsto na letra "e");
- g) notário;
- h) registrador;
- i) substituto de notário ou registrador;
- j) preposto de notário ou registrador;
- k) usuário qualificado (art. 9º, § 4º); e,
- l) usuário.

¹²⁵ Art. 6º. As comunicações de indisponibilidades de bens decretadas por Órgãos Administrativos que detêm competência legal poderão ser incluídas diretamente por seus respectivos emissores na Central Nacional de Indisponibilidade de Bens - CNIB, na forma prevista neste Provimento. Também deverão ser incluídas no CNIB, pela autoridade competente, as ordens de levantamento das indisponibilidades previstas neste artigo.(...)

Art. 10. Poderão aderir à Central Nacional de Indisponibilidade de Bens - CNIB os órgãos da Administração Pública que detenham competência legal para a expedição de ordens de restrição, bem como outros entes e órgãos públicos que tiverem interesse decorrente da natureza do serviço que prestarem.

nacional e para outros usuários do sistema ¹²⁶. E proporcionar segurança aos negócios imobiliários de compra e venda e de financiamento de imóveis e de outros bens. Assim, antes de promover quaisquer atos nos cartórios, cumpre aos tabeliães de notas a consulta ao CNIB assim como sua expressa menção nas escrituras de compra e venda lavradas.

Ressalte-se que o próprio Provimento 39/2014 reconhece em seu art. 14, § 1º não ser a inscrição da indisponibilidade no CNIB impeditiva da lavratura da escritura pública de transmissão da propriedade, mas impeditiva de seu registro.

O sistema BACENJUD/SISBAJUD, permite a consulta de informações pelos Tribunais em acesso direto ao banco de dados do Banco Central, permitindo

¹²⁶ Art. 14. Os registradores de imóveis e tabeliães de notas, antes da prática de qualquer ato notarial ou registral que tenha por objeto bens imóveis ou direitos a eles relativos, exceto lavratura de testamento, deverão promover prévia consulta à base de dados da Central Nacional de Indisponibilidade de Bens - CNIB, consignando no ato notarial o resultado da pesquisa e o respectivo código gerado (hash), dispensado o arquivamento do resultado da pesquisa em meio físico ou digital.

§ 1º. A existência de comunicação de indisponibilidade não impede a lavratura de escritura pública representativa de negócio jurídico tendo por objeto a propriedade ou outro direito real sobre imóvel de que seja titular a pessoa atingida pela restrição, nessa incluída a escritura pública de procuração, devendo constar na escritura pública, porém, que as partes do negócio jurídico foram expressamente comunicadas da existência da ordem de indisponibilidade que poderá ter como consequência a impossibilidade de registro do direito no Registro de Imóveis, enquanto vigente a restrição.

§ 3º. Verificada a existência de bens no nome cadastrado, a indisponibilidade será prenotada e averbada na matrícula ou transcrição do imóvel, ainda que este tenha passado para outra circunscrição. Caso não figure do registro o número do CPF ou o do CNPJ, a averbação da indisponibilidade somente será realizada se não houver risco de tratar-se de pessoa homônima.

§ 4º. Em caso de aquisição de imóvel por pessoa cujos bens foram atingidos por ordem de indisponibilidade deverá o Oficial de Registro de Imóveis, imediatamente após o lançamento do registro do título aquisitivo na matrícula do imóvel, promover a averbação da indisponibilidade, independentemente de prévia consulta ao adquirente.

Art. 16. As indisponibilidades averbadas nos termos deste Provimento e as decorrentes do § 1º, do art. 53, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, não impedem a inscrição de constrições judiciais, assim como não impedem o registro da alienação judicial do imóvel desde que a alienação seja oriunda do juízo que determinou a indisponibilidade, ou a que distribuído o inquérito civil público e a posterior ação desse decorrente, ou que consignado no título judicial a prevalência da alienação judicial em relação à restrição oriunda de outro juízo ou autoridade administrativa a que foi dada ciência da execução. Parágrafo único. Consistindo eventual exigência para o registro de alienação judicial de imóvel atingido por ordem de indisponibilidade na falta de indicação, no título, da prevalência da alienação judicial em relação à restrição oriunda de outro juízo ou autoridade administrativa a que foi dada ciência da execução, será o fato comunicado ao Juízo que expediu o título de alienação, visando sua complementação, ficando prorrogada a prenotação por 30 dias contados da efetivação dessa comunicação.

visualizar um panorama da situação financeira do executado, evitando práticas protelatórias, e fraudes aos legítimos interesses dos credores.

Como visto, a exacerbação da busca pela eficácia da execução ou da efetividade das medidas cautelares tem levado os órgãos executores de medidas desta natureza a situações inusitadas, a exemplo do bloqueio e excussão de bens e valores no âmbito da justiça trabalhista e federal, no denominado bloqueio ou penhora *online*.

Restrições indiscriminadas à livre disposição da propriedade são fatores impeditivos do desenvolvimento e inibidoras do necessário tráfico jurídico dos bens e valores, restringindo a ação dos agentes econômicos. Críticas são apostas pela doutrina contra a figura da penhora *online* de contas bancárias por confundirem dinheiro disponível com saldo em conta corrente.

A sistemática de indisponibilização dos bens via eletrônica expressa na LC 118/2005 assenta-se na experiência da chamada penhora eletrônica ou *online* efetivada pela Justiça do Trabalho e resultado de convênio entre o Banco Central e o Tribunal Superior do Trabalho.

O procedimento da justiça trabalhista, diga-se, também utilizado em execuções fiscais na justiça federal, sustenta-se no denominado “Convênio de Cooperação Técnico-Institucional, para fins de acesso ao Sistema BACENJUD” firmado pelo Banco Central do Brasil com o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho da Justiça Federal, de 08.08.2001, e com o Tribunal Superior do Trabalho, de 05.03.2002.

O Sistema BACENJUD, alterado em 08.09.2020 para Sistema de Busca de Ativos do Poder Judiciário (SISBAJUD), permite sistema eletrônico que conecta o Judiciário ao BACEN e aos bancos, agilizando a solicitação de informações e o envio de dados e ordens judiciais ao Sistema Financeiro Nacional, via internet. Por meio dele, juízes cadastrados podem realizar bloqueio judicial de conta bancária com a emissão de ordem de bloqueio diretamente para as instituições financeiras, que são obrigadas a realizar o bloqueio em até 1 dia útil após o pedido.

Como nos informa o CNJ (2020), pelo novo sistema SISBAJUD, os juízes poderão emitir ordens solicitando das instituições financeiras informações dos devedores tais como: cópia dos contratos de abertura de conta corrente e de conta de investimento, fatura do cartão de crédito, contratos de câmbio, cópias de cheques, além de extratos do PIS e do FGTS. Podem ser bloqueados tanto valores em conta corrente, como ativos mobiliários como títulos de renda fixa e ações.

Todavia, o CPC/2015, em especial seus arts. 837 e 854, além de introduzir *ope legis* a indisponibilidade de bens *online*, via BANCEJUD/SISBAJUD, de dinheiros e bens imóveis e móveis, ainda expressamente autoriza sua instituição judicial à revelia do executado, sem qualquer ciência prévia dele.¹²⁷

O procedimento da penhora on-line, via BACENJUD/SISBAJUD, observa a seguinte rotina:

1. o magistrado, utilizando-se exclusivamente da via eletrônica (BACENJUD/SISBAJUD), acessa o banco de dados do Banco Central e formula uma consulta acerca dos ativos financeiros existentes em nome do executado,

127 Art. 837. Obedecidas as normas de segurança instituídas sob critérios uniformes pelo Conselho Nacional de Justiça, a penhora de dinheiro e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meio eletrônico.

Art. 854. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, sem dar ciência prévia do ato ao executado, determinará às instituições financeiras, por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional, que torne indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado, limitando-se a indisponibilidade ao valor indicado na execução.

§ 1º No prazo de 24 (vinte e quatro) horas a contar da resposta, de ofício, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição financeira em igual prazo.

§ 2º Tornados indisponíveis os ativos financeiros do executado, este será intimado na pessoa de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente. (...)

§ 7º As transmissões das ordens de indisponibilidade, de seu cancelamento e de determinação de penhora previstas neste artigo far-se-ão por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional.

§ 8º A instituição financeira será responsável pelos prejuízos causados ao executado em decorrência da indisponibilidade de ativos financeiros em valor superior ao indicado na execução ou pelo juiz, bem como na hipótese de não cancelamento da indisponibilidade no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, quando assim determinar o juiz.

quando deve informar o número do processo, o nome do exequente, o CPF ou CNPJ do executado e o valor total da execução.

2. o Banco Central, nas 48 horas seguintes à consulta, comunica por e-mail institucional do órgão para o e-mail institucional no âmbito do Poder Judiciário, sobre a existência de contas em nome do executado, discriminando-as e promovendo o bloqueio dos valores que são objeto da execução.

3. o magistrado, ao receber essa comunicação, determina a transferência para conta judicial dos valores indisponibilizados e, ao mesmo tempo, promove a liberação do que foi bloqueado em excesso.

Como nos informa o CNJ (2020), somente em 2019, os bloqueios para o pagamento de credores feitos pelo BACENJUD/SISBAJUD somaram R\$ 55,9 bilhões, abrangendo cerca de 18 milhões de decisões judiciais. Do total bloqueado nas contas dos devedores, R\$ 31,2 bilhões se transformaram em depósitos judiciais para o pagamento a credores. Já no primeiro semestre de 2020, foram R\$ 21,8 bilhões bloqueados e R\$ 9,2 bilhões transferidos em razão de sentenças.

Assim, como observa Camila Chagas Saad (2019, 212), no procedimento da penhora online, antes da penhora propriamente dita, ocorre um ato executivo instrumental antecedente, denominado por “indisponibilidade”, ato de apreensão, que precede o ato de depósito judicial. Sendo a penhora um ato de apreensão e depósito do bem executado, tem-se que a penhora só se efetiva por completo quando estes dois atos são efetivados, nos termos do art. 839 do CPC/2015.¹²⁸

Nesse sentido, em sede de penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, o primeiro ato do juízo será a indisponibilização do numerário indicado na execução, que se mantém depositado na conta do executado, efetivando-se a penhora apenas quando o dinheiro indisponibilizado é transferido e depositado para

¹²⁸ Art. 839. Considerar-se-á feita a penhora mediante a apreensão e o depósito dos bens, lavrando-se um só auto se as diligências forem concluídas no mesmo dia.

Parágrafo único. Havendo mais de uma penhora, serão lavrados autos individuais.

a conta do juízo, ou seja, primeiro indisponibiliza-se o numerário na conta do executado e, em seguida, faz-se a transferência e depósito em conta do juízo para posterior transferência ao credor.

Assim, após a indisponibilização do valor da execução, ou de parte dele, na conta do executado e antes da transferência do valor à conta judicial, o executado será intimado, na pessoa de seu advogado, para se manifestar, no prazo de cinco dias, sobre eventual impenhorabilidade dos valores indisponibilizados ou eventual indisponibilidade excessiva dos ativos financeiros, conforme determina o § 3º do art. 854 do CPC/2015. Se essa manifestação contra a indisponibilidade não for apresentada ou se for rejeitada, passa-se ao ato de depósito em conta do juízo, aperfeiçoando-se a penhora da quantia já indisponibilizada. O aperfeiçoamento da penhora de dinheiro através da penhora on-line dispensa a lavratura de termo.

Ainda havendo a apuração de indisponibilidade excessiva ou irregular, prevê Teresa Arruda Alvim Wambier:

Uma vez feita a indisponibilidade de ativos financeiros do executado, este será intimado por meio de seu advogado ou, não o tendo, pessoalmente. Terá o executado 5 dias (cinco dias), contados na forma do art. 231, para, querendo, instaurar um incidente para demonstrar (apresentando provas) que as quantias tornadas indisponíveis são impenhoráveis, ou ainda, que a indisponibilidade recaiu sobre valores excessivos, além do valor indicado na execução. Conquanto a lei não esclareça, deve, na sequência e no mesmo prazo de 05 dias (cinco dias), ser franqueada a manifestação do exequente, em obediência ao princípio do contraditório. Afinal, o NCPC deve ser compreendido à luz da Constituição Federal (devendo sê-lo também o CPC atual). 3.1. Ouvidas as partes, o juiz decidirá este incidente e, se for o caso, determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade irregular ou excessiva. Esta decisão - que ordena o cancelamento total ou parcial da indisponibilidade - deverá ser cumprida pela instituição financeira em apenas 24 horas (vinte e quatro horas). (2016, 1300)

Assim, se identificada a indisponibilidade excessiva ou irregular, o CPC/2015 foi rigoroso na correção do equívoco. Determina seu art. 854, § 1.º, que, no prazo de 24 horas a contar da resposta, de ofício, o juiz determinará o cancelamento de eventual indisponibilidade excessiva, o que deverá ser cumprido pela instituição

financeira em igual prazo. O § 8º do mesmo artigo complementa estipulando que a instituição financeira será responsável pelos prejuízos causados ao executado em decorrência da indisponibilidade de ativos financeiros em valor superior ao indicado na execução ou pelo juiz, bem como na hipótese de não cancelamento da indisponibilidade no prazo de 24 horas, quando assim determinar o magistrado.

Portanto, descumprida a ordem judicial pela instituição financeira, no prazo legalmente estipulado, esta se torna responsável pelos prejuízos causados ao executado; sendo que a não observância dos limites da execução levam à ilegitimidade da prestação da tutela jurisdicional executiva, gerando a responsabilização daqueles que lhe deram causa. Tal responsabilidade é objetiva, cumprindo ao executado demonstrar tal evento danoso a seu patrimônio.

O sistema RENAJUD, Restrições Judiciais sobre veículos automotores, é uma ferramenta eletrônica que interliga o Poder Judiciário e o Departamento Nacional de Trânsito – DENATRAN, possibilitando a efetivação de ordens judiciais de restrição de veículos cadastrados no Registro Nacional de Veículos Automotores – RENAVAM, em tempo real. Conhecido como bloqueio ativo, o bloqueio judicial significa que o veículo possui algum tipo de penhora ou dívida de seu atual proprietário. Como o veículo é um bem ativo que possui um valor de mercado, muitas vezes ele se torna uma forma de financiadores recuperarem o dinheiro de seu devedor.

O art. 782 do CPC/2015 ¹²⁹, inovando no ordenamento nacional, facultou ao magistrado, a requerimento da parte, a inclusão do devedor em cadastros de inadimplentes, a denominada negativação direta, a exemplo de entes privados como a empresa multinacional Serasa Experian, cuja informação de inadimplência dá-se pelo sistema SerasaJud, decorrente de Termo de Cooperação Técnica do Conselho Nacional de Justiça-CNJ e a Serasa. Em atividade desde 2015, destina-se a acelerar o trâmite de ofícios entre os tribunais e a Serasa Experian e ainda agilizar o acesso do Judiciário ao banco de dados cadastrais de pessoas físicas e jurídicas da Serasa, auxiliando a efetividade da execução das decisões judiciais.

5.4. INDISPONIBILIDADE NO REGISTRO IMOBILIÁRIO

Nosso ordenamento concede ao proprietário de um imóvel o direito de usar, gozar e dispor da coisa, bem como reivindicá-la de quem injustamente a possua. Portanto, o proprietário pode usar o imóvel ou alugá-lo a terceiros e, em especial, vender o bem, no exercício de seu direito de propriedade. O direito do proprietário de dispor da coisa inclui o de alienar o bem ou dá-lo em garantia, constituindo-se no principal dos atributos da propriedade.

Na sequência do instituto da indisponibilidade acerba trazido pela LC 118/2005, a Lei 11.382/2006 alterou o CPC de 1973 introduzindo inúmeros dispositivos à execução dentre os quais a averbação premonitória no registro de imóveis, gerando presunção de fraude à execução a alienação ou oneração do bem

129 Art. 782. Não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos, e o oficial de justiça os cumprirá.

§ 1º O oficial de justiça poderá cumprir os atos executivos determinados pelo juiz também nas comarcas contíguas, de fácil comunicação, e nas que se situem na mesma região metropolitana.

§ 2º Sempre que, para efetivar a execução, for necessário o emprego de força policial, o juiz a requisitará.

§ 3º A requerimento da parte, o juiz pode determinar a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes.

§ 4º A inscrição será cancelada imediatamente se for efetuado o pagamento, se for garantida a execução ou se a execução for extinta por qualquer outro motivo.

§ 5º O disposto nos §§ 3º e 4º aplica-se à execução definitiva de título judicial.

gravado, art. 615-A.¹³⁰, com efeitos econômicos ao fixar sítio específico para as indisponibilidades que afetem o bem imóvel.

Em quais situações tal indisponibilidade se justificariam? A título de exemplo, cite-se o caso do devedor inadimplente, no curso de ação judicial, quando esse pode vir a dilapidar seu patrimônio para que determinado imóvel de sua propriedade não responda pelas obrigações.

A indisponibilidade de bens imóveis está prevista na Lei de Registros Públicos (Lei 6.015/1973) estabelece, em seu art. 247, o seguinte:

Averbar-se-á, também, na matrícula, a declaração de indisponibilidade de bens, na forma prevista na Lei.

A Lei 13.097/2015, com vigência plena a partir de 18.02.2017, após *vacatio legis* de dois anos, veio a confirmar a matrícula registral como centro das indisponibilidades relativas aos bens imóveis dela objeto, vedando a oposição de situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive

130 “Art. 615-A. O exequente poderá, no ato da distribuição, obter certidão comprobatória do ajuizamento da execução, com identificação das partes e valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, registro de veículos ou registro de outros bens sujeitos à penhora ou arresto.

§ 1º O exeqüente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas, no prazo de 10 (dez) dias de sua concretização.

§ 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, será determinado o cancelamento das averbações de que trata este artigo relativas àqueles que não tenham sido penhorados.

§ 3º Presume-se em fraude à execução a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação (art. 593).

§ 4º O exeqüente que promover averbação manifestamente indevida indenizará a parte contrária, nos termos do § 2º do art. 18 desta Lei, processando-se o incidente em autos apartados.

§ 5º Os tribunais poderão expedir instruções sobre o cumprimento deste artigo.

para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, como fixado em seus arts. 54 a 58.¹³¹

Tais disposições legais vieram a confirmar ser a matrícula do imóvel seu centro fático/jurídico, instituto onde deve estar todo o "histórico" do imóvel, em homenagem ao princípio registral da concentração, ou seja, quem é seu proprietário, se o imóvel está penhorado, se é bem de família, se foi inventariado, etc.

131 Art. 54. Os negócios jurídicos que tenham por fim constituir, transferir ou modificar direitos reais sobre imóveis são eficazes em relação a atos jurídicos precedentes, nas hipóteses em que não tenham sido registradas ou averbadas na matrícula do imóvel as seguintes informações:

I - registro de citação de ações reais ou pessoais reipersecutórias;

II - averbação, por solicitação do interessado, de constrição judicial, do ajuizamento de ação de execução ou de fase de cumprimento de sentença, procedendo-se nos termos previstos do art. 615-A da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973;

III - averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei; e

IV - averbação, mediante decisão judicial, da existência de outro tipo de ação cujos resultados ou responsabilidade patrimonial possam reduzir seu proprietário à insolvência, nos termos do inciso II do art. 593 da Lei no 5.869, de 11 de janeiro de 1973.

Parágrafo único. Não poderão ser opostas situações jurídicas não constantes da matrícula no Registro de Imóveis, inclusive para fins de evicção, ao terceiro de boa-fé que adquirir ou receber em garantia direitos reais sobre o imóvel, ressalvados o disposto nos arts. 129 e 130 da Lei no 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, e as hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro de título de imóvel.

Art. 56. A averbação na matrícula do imóvel prevista no inciso IV do art. 54 será realizada por determinação judicial e conterá a identificação das partes, o valor da causa e o juízo para o qual a petição inicial foi distribuída.

§ 1o Para efeito de inscrição, a averbação de que trata o caput é considerada sem valor declarado.

§ 2o A averbação de que trata o caput será gratuita àqueles que se declararem pobres sob as penas da lei.

§ 3o O Oficial do Registro Imobiliário deverá comunicar ao juízo a averbação efetivada na forma do caput, no prazo de até dez dias contado da sua concretização.

§ 4o A averbação recairá preferencialmente sobre imóveis indicados pelo proprietário e se restringirá a quantos sejam suficientes para garantir a satisfação do direito objeto da ação.

Art. 57. Recebida a comunicação da determinação de que trata o caput do art. 56, será feita a averbação ou serão indicadas as pendências a serem satisfeitas para sua efetivação no prazo de 5 (cinco) dias

Art. 58. O disposto nesta Lei não se aplica a imóveis que façam parte do patrimônio da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de suas fundações e autarquias.

Assim, caso exista ordem judicial ordenando que determinado imóvel se torne indisponível, o magistrado deve oficiar, hoje informar via CNIB, o cartório de registro de imóveis competente mandando que averbe, na matrícula do imóvel, sua indisponibilidade. Nesse sentido, a relevância e essencialidade de ter-se a certidão atualizada da matrícula do imóvel antes de qualquer transação que o tenha como objeto, visando a segurança nas negociações imobiliárias.

Todavia, verificam-se ressalvas fixadas no mesmo art. 54, § único, da Lei 13.097/2015, relativas às alienações que são ineficazes em relação à massa falida, arts. 129 e 130 da Lei 11.101/2005 ¹³², Lei de Falências e Recuperação Judicial e Extrajudicial, e hipóteses de aquisição e extinção da propriedade que independam de registro do título respectivo, a exemplo da usucapião, tanto judicial como extrajudicial.

¹³² Art. 129. São ineficazes em relação à massa falida, tenha ou não o contratante conhecimento do estado de crise econômico-financeira do devedor, seja ou não intenção deste fraudar credores:

I – o pagamento de dívidas não vencidas realizado pelo devedor dentro do termo legal, por qualquer meio extintivo do direito de crédito, ainda que pelo desconto do próprio título;

II – o pagamento de dívidas vencidas e exigíveis realizado dentro do termo legal, por qualquer forma que não seja a prevista pelo contrato;

III – a constituição de direito real de garantia, inclusive a retenção, dentro do termo legal, tratando-se de dívida contraída anteriormente; se os bens dados em hipoteca forem objeto de outras posteriores, a massa falida receberá a parte que devia caber ao credor da hipoteca revogada;

IV – a prática de atos a título gratuito, desde 2 (dois) anos antes da decretação da falência;

V – a renúncia à herança ou a legado, até 2 (dois) anos antes da decretação da falência;

VI – a venda ou transferência de estabelecimento feita sem o consentimento expresso ou o pagamento de todos os credores, a esse tempo existentes, não tendo restado ao devedor bens suficientes para solver o seu passivo, salvo se, no prazo de 30 (trinta) dias, não houver oposição dos credores, após serem devidamente notificados, judicialmente ou pelo oficial do registro de títulos e documentos;

VII – os registros de direitos reais e de transferência de propriedade entre vivos, por título oneroso ou gratuito, ou a averbação relativa a imóveis realizados após a decretação da falência, salvo se tiver havido prenotação anterior.

Parágrafo único. A ineficácia poderá ser declarada de ofício pelo juiz, alegada em defesa ou pleiteada mediante ação própria ou incidentalmente no curso do processo.

Art. 130. São revogáveis os atos praticados com a intenção de prejudicar credores, provando-se o conluio fraudulento entre o devedor e o terceiro que com ele contratar e o efetivo prejuízo sofrido pela massa falida.

No mesmo sentido, entende-se não aplicável o princípio da concentração registral às execuções fiscais expressas em penhora do bem, mesmo sem averbação na matrícula, por ser oponível ao terceiro de boa-fé, por estar configurado o disposto no art. 185 do CTN.¹³³

Daí a importância de conhecer a indisponibilidade para quem opera no mercado imobiliário, sejam, corretores de imóveis, investidores, advogados e em especial o proprietário do imóvel, todos devem entender a que se destina o instituto, garantindo maior segurança e cautela na negociação de imóveis.

O fenômeno da indisponibilização patrimonial pode ser observado na esfera registral sob o prisma principiológico. Como ponderamos em nosso livro “Princípios Registrais (2004), os princípios, assim como as normas, prescrevem o tratamento a ser dado ao fato jurídico, informando positiva e negativamente os interessados, regulando não apenas no plano da validade como da valoração, apresentando caráter normogenético.

Os princípios, ainda que contrários, coexistem no sistema, mesmo quando se chocam, ao contrário das normas, por natureza excludentes. Os princípios, como cláusulas gerais indisponíveis, ainda que por vezes expressos, independem de positivação direta no ordenamento.

As funcionalidades dos princípios são bem sintetizadas por Ricardo Aronne (2001, 78 a 83):

1. como as normas, os princípios são prescrições exigíveis e incidentes nos casos concretos, ainda que qualitativamente distintos das normas;

¹³³ Art. 185. Presume-se 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.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica na hipótese de terem sido reservados, pelo devedor, bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida inscrita.

2. os princípios regulam não apenas no plano da validade como também no da valoração, informando positiva e negativamente os indivíduos;

3. os princípios, ainda que contrários, coexistem no sistema, mesmo quando se chocam, ao contrário das normas excludentes;

4. os conflitos principais são resolvidos por meio de hierarquização axiológica; 5. os princípios são cláusulas gerais indisponíveis que se inserem nos instrumentos independente de sua previsão expressa;

José Joaquim Gomes Canotilho (1993:167) nos dá a natureza reveladora dos princípios ao identificar a natureza normogenética dos princípios a partir dos quais podem ser abstraídos os valores integrantes do sistema jurídico, denotando a *ratio juris*, de todo o sistema ou a *ratio legis* de um dispositivo ou conjunto de dispositivos, revelando, ainda, normas que sequer são expressas por qualquer enunciado legislativo, princípios intrínsecos, de modo a possibilitar o desenvolvimento, integração e complementação do Direito.

O direito registral brasileiro funda-se em princípios que lhe fixam parâmetros e orientam tanto o processo de elaboração como de interpretação das normas regradoras da atividade delegada dos registros públicos, servindo-lhe de vértice do sistema. Observando-se o instituto da indisponibilidade patrimonial frente aos princípios que regem a atividade registral destacam-se o da publicidade, legalidade, presunção, obrigatoriedade e o próprio princípio da indisponibilidade registral, com a seguir analisado.

O princípio da Publicidade dispõe que a indisponibilidade é eficaz quando passível de conhecimento público, uma das principais funções do registro público imobiliário, ou seja, a informação é conferida pelo Estado por meio de seu órgão competente, dando segurança às operações realizadas, permitindo a transferência da dominialidade de forma segura e transparente, algo presente em nosso regime registral real, prevenindo fraudes e estelionatos, assegurando o direito de propriedade ao titular e a validade de seus efeitos perante terceiros.

João Pedro Lamana Paiva, ao analisar os reflexos das indisponibilidades negociais, legais ou judiciais, no Registro de Imóveis discorre sobre o princípio da Publicidade registral:

Antes de se passar à análise propriamente dita do instituto da indisponibilidade é necessário compreender a razão pela qual ela deve acessar o registro de imóveis: alcançar ampla publicidade (princípio da concentração) para que se permita o controle da disponibilidade (voluntária), o qual pode ficar suspenso/restrito temporariamente; validação das informações sobre imóveis concentradas num único órgão (matrícula), o registro de imóveis.

Benefícios: redução da assimetria da informação; segurança jurídica nas contratações; diminuição de custos; quem deseja se proteger tem o dever (ônus legal) de dar a conhecer (premissa básica dos registros: “quem não registra não é dono”, “quem não noticia não está protegido”. não se trata de permitir o acesso de tudo ao registro de imóveis, de modo desmedido e descuidado, mas, muito pelo contrário, de noticiar fatos e atos relevantes e que possam ter repercussão na esfera jurídica de terceiros, prevenindo litígios (a indisponibilidade é um deles), sempre observando o ordenamento jurídico estabelecido e a ampla defesa e o contraditório, método similar ao vislumbrado para que uma lei alcance efeitos.

Em paralelismo com o art. 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que prevê: “Ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece.”, no aspecto registral é possível ponderar que “Ninguém se escusa de respeitar direito registrado, alegando que não o conhece.” (2018)

Sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário por força do art. 236, § 1º, da Constituição, os registros públicos submetem-se ao princípio da legalidade estrita como fiéis executores da lei, somente sendo-lhe permitido agir rigidamente dentro dos limites estipulados pela norma.

O princípio da legalidade assegura a legitimidade do direito do proprietário ou titular do direito real advinda do exame de legalidade do instrumento apresentado ao oficial do Cartório de Registro de Imóveis que só efetuará o registro do imóvel quando não encontrar quaisquer irregularidades nos documentos apresentados, não dando acesso aos títulos que não preencherem os requisitos exigidos legalmente,

assim, antes do definitivo registro do ato, deve-se examinar o título apresentado, se baseando em título válido por apresentar as exigências legais. Se o negócio feito pelo requerente for nulo, por conter vícios, o registro do imóvel não poderá ter eficácia, se o título apresentar anulabilidade, como erros, dolo, coação e outros, o oficial fará a anotação, que produzirá efeitos até que o título seja anulado pelo Judiciário.

Princípio da presunção, ou força probante se fundamenta na fé pública, gerando a presunção de que o direito real pertence à pessoa em que está o registro. A prova do domínio se dá pelo registro, do qual decorre uma presunção relativa de propriedade, que prevalecerá até que se prove ao contrário. Enquanto não for cancelado, o registro produzirá todos os efeitos legais. Assim, enquanto não constante do registro imobiliário o instrumento de indisponibilidade presume-se esse disponível, ou seja, passível de transmissão ou gravamento para fins creditórios.

O princípio da disponibilidade, objeto principal do exame aqui lavrado, apresenta-se como uma dos mais relevantes princípios do registro imobiliário. A proposição funda-se no raciocínio de que ninguém pode transmitir algo que não possui, ou seja, de que ninguém pode transmitir mais direito do que tem ou, no dizer dos romanos, *nemo dat quod non habet*. Em decorrência deste princípio é imperioso verificar se o imóvel está em condições de ser alienado ou onerado, tanto do ponto de vista físico, como do prisma jurídico.

O princípio está intimamente ligado ao direito da propriedade, que é o direito de usar, fruir e dispor de determinado bem. O direito de dispor pode tanto significar a faculdade de transferir o imóvel para terceiro ou a de gravá-lo com algum ônus real.

A aferição da disponibilidade consiste em verificar se o imóvel alienado ou onerado por ato jurídico unilateral ou bilateral corresponde, no todo ou em parte, ao *jus disponendi* do alienante ou onerante constante do assentamento.

A ideia de disponibilidade não pode ser dissociada da titularidade do direito real e da necessidade do registro, estando o princípio da disponibilidade registral implícito nos arts. 196, 225, 228, 236 ou 237, da Lei 6.015/1973 - Lei dos Registros Públicos, e previsto expressamente no art. 172 do mesmo diploma legal.¹³⁴

O oficial de registro de imóveis não é mero registrador de títulos. Incumbe-lhe examiná-los à luz dos princípios norteadores do sistema registrário, inclusive no que respeita à disponibilidade física ou jurídica da área. Mesmo os títulos judiciais estão sujeitos a esse exame e podem ser objeto de suscitação de dúvida.

Conforme Ricardo Dip, compete ao oficial registrador o exame:

1. da viabilidade registrária do documento,
2. da disponibilidade, sem se olvidar da especialidade subjetiva e objetiva; e
3. dos aspectos formais dos títulos e do procedimento, como, v.g., competência territorial, autenticidade, impedimentos, e assim por diante. (1992, 55)

¹³⁴ Art. 172 - No Registro de Imóveis serão feitos, nos termos desta Lei, o registro e a averbação dos títulos ou atos constitutivos, declaratórios, translativos e extintos de direitos reais sobre imóveis reconhecidos em lei, "inter vivos" ou "mortis causa" quer para sua constituição, transferência e extinção, quer para sua validade em relação a terceiros, quer para a sua disponibilidade.

Art. 196 - A matrícula será feita à vista dos elementos constantes do título apresentado e do registro anterior que constar do próprio cartório.

Art. 225 - Os tabeliães, escrivães e juizes farão com que, nas escrituras e nos autos judiciais, as partes indiquem, com precisão, os característicos, as confrontações e as localizações dos imóveis, mencionando os nomes dos confrontantes e, ainda, quando se tratar só de terreno, se esse fica do lado par ou do lado ímpar do logradouro, em que quadra e a que distância métrica da edificação ou da esquina mais próxima, exigindo dos interessados certidão do registro imobiliário

§ 1º As mesmas minúcias, com relação à caracterização do imóvel, devem constar dos instrumentos particulares apresentados em cartório para registro.

Art. 228 - A matrícula será efetuada por ocasião do primeiro registro a ser lançado na vigência desta Lei, mediante os elementos constantes do título apresentado e do registro anterior nele mencionado

Art. 236 - Nenhum registro poderá ser feito sem que o imóvel a que se referir esteja matriculado

Art. 237 - Ainda que o imóvel esteja matriculado, não se fará registro que dependa da apresentação de título anterior, a fim de que se preserve a continuidade do registro

Assim, a qualificação registral tem por finalidade controlar o conteúdo e a qualidade dos direitos transmitidos. Visa respeitar o brocardo jurídico : Ninguém pode transferir mais direitos do que os constituídos pelo registro imobiliário. Tal axioma compreende tanto a disponibilidade física (área disponível do imóvel) como a jurídica, a vincular o ato de disposição a situação jurídica do imóvel e da pessoa.

Sob o prisma jurídico a disponibilidade ocorre se, por exemplo, alguém adquire um imóvel por doação, com cláusula de inalienabilidade, não poderá dispor dele para venda a qualquer outra pessoa, e, se o fizer, o título não poderá ser registrado.

As razões determinantes da obrigatoriedade do registro do título anterior não se prendem tão somente à manutenção do princípio da continuidade, mas é uma das principais peças de segurança, contra possíveis fraudes à função do registrador.

Interliga-se a disponibilidade com o princípio da legalidade ou legitimidade, segundo o qual a validade da inscrição depende da validade do negócio jurídico que lhe dá origem e da faculdade de disposição do alienante. Este princípio se liga ao da continuidade, pelo qual só se faz a inscrição se o outorgante aparecer no registro como seu titular. Se o disponente não é titular de uma determinada situação jurídica, aferível em face de ato registrário, não há como recepcionar o título, assim apresentada determinação judicial de indisponibilização do bem que não seja titular o indicado na ordem judicial há de ser suscitada dúvida.

Pelo princípio da continuidade o registro constitui um modo derivado de aquisição de domínio, ou seja, prende-se ele ao anterior. Deverá se formar uma sequência sucessiva e contínua de registro imobiliário, ou seja, se o imóvel não estiver registrado no nome do alienante/devedor, não se poderá fazer o registro em nome do adquirente ou do credor, primeiro deve-se providenciar o registro em nome do primeiro, para somente depois registrar no nome do segundo. Nenhum registro poderá ser feito sem que antes esteja lançado o anterior, exceto em casos de responsabilidade cível ou penal subsidiária do titular, a exemplo da desconsideração de personalidade jurídica. Portanto nenhum assento registral poderá ser feito sem a prévia menção ao título anterior, formando, desta forma, o encadeamento ininterrupto das titularidades jurídicas de cada imóvel.

O princípio da obrigatoriedade exige que os atos que afetem ou alterem a titularidade da propriedade imobiliária devam ser efetivados no ofício de registro da situação do imóvel, circunscrição, nos termos do art. 1.227 e 1.245 do CCB/2002 ¹³⁵. em caso de se tratar de bens situados em várias comarcas, deverá ser feito o registro em todas elas por força do art. 169, II, da Lei 6.015/1973.

O princípio da retificação assegura não ser o imutável, se não exprimir a realidade dos fatos, poderá ser modificado diante de pedido do prejudicado e com audiência da parte interessada, sendo inadmissível substituir o nome do adquirente pelo outro indivíduo, ou um imóvel por outro, assim a indisponibilização de imóvel de outro titular que não o obrigado pelo instrumento apontado no registro deve ser cancelada.

O princípio da prioridade se dá à partir da prenotação do título nos termos do art. 1.246 do CCB/2002 ¹³⁶. A prenotação consistirá no prévio averbamento do título, que garantirá a prioridade e a preferência do direito real sobre o imóvel. Se houver conflito de registro de imóveis, baseado em títulos dominiais diversos, prevalecerá o que foi prenotado anteriormente.

A indisponibilização do bem no Registro de Imóveis se operacionaliza pela realização de atos de averbação, art. 247 da Lei 6.015/1973, ou de registro. Inexiste um ato próprio de “registro” de indisponibilidade, a indisponibilidade será o efeito decorrente de algum ato de registro praticado, a exemplo do registro do bem de

¹³⁵ Art. 1.227. Os direitos reais sobre imóveis constituídos, ou transmitidos por atos entre vivos, só se adquirem com o registro no Cartório de Registro de Imóveis dos referidos títulos (arts. 1.245 a 1.247), salvo os casos expressos neste Código.

Art. 1.245. Transfere-se entre vivos a propriedade mediante a transcrição do título translativo no Registro de Imóveis.

§ 1º Enquanto não se transcrever o título translativo, o alienante continua a ser havido como dono do imóvel.

§ 2º Enquanto não se promover, por meio de ação própria, a decretação de invalidade da transcrição, e o respectivo cancelamento, o adquirente continua a ser havido como dono do imóvel.

¹³⁶ Art. 1.246. O registro é eficaz desde o momento em que se apresentar o título ao oficial do registro, e este o prenotar no protocolo.

família, com a retirada do imóvel do mercado por ato de vontade do proprietário. Retira-se a disponibilidade voluntária do titular do bem, ainda que continue sendo possível transferir ou penhorar o imóvel por ordem judicial que afaste a indisponibilidade.

A indisponibilidade pode ser confundida com a inalienabilidade, ou seja, quem tem o *jus disponendi* restrito ou condicionado, não tem a disponibilidade plena da coisa; recaindo sobre o imóvel com indisponibilidade restrita ou condicionada.

Distingue-se o registro preventivo do registro provisional. O registro preventivo ou simplesmente provisional da medida judicial estabelece a sua publicidade e, pois, a eficácia *erga omnes*. Após ele, qualquer outorgado não adquire, pelo efeito negativo da fé pública, que tem tal registro. Os registros por início de execução, pela penhora, e os registros preventivos, arresto e sequestro, previstos no art. 167, I, 5, da Lei 6.015/1973 ¹³⁷, por se tratarem de simples eficácia da execução, ou da cautela ao direito pessoal, não criam direito real, nem fazem real o direito protegido. No registro preventivo, há inalienabilidade relativa “qualificada”. No registro provisional do art. 167, I, 21 e averbação do art. 167, II, 11 e 12, da Lei 6.015/1973 ¹³⁸, há referência a direito real, sobre que se discute: o registro estabelece inalienabilidade relativa.

¹³⁷ Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

I - o registro (...)

5) das penhoras, arrestos e sequestros de imóveis;

¹³⁸ Art. 167 - No Registro de Imóveis, além da matrícula, serão feitos.

I - o registro (...)

21) das citações de ações reais ou pessoais reipersecutórias, relativas a imóveis;

I – a averbação (...)

11) das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade impostas a imóveis, bem como da constituição de fideicomisso;

12) das decisões, recursos e seus efeitos, que tenham por objeto atos ou títulos registrados ou averbados;

O princípio da prioridade registral assegura ao primeiro a protocolar seu título o acesso ao registro. Assim, o *status quo* da matrícula vincula-se ao tempo do protocolo. Nesse sentido, uma escritura de compra e venda não registrada permite o acesso de ordem de indisponibilidade contra o outorgante vendedor, impedindo posteriormente o registro da escritura enquanto não resolvida questão. Somente na esfera judicial pode-se remediar a questão, pois só ao magistrado é atribuída competência para aferir as provas que afastem a indisponibilidade primeva.

Lamana Paiva observa que a Justiça do Trabalho não vem observando em muitas oportunidades o princípio da prioridade ao apresentar ordens de indisponibilidade contra grandes instituições financeiras ou incorporadoras /construtoras, sem indicação de bem específico.

Uma única ordem, para tutelar valor ínfimo (às vezes, poucos mil reais), gerando envolvimento de centenas/milhares de imóveis e consequentemente de igual número de averbações, retirando, com isso, todos estes bens do mercado imobiliário.

No meu entendimento, o Juiz deve ser justo e fazer a necessária ponderação/análise quando isso ocorrer, evitando enormes prejuízos. (2018)

Lamana Paiva (2018) traz a lume disposições do art. 854 do CPC/2015 relativas à penhora de dinheiro em depósito ou em aplicação financeira, ainda que não mencione expressamente imóveis, que exigem cautela e prevenção do Poder Judiciário. A questão trazida por Lamana Paiva pode ser resumida no seguinte questionamento: Por que seria diferente quando envolver imóveis? Ainda que se trate de questão principiológica, as disposições processuais da indisponibilização não permitem maior oneração sobre a medida da obrigação, valor da dívida, pois a indisponibilização deve recair apenas sobre o patrimônio suficiente para garantir o processo.

O registrador de imóveis afirma que tais preceitos legais muitas vezes não têm sido observados, podendo tais atos, ainda que jurisdicionais, acarretarem responsabilização, assim como a demora pelo registrador na hipótese de não cancelamento da indisponibilidade no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, quando assim determinado pelo magistrado. No caso do Registro de Imóveis, se o Juiz

determina que seja indisponibilizado até determinado valor, sem identificar qual a matrícula a ser averbada, como deve agir o Oficial? Conclui o registrador não ser o registrador competente para essa decisão.

Efetivamente, a indisponibilização via CNIB/CNJ destina-se a pessoa, seja física ou jurídica, e não necessariamente um imóvel específico, nos termos do Provimento CNJ nº 39/2014, que disciplina em seu art. 2º:

Art. 2º. A Central Nacional de Indisponibilidade terá por finalidade a recepção e divulgação, aos usuários do sistema, das ordens de indisponibilidade que atinjam **patrimônio imobiliário indistinto, assim como direitos sobre imóveis indistintos**, e a recepção de comunicações de levantamento das ordens de indisponibilidades nela cadastrada.(grifamos)

Questão de suma relevância no tema indisponibilidade no universo registral diz respeito aos efeitos da indisponibilização na matrícula quanto a outros atos posteriores. Nesse sentido, uma das grandes dificuldades encontradas pelos credores ao adjudicar um imóvel é realizar o registro da adjudicação na matrícula imobiliária quando já tenha sido na respectiva matrícula averbada ordem de indisponibilidade de bens anteriormente. Isso se deve ao fato de que muitos cartórios de registro de Imóveis têm se recusado a averbar a adjudicação em matrícula que contenham averbação anterior de ordem de indisponibilidade de bens, por entenderem que a propriedade daquele pode ser transferida, seja a que título for, a não ser mediante decisão de revogação da indisponibilidade, emanada pelo mesmo juízo que determinou a indisponibilidade.

Todavia, a indisponibilidade de direitos, tanto fiscal, como trabalhista, é medida cautelar que tem como objeto proteger o patrimônio integral do devedor, evitando que o mesmo disponha livremente de seus bens. A indisponibilidade de bens é um instituto jurídico que visa impedir a prática de atos de disposição e oneração pelo proprietário, ou seja, que o devedor dilapide seu patrimônio, prejudicando, desse modo, o recebimento por seus credores dos valores relativos às obrigações existentes entre eles. E essa inalienabilidade patrimonial – que não implica perda de titularidade dominial sobre os bens – reveste-se de importante função instrumental, pois apenas afeta os *jus abutendi* e *jus disponendi* do

proprietário, qualificando-se como legítima restrição jurídica que incide sobre o direito de livre disposição dos bens pertencentes ao “dominus”, mas que, certamente, não impossibilita a constrição judicial.

Portanto, a vedação inscrita em matrícula do registro de imóveis de indisponibilidade visa somente impedir que o executado, titular da propriedade, venha a se desfazer desse mesmo bem, dificultando ou impossibilitando, com atos de ilícito desvio de seu patrimônio, a própria liquidação de sua responsabilidade civil, gerando, com esse injusto comportamento, prejuízos gravíssimos a uma vasta coletividade de credores. Assim sendo, nada impede que o bem declarado indisponível seja alvo de penhora ou de outro tipo de constrição judicial, a exemplo do previsto no CTN que em seu art. 186 fixa:

O crédito tributário prefere a qualquer outro, seja qual for sua natureza ou o tempo de sua constituição, ressalvados os créditos decorrentes da legislação do trabalho ou do acidente de trabalho.”

Assim, não é razoável que o registro de indisponibilidade, decorrente de apreensão realizada em razão de crédito tributário, impeça a penhora do mesmo bem, por exemplo de credor trabalhista, que detém superprivilégio em relação a outros créditos, mesmo tributários, aplicando-se o art. 30 da Lei 6.830 /1980, que dispõe sobre a possibilidade de bloqueio de bens gravados por ônus real ou cláusula de indisponibilidade.¹³⁹

Portanto, um bem penhorado em um processo judicial pode ser penhorado em outro processo desde que o valor do bem seja suficiente para adimplir o valor referente aos dois processos executivos. Não sendo, todavia, o importe suficiente para o pagamento das duas execuções, deve-se dar preferência ao primeiro

¹³⁹ Art. 30 Sem prejuízo dos privilégios especiais sobre determinados bens, que sejam previstos em lei, responde pelo pagamento da Dívida Ativa da Fazenda Pública a totalidade dos bens e das rendas, de qualquer origem ou natureza, do sujeito passivo, seu espólio ou sua massa, inclusive os gravados por ônus real ou cláusula de inalienabilidade ou impenhorabilidade, seja qual for a data da constituição do ônus ou da cláusula, excetuados unicamente os bens e rendas que a lei declara absolutamente impenhoráveis.

processo que realizou a penhora do bem. Nesse aspecto, o art. 797, parágrafo único, do CPC/2015 dispõe: “Recaindo mais de uma penhora sobre o mesmo bem, cada exequente conservará o seu título de preferência”. Por sua vez, o art. 908, § 1º, do CPC/2015 também, estabelece que o produto da adjudicação ou alienação será utilizado para pagar, primeiramente, o montante devido aos detentores de crédito privilegiado.

Márcio Guerra Serra esclarece acerca da possibilidade do ingresso no registro imobiliário de transmissões ainda que esse se encontre com penhora arresto ou sequestro, *ipsis litteris*:

As penhoras, os arrestos e os sequestros são constrições judiciais que têm ingresso no Registro de Imóveis por meio de mandados judiciais.

São medidas acautelatórias que visam destacar do patrimônio do devedor o bem objeto da lide (sequestro) ou bens suficientes para garantir a dívida objeto do litígio (penhora e arresto), servindo o registro como a publicitação do fato necessária para que se tenha validade contra terceiros.

O registro destas medidas traz presunção juris et de jure da ciência de terceiros; se não houver o registro, o credor terá que provar o conhecimento pelo terceiro adquirente da existência da constrição, posto que o processo só vincula as partes que o integram, especialmente no caso da penhora.

Importante ressaltar que o registro destas medidas não torna, em regra, os bens indisponíveis (embora exista exceção), podendo eles serem livremente alienados ou onerados. Todavia, a alienação ou oneração se resolverá no caso de o bem ser arrematado para o pagamento da dívida (penhora ou arresto) ou a sua propriedade ser transferida para o vencedor do litígio (sequestro).

Desta forma, pode -se dizer que, caso ocorra uma alienação ou oneração em relação a bem de que conste inscrição de penhora, arresto ou sequestro, esta alienação será ineficaz em relação à referida inscrição.

Ou seja, a parte que adquiriu ou aceitou a garantia de um bem sobre o qual existia constrição, aceita que este bem continuará a responder pela constrição preexistente, assumindo os riscos disto ocorrer.(2016, 65)

Como já visto em termos práticos, para possibilitar o cumprimento da mencionada decretação de indisponibilidade, o CNJ, pelo Provimento 39/2014, instituiu a Central Nacional de Indisponibilidade de Bens (CNIB), desenvolvida a partir do Acordo de Cooperação Técnica 084/10, firmado em 14.06.2010, e funciona como módulo da Central de Serviços Eletrônicos Compartilhados dos Registradores de Imóveis- SREI, Provimento n. 47/2015, com capacidade para atender todos os órgãos do Poder Judiciário e outros órgãos públicos, tabeliães de notas, oficiais de registros de imóveis e demais interessados, constituindo-se em relevante instrumento de combate ao crime organizado e recuperação de ativos de origem ilícita.

Observe-se que a indisponibilidade de bens e direitos recai sobre todo o patrimônio do devedor e não sobre um bem específico, sem identificar especificamente os bens indisponibilizados, como ocorre na penhora, arresto ou sequestro, também acautela direito futuro relativamente a outros bens que o executado vier a adquirir, constando da matrícula o registro da constrição do bem, apenas mero impedimento de disponibilizar a propriedade não gerando precedência no caso de concurso de credores.

Observe-se que, no processo de execução para que se obtenha a adjudicação do imóvel, deve haver a penhora preliminar do bem e seu registro na matrícula do imóvel, ou seja, houve a constrição de um bem específico destacado do patrimônio do devedor para a satisfação do crédito com precedência sobre excussões posteriores. Sendo a adjudicação uma das formas de expropriação dos bens do executado e não um ato de disposição voluntária do devedor, a indisponibilidade de bens não constitui obstáculo à averbação da carta de adjudicação expedida pelo foro judicial.

Assim, a indisponibilidade de bens não cria direito de preferência em relação a credores, sendo somente óbice à disposição do patrimônio pela vontade do devedor, não sendo impeditiva da atividade coativa do Estado da expropriação e consequente adjudicação.

Assim, as inúmeras ordens de preferência na disponibilização da propriedade fixadas em nosso ordenamento, ou conveniada pela partes, não se confunde com a

indisponibilização patrimonial registral, porquanto possuem natureza de direito pessoal e não direito real, quando não registrável, não sendo arrolado no art. 1.225 do CCB/2002. Apresenta-se o direito de preempção ou preferência do comprador compatível com o de prelação do vendedor, art. 513 do CCB/2002.¹⁴⁰ Apresentando-se como cláusula acessória acompanha o contrato quando nele fixado. Mas encontramos disposições legais que impõem o direito de preferência do comprador, independente dos termos contratuais, a exemplo dos bens condominiais cíveis ou quando da locação de imóvel.

O direito de prelação, ou preferência, a disponibilidade da propriedade que se vê constrita a preferência de um ou vários compradores, indisponibilidade relativa sob a visão do titular da propriedade, aplica-se a várias situações como a do condômino que pretenda adquirir coisa indivisa, art. 504 do CCB/2002.¹⁴¹

Outra situação contratual que enseja preferência ocorre na locação, art. 27 , Lei 8.245 /1991¹⁴², possuindo o locatário preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros , devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência

¹⁴⁰ Art. 513. A preempção, ou preferência, impõe ao comprador a obrigação de oferecer ao vendedor a coisa que aquele vai vender, ou dar em pagamento, para que este use de seu direito de prelação na compra, tanto por tanto.

Parágrafo único. O prazo para exercer o direito de preferência não poderá exceder a cento e oitenta dias, se a coisa for móvel, ou a dois anos, se imóvel.

¹⁴¹ Art. 504. Não pode um condômino em coisa indivisível vender a sua parte a estranhos, se outro consorte a quizer, tanto por tanto. O condômino, a quem não se der conhecimento da venda, poderá, depositando o preço, haver para si a parte vendida a estranhos, se o requerer no prazo de cento e oitenta dias, sob pena de decadência.

Parágrafo único. Sendo muitos os condôminos, preferirá o que tiver benfeitorias de maior valor e, na falta de benfeitorias, o de quinhão maior. Se as partes forem iguais, haverão a parte vendida os comproprietários, que a quiserem, depositando previamente o preço.

¹⁴² Art. 27. No caso de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão de direitos ou dação em pagamento, o locatário tem preferência para adquirir o imóvel locado, em igualdade de condições com terceiros , devendo o locador dar-lhe conhecimento do negócio mediante notificação judicial, extrajudicial ou outro meio de ciência inequívoca.

Parágrafo único. A comunicação deverá conter todas as condições do negócio e, em especial, o preço, a forma de pagamento, a existência de ônus reais, bem como o local e horário em que pode ser examinada a documentação pertinente

inequívoca. Todavia, o referido direito caducará se o locatário não manifestar expressamente a sua vontade em 30 dias depois de citado, *ex vi* do art. 28 da Lei 8.245 /1991.¹⁴³ Direito esse de preferência averbável no registro imobiliário da circunscrição onde esteja a matrícula do imóvel locado, ficando oponível contra terceiros, ou seja, *erga omnes*.

Dentre as inúmeras indisponibilizações que adentram no registro imobiliário podemos destacar:

1. Bem de família voluntário, art. 1.717 do CCB/2002 ¹⁴⁴, onde o registro automaticamente gera a indisponibilidade, não necessitando de averbação própria por ser consequência inata ao instituto;

2. Bem imóvel de menor de idade, art. 1.691 do CCB/2002: ¹⁴⁵

3. Doação de imóvel com cláusula de inalienabilidade/restrrição, art. 1.911 do CCB/2002, com o registro da doação e averbação da cláusula de inalienabilidade;

4. Cédulas de crédito com garantia hipotecária, os registros de venda ou constituição de ônus em imóveis vinculados à cédula de crédito industrial, comercial, à exportação e rural necessariamente devem ter a prévia anuência do credor, por

¹⁴³ Art. 28. O direito de preferência do locatário caducará se não manifestada, de maneira inequívoca, sua aceitação integral à proposta, no prazo de trinta dias.

¹⁴⁴ Art. 1.717. O prédio e os valores mobiliários, constituídos como bem da família, não podem ter destino diverso do previsto no art. 1.712 ou serem alienados sem o consentimento dos interessados e seus representantes legais, ouvido o Ministério Público.

¹⁴⁵ Art. 1.691. Não podem os pais alienar, ou gravar de ônus real os imóveis dos filhos, nem contrair, em nome deles, obrigações que ultrapassem os limites da simples administração, salvo por necessidade ou evidente interesse da prole, mediante prévia autorização do juiz.

Parágrafo único. Podem pleitear a declaração de nulidade dos atos previstos neste artigo:

I - os filhos;

II - os herdeiros;

III - o representante legal.

escrito, por disposições legais expressas ¹⁴⁶, além de não serem passíveis de penhora ou sequestro por outras dívidas do emitente ou do terceiro que presta a garantia real em créditos constituídos por cédula de crédito rural ou do produtor rural por força do art. 57 e 59 do Decreto-lei 413/69 e art. 18 da Lei 8.929/94. ¹⁴⁷

5. Hipotecas do SFH, imóveis financiados no âmbito do Sistema Financeiro da Habitação (SFH), para registro de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão devem ter a interveniência obrigatória da instituição financiadora, nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei 8.004/90 ¹⁴⁸. Assim, imóvel hipotecado no SFH só pode ser transferido por ato de disposição do proprietário mediante anuência do credor hipotecário., seguindo a mesma lógica das hipotecas cedulares especiais, ou seja, o credor hipotecário precisa anuir para a alienação, o registro da hipoteca automaticamente gera a indisponibilidade, não necessitando de averbação própria sendo consequência do instituto;

¹⁴⁶ Decreto-lei n.413/69– Art. 51. A venda dos bens vinculados à cédula de crédito industrial depende de prévia anuência do credor, por escrito.

Lei n.6.840/80 – Art. 5º Aplicam-se à cédula de crédito comercial e à nota de crédito comercial as normas do Decreto-lei n. 413/69 [...].

Lei n.6.313/75 – Art. 3º Serão aplicáveis à cédula de crédito à exportação [...] os dispositivos do Decreto-lei n. 413 de 9 de janeiro de 1969 [...].

Decreto-lei n.167/67– Art. 59. A venda de bens apenados ou hipotecados pela cédula de crédito rural depende de prévia anuência do credor, por escrito.

¹⁴⁷ Art. 57. Os bens vinculados à cédula industrial não serão penhorados ou sequestrados por outras dívidas do emitente ou do terceiro que presta a garantia real.

Art 59. No caso de execução judicial, os bens adquiridos ou pagos com o crédito concedido pela cédula de crédito industrial responderão primeiramente pela satisfação do título, não podendo ser vinculados ao pagamento de dívidas privilegiadas, enquanto não fôr liquidada a cédula.

Art. 18. Os bens vinculados à CPR não serão penhorados ou seqüestrados por outras dívidas do emitente ou do terceiro prestador da garantia real, cumprindo a qualquer deles denunciar a existência da cédula às autoridades incumbidas da diligência, ou a quem a determinou, sob pena de responderem pelos prejuízos resultantes de sua omissão.

¹⁴⁸ Art. 1º O mutuário do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) pode transferir a terceiros os direitos e obrigações decorrentes do respectivo contrato, observado o disposto nesta lei.

Parágrafo único. A formalização de venda, promessa de venda, cessão ou promessa de cessão relativas a imóvel financiado através do SFH dar-se-á em ato concomitante à transferência do financiamento respectivo, com a interveniência obrigatória da instituição financiadora

6. Alienações fiduciárias de imóveis, art. 29 da Lei 9.514/1997¹⁴⁹, o registro da alienação fiduciária automaticamente gera a indisponibilidade, não necessitando de averbação própria por ser consequência do instituto;

7. Indisponibilidades legais, a exemplo da prevista no art. 53, § 1º, da Lei 8.212/1991¹⁵⁰, relativa à penhora decorrente de execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, ou indisponibilidade termos do art. 36 da Lei 6.024/1974 e art. 2º, parágrafo único da Lei 5.627/1970 de bens dos administradores de instituições financeiras e de sociedades seguradoras, respectivamente, em regime de liquidação extrajudicial;

8. Imóveis financiados pelos Institutos e Caixas de Aposentadorias e Pensões, de acordo com plano destinado aos seus segurados ou associados, não poderão ser alienados por estes ou por seus herdeiros sem autorização expressa da instituição financiadora, nos termos do art. 1º do Decreto-lei 8.618/46¹⁵¹; ou

9. Indisponibilidades judiciais, decorrentes do poder geral de cautela do magistrado para assegurar a efetividade do processo.

Luís Ramon Alvares (2015), no tocante à rotina do registro imobiliário ressalta os procedimentos a serem adotados quando verifica existência de indisponibilidades na matrícula sob exame. Ressalta que, em regra, a existência de averbação de indisponibilidade na matrícula impede a alienação e a oneração do imóvel, assim contrato celebrado em data anterior à averbação de indisponibilidade não pode ser registrado, pois se há indisponibilidade:

¹⁴⁹ Art. 29. O fiduciante, com anuência expressa do fiduciário, poderá transmitir os direitos de que seja titular sobre o imóvel objeto da alienação fiduciária em garantia, assumindo o adquirente as respectivas obrigações.

¹⁵⁰ Art. 53. Na execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, será facultado ao exequente indicar bens à penhora, a qual será efetivada concomitantemente com a citação inicial do devedor.

§ 1º Os bens penhorados nos termos deste artigo ficam desde logo indisponíveis.

¹⁵¹ Art. 1º Os imóveis financiados pelos Institutos e Caixas de Aposentadorias e Pensões, de acordo com plano destinado aos seus segurados ou associados, não poderão ser alienados por estes ou por seus herdeiros sem autorização expressa da instituição financiadora.

Em regra, não pode ser praticado qualquer ato sem autorização judicial ou, eventualmente, do Banco Central, se a indisponibilidade decorrer de intervenção ou liquidação extrajudicial de instituições financeiras ou da ANS, se a indisponibilidade decorrer de liquidação extrajudicial de operadores de planos de assistência à saúde.

Deve-se verificar na legislação respectiva se a indisponibilidade impede outros atos de registro ou averbação na matrícula. (...)

Verificar se a indisponibilidade de bens na matrícula é oriunda de penhora fiscal (bens penhorados em execuções fiscais da União, INSS, Fazenda Nacional, suas autarquias e fundações públicas estão indisponíveis, nos termos do art. 53 da Lei n. 8.212/91) ou da Central de Indisponibilidades, haja vista que, nos termos do artigo 16, caput, do Provimento n. 39/2014 do CNJ, que criou a Central Nacional de Indisponibilidade de Bens-CNIB (<http://www.indisponibilidade.org.br>), as indisponibilidades averbadas nos termos deste Provimento e as decorrentes do § 1º, do art. 53, da Lei n. 8.212/91 não impedem:

- 1) a inscrição de constrições judiciais (como também já constava no artigo 22 do Provimento n. 13/2012 da CGJ/SP);
- 2) o registro da alienação judicial do imóvel desde que (restrição imposta pelo provimento do CNJ):
 - a) a alienação seja oriunda do juízo que determinou a indisponibilidade, ou do juízo da distribuição do inquérito civil público ou do juízo da posterior ação desse decorrente; ou
 - b) consignado no título judicial a prevalência da alienação judicial em relação à restrição oriunda de outro juízo ou autoridade administrativa a que foi dada ciência da execução.

Parece não ser razoável distinguir a indisponibilidade averbada “nos termos deste Provimento” e as indisponibilidades anteriores. S.m.j., o art. 16 do Provimento n. 39/2014 do CNJ deve aplicar-se a quaisquer indisponibilidades.

Luís Ramon Alvares (2015) assinala a impossibilidade do ingresso no registro imobiliário da alienação, oneração ou constrição seja judicial, nela subentendida, exclusivamente, a expropriação judicial do bem, exceto se provenientes do juízo que decretou a indisponibilidade, ou o juízo a que sido distribuído o inquérito civil público e a posterior ação desse decorrente, ou que seja consignado no título judicial a prevalência da alienação judicial em relação à restrição oriunda de outro juízo ou

autoridade administrativa a que foi dada ciência da execução, por força do art. 16 do Provimento CNJ n. 39/2014.¹⁵² Havendo indisponibilidade, não ingressariam inclusive as cartas de adjudicação compulsória e os formais de partilha provenientes de outros juízos que não o indisponibilizante.

5.5. INDISPONIBILIDADE E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Constituição da República vigente, em seu art. 37, §4º, é peremptória quanto ao uso do instrumento da indisponibilização patrimonial como mecanismo de repressão à prática de atos de improbidade administrativa, *ipsis verbis*:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...)

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Assim, no exercício de suas funções estatais, o agente público pode praticar condutas violadoras do ordenamento jurídico, sujeitando-o à aplicação de várias formas de punição. Se o comportamento causar prejuízo patrimonial, pode ser proposta uma ação civil visando à reparação do dano. Praticada conduta tipificada como crime, instaura-se um processo penal tendente à aplicação de sanções restritivas da liberdade. Havendo infração de natureza funcional, será instaurado processo administrativo que, havendo condenação do agente, resulta na fixação de

¹⁵² Art. 16 As indisponibilidades averbadas nos termos deste Provimento e as decorrentes do § 1º, do art.53, da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, não impedem a inscrição de constrições judiciais, assim como não impedem o registro da alienação judicial do imóvel desde que a alienação seja oriunda do juízo que determinou a indisponibilidade, ou a que distribuído o inquérito civil público e a posterior ação desse decorrente, ou que consignado no título judicial a prevalência da alienação judicial em relação à restrição oriunda de outro juízo ou autoridade administrativa a que foi dada ciência da execução.

sanções relacionadas ao cargo público, como advertência, suspensão e até exoneração do servidor.

Essas três instâncias distintas de responsabilidade, civil, penal e administrativa, compõem a denominada tríplice responsabilidade do agente público, sendo possível identificar uma quarta esfera de responsabilização do agente público por suas condutas praticadas no exercício de suas funções, aquela decorrente da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa (LIA), Lei 8.429/92, como previsto no § 4º do art. 37 da Constituição. Como a aplicação das sanções decorrentes da prática de ato de improbidade administrativa ocorre em processo judicial autônomo em relação às demais esferas de responsabilização, a doutrina afirma que a apuração do ato de improbidade independe do resultado nos processos civil, penal e administrativo. Tais disposições legais fundam-se nos princípios arrolados no art. 37 da Constituição dentre os quais se destacam os da moralidade e da probidade.

5.5.1. PRINCÍPIOS DA MORALIDADE E DA PROBIDADE

Como pode ser identificado no art. 37 da Magna Carta, a Administração deve submeter-se a princípios, dentre os quais é expressamente previsto o da moralidade administrativa, ao qual se vincula finalisticamente o da probidade administrativa, relação não muito expressa ou óbvia.

Para Ricardo Alexandre (2017, 414) a doutrina não é uniforme quanto à distinção entre “moralidade administrativa” e “probidade administrativa”. Para alguns autores, a probidade é um subprincípio da moralidade, para outros, inversamente, a probidade teria um sentido mais amplo, englobando a moralidade administrativa, já outros entendem serem expressões sinônimas.

Nesse diapasão, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, 824) pondera que a improbidade administrativa, como ato ilícito, vem sendo prevista no direito positivo brasileiro desde há muito para os agentes políticos, enquadrando-se como crime de responsabilidade, a exemplo da Constituição Republicana de 1891 que já previa como crime de responsabilidade do Presidente da República se agisse atentando contra a probidade da administração, art. 54, 6º, dispositivo que continuou pelas constituições posteriores até a atual em seu art. 85, V. Já para os servidores

públicos a legislação não falava em improbidade, mas mencionava como enriquecimento ilícito no exercício do cargo ou função, sujeitando o agente ao sequestro e perda de bens em favor do Erário.

O mesmo não ocorreu com a lesão ao princípio da moralidade administrativa, cuja inclusão dentre os princípios constitucionais impostos à Administração só veio a ocorrer com a Constituição de 1988, ao mencionar expressamente a moralidade administrativa no caput do art. 37 e no mesmo dispositivo, § 4º, ao mencionar a lesão à moralidade administrativa, referiu-se ao termo improbidade, assim como a lesão à probidade administrativa aparece como ato ilícito no art. 85, V, dentre os crimes de responsabilidade do Presidente da República, e como causa de perda ou suspensão dos direitos políticos no art. 15, V.

Enquanto a lesão à probidade administrativa era definida no direito positivo, para os crimes de responsabilidade, com a característica da tipicidade, própria do Direito Penal, implicando definição precisa dos elementos constitutivos da infração, a moralidade administrativa aparece como princípio, ou seja, como proposição que se encontra na base do ordenamento jurídico, de conteúdo indefinido, correspondendo a um conceito jurídico indeterminado, a ser definido pelo direito positivo. Tal inconcretude, enseja resistência do Poder Judiciário e mesmo da doutrina em aceitarem a possibilidade de invalidação de um ato administrativo por lesão apenas à moralidade administrativa, considerando a maioria como uma espécie de agravante da ilegalidade e não como vício autônomo do ato administrativo.

Assim, para Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2017, 825), no sentido amplo, a legalidade, ou o Direito, absorveu todos os demais princípios, inclusive o da moralidade. No sentido restrito, a legalidade exige obediência à lei, enquanto a moralidade exige basicamente honestidade, observância das regras de boa administração, atendimento ao interesse público, boa-fé, lealdade, etc.

Comparando moralidade e probidade, pode-se afirmar que, como princípios, significam praticamente a mesma coisa, embora algumas leis façam referência as duas separadamente, do mesmo modo que há referência aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade como princípios diversos, quando este último é apenas um aspecto do primeiro.

No entanto, quando se fala em improbidade como ato ilícito, como infração sancionada pelo ordenamento jurídico, deixa de haver sinonímia entre as expressões improbidade e imoralidade, porque aquela tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais. Na lei de improbidade administrativa, a lesão à moralidade administrativa é apenas uma das inúmeras hipóteses de atos de improbidade previstos em lei.

A inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição de 1988 foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público, pois, até então, a improbidade administrativa constituía infração prevista e definida apenas para os agentes políticos. Para os demais, punia-se apenas o enriquecimento ilícito no exercício do cargo. Com a inserção do princípio da moralidade na Constituição, a exigência de moralidade estendeu-se a toda a Administração Pública, e a improbidade ganhou abrangência maior, porque passou a ser prevista e sancionada com rigor para todas as categorias de servidores públicos e a abranger infrações outras que não apenas o enriquecimento ilícito.

A inserção do princípio da moralidade na Constituição é coerente com a evolução do princípio da legalidade ocorrida no sistema jurídico de outros países, evolução essa que levou à instituição do Estado Democrático de Direito, consagrado no preâmbulo da Constituição e em seu artigo 1º. Isso significou repulsa ao positivismo jurídico e a ampliação do princípio da legalidade, que passou a abranger valores outros, como os da razoabilidade, boa-fé, moralidade, economicidade e tantos outros hoje consagrados na doutrina, na jurisprudência e mesmo em regras expressas na Constituição e em normas infraconstitucionais.

Exemplo da preocupação do constituinte de 1988 com o princípio da moralidade do setor público identifica-se na inscrição dentre os direitos fundamentais a prerrogativa do cidadão de propor ação popular, isento de custas, para anular ato

lesivo à moralidade administrativa, faculdade ínsita no art. 5º, LXXIII, da Magna Carta.¹⁵³

Hoje, o ordenamento jurídico prevê diversos instrumentos de controle da moralidade administrativa, tais como: a ação de improbidade, art. 37, § 4.º, da Constituição e Lei 8.429/1992; a ação popular, art. 5.º, LXXIII, da Constituição e Lei 4.717/1965; a ação civil pública, art. 129, III, da Constituição e Lei 7.347/1985; as hipóteses de inelegibilidade previstas no art. 1.º da LC 64/1990, alterada pela LC 135/2010, "Lei da Ficha Limpa"; e as sanções administrativas e judiciais previstas na Lei 12.846/2013, Lei Anticorrupção.

De maneira mais analítica do que o faz no tratamento dado à moralidade, a Constituição Federal detalha as consequências da prática de conduta violadora da probidade administrativa, ato de improbidade.

5.5.2. INDISPONIBILIDADE DE BENS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - LIA

A indisponibilização patrimonial tem sido muito utilizada no combate à prática de improbidade administrativa, regulamentada pela Lei 8.429/1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, que dispõe em seu art. 7º:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

¹⁵³ Art. 5º (...) LXXIII - qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência;

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.(...)

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.(...)

§ 6º A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas, observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

Mas quais seriam esses atos de improbidade administrativa ensejadores de efeito tão deletério como a indisponibilização do patrimônio de uma pessoa física? A Lei 8.429/1992 define os atos de improbidade:

Art. 9º - atos de improbidade administrativa que importem enriquecimento ilícito;

Art. 10 - atos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao Erário; e

Art. 11, atos de improbidade administrativa que atentem contra os princípios da Administração Pública.

Art. 10-A, inserido pela Lei Complementar nº 157/2016, atos de improbidade administrativa decorrentes de concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário.

Ademais, outras normas legais também tipificam outros atos com o status de ato de improbidade, a exemplo do:

Art. 52, da Lei 10.257/2001, Estatuto da Cidade, direcionada exclusivamente aos Prefeitos.

Art. 73, caput e § 7.0, da Lei 9.504/1997, enumera condutas que são vedadas aos agentes públicos nos pleitos eleitorais, ou

Art. 482, "a", da CLT: dispõe que o ato de improbidade constitui justa causa para rescisão do contrato de trabalho pelo empregador.

Os atos de improbidade que atentem contra os princípios da Administração Pública, mencionados no art. 11 da Lei 8.429/1992, são exemplificativos, tanto que o caput do dispositivo ressalva nele se incluir qualquer ato que atente contra “os princípios da administração pública ou qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições”. Assim, a lesão ao princípio da moralidade ou a qualquer outro princípio imposto à Administração Pública constitui uma das modalidades de ato de improbidade. Para ser ato de improbidade, não é necessária a demonstração de ilegalidade do ato, basta demonstrar a lesão à moralidade administrativa.

Assim, para Di Pietro, a falta de moralidade administrativa insere-se dentre as hipóteses legais de improbidade administrativa:

Concluindo: a legalidade estrita não se confunde com a moralidade e a honestidade, porque diz respeito ao cumprimento da lei; a legalidade em sentido amplo (o Direito) abrange a moralidade, a probidade e todos os demais princípios e valores consagrados pelo ordenamento jurídico; como princípios, os da moralidade e probidade se confundem; como infração, a improbidade é mais ampla do que a imoralidade, porque a lesão ao princípio da moralidade constitui uma das hipóteses de atos de improbidade definidos em lei. (2017, p 825)

Independente da questão em aberto, tanto a moralidade como a probidade exigem do agente público, no exercício de suas funções, o respeito aos princípios da ética, lealdade e boa-fé. Ao inserir como princípio constitucional na esfera administrativa, vinculando as três esferas dos entes da administração pública do Brasil, submetendo a administração pública direta, indireta e fundacional desses, a exigência de moralidade da atuação do agente público, nosso ordenamento fixou bases para que o princípio da moralidade fundamentasse o controle da Administração Pública, no denominado controle de legalidade em sentido amplo sob o denominado controle de juridicidade.

Para que se configure o ato de improbidade administrativa e, por consequência, venham a ser aplicadas as sanções acima mencionadas no art. 37, § 4º, devem estar presentes os seguintes requisitos:

1. sujeito passivo: deve ser uma das entidades mencionadas no art. 1º, caput e parágrafo único, da Lei 8.429/1992;¹⁵⁴
2. sujeito ativo: o agente público ou terceiro, que induza, concorra ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta (arts. 2º e 3º da Lei 8.429/1992);¹⁵⁵
3. conduta ímproba: é a conduta comissiva ou omissiva do sujeito ativo, praticada contra o sujeito passivo, de que resulte: enriquecimento ilícito do sujeito ativo, prejuízo ao erário, concessão ou aplicação indevida de benefício financeiro ou tributário, ou violação de princípios da Administração Pública.

Ricardo Alexandre nos sintetiza os traços marcantes da ação por improbidade administrativa:

Natureza jurídica: ação civil;

¹⁵⁴ Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta Lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta Lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos.

¹⁵⁵ Art. 2º Reputa-se agente público, para os efeitos desta Lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

Art. 3º As disposições desta Lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Legitimidade ativa: Ministério Público ou pessoa jurídica interessada; Se o Ministério Público não for o autor da ação, obrigatoriamente atuará no processo como fiscal da lei, sob pena de nulidade processual; Se o autor da ação for o Ministério Público, a pessoa jurídica interessada tem a faculdade de atuar no processo ao lado deste; É vedada a realização de transação, acordo ou conciliação nas ações de improbidade;

Rito ordinário, com algumas peculiaridades; Na determinação do foro competente para julgamento, não se aplica a competência especial por prerrogativa de função, exceto quando se tratar de improbidade praticada por ministro do STF; Em regra, as ações de improbidade administrativa devem ser propostas no juízo de 1º grau da Justiça Federal (se houver interesse da União, autarquias ou empresas públicas federais – art. 109, I, CF) ou da Justiça Estadual (nos demais casos);

A aplicação das sanções decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa está sujeita à prescrição, enquanto as respectivas ações de ressarcimento ao erário são imprescritíveis;

O valor da indenização e os bens perdidos pelo condenado em improbidade administrativa se reverterem em proveito da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito. (2017, 425)

É ímproba, portanto, a conduta que se inclua em qualquer das citadas hipóteses, sendo comum o enquadramento em ao menos duas delas; elemento subjetivo: é o dolo ou a culpa, que deve obrigatoriamente estar presente na conduta do sujeito ativo.

No tocante ao sujeito passivo da ação de improbidade administrativa incluir ou não os agentes políticos, encontramos divergências jurisprudencial e doutrinária. Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2017, 974) nos traz essa relevante controvérsia sobre a aplicação ou não da Lei 8.429/1992 aos agentes políticos, já submetidos ao regime especial do crime de responsabilidade. Para ele sobre a polêmica existem três entendimentos:

1º os agentes políticos respondem pela improbidade com base na legislação especial, que versa sobre os crimes de responsabilidade, não lhes sendo aplicável a Lei 8.429/1992, pois a Constituição teria dispensado dois tratamentos distintos aos atos de improbidade:

a) os agentes públicos em geral sujeitam-se aos termos do art. 37, § 4.º, da Constituição, regulamentado pela Lei 8.429/1992; e

b) os agentes políticos submetem-se às regras específicas do crime de responsabilidade, na forma dos arts. 52, I, 85, V, e 102, I, "c", dentre outras normas, da Constituição, regulamentados pela Lei 1.079/1950, pelo Decreto-lei 201/1967 e pela Lei 7.106/1983. O STF acolheu esse entendimento quando do julgamento da Reclamação 2.138/DF, que versava sobre a prática de improbidade administrativa/crime de responsabilidade por Ministro de Estado.

2º os agentes políticos sujeitam-se às sanções de improbidade administrativa, previstas na Lei 8.429/1992, e às sanções por crime de responsabilidade, tipificadas na Lei 1.079/1950, no Decreto-lei 201/1967 e na Lei 7.106/1983, que podem ser aplicadas de forma cumulativa sem que isso configure *bis in idem*. Nesse sentido, já decidido pelo STJ e STF que, ao admitir a compatibilidade material das sanções de improbidade administrativa e dos crimes de responsabilidade, ressaltou apenas a questão processual, competência constitucional, para aplicação das referidas sanções a determinados agentes políticos, a exemplo do Tema STF 576 - Processamento e julgamento de prefeitos, por atos de improbidade administrativa, com base na Lei 8.429/92, fundado no *leading case* do RE 976566.

3º os agentes políticos podem ser réus na ação de improbidade administrativa, com as sanções da Lei 8.429/1992, salvo as de natureza política que somente podem ser aplicadas por meio do respectivo processo por crime de responsabilidade, com fundamento na Lei 1.079/1950, no Decreto-lei 201/1967 e na Lei 7.106/1983.

Rafael Carvalho Rezende Oliveira (2017, 975) considera o terceiro entendimento ser o mais adequado, pois o constituinte de 1988 não visou conceder imunidade do agente político à aplicação da Lei 8.429/1992 e sim dar tratamento específico para os agentes políticos que venham a cometer atos de improbidade/crimes de responsabilidade punindo-os com sanções políticas, como perda do cargo e inabilitação temporária para o exercício de função pública, mas não os isentando das demais sanções que não possuem caráter político e que estão previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992. Assim, o agente político pode ser

responsabilizado, pelo mesmo fato, com fundamento na legislação especial, que trata do crime de responsabilidade, e na Lei 8.429/1992, ressalvada a aplicação de sanções políticas, sem que isso configure *bis in idem*.

Entende o autor ser a Lei 8.429/1992 plenamente aplicável aos ex-agentes políticos, hipótese em que ação de improbidade será processada e julgada pelo Juízo de primeiro grau, foro para o qual se desloca a competência em caso de cessação do mandato eletivo, com a perda da prerrogativa de foro.

No tocante aos agentes públicos que gozam da garantia da vitaliciedade, representados pelos magistrados, os membros do Ministério Público e os ministros ou conselheiros dos Tribunais de Contas, não se visualiza impedimento à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa, pois não sendo agentes políticos, mas sim detentores de garantia mais forte que a estabilidade, visto que a perda do cargo só pode ocorrer por meio de sentença judicial transitada em julgado.

Parcela da doutrina e jurisprudência sustenta que a competência para aplicação de todas as sanções de improbidade, inclusive a perda do cargo, é do Juízo de primeira instância, tendo em vista a inexistência do foro por prerrogativa de função na ação de improbidade administrativa.¹⁵⁶

Todavia, também se admite a aplicação das sanções de improbidade, pelo Juízo de primeiro grau, aos magistrados e promotores, ressalvada a hipótese de sanção de perda do cargo, que somente poderá ser decretada pelo respectivo tribunal estadual ou federal, dependendo do vínculo estadual ou federal dos agentes acusados. Assim, sanções de improbidade previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 poderiam ser aplicadas pelo Juízo de primeiro grau aos magistrados e promotores que cometerem improbidade administrativa, com a ressalva da sanção de perda do

¹⁵⁶ STJ, REsp 1.191.613/MG, Rel. Min. Benedito Gonçalves, 1.a Turma, DJe 17.04.2015 - Informativo de Jurisprudência do STJ 560.

cargo, que somente pode ser decretada por decisão do respectivo tribunal, na forma prevista nas respectivas Leis Orgânicas.¹⁵⁷

Nesse sentido, o STF decidiu ser competente para processo e julgamento das ações de improbidade administrativa propostas em face dos seus Ministros.¹⁵⁸ De forma análoga, o STJ fixou a sua competência para processo e julgamento da ação de improbidade administrativa, com possível aplicação da pena de perda do cargo, proposta em face de desembargador do Tribunal Regional do Trabalho (TRT), na forma do art. 105, I, "a", da Constituição.¹⁵⁹

Rafael Carvalho Rezende Oliveira conclui quanto à competência para apreciar atos de improbidade administrativa e sua apenação aos membros do Poder Judiciário e Ministério Público, nos seguintes termos:

Portanto, ressalvados os casos especiais indicados na Constituição da República, que preveem a competência do Senado, do STF e do STJ para decretação da perda do cargo, os magistrados e membros do Ministério Público podem perder seus respectivos cargos por decisão proferida pelo respectivo tribunal.

Em relação aos Ministros do TCU, a competência para aplicação das sanções de caráter político é do STF. Quanto aos Conselheiros dos Tribunais de Contas dos Estados (TCEs) e dos Municípios (TCMs do Rio de Janeiro e de São Paulo), a competência é do STJ.

Todavia, é oportuno ressaltar que o STJ já decidiu serem da competência do Juízo de primeiro grau o processo e o

¹⁵⁷ Arts. 26 e 27 da LC 35/1979 - Lei Orgânica da Magistratura; art. 38, § 2.º, da Lei 8.625/1993 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público; art. 18, II, "c", da LC 75/1993 - Lei Orgânica do Ministério Público da União.

¹⁵⁸ STF, Tribunal Pleno, Pet 3.211 QO/DF, Rel. p/ acórdão Min. Menezes Direito, DJe-117 27.06.2008, Informativo de Jurisprudência do STF n. 498.

¹⁵⁹ STJ, Corte Especial, AgRg na Rcl 2.115/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 16.12.2009; STJ, Corte Especial, Rcl 4.927/DF, Rel. Min. Félix Fischer, DJe 29.06.2011, Informativo de Jurisprudência do STJ n. 477. Em sentido contrário, vide a decisão monocrática proferida pelo Min. Celso de Mello do STF, que fixou a competência do magistrado de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa proposta em face de magistrado integrante do TRT - Informativo de Jurisprudência do STF n. 572.

juízo da ação de improbidade administrativa proposta em face de Conselheiro do TCE, uma vez que o foro por prerrogativa de função previsto no art. 105, I, "a", da CRFB seria aplicável apenas às ações penais. (2017, 977)

No tocante ao objeto da ação de improbidade administrativa, nem todas as consequências estabelecidas na Lei 8.429/1992 para os atos de improbidade são penalidades. Exemplo é a indisponibilidade dos bens, uma medida de natureza cautelar, que tem a finalidade, não de sancionar alguém, e sim de assegurar que a pessoa sob investigação não venha, eventualmente, a frustrar uma futura execução, por exemplo, transferindo fraudulentamente seus bens a terceiros. Em consonância com o estabelecido no próprio texto constitucional, art. 37, § 4.º, a Lei 8.429/1992 exige o integral ressarcimento ao erário, sempre que houver dano ao patrimônio público, em sentido econômico, ocasionado por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, art. 5.º. Determina, ainda, no caso de enriquecimento ilícito, a perda dos bens ou valores acrescidos ao patrimônio do agente público ou terceiro beneficiário, art. 6.º. Aos sucessores daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente estendem-se as sanções de natureza patrimonial, até o limite do valor da herança, art. 8.º.

Aluizio Bezerra Filho (2019, 137) afirma ser a sistemática legal da indisponibilidade dos bens assecuratória de eventual reparação ao erário havendo risco potencializado de difícil reparação na reintegração dos valores ou do patrimônio afetado do Estado ao seu acervo com o intuito de amenizar os danos impostos ao erário pelo ato de improbidade administrativa do agente público. A indisponibilidade também será utilizada quando o ato de improbidade resultar no enriquecimento ilícito do agente público ou de terceiros; sendo medida eficaz para ser integralizado ao patrimônio estatal aquilo que foi indevidamente acumulado pelos seus beneficiários.

Exemplos das parcelas patrimoniais passíveis de indisponibilidade seriam a conta de poupança, aplicações financeiras ou conta corrente, desde que esta não seja exclusiva para fins de depósitos da remuneração do agente público, por ser de natureza alimentícia, além de poderem ser objeto da constrição judicial os imóveis, mediante averbação no registro imobiliário, ressalvado o bem de família

devidamente caracterizado pela Lei 8.009/90. Ademais pode incidir sobre bens descritos pelo art. 649 do Código de Processo Civil, por serem absolutamente impenhoráveis.¹⁶⁰

A indisponibilidade de bens tem por fim a impossibilidade de sua alienação com o registro de inalienabilidade imobiliária, ou bloqueio de contas bancárias de poupança ou aplicações financeiras, quando demonstrada a ilicitude de suas origens mediante enriquecimento sem causa, oriunda de fontes clandestinas ou ocultas, bem ainda incompatível com a situação econômica do indiciado. A indisponibilidade patrimonial traduz a cautela para consequências jurídicas do processo, como medida cautelar de garantir, no futuro, uma reparação ao Poder Público para evitar um irremediável esvaziamento da indisponibilidade perseguida pela Constituição e pela norma ordinária.

Aluízio Bezerra Filho (2019, 137), ao tratar da indisponibilidade dos bens de família, a admite sob o argumento de que a indisponibilidade não tira o direito ao exercício do usufruto, além de não se tratar de penhora, mas apenas de uma restrição quando a sua alienação se fizer em nome de terceiros.

A decretação da indisponibilidade de bens de família, que no futuro não poderão ser objeto de venda ou desapropriação do domínio do agente, por estar protegido por norma especial, não tem resultado prático pois, afim de garantir o ressarcimento perseguido, estaria resguardando um patrimônio que não servirá para fins de alienação ou apropriação do seu produto pelo credor. Seria, assim, uma medida inócua, pois a indisponibilidade objetiva resguardar o acervo patrimonial ou financeiro para uma futura execução garantidora do prejuízo sofrido pelo credor; assim se procede ao bloqueio do bem que não poderá ser objeto de penhora ou

¹⁶⁰ Art. 649. Os bens insuscetíveis de divisão cômoda que não couberem na parte do cônjuge ou companheiro supérstite ou no quinhão de um só herdeiro serão licitados entre os interessados ou vendidos judicialmente, partilhando-se o valor apurado, salvo se houver acordo para que sejam adjudicados a todos.

alienação via leilão mais adiante, não se está garantindo a exequibilidade de uma ação de reparação no futuro.

Todavia, o STJ tem aceitado a constrição de bens de família na seara, como fixado pela jurisprudência a exemplo do a seguir trazido à colação sob o argumento da indisponibilidade pelo fato de que torna indisponível o bem; não significando expropriá-lo, o que seria contrário aos propósitos da Lei 8.009/90, por não se tratar de penhora, mas, ao contrário, de impossibilidade de alienação, resguardando o lugar onde se estabelece o lar, impedindo a alienação do bem onde se estabelece a residência familiar, inclusive pelo réu.

Sob esse enfoque, a hodierna jurisprudência do STJ manifesta-se em vários acórdãos, *ipsis verbis*:

Decreto de indisponibilidade. Bem de família. Possibilidade. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é assente em admitir a decretação de indisponibilidade prevista na Lei de Improbidade Administrativa sobre bem de família. Precedentes.. (STJ - Agint no REsp 1670672/RJ, Rei. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 30/11/2017, DJe 19/12/2017)

Indisponibilidade de bens. A jurisprudência do STJ pacificou orientação no sentido de que a decretação de indisponibilidade prevista no art. 7º, parágrafo único, da LIA não depende da individualização dos bens pelo Parquet, podendo recair sobre aqueles adquiridos antes ou depois dos fatos descritos na inicial, bem como sobre bens de família. A responsabilidade dos réus na ação de improbidade é solidária, pelo menos até o final da instrução probatória, momento em que seria possível especificar e mensurar a quota de responsabilidade atribuída a cada pessoa envolvida nos atos que causaram prejuízo ao erário. No caso, considerando-se a fase processual em que foi decretada a medida (postulatória), bem como a cautelaridade que lhe é inerente, não se demonstra viável explicitar a quota parte a ser ressarcida por cada réu, sendo razoável a decisão do magistrado de primeira instância que limitou o bloqueio de bens aos valores das contratações supostamente irregulares que o embargante esteve envolvido. Dessarte, os aclaratórios devem ser acolhidos apenas para integralizar o julgado com a fundamentação ora trazida. Embargos de declaração acolhidos sem efeitos infringentes. (STJ - EDcl no AgRg no REsp 1351825/BA, Rei. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2015, DJe 14/10/2015)

Indisponibilidade de bens. Possibilidade de decretação sobre bem de família. Precedentes. A jurisprudência desta Corte já reconheceu a possibilidade de a decretação de indisponibilidade de bens prevista na Lei de Improbidade Administrativa recair sobre bens de família. Precedentes: REsp 1461882/PA, Rei. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 12/03/2015, REsp 1204794 / SP, Rei. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 24/05/2013.2. Agravo regimental não provido. (STJ -AgRg no REsp 1483040/SC, Rei. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 21/09/2015)

Indisponibilidade de bens. Desnecessidade de comprovação de dilapidação iminente ou efetiva do patrimônio do demandado e de individualização dos bens a serem alcançados pela constrição. Nas "demandas por improbidade administrativa, a decretação de indisponibilidade prevista no art. 7º, parágrafo único, da LIA não depende da individualização dos bens pelo Parquet, podendo recair sobre aqueles adquiridos antes ou depois dos fatos descritos na inicial, bem como sobre bens de família" (STJ - REsp 1461882/PA, Rei. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 12/03/2015)

Indisponibilidade de bens. Bem de família. Deferimento de liminar. Agravo de instrumento. A ratio essendi do instituto indica que o mesmo é preparatório da responsabilidade patrimonial, que representa, em essência, a afetação de todos os bens presentes e futuros do agente improbo para com o ressarcimento previsto na lei. Deveras, a indisponibilidade sub examine atinge o bem de família quer por força da mens legis do inc. VI do art. 3º da Lei de Improbidade, quer pelo fato de que torna indisponível o bem; não significa expropriá-lo, o que conspira em prol dos propósitos da Lei 8.009/90. 5. A fortiori, o eventual caráter de bem de família dos imóveis nada interfere na determinação de sua indisponibilidade. Não se trata de penhora, mas, ao contrário, de impossibilidade de alienação, mormente porque a Lei 8.009/90 visa a resguardar o lugar onde se estabelece o lar, impedindo a alienação do bem onde se estabelece a residência familiar. No caso, o perigo de alienação, para o agravante, não existe. Ao contrário, a indisponibilidade objetiva justamente impedir que o imóvel seja alienado e, caso seja julgado procedente o pedido formulado contra o agravante na ação de improbidade, assegurar o ressarcimento dos danos que porventura tenham sido causados ao erário. Sob esse enfoque, a hodierna jurisprudência desta Corte direciona-se no sentido da possibilidade de que a decretação de indisponibilidade de bens, em decorrência da apuração de atos de improbidade

administrativa, recaia sobre os bens necessários ao ressarcimento integral do dano, ainda que adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade. Precedentes: REsp. 839936/PR, DJ 01.08.2007; REsp. 781431/BA, DJ14.12.2006; AgMC 11.139/SP, DJ de 27.03.06e REsp. 401.536/MG, DJ de 06.02.06.(STJ - REsp. 806301 / PR-1ª Turma - DJ 03.03.2008 - Rei. Min. Luiz Fux).

Ainda sobre os bens passíveis de indisponibilização em ações de improbidade administrativa tem a Justiça Federal se posicionado favoravelmente à incidência sobre bens de natureza alimentar, desde que circunscritos pelos limites fixados pelo CPC em seu art. 833, como a seguir exemplificado:

Indisponibilidade de bens. Limitação da medida. Verbas alimentícias. Agravo parcialmente provido. A concessão da medida liminar insere-se no âmbito do poder geral de cautela do julgador e depende unicamente do preenchimento dos requisitos *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, podendo ser determinada antes mesmo da notificação a que se refere o art. 17, § 7º da Lei n.º 8.429/92. Precedente deste Tribunal. A constrição judicial não deve abranger a totalidade de bens do requerido, ora agravante, indiscriminadamente, impossibilitando-o de prover a própria subsistência e de seus familiares. Assim, não pode incidir sobre verbas de caráter alimentar, tais como salários e depósitos em caderneta de poupança no montante de até 40 (quarenta) salários mínimos, art. 833, IV e X, do Novo Código de Processo Civil. Precedentes desta Corte Regional. Agravo de instrumento parcialmente provido. A Turma por unanimidade, deu parcial provimento ao agravo de instrumento. (TRF1 - Acórdão 00168108920174010000, Desembargador Federal Mário César Ribeiro, TRF1 -Terceira Turma, E-DJFI Data:18/05/2018)

Impenhorabilidade de proventos de aposentadoria. Valores que excedam a cinquenta salários-mínimos. Provimento parcial do agravo. Agravo que busca a penhora sobre 30% (trinta por cento) dos valores dos proventos do executado, em execução de sentença de improbidade administrativa, dada a inexistência de bens para garantir o adimplemento da condenação. A impenhorabilidade dos proventos de aposentadoria, razão adotada pela decisão agravada, é restrita aos valores inferiores a 50 (cinquenta) salários-mínimos (art. 833, IV e § 2º - CPC). Se o exequente demonstrar, o que não consta dos autos, que a verba excede a esse limite, torna-se possível a penhora. Provimento parcial do agravo de instrumento. A Turma deu parcial provimento ao agravo de instrumento, à unanimidade. (Acórdão 00045715320174010000, Desembargador Federal

Olindo Menezes, TRF1 – Quarta Turma, E-DJFI Data: 04/05/2018)

Este TRF da 1ª. Região, alinhado com a jurisprudência do STJ, tem decidido que para se determinar o exame do pedido de indisponibilidade de bens, em face da presença de fundados indícios da prática de atos de improbidade, não se faz necessária a prova de dilapidação patrimonial ou de sua iminência. Em consonância com o posicionamento jurisprudencial adotado por esta Corte, frise-se que a constrição não pode incidir sobre verbas de caráter alimentar, tais como salários e depósito sem caderneta de poupança no montante de até 40 (quarenta) salários mínimos, nos termos do art. 833, IV e X, do Novo Código de Processo Civil, sob pena de inviabilizar a manutenção e o sustento da parte agravante e de sua família. (TRF1 - AG0029046-73.2017.4.01.0000 / MT, Rei. Desembargador Federal Ney Bello, Terceira Turma, e-DJFI de 27/10/2017)

A indisponibilidade de bens deve alcançar o valor da lesão ao erário, excluídos os bens impenhoráveis. Observo que, na hipótese dos autos, o bloqueio recaiu sobre conta bancária em que a agravante recebe os seus proventos de aposentadoria, conforme consignado pelo Tribunal a quo: "No caso concreto, a medida constritiva em questão recaiu sobre bens impenhoráveis da agravante, quais sejam, valores referentes a proventos - além de quantias decorrentes da venda de produtos- destinados ao seu sustento, bem como de sua família." (fl. 140). É certo que a "constrição patrimonial deve alcançar o valor da totalidade da lesão ao erário, bem como sua repercussão no enriquecimento ilícito do agente, decorrente do ato de improbidade que se imputa, excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei, salvo quando estes tenham sido, comprovadamente, adquiridos também com produto da empreitada ímproba, resguardado, como já dito, o essencial para sua subsistência". (REsp 142 I 1.319.515/ES, Rei. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rei. p/Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 21/9/2012). Esclareça-se que foi dado parcial provimento ao Recurso Especial para determinar a indisponibilidade dos bens da recorrida, excluindo-se os impenhoráveis, in casu a conta bancária onde a agravante recebe seus proventos, além de quantias decorrentes da venda de produtos destinados ao seu sustento e ao de sua família. (STJ -AgRg no REsp 1460621/BA, Rei. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 08/11 /2016)

Indisponibilidade de recursos oriundos de reclamatória trabalhista. Natureza salarial. Impenhorabilidade. Art. 649, IV

do CPC. Ofensa configurada. Recurso especial provido. As verbas salariais, por serem absolutamente impenhoráveis, também não podem ser objeto da medida de indisponibilidade na Ação de Improbidade Administrativa, pois, sendo impenhoráveis, não poderão assegurar uma futura execução. Ouso que o empregado ou o trabalhador faz do seu salário, aplicando-o em qualquer fundo de investimento ou mesmo numa poupança voluntária, na verdade, é uma defesa contra a inflação e uma cautela contra os infortúnios, de maneira que a aplicação dessas verbas não acarreta a perda de sua natureza salarial, nem a garantia de impenhorabilidade. Recurso especial provido. (STJ - REsp 1164037/RS, Rei. Ministro Sérgio Kukina, Rei. p/ Acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 20/02/2014, DJe 09/05/2014)

Quanto ao aspecto temporal da decretação da indisponibilidade há de se ressaltar que o sequestro de bens pode ser efetivado sobre aqueles adquiridos anteriormente aos atos supostamente de improbidade, bem como há de ser devida e juridicamente fundamentada, com apoio nas regras impostas pelo devido processo legal, sob pena de se tornar nula. As disposições legais que permitem a indisponibilidade de bens por conta de supostos atos de improbidade administrativa é decorrência da responsabilização do agente público, ao tempo da sua atuação à frente da entidade pública, assim como do terceiro que tenha auferido algum benefício em razão daquela conduta.

A indisponibilidade de bens não pode ser vista como uma antecipação de pena, mas, como um procedimento cautelar visualizando a exequibilidade futura de uma manifestação judiciosa procedente. Saliente-se que o parágrafo único do art. 833 em comento estabelece parâmetros de caráter quantitativo à constrição, ao consignar que a indisponibilidade "recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito". Isso denota que, se, de um lado, o legislador pretendeu garantir que a constrição fosse a mais abrangente possível para melhor atingir os fins colimados no diploma legal sob exame, de outro, buscando evitar que a medida extrema abrangesse mais bens do que aqueles estritamente necessários à recomposição do erário lesado.

A definição temperada dessa manifestação exprime o sentido do princípio da proporcionalidade, "mandamento da proibição de excesso", contida na falta de

verificação da correspondência entre o fim a ser alcançado por uma disposição normativa e o meio empregado a qual deve ser juridicamente a melhor possível. Dessa forma, pode-se concluir, com firmeza, que a indisponibilidade recairá sobre os bens que assegurem o integral ressarcimento do dano quando se referir a ato de improbidade que importem dano ao erário, e sobre o acréscimo patrimonial, quando resultante de ato que importe em enriquecimento ilícito do agente ímprobo.

Considerando-se o fim da norma em questão de alcançar a conduta do agente público quando se resguarda ao transferir seus bens a outras pessoas antes do cometimento da realização do evento ímprobo, com vistas a afastar a impossibilidade de inevitável execução contra ele. A orientação pretoriana quanto à incidência dos efeitos temporais da medida cautelar de indisponibilidade de bens ressalta o seu alcance sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano independente de que tenham sido adquiridos antes ou depois do ato ilícito que resultou no enriquecimento do agente.

Nesse enfoque abrangente em defesa do interesse público, acrescente-se que a indisponibilidade de bens, como instituto cautelar, apenas não se restringe exclusivamente ao enriquecimento ilícito do agente, mas também, ao dever que este tem de indenizar, de modo que a responsabilidade pelo ato causador de danos encontra-se no próprio fato de reparar o dano produzido e não na vantagem indevida recebida.

Observe-se que o objeto da ação de improbidade administrativa abarca não só a decretação da perda dos bens havidos ilicitamente para a reparação do dano, mas também a imposição de multa civil, não podendo ser excluídos do seu espectro os bens adquiridos anteriormente ao ato de improbidade, se necessários para a garantia do ressarcimento dos prejuízos. Portanto, a sentença procedente de improbidade administrativa, no que concerne ao ressarcimento ao erário, tem o poder de alcançar bens adquiridos pelo agente público ou político, mesmo que esta aquisição tenha ocorrido anteriormente ao ato de improbidade reconhecido judicialmente.

Além disso, nada há na Lei 8.429/92 que imponha esta limitação, pelo contrário, o art. 7º, parágrafo único, da lei afirma que a indisponibilidade recairá

sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, podendo, portanto, incidir sobre bens adquiridos antes ou depois do ato de improbidade. Ressalte-se que a decretação da indisponibilidade dos bens nos casos de ação de improbidade administrativa somente é possível como meio de garantia da reparação de dano ao erário, não sendo possível essa medida como forma de antecipação ao pagamento de multa civil pois o sistema de cautelaridade da ação de improbidade administrativa, no intuito de garantir o ressarcimento ao erário ou devolução do produto do enriquecimento ilícito, decorrente de eventual condenação, como fixado no art. 37, §4º, da Constituição.

Nesse sentido tem a jurisprudência se manifestado quanto à legitimidade da indisponibilização dos bens do polo passivo em ação de improbidade administrativa, *exempli gratia*:

"A indisponibilidade de bens não pode ser excessiva, devendo a constrição limitar-se aos ativos necessários ao ressarcimento integral do erário, não sendo razoável, em princípio, alcançar os valores postos na conta bancária da parte, representativos de salário ou renda do trabalho". (TRF - 1ª R. - AG 0018968-93.2012.4.01.0000/PA - Rei. Des. Fed. Olindo Menezes - e-DJFI p.431 de 29.01.2014) Possibilidade de incidência da constrição patrimonial sobre bens adquiridos em data anterior à suposta conduta ímproba em montante suficiente para o ressarcimento integral do aventado dano ao erário. A indisponibilidade acautelatória prevista na Lei de Improbidade Administrativa tem como finalidade a reparação integral dos danos que porventura tenham sido causados ao erário; trata-se de medida preparatória da responsabilidade patrimonial, representando, em essência, a afetação de todos os bens necessários ao ressarcimento, podendo, por tal razão, atingir quaisquer bens ainda que adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade. Precedentes. (STJ – 1ª T.- REsp. 1.176.440/RO - Rei. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – j. em 17.09.2013-DJe 04.10.2013)

"[...] A medida de indisponibilidade de bens, prevista no art. 7º, parágrafo único, da Lei n. 8.429/1992, não se equipara a expropriação do bem, muito menos se trata de penhora, limitando-se a impedir eventual alienação. Arts. 648 e 649, X, do CPC inaplicáveis". Precedentes do STJ. (STJ – 2ª T. - REsp 1260731/RJ – Rel. Min. Eliana Calmon- j. em 19.11.2013 - DJe 29.11.2013)

Bloqueio de bens em valor superior ao indicado na inicial da ação de improbidade. Em ação de improbidade administrativa, é possível que se determine a indisponibilidade de bens (art. 7º da Lei 8.429/1992) - inclusive os adquiridos anteriormente ao suposto ato de improbidade - em valor superior ao indicado na inicial da ação visando a garantir o integral ressarcimento de eventual prejuízo ao erário, levando-se em consideração, até mesmo, o valor de possível multa civil como sanção autônoma. Isso porque a indisponibilidade acautelatória prevista na Lei de Improbidade Administrativa tem como finalidade a reparação integral dos danos que porventura tenham sido causados ao erário. (STJ - PT.- REsp. 1.176.440/RO - Rei. Min. Napoleão Nunes Mala Filho - j. em 17.09.2013- Informativo 533)

Indisponibilidade de bens. Data de aquisição dos bens. Liminar. Pressupostos. Art. 7º, da Lei 8.429/92. Ressarcimento ao erário. O art. 7º, da Lei 8.429/92 tem o objetivo de assegurar o ressarcimento do dano causado ao erário público, sendo desimportante que a indisponibilidade recaia sobre bens adquiridos anteriormente ao indigitado ato. Precedentes: REsp. 886.524/SP, Rei. Min. João Otávio de Noronha, DJ de 13.11.2007, REsp. 401.536/MG, Rei. Min. Denise Arruda, DJ de 06.02.2006. (STJ - REsp. 955835/ SP- 1ª turma - DJe06.10.2008 - Rei. Min. Francisco Falcão)

5.5.3. INDISPONIBILIZAÇÃO ABUSIVA

Gina Copola (2015, 33) questiona o uso por vezes abusivo da indisponibilização patrimonial de acusados de improbidade administrativa porquanto tem-se tornado corriqueiro e corrente, quiçá uma regra, o pleito de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa, e seu consequente e imediato deferimento judicial. Sendo aceito pela jurisdição inclusive indisponibilização cautelar antes de recebida a inicial da ação de improbidade como confirmado no acórdão a seguir do STJ:

Indisponibilidade e sequestro de bens antes do recebimento da petição inicial. Medida cautelar incidental. Possibilidade. É possível a determinação de indisponibilidade e sequestro de bens, para fins de assegurar o ressarcimento ao Erário, antes do recebimento da petição inicial da Ação de Improbidade. Precedente do STJ. O fato de a Lei 8.429/1992 prever contraditório prévio ao recebimento da petição inicial (art. 17, §§ 7º e 8º) não restringe o cabimento de tais medidas, que têm amparo em seus arts. 7º e 16 e no poder geral de cautela do magistrado, passível de ser exercido mesmo inaudita altera

parte (art.804 do CPC). 3. Afasta-se o óbice consignado no acórdão recorrido, cabendo à instância ordinária verificar a presença dos requisitos ensejadores das medidas cautelares buscadas. (STJ - REsp. 930.650/DF- 2ªTurma- Rei Herman Benjamin-j. em 18.08.2009 - unânime - DJe 27.08.2009)

Todavia, evento de tal magnitude só se justifica quando verificada de forma fundamentada a lesão ao patrimônio público ou o enriquecimento ilícito do agente visto que, se os requisitos autorizadores de tal extrema constrição não foram devidamente comprovados, a providência constritiva há de ser dispensada em respeito ao direito de propriedade e aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, do contraditório e da ampla defesa.

A título de exemplo menciona a autora decisão da 10ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que em decisão de 14.12.2014, assim se pronunciou:

Improbidade. Indisponibilidade de bens. CF, art. 37, §4º. LF nº 8.429/92, art. 7º. Bom direito. Perigo da demora. O juiz decretará a indisponibilidade dos bens dos envolvidos quando suficiente a demonstração da prática de atos de improbidade que tenham causado lesão ao patrimônio público ou o enriquecimento ilícito do agente público; poderá não decretá-la, no entanto, quando as circunstâncias do caso concreto, incluindo a situação pessoal das partes e o valor envolvido, dispensarem a providência. Hipótese em que não está suficientemente justificada a providência cautelar. Agravo provido para indeferir o pedido de indisponibilidade de bens. Aplicação do art. 557 e §1º-A, do CPC. (Agravo de Instrumento nº 2220436-74.2014.8.26.0000, relator Desembargador Ricardo Torres de Carvalho, decisão monocrática registrada nº 2014.0000814241)

A questão avaliada pelo TJSP dizia respeito à decretação liminar de indisponibilidade de bens do prefeito de cidade em face de ação civil de improbidade administrativa por sua inação em adotar as providências necessárias para disciplinar o uso de um corredor de uso comum ocupado por um residente para sua garagem, impedindo a circulação dos vizinhos. No mesmo sentido, decidiu o STJ:

Não fosse assim, só o fato do ajuizamento da ação civil pública de improbidade poderia ensejar, automaticamente, a indisponibilidade de todos os bens do réu, o que é inaceitável e

foge da lógica jurídica, máxime quando contrastada essa hipótese com os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório, presunção de inocência e razoabilidade. (...)

2. Assim dita o art. 7º, parágrafo único, da Lei de Improbidade: Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá à autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. 3. A lei fala que cabe à autoridade administrativa representar ao Parquet para que este requeira a indisponibilidade de bens quando o ato causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito. Não quer dizer que a indisponibilidade será determinada nesta ocasião; apenas ressalta que, com a representação, cabe ao órgão ministerial analisar no bojo dos autos que instrumentalizam a ação civil pública, cabendo ainda ao juiz deferi-la ou não, se reconhecidos os pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, como reconhecidamente vem entendendo este Tribunal. . (Recurso Especial nº 769.350, rel. Ministro Humberto Martins, 2ª Turma julgado em 06.05.2008).

Nesse sentido, conclui Gina Copola acerca dos requisitos que necessariamente devem ser verificados para a indisponibilização de bens por improbidade administrativa:

O pedido de indisponibilidade de bens só se justifica quando verificada de forma bem fundamentada a lesão ao patrimônio público ou o enriquecimento ilícito do agente, ou, de outro modo, e se os requisitos autorizadores de tal extrema constrição não foram comprovados de plano, a providência constritiva precisa ser dispensada pelo e. Poder Judiciário em perfeito atendimento ao direito de propriedade, e aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade, do contraditório e da ampla defesa. (2015, 39)

Portanto, conclui-se que a indisponibilidade de bens somente poderá ser decretada se comprovada a existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. Todavia a última condicionante, *periculum in mora*, foi afastada pelo Superior Tribunal de Justiça em decisão proferida quando do julgamento do Tema Repetitivo 701, como a seguir avaliado.

5.5.4. PRESUNÇÃO DE PERICULUM IN MORA.

O Superior Tribunal de Justiça em decisão proferida quando do julgamento do Tema Repetitivo 701, tendo como representativo de controvérsia o Recurso Especial 1.366.721/BA, oportunidade em que se entendeu pela possibilidade de concessão da medida de indisponibilidade de bens no âmbito da ação de improbidade administrativa sem a necessidade de se perquirir acerca do *periculum in mora* para seu deferimento, pois esse se encontraria presumido em razão da necessidade da segurança jurídica do interesse público incluso na tutela de evidência, *ipsis litteris*:

STJ - TEMA REPETITIVO 701 - Questão submetida a julgamento: IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS DO AÇIONADO. ART. DA LEI 8.429/92. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DILAPIDAÇÃO PATRIMONIAL. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PERICULUM IN MORA.

Tese Firmada É possível a decretação da "indisponibilidade de bens do promovido em Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro.

Delimitação do Julgado - "percebe-se que o sistema da Lei de Improbidade Administrativa admitiu, expressamente, a tutela de evidência. O disposto no art. 7º da aludida legislação, em nenhum momento, exige o requisito da urgência, reclamando, apenas, para o cabimento da medida, a demonstração, numa cognição sumária, de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito." [...] "Inegável, pois, que a medida cautelar instituída pela Lei de Improbidade Administrativa apresenta-se com caráter especial - que realça a necessidade de segurança jurídica, não estando submetida, por essa razão, à compreensão geral das cautelares, sob pena de serem suplantados os próprios propósitos da tutela a ser alcançada pela ação de improbidade administrativa." Processo STJ RE 918774.

O posicionamento adotado pelo STJ da presunção do *periculum in mora* nas ações de improbidade administrativa resultaram de evolução jurisdicional dentre os quais se destaca como decisão primeva o julgamento pela Primeira Seção do STJ do RE nº 1.319.515-ES, *ipsis litteris* :

ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI Nº 8.429/92. TUTELA DE EVIDÊNCIA. COGNIÇÃO SUMÁRIA. PERICULUM IN MORA. EXCEPCIONAL PRESUNÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO NECESSÁRIA. FUMUS BONI IURIS. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO. CONSTRIÇÃO PATRIMONIAL PROPORCIONAL À LESÃO E AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO RESPECTIVO. BENS IMPENHORÁVEIS. EXCLUSÃO. 1. Trata-se de recurso especial em que se discute a possibilidade de se decretar a indisponibilidade de bens na Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa, nos termos do art. 7º da Lei 8.429/92, sem a demonstração do risco de dano (*periculum in mora*), ou seja, do perigo de dilapidação do patrimônio de bens do acionado. 2. Na busca da garantia da reparação total do dano, a Lei nº 8.429/92 traz em seu bojo medidas cautelares para a garantia da efetividade da execução, que, como sabemos, não são exaustivas. Dentre elas, a indisponibilidade de bens, prevista no art. 7º do referido diploma legal. 3. As medidas cautelares, em regra, como tutelas emergenciais, exigem, para a sua concessão, o cumprimento de dois requisitos: o *fumus boni juris* (plausibilidade do direito alegado) e o *periculum in mora* (fundado receio de que a outra parte, antes do julgamento da lide, cause ao seu direito lesão grave ou de difícil reparação). 4. No caso da medida cautelar de indisponibilidade, prevista no art. 7º da LIA, não se vislumbra uma típica tutela de urgência, como descrito acima, mas sim uma tutela de evidência, uma vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, o que atinge toda a coletividade. O próprio legislador dispensa a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal (art. 37, §4º) e da própria Lei de Improbidade (art. 7º). 5. A referida medida cautelar constritiva de bens, por ser uma tutela sumária fundada em evidência, não possui caráter sancionador nem antecipa a culpabilidade do agente, até mesmo em razão da perene reversibilidade do provimento judicial que a deferir. 6. Verifica-se no comando do art. 7º da Lei 8.429/1992 que a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, §4º, da Constituição, segundo a qual “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o

ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. 7. O periculum in mora, em verdade, milita em favor da sociedade, representada pelo requerente da medida de bloqueio de bens, porquanto esta Corte Superior já apontou pelo entendimento segundo o qual, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, esse requisito é implícito ao comando normativo do art. 7º da Lei n. 8.429/92.

Precedentes: (REsp 1315092/RJ, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 14/06/2012; AgRg no AREsp 133.243/MT, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 24/05/2012; MC 9.675/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL do Superior Tribunal de Justiça, esse entendimento moralizador prevaleceu. Bastaria assim o ajuizamento da ação de improbidade e comprovação da fumaça do bom direito para que estivesse enfim configurada a presunção de má-fé do acusado. A Seção composta pelas duas primeiras Turmas daquela Corte decidiu por maioria, restando vencidos o Ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho e o Ministro César Asfor Rocha. Segue-se desde então o posicionamento pela presunção do periculum, corroborado nos embargos de divergência em recurso especial julgado pela Primeira Seção da Corte em março de 2013.²⁸ Nos embargos de divergência citados foi novamente vencido o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que no voto-vencido referiu-se à imprescindibilidade da “demonstração periculum in mora, um dos requisitos da tutela cautelar, por se tratar de exigência de natureza factual, não se pode ter por configurada com a só aceitação da inicial, devendo, portanto, ser demonstrado o fundado temor de desvio, danificação ou ocultação dos bens do acionado, a fim de gerar a convicção do Juiz em torno do perigo efetivo de dano ao ente lesionado”. MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/06/2011, DJe 03/08/2011; EDcl no REsp 1211986/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/05/2011, DJe 09/06/2011.⁸ A Lei de Improbidade Administrativa, diante dos velozes tráfegos, ocultamento ou dilapidação patrimoniais, possibilitados por instrumentos tecnológicos de comunicação de dados que tornaria irreversível o ressarcimento ao erário e devolução do produto do enriquecimento ilícito por prática de ato ímprobo, buscou dar efetividade à norma afastando o requisito da demonstração do periculum in mora (art. 823 do CPC), este, intrínseco a toda medida cautelar sumária (art. 789 do CPC), admitindo que tal requisito seja presumido à preambular garantia de recuperação do patrimônio do público, da coletividade, bem assim do acréscimo patrimonial

ilegalmente auferido. [...] 15. Recurso especial não provido. (Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1319515/ES. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Relator para Acórdão Min. Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Julgamento em 22.08.2012. Publicado em 21.09.2012)

A partir desse acórdão fixou-se o entendimento moralizador de que bastaria o ajuizamento da ação de improbidade e comprovação da fumaça do bom direito para que estivesse configurada a presunção de má-fé do acusado, pois como mencionado no acórdão não se vislumbra uma típica tutela de urgência, mas sim uma tutela de evidência, vez que o *periculum in mora* não é oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, atingindo toda a coletividade. Aduz ainda o aresto ter o legislador dispensado a demonstração do perigo de dano, em vista da redação imperativa da Constituição Federal, art. 37, §4º, e da própria Lei de Improbidade, art. 7º.

A Seção composta pelas duas primeiras Turmas daquela Corte decidiu por maioria, restando vencidos o Ministro relator Napoleão Nunes Maia Filho e o Ministro César Asfor Rocha. Segue-se desde então o posicionamento pela presunção do *periculum*, corroborado nos embargos de divergência em recurso especial julgado pela Primeira Seção da Corte em março de 2013, *ipsis verbis*:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. ART. 7º DA LEI 8.429/1992. PERICULUM IN MORA PRESUMIDO. MATÉRIA PACIFICADA. JULGADO DA PRIMEIRA SEÇÃO/STJ. RESP 1.319.515/ES. APLICAÇÃO DA SÚMULA 168/ STJ. 1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça consolidou entendimento no sentido de que, de acordo com o disposto no art. 7º da Lei 8.429/1992, a indisponibilidade dos bens é cabível quando o julgador entender presentes fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário, estando o *periculum in mora* implícito no referido dispositivo, atendendo determinação contida no art. 37, §4º, da Constituição Precedente: REsp 1319515/ES, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/08/2012, DJe 21/09/2012.2. Incide, na hipótese, a Súmula 168 do STJ, segundo a qual “não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do

Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado”.
3. Agravo regimental não provido. (Superior Tribunal de Justiça. AgRg nos EREsp nº 1315092/ RJ. Relator Min. Mauro Campbell Marques. Primeira Seção. Julgamento em 22.05.2013. Publicado em 07.06.2013).

Nos embargos de divergência acima citados foi novamente vencido o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que no voto-vencido referiu-se à imprescindibilidade da:

“demonstração periculum in mora, um dos requisitos da tutela cautelar, por se tratar de exigência de natureza factual, não se pode ter por configurada com a só aceitação da inicial, devendo, portanto, ser demonstrado o fundado temor de desvio, danificação ou ocultação dos bens do acionado, a fim de gerar a convicção do Juiz em torno do perigo efetivo de dano ao ente lesionado”.

As Turmas passaram a seguir a orientação unificadora da Primeira Seção e, com ressalvas expressas do relator, prevaleceu na Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça o entendimento da presunção do perigo na demora:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MEDIDA CAUTELAR DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. ALEGAÇÃO DE QUE NÃO FICOU DEMONSTRAÇÃO A FUMAÇA DO BOM DIREITO. INOCORRÊNCIA. DESNECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DO PERICULUM IN MORA, QUE SE TEM POR IMPLÍCITO. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Reitera-se a orientação doutrinária, amplamente aceita, que o pedido de constrição patrimonial, mesmo em ação de improbidade administrativa, tem sempre natureza cautelar ou preventiva, por isso que o seu deferimento depende da demonstração de sua necessidade, a qual se revela com a evidência de aparência de bom direito, cumulada com a de perigo de dano, decorrente da demora do julgamento da demanda: esses são os fundamentos da jurisdição cautelar, sem os quais o seu exercício refoge aos limites que lhe são traçados pelo sistema jurídico e pela doutrina processual especializada. 2. Contudo, a douta 1ª Seção desta Corte Superior assentou que o periculum in mora, em tais ações, tem-se por implícito, visando ao deferimento da referida medida provisória: REsp 1.319.515/ES, Rel. p/acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, julgado em 22/08/2012 (decisão tomada por maioria de votos). 3. Neste caso, não obstante os excelentes argumentos apresentados pela parte recorrente, os fundamentos expostos naquela decisão seccional não foram desconstituídos. 4. Agravo

Regimental desprovido. (Superior Tribunal de Justiça. AgRg no REsp nº 1342327/AM. Relator Min. Napoleão Nunes Maia Filho. Primeira Turma. Julgamento em 04.12.2012. Publicado em 05.02.2013).

Como já mencionado, a unificação hermenêutica deu-se com o julgamento do RE nº 1.366.721–BA, com a estabilização de qualquer controvérsia jurisprudencial acerca do tema enfrentado, vez que sujeita ao procedimento dos recursos especiais repetitivos, previstos no art. 543-C do CPC de 1973. O RE nº 1.366.721–BA, julgado em 26.02.2014 e publicado em 19.09.2014, assim definiu ser suficiente para a decretação de indisponibilidade de bens a mera comprovação da verossimilhança do alegado na exordial da ação de improbidade.

Tal entendimento vem se repetindo desde então em inúmeros acórdãos como a seguir exemplificado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. EXISTÊNCIA DE RECURSO REPETITIVO SOBRE A MATÉRIA. 1. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública por ato de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo. Foi deferido o pedido liminar, determinando a indisponibilidade e o bloqueio de bens dos requeridos até o limite de R\$ 19.795.452,81, para garantia do ressarcimento dos danos. 2. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.366.721/BA, relator para o acórdão o ilustre Ministro Og Fernandes, sedimentou a possibilidade de "o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário." Ademais, a medida não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que "o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa". 3. Dessarte, o magistrado possui o dever/poder de, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa. 4. A Corte a quo consignou: "No caso concreto, os indícios e provas trazidos pelo autor são suficientes para justificar o decreto de indisponibilidade ante a gravidade dos fatos ora narrados, sendo desnecessária a demonstração de fundado receio de dissipação patrimonial ou comprovação da alienação de bens dos réus para a concessão da medida. Há realmente

demonstração de situação que justifica a constrição (cf. artigo 7º, parágrafo único, da Lei n. 8429/92). (...) Quanto ao valor que atingiu a indisponibilidade, também não tem razão de reclamar o agravante. O Ministério Público na inicial afirmou a nulidade das licitações, dos contratos administrativos e seus respectivos aditamentos (p. 74/75). Não se trata aqui de suposta irregularidade apenas dos mencionados aditamentos que acresceram a cada um dos contratos os valores de R\$ R\$1.869.079,57 e R\$1.952.455,06, mas de "alterações substanciais e indevidas na metodologia de execução da obra, seja pela exclusão e inclusão de serviços, além de majoração superior a 80% de valores de produtos para a execução das obras constantes da proposta inicial da licitada e da proposta do órgão licitante, frustrando o princípio licitatório da proposta mais vantajosa" (p. 56/60). Portanto, o suposto dano ao erário a ser garantido em Juízo deve mesmo corresponder por ora ao valor dos dois contratos e seus respectivos aditamentos." 5. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem quanto à presença de indícios da prática de ato de improbidade administrativa demanda, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em Recurso Especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. 6. Ressalte-se que, nem mesmo para a condenação - pronunciamento meritório - pela prática dos atos de improbidade administrativa imputados aos recorrentes, entre eles aquele tipificado no artigo 10 da Lei 8.429/1992, causador de prejuízo ao erário, exige-se que a conduta perpetrada pelo agente seja dolosa. Nesse diapasão, confirmam-se os seguintes precedentes: AgInt no AREsp 556.543/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 19/6/2018; REsp 1.193.248/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 18/8/2014. 7. Dessarte, se é possível até mesmo a prolação de decreto condenatório nos casos de conduta culposa, em se tratando de ato supostamente causador de dano ao patrimônio público, não há razões para condicionar a decretação da medida de indisponibilidade de bens - instrumental por natureza - requerida pelo Parquet estadual à existência de indícios de dolo. 8. Recurso Especial não conhecido. (REsp 1821333/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2019, DJe 11/10/2019)

Indisponibilidade de bens. 1. Este Tribunal Superior tem a diretriz de que o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa (REsp. 1.366.721/BA, Rel. p/Acórdão Min. OG FERNANDES, DJe 19.09.2014). 2. Lado outro, não se dispensa a identificação da alta plausibilidade do direito alegado. Na espécie, as Instâncias Ordinárias afastaram a medida constritiva, ao entendimento de que a aparência do

bom direito não estava presente no caso, por aduzirem que não há a demonstração efetiva da ocorrência de qualquer um dos fatos articulados na inicial, mas apenas indícios, o que somente será possível apurar posteriormente, situação que impede o provimento do recurso (fls. 1.526). 3. Ao afirmar que o pedido de indisponibilidade é amplo e genérico, sequer foram individualizados os bens a serem submetidos à providência de excepcional gravidade (fls. 1.528), o TJ/MT expressou objeção a medidas multiabrangentes, sem vínculo com condutas que estejam sendo apontada sem libelo. Medida de bloqueio incabível. 4. Agravo Regimental do Órgão Acusador desprovido. (STJ - AgRg no REsp 1214522/MT, Rei. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/08/2018, DJe 26/09/2018)

Indisponibilidade de bens. Possibilidade de decretação. A Primeira Seção desta Corte Superior firmou orientação no sentido de que a decretação da indisponibilidade de bens, na ação de improbidade administrativa, prescinde da demonstração da dilapidação do patrimônio do réu, ou de que tal esteja para ocorrer, visto que o periculum in mora se acha implícito no comando normativo do art. 7º da Lei 8.429/92, daí porque, a tal desiderato (indisponibilização de bens), basta a concreta demonstração da fumaça do bom direito, decorrente de fortes indícios da alegada prática do ato ímprobo (REsp 1.366.721/BA, Rei. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rei. p/Acórdão Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe 19/09/2014). [...] A indisponibilidade de bens deve recair sobre o patrimônio dos réus em ação de improbidade administrativa de modo suficiente a assegurar futura execução, na eventualidade de ser proferida sentença condenatória de ressarcimento de danos, de restituição de bens e valores havidos ilicitamente, bem como de pagamento de multa civil, "excluídos os bens impenhoráveis assim definidos por lei, salvo quando estes tenham sido, comprovadamente, adquiridos também com pro duto da empreitada ímproba, resguardado, como já dito, o essencial para sua subsistência" (REsp 1.319.515/ES, Rei. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rei. p/Acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 21/9/2012)". (STJ - Agint no REsp 1440849/PA, Rei. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/05/2018, DJe 30/05/2018)

Luis Irapuan Campelo Bessa Neto, assim como parcela considerável da doutrina, critica o posicionamento do STJ, nos seguintes termos:

Verificou-se, por meio de um estudo dos institutos relacionados à matéria, que a decisão da Corte Superior não observou a

melhor técnica processual, sendo necessária sua revisão, principalmente em decorrência da vigência do Novo Código de Processo Civil. A utilização da técnica de tutela da evidência a fim de efetivar a medida de indisponibilidade de bens não se adequa às disposições legais e à estrutura do instrumento, consubstanciando-se a decisão do STJ em verdadeira manobra processual a fim de justificar uma aplicação errônea e equivocada do instituto da indisponibilidade de bens, a pretexto de combate à desonestidade, improbidade, utilizando-se de discursos moralistas e à margem do ordenamento jurídico. (2018, 316)

Felipe Klein Gussoli (2015, 54), outro exemplo doutrinário, aduz à impossibilidade de presunção do *periculum* em sede de ação de improbidade ao argumentar serem as cautelares em sua essência mitigações do princípio do devido processo legal, art. 5º, LIV da Constituição Federal, e quando deferidas *inaudita altera pars* representam exceção ao contraditório e à ampla defesa, art. 5º, LV, da Constituição. Limitações a esses direitos fundamentais, medidas cautelares só poderão ser deferidas quando necessárias à efetivação do direito à razoável duração do processo, nos termos do no art. 5º, LXXVIII, da Constituição, demonstrada a verossimilhança e perigo da demora.

Gussoli (2015, 57), traz a lume a argumentação daqueles que entendem ser implícito o *periculum in mora* nas ações de improbidade administrativa, por ter sido esse presumido pelo legislador constitucional no art. 37, §4º, e pelo legislador infraconstitucional no art. 7º da Lei de Improbidade, bastando a prova indiciária da improbidade, pois a exigência de demonstração do *periculum* implicaria a perda de efetividade do mandamento constitucional sancionatório.

Em muitos casos o acusado, presume-se, solaparia seus bens antes mesmo do recebimento da inicial pelo juiz, principalmente em razão da notificação prévia prevista no art. 17, §7º da LIA. A demora de nosso processo judiciário seria outro motivo para a presunção do estado de perigo em que se encontra imerso o autor, gerando risco para a utilidade do processo.

Identificam-se, portanto, as características da indisponibilidade previstas no art. 7º: estaria limitada ao valor do prejuízo causado, não necessitando da demonstração do perigo de dano, pois o legislador teria dispensado esse requisito,

tendo em vista a gravidade do ato e necessidade de garantir o ressarcimento do patrimônio público. Considerável jurisprudência posiciona-se no sentido de que supremacia do interesse público, em conjunto com o art. 7º da LIA, conteria a presunção do requisito de *periculum in mora*, de modo que a concessão das liminares militaria em favor da sociedade. Ou seja, com fundamento na hierarquia do interesse público frente o interesse dos particulares, entendem que seria forçoso reconhecer a presunção da má-fé dos acusados.

Embora ninguém admita seja este o caso, afinal a boa-fé se presume e a má-fé se prova, a presunção do perigo da demora em sede de ação de improbidade é, na prática, a crença cega na dilapidação patrimonial com o objetivo de impossibilitar futura e incerta execução.

Todavia, Gussoli (2015, 58), ressalta fundarem-se os argumentos pela presunção do *periculum in mora* ínsita na LIA no entendimento da prevalência do princípio da moralidade sobre demais princípios constitucionais como da proteção à propriedade ou ao devido processo legal.

Questão colocada desde o início pela jurisprudência favorável à presunção do *periculum in mora* nas ações de improbidade administrativa diz respeito ao afastamento da tutela de urgência, mas sim uma tutela de evidência, vez que o *periculum in mora* não ser oriundo da intenção do agente dilapidar seu patrimônio e, sim, da gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário, atingindo toda a coletividade.

Dentre os argumentos plausíveis contra a presunção do *periculum in mora* podemos alinhar:

1. a demora afinal é ínsita a qualquer processo, não sendo razoável imputar o ônus da demora do trâmite processual ao demandado porquanto, geralmente, mostra-se responsabilidade exclusiva do Estado, responsável pelo processo legal correspondente.

2. ao se denegar requisitos ensejadores da tutela cautelar, afastam-se as garantias constitucionais da presunção de inocência e do devido processo legal,

ambas insertas dentre os direitos e garantias fundamentais, inclusive sendo cláusulas pétreas constitucionais.

3. o fato do ato de improbidade atingir o bem comum da comunidade não afasta a necessidade da medida cautelar na indisponibilização do patrimônio privado não descaracterizando a necessidade de ser demonstrada a má-fé do acusado em dilapidar seu patrimônio, restringindo o ato de cautela a uma tutela de evidência, ou seja, somente verificar-se a gravidade dos fatos e do montante do prejuízo causado ao erário.

4. a decretação de indisponibilidade do patrimônio do indivíduo, comumente sem garantir o contraditório prévio, acarreta graves prejuízos como o bloqueio imediato das contas bancárias dos acusados, inclusive de verbas de caráter alimentar, como salários, aposentadorias e pensões, inclusive de bens de família nos termos legais, por vezes ainda que o réu demonstre liquidez patrimonial para saldar eventuais dívidas provenientes de condenação.

5. o bloqueio de contas de pessoas jurídicas com atividade empresarial, em liminares de indisponibilidade, faz cessar o fluxo financeiro das contas bancárias afetando suas atividades inclusive com efeitos sociais, a exemplo do pagamento dos salários de seus empregados ou pagamentos de seus compromissos empresariais, com reflexos sobre terceiros em regra totalmente isentos de relação com o ato impugnado de improbidade.

6. a inexistência nos dispositivos contidos na Lei 8.429/92 e no art. 37, §4º, da Constituição, de remissão a qualquer presunção do perigo de dano em razão do interesse público, ou seja, a exceção converte-se em regra ainda que inexistente no ordenamento pátrio.

Nesse sentido, da necessidade de comprovação do *periculum in mora* para indisponibilização de bens do acusado de improbidade administrativa, tem se manifestado a jurisprudência, a exemplo de decisão recente do TJSC, *ipsis litteris*:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. DETERMINADA REANÁLISE DA PRESENÇA DO

FUMUS BONI JURIS PELO STJ. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DA PRÁTICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PROVA TESTEMUNHAL E DOCUMENTAL FRÁGEIS NO SENTIDO DE DEMONSTRAR QUE OS SERVIDORES UTILIZAVAM DO CARRO DO DETRAN PARA USO PARTICULAR. REQUISITO NÃO PREENCHIDO. PERICULUM IN MORA. ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, EM REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA, NO SENTIDO DE QUE A MEDIDA FIGURA COMO UMA TUTELA DE EVIDÊNCIA E DISPENSA A COMPROVAÇÃO DO PERIGO DA DEMORA (RESP 1.366.712). TESE REJEITADA POR ENTENDER QUE A INDISPONIBILIDADE DE BENS SE CARACTERIZA COMO UMA TUTELA DE URGÊNCIA, SENDO IMPRESCINDÍVEL A COMPROVAÇÃO NÃO SÓ DO FUMUS BONI JURIS, MAS TAMBÉM DA DILAPIDAÇÃO, ONERAÇÃO OU ALIENAÇÃO DOS BENS, PARA SER DECRETADA. AGRAVO DE INSTRUMENTO CONHECIDO E PROVIDO. Em que pese a clara opção feita pelo Colendo STJ, em julgamento de representativo da controvérsia, no sentido de que a medida de indisponibilidade de bens caracteriza-se numa tutela de evidência, fico com a tese contrária, qual seja, aquela que entende se tratar de tutela de urgência, o que acarreta a necessidade de demonstração não só do fumus boni juris, mas também do periculum in mora. Afinal, não vejo como emprestar caráter absoluto ao pedido formulado pelo autor da ação, que é onde resultará finalmente a adoção do entendimento exposto no REsp 1.366.721. Como dito pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, em seu voto vencido no mencionado precedente, "Essa medida constritiva, pela sua natureza claramente cautelar, pressupõe que estejam evidenciados veementes indícios de responsabilidade do agente, pela prática do ato de improbidade (fumus boni juris), e também elementos indicadores do fundado receio de frustração do ressarcimento futuro, caso venha a ocorrer, tais como alienação, oneração ou dilapidação dos bens do acionado (periculum in mora), ou a sua tentativa" (REsp 1.366.721/BA, p. 7). (TJ/SC, Agravo de Instrumento 0035437-06.2016.8.24.0000, de Gaspar, rel. Des. Francisco Oliveira Neto, Segunda Câmara de Direito Público, j. 2/7/19).

Entretanto, tal posicionamento adotado por Tribunais estaduais tem sido repreendido pelo STJ como a seguir demonstrado:

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. PREJUÍZO AO ERÁRIO. INDISPONIBILIDADE DE BENS. EXISTÊNCIA DE RECURSO REPETITIVO SOBRE A MATÉRIA. **DEVER DO TRIBUNAL DE ORIGEM SEGUIR A ORIENTAÇÃO DO STJ.** 1. Trata-se, na

origem, de Agravo de Instrumento interposto pelo Ministério Público local contra a "decisão do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Judicial de Paulínia, Comarca de Campinas, que, em autos de Ação Civil de Responsabilização por Ato de Improbidade Administrativa" indeferiu o pedido de decretação in limine litis da indisponibilidade dos bens dos requeridos. 2. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.366.721/BA, relator para o acórdão o ilustre Ministro Og Fernandes, sedimentou a possibilidade de "o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário." 3. Ademais, a medida não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo, tendo em vista que "o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa". 4. Dessarte, o magistrado possui o dever/poder de, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa. 5. Ao interpretar o art. 7º da Lei 8.429/1992, o STJ tem decidido que, por ser medida de caráter assecuratório, a decretação de indisponibilidade de bens, incluído o bloqueio de ativos financeiros, deve incidir sobre quantos bens se façam necessários ao integral ressarcimento do dano, levando-se em conta, ainda, o potencial valor de multa civil, excluindo-se os bens impenhoráveis. 6. Recurso Especial provido. (REsp 1820170/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/09/2019, DJe 14/10/2019) (grifamos)

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. EXISTÊNCIA DE RECURSO REPETITIVO SOBRE A MATÉRIA. **DEVER DO TRIBUNAL DE ORIGEM SEGUIR A ORIENTAÇÃO DO STJ.** 1. Cuida-se, na origem, de Ação Civil Pública interposta em desfavor de ex-prefeito municipal de Ferraz de Vasconcelos, em razão de inconsistências contábeis no balanço da prefeitura, tendo sido postulada a indisponibilidade de bens até o limite de R\$ 383.662.710,39, valor correspondente ao dano acrescido de multa civil. 2. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.366.721/BA, relator para o acórdão o ilustre Ministro Og Fernandes, sedimentou a possibilidade de "o juízo decretar, cautelarmente, a indisponibilidade de bens do demandado quando presentes fortes indícios de responsabilidade pela prática de ato ímprobo que cause dano ao Erário." Ademais, a medida não está condicionada à comprovação de que o réu esteja dilapidando seu patrimônio, ou na iminência de fazê-lo,

tendo em vista que "o periculum in mora encontra-se implícito no comando legal que rege, de forma peculiar, o sistema de cautelaridade na ação de improbidade administrativa". 3. Dessarte, o magistrado possui o dever/poder de, fundamentadamente, decretar a indisponibilidade de bens do demandado, quando presentes fortes indícios da prática de atos de improbidade administrativa. 4. A Corte a quo consignou: "O Relatório da Auditoria aponta inúmeras irregularidades (fls. 570 e ss.). Os fatos foram, inclusive, noticiados pelo Juiz de Direito de Ferraz de Vasconcelos em setembro de 2016 ao Grupo de Atuação Especial de Repressão à Formação de Cartel e à Lavagem de Dinheiro c de Recuperação de Ativos da Promotoria de Justiça de São Paulo por meio de ofício no qual constou: Havendo suspeitas de que o ex-prefeito Jorge Abissamra (Ferraz de Vasconcelos), entre 01 de janeiro de 2010 a 31 de dezembro de 2012, promoveu desvios de verbas públicas diretamente, endossando fraudulentamente cheques da prefeitura para "laranjas" seus e em face da auditoria que foi encaminhada a esta vara encaminho os documentos que seguem e aguardo as pertinentes investigações (fls. 567 dos autos principais). Como bem destacado em contraminuta: o agravante não cuidou de indicar sequer em que consistiu o suposto erro da auditoria, o motivo de ter ignorado sistematicamente o que rezam as Leis n. 4.320/64 e n. 8.666/93 de 2010 e 2012, ou as provas de que os valores de rigor a manutenção da r. decisão agravada no que toca ao decreto de indisponibilidade de bens". A instância de origem decidiu a questão com fundamento no suporte fático-probatório dos autos, cujo reexame é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial". Ao interpretar o art. 7º da Lei 8.429/1992, o STJ tem decidido que, por ser medida de caráter assecuratório, a decretação de indisponibilidade de bens, incluído o bloqueio de ativos financeiros, deve incidir sobre quantos bens se façam necessários ao integral ressarcimento do dano, levando-se em conta, ainda, o potencial valor de multa civil, excluindo-se os bens impenhoráveis. 6. Recurso Especial do MP/SP provido. Agravo em Recurso Especial do particular não provido. ". Resp nº 1.808.375 - SP MINISTRO HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/08/2019, DJe: 11/09/2019. (grifamos)

5.6. INDISPONIBILIDADE E NACIONALIDADE

Como visto, visto sob a perspectiva de sua origem, a indisponibilidade do bem pode dar-se por disposição própria como por terceiros, caso do legislador ou até

mesmo por determinação administrativa. Vista sob o prisma da abrangência pode ser absoluta, impedindo a transmissão a qualquer título, atingindo tanto o titular do bem como a todos os interessados na aquisição do bem, ou relativa, somente impedida a transmissão em determinadas condições, temporais, como na vitaliciedade, não passando de uma geração ou na vedação ao pacta corvina, ou modal, quando não cumpridas as obrigações pelo destinatário do bem.

Ademais, a indisponibilidade pode se dar quanto às partes do negócio, adquirente ou beneficiário do bem, podendo afetar a transmissão do bem *erga omnes*, como pode ser específica, ou seja, impedir a aquisição por todos ou por alguns em função de suas características, a exemplo do impedimento de transmissão dos bens para aquisição de terras rurais por estrangeiros, indisponibilizando a transmissão onerosa ou gratuita do bem por seu titular para estrangeiros, presente em nosso ordenamento assim como nos forâneos, como a seguir descrito.

A questão do acesso à propriedade fundiária pelo não nacional, residente ou não, é tema recidivo na pauta política e legislativa em praticamente todas as nações e a todo tempo, já tendo sido motivo de artigo por este autor, Eber Zoehler Santa Helena (2004).

O envolvente processo de interpenetração das economias e sociedades, outrora ditas nacionais, alcunhado de globalização ou transnacionalização, traz a lume a oportunidade e a conveniência de restringir-se ou não a aquisição de bens e direitos reais autóctones por estrangeiros. A resposta varia conforme as condicionantes históricas e socioeconômicas vivenciadas pelas nações, com fluxos e influxos de permissão e restrição em um movimento ciclótico próprio da sociedade humana. Estas rápidas considerações visam dar um panorama da evolução das disposições presentes no ordenamento pátrio e no direito comparado, com enfoque nos imóveis rurais.

Adventício, adventiço, alheio, alienígena, estranho, exótico, forâneo, forasteiro, franduleiro, gringo, hóspede, meteco, palmeirim, paroara, peregrino, romeiro, vindico, ou estrangeiro. Termos não faltam para denominar aquele estranho a nossa intimidade, a nossa comunidade.

O espírito gregário, protetivo dos interesses dos mais próximos diz algo da essência humana, da tribo chegamos à nação. Como nos pondera Lilia Moritz Schwarcz, em sua introdução à obra de Benedict Anderson, acerca do termo nação e sua origem:

Afinal, longe da definição "essencial" de nação (como se a mesma contivesse elementos estáveis e naturais), afastado da versão exclusivamente maquiavélica (que supõe um controle absoluto dos governos na conformação dos Estados-nação), Anderson mostrou de que maneira a nação é - dentro de um espírito antropológico - uma comunidade política imaginada; quase uma questão de parentesco ou religião. Nesse sentido, ela é tão limitada como soberana, na medida em que inventa ao mesmo tempo em que mascara. Não há, portanto, comunidades "verdadeiras", pois qualquer uma é sempre imaginada e não se legitima pela oposição falsidade/autenticidade. Na verdade, o que as distingue é o "estilo" como são imaginadas e os recursos de que lançam mão.

Uma nação é limitada, uma vez que apresenta fronteiras finitas e nenhuma se imagina como extensão única da humanidade. Contudo, é também soberana, já que o nacionalismo nasce exatamente num momento em que o Iluminismo e a Revolução estavam destruindo a legitimidade dos reinos dinásticos e de ordem divina. Por fim, nações são imaginadas como comunidades na medida em que, independentemente das hierarquias e desigualdades efetivamente existentes, elas sempre se concebem como estruturas de camaradagem horizontal. Estabelece-se a ideia de um "nós" coletivo, irmanando relações em tudo distintas. .(2008, 12)

Daí surge a questão: é razoável e legítimo indisponibilizar/limitar ao estrangeiro a aquisição de terras rurais em uma nação/comunidade formada em sua quase totalidade por descendentes de "estrangeiros", europeus, africanos ou orientais, que formaram uma "nação" há menos de duzentos anos, onde os "indígenas", representam 817.963 pessoas de um total de 190.755.799, ou seja menos de 0,43%, conforme o censo demográfico de 2010 realizado pelo IBGE (2020) ?

5.6.1. ESCORÇO HISTÓRICO

Como nos assegura Lisita (2002:24) até os cultos gregos diferenciavam os autóctones dos metecos. Mesmo no período helênico clássico do século IV a.c., os estrangeiros, embora pudessem exercer cargo público, não podiam se tornar proprietários.

Já o direito romano distinguia os nossos dos outros, como assinala Sebastião Cruz (1984:44), o *ius romanus* do período arcaico era um direito fechado, privativo dos *cives* ou *quirites* (romanos natos ou naturalizados), que só regulamentava as relações entre eles. Os *non-cives*, os estrangeiros residentes em território romano, primitivamente chamados *hostes*, depois *peregrina*, submetiam-se ao *ius gentium*.

Devido aos prejuízos causados aos próprios *cives*, esta situação teve de modificar-se. As novas necessidades comerciais e o desenvolvimento da vida social e civil, quando Roma iniciou sua expansão mediterrânea, exigiram do *ius romanum* a regulamentação das relações entre *cives* e *peregrini* e entre os próprios *peregrini*. Para atender a essas exigências, em 242 a.C, criou-se o cargo de *praetor* dos peregrinos. Com ele, inicia-se a formação do *ius gentium*, a par do *ius civile*. Assim, o direito romano, no princípio, tanto público como privado, valia só para os cidadãos romanos, os estrangeiros não tinham a capacidade jurídica de gozo no concernente aos direitos e obrigações do *ius civile*.

Como avalia Rocha (2000:46), Portugal, nação formada por um cadinho de povos, em geral, foi receptiva ao estrangeiro, mais voltada à questão religiosa, cristão ou pagão, do que propriamente nacional ou forâneo. Quanto a sua política colonial no Brasil, oscilou entre o estímulo à colonização estrangeira e a proteção aos interesses monopolísticos do estado português, muitas vezes restritivo à circulação patrimonial.

Ao longo de nosso período imperial, a necessidade premente de ocupação do território e da preservação das fronteiras originaram políticas de estímulo ao ingresso de estrangeiros pela imigração e colonização com europeus, em regra.

A Lei 601/1850, regulamentada pelo Decreto n. 1.318/1854, primeva norma legal a tratar da aquisição de imóveis em nosso ordenamento, ao contrário de restringir, estimulou tal aquisição, como dispunha seu art. 17:

Os estrangeiros que comprarem terras, e nelas se estabelecerem, ou virem á sua custa exercer qualquer indústria no País, serão naturalizados, querendo, depois de dois anos de residência pela forma por que o foram os da Colônia de São Leopoldo, e ficarão isentos do serviço militar, menos do da Guarda nacional dentro do Município.

Já o art. 85 do Decreto regulamentador previa a possibilidade da concessão de subsídios aos empresários que pretendessem povoar terras devolutas compreendidas na zona de dez léguas dos limites do Império com países estrangeiros.

A primeira restrição legal à aquisição por estrangeiro de terras brasileiras, demonstrando certa orientação ideológica centralizadora e xenofóbica, se deu pelo Decreto do Governo Provisório n. 19.924/1931, que dispôs:

Nenhuma concessão de terras devolutas se fará a sindicatos, empresa ou sociedade estrangeira ou a estrangeiro não domiciliado na localidade, sem a autorização do Governo Federal.

Deve-se atentar que pelo art. 64 da Constituição Federal de 1891 as terras devolutas eram dos estados, ficando a União somente com aquelas indispensáveis à defesa das fronteiras, fortificações, construções militares e estradas de ferro federais. Assim, identifica-se evidente invasão de competência federal nas concessões estaduais a estrangeiros, peculiar ao regime posteriormente implantado pelo Estado Novo sob a égide da Carta Magna de 1937.

Mesmo que o art. 122 da Constituição de 1937 assegurasse aos brasileiros e estrangeiros residentes no País o direito à liberdade, à segurança individual e à propriedade, o seu art. 148, dava exclusividade aos brasileiros na obtenção da usucapião *pro labore*. O Estado Novo foi pródigo em normas restritivas aos estrangeiros. O primeiro Governo Vargas editou vários decretos-lei dando tratamento diferenciado ao nacional em detrimento do não nacional, como bem delinea Rocha (2000:36).

O Decreto-lei 406, de 1938 ¹⁶¹, em seu art. 39, não só vedou a constituição de colônias com estrangeiros de uma só nacionalidade, no máximo 25% de mesma nacionalidade, como exigiu um mínimo de 30% nacionais.

O Decreto n. 1.164/1939 ¹⁶², fixou o conceito de faixa de fronteira em 150 Km a partir da fronteira com países estrangeiros, art. 1º, nas quais qualquer concessão

¹⁶¹ Art. 1º Não será permitida a entrada de estrangeiros, de um ou outro sexo:

I - aleijados ou mutilados, inválidos, cégos, surdos-mudos;

II - indigentes, vagabundos, ciganos e congêneres;

III - que apresentem afecção nervosa ou mental de qualquer natureza, verificada na forma do regulamento, alcoolistas ou toxicomanos;

IV - doentes de moléstias infecto-contagiosas graves, especialmente tuberculose, tracoma, infecção venérea, lepra e outras referidas nos regulamentos de saúde pública;

V - que apresentem lesões orgânicas com insuficiência funcional;

VI - menores de 18 anos e maiores de 60, que viajem sós, salvo as exceções previstas no regulamento;

VII - que não provejam o exercício de profissão lícita ou a posse de bens suficientes para manter-se e às pessoas que os acompanhem na sua dependência;

VIII - de conduta manifestamente nociva à ordem pública, à segurança nacional ou à estrutura das instituições;

IX - já anteriormente expulsos do país, salvo se o ato de expulsão tiver sido revogado;

X - condenados em outro país por crime de natureza que determine sua extradição, segundo a lei brasileira;

XI - que se entreguem à prostituição ou a explorem, ou tenham costumes manifestamente imorais.

Parágrafo único. A enumeração acima não exclui o reconhecimento de outras circunstâncias impeditivas, não se aplicando aos estrangeiros que vierem em caráter temporário o disposto nos incisos I, V e VI.

Art. 2º O Governo Federal reserva-se o direito de limitar ou suspender, por motivos econômicos ou sociais, a entrada de indivíduos de determinadas raças ou origens, ouvido o Conselho de Imigração e Colonização. (...)

Art. 6º Não será apostado o visto:

a) se a autoridade consular verificar que o estrangeiro é inadmissível no território nacional;

b) se a autoridade consular tiver conhecimento de fatos ou razoável motivo para considerar o estrangeiro indesejável.

CAPÍTULO III - QUÓTAS DE ENTRADA

Art. 14. O número de estrangeiros de uma nacionalidade admitidos no país em caráter permanente, não excederá o limite anual de 2 por cento (2%) do número de estrangeiros da mesma nacionalidade entrados no Brasil nesse caráter no período de 1 de janeiro de 1884 a 31 de dezembro de 1933.

de terra ou via de comunicação somente se faria após prévia audiência do Conselho de Segurança Nacional e vedando nos primeiros 30 Km a distribuição de lotes a estrangeiros, somente a brasileiros natos, casados com brasileiras natas, art. 4º. Ademais, determinava o Decreto, várias outras condicionantes aos núcleos populacionais fixados na faixa de fronteira, como a proibição do ensino de língua estrangeira a menores de 14 anos.

O Decreto-lei 1.202/1939 vedou expressamente a venda, cessão, arrendamento ou aforamento de terras ou qualquer imóvel público estadual ou

¹⁶² Art. 1º As concessões de terras na faixa de cento e cinquenta quilômetros ao longo da fronteira do território nacional com os países estrangeiros não se farão sem prévia audiência do Conselho de Segurança Nacional.

Art. 2º As terras públicas compreendidas nos primeiros trinta quilômetros contados da linha da fronteira serão divididas em lotes a serem distribuídos nas condições e de acordo com as restrições do Decreto-Lei n. 893, de 26 de novembro de 1938.

Parágrafo único. Essa distribuição incumbe ao Ministério da Agricultura, que para esse efeito organizará um plano de loteamento e colonização.

Art. 3º A distribuição das terras poderá ser feita a título gratuito :

- a) a praças de pret que tenham tido baixa das fileiras do Exército e da Marinha, ou das polícias militares;
- b) a militares reformados ou funcionários públicos aposentados.

Art. 4º Os lotes a que se refere o art. 2º só poderão ser concedidos a chefes de família que satisfaçam as seguintes condições:

- a) sejam brasileiros natos, casados com brasileiras natas;
- b) tenham aptidão para os trabalhos agrícolas.

Art. 5º As terras não poderão ser transferidas, a título oneroso ou gratuito, a quem não satisfaça as mesmas condições.

municipal a estrangeiro sem a licença do Presidente da República, art. 35, par. único, “c”.¹⁶³

O Decreto-lei 1.968/1940¹⁶⁴, reitera várias das disposições já em vigor quanto às restrições a estrangeiros na faixa de fronteira, determinando expressamente que

¹⁶³ Art. 35. A concessão, a cessão, a venda, o arrendamento e o aforamento de terras e quaisquer imóveis do Estado e dos Municípios ficam sujeitos, no que couber, às restrições impostas por lei no que diz respeito às terras e aos imóveis da União, inclusive o Decreto-Lei nº 893, de 26 de novembro de 1938.

Parágrafo único. Os Estados e Municípios não poderão, sem licença do Presidente da República:

c) vender qualquer área de terra ou conceder, ceder ou arrendar qualquer área e por qualquer prazo a estrangeiros ou sociedades estrangeiras, assim entendidas as que tenham sede no estrangeiro, ou sejam constituídas de estrangeiros, ainda que com sede no país, ou tenham estrangeiros na sua administração.

os notários exijam na lavratura das escrituras o certificado de permissão expedido pela Comissão Especial para a Faixa de Fronteira, art. 4º, além de repetir a preferência aos brasileiros natos na distribuição de lotes da União.

¹⁶⁴ Art. 1º As concessões de terras na faixa de cento e cinquenta quilômetros ao longo da fronteira do território nacional, somente poderão ser feitas mediante prévia audiência do Conselho de Segurança Nacional.

Parágrafo único. Compreendem-se nessas concessões para os efeitos desta lei, e desde que sejam estrangeiros os concessionários ou adquirentes quaisquer operações de terras particulares situadas na aludida faixa, como alienações transferências por infiteuse anticrese usufruto ou a título precário, transferências de posses ou arrendamentos.

Art. 2º Na apreciação das concessões de que trata o artigo anterior ter-se-á em vista:

I - Que os concessionários sejam, de preferência brasileiros ou se achem constituídos em famílias brasileiras considerando-se brasileira a família cujo chefe seja brasileiro ou tenha filhos brasileiros;

II - O aproveitamento racional das terras dentro dos prazos que, para esse fim, forem estabelecidos em cada caso, não devendo elas constituir latifúndios inexplorados ou deficientemente explorados:

III - A predominância de brasileiros natos nos núcleos de população na razão de cinquenta por cento (50 %) no mínimo bem como, nos mesmos núcleos, para cada nacionalidade estrangeira, a percentagem de vinte e cinco por cento (25 %) no máximo, computados, em qualquer caso somente os maiores de 12 anos, de ambos os sexos;

Art. 13. As empresas de indústria e de comércio que se organizarem, exclusivamente ou não, para operar na faixa de cento e cinquenta (150) quilômetros ao longo da fronteira do território nacional, inclusive as situadas em porto marítimo existente nesta faixa, deverão obter a necessária autorização do Governo Federal, ouvido o Conselho de Segurança Nacional, por intermédio da Comissão Especial, e não poderão, sob pena de nulidade, entrar em função, nem praticar validamente ato algum, senão depois de arquivados no Registro do Comércio, além de cópia autêntica do ato de autorização, o contrato social ou os estatutos, a lista nominativa dos subscritores, com indicação da nacionalidade e do número e natureza das ações de cada um, bem como fazer no "Diário Oficial" da União e nos jornais de maior circulação do Município da sua sede, a respectiva publicação.

Art. 14. As empresas de que trata o artigo anterior deverão constituir-se, obedecendo aos seguintes princípios, sem prejuízo da observância da legislação especial referente às suas atividades:

I - Se a empresa assumir a forma de sociedade de capital:

a) as ações com direito a voto deverão ser nominativas, mesmo depois de integralizadas;

b) as ações a que se refere a alínea a deverão pertencer, na maioria, a brasileiros, à União, aos Estados, aos Municípios ou a sociedades organizadas de conformidade com este título;

c) as empresas que assumirem a forma social de que trata este número poderão constituir parte do seu capital em ações preferenciais, nos termos da legislação vigente, desde que aos seus portadores não seja reconhecido o direito de voto.

§ 1º É indispensável, para o exercício de plenos poderes de gerência ou administração, a qualidade de brasileiro nato.

Por último, destaca-se o Decreto-lei 6.430/1944, art. 1º, que permitia o acesso por estrangeiro de até dois mil hectares, desde que não excedido 1/3 da área do município.¹⁶⁵

As normas editadas sob o regime constitucional de 1946 em regra mantiveram a regulamentação anterior em termos do controle da disponibilidade de terras por estrangeiros na faixa de fronteira pelo Conselho de Segurança Nacional, a exemplo da Lei 2.597/1955. A faixa de fronteira foi posteriormente delimitada pela

¹⁶⁵ Art. 1º As transações de terras particulares na faixa de cento e cinquenta (150) quilômetros ao longo da fronteira do território nacional, como alienações, transferências por enfiteuse, anticrese, usufruto, e transferências de posse, serão permitidas aos estrangeiros, uma vez que a área de cada um deles não ultrapasse dois mil (2.000) hectares e que a área total de terras aos mesmos pertencentes ou por eles utilizadas, em cada município, não exceda o terço da área deste.

§ 1º Tratando-se de simples arrendamento, será de oito mil (8.000) hectares o limite fixado neste artigo.

§ 2º Às transações de que trata este artigo, aplica-se o disposto no artigo 4º do Decreto-lei nº 1.968, de 17 de janeiro de 1940.

Art. 2º Na faixa a que se refere o artigo anterior, a gerência ou administração das sociedades que explorem empresas de indústria ou de comércio caberá, sempre, a brasileiro nato ou a maioria de brasileiros natos. Ao administrador ou gerente brasileiro serão reservados poderes pelo menos iguais aos do administrador ou gerente estrangeiro.

Parágrafo único. Se a sociedade tiver, apenas, dois sócios ou dois diretores ou gerentes, um deles deverá ser brasileiro nato.

Art. 3º Na mesma faixa, a organização de comércio ou indústria explorada individualmente por estrangeiros será permitida, uma vez que o número de estrangeiros estabelecidos com o mesmo ramo de negócio ou indústria no local não exceda um terço dos comerciantes e industriais que o explorem.

Art. 4º Os limites fixados nos artigos anteriores não se aplicam aos naturais de cada um dos países vizinhos, na zona correspondente à respectiva fronteira, à juízo da Comissão Especial na Faixa de Fronteiras.

Lei 6.634/1979, regulamentada pelo Decreto 85.064/1980, que em regra manteve os critérios normativos anteriores, tendo sido alterada pela Lei 13.986/2020.¹⁶⁶

O Ato Complementar n. 45, de 30.01.1969¹⁶⁷, vedou expressamente a aquisição de imóveis rurais por estrangeiro não residente no Brasil, considerando residente somente aquele que possua permanência definitiva no país.

¹⁶⁶ Art. 2º. - Salvo com o assentimento prévio do Conselho de Segurança Nacional, será vedada, na Faixa de Fronteira, a prática dos atos referentes a: (...)

V - transações com imóvel rural, que impliquem a obtenção, por estrangeiro, do domínio, da posse ou de qualquer direito real sobre o imóvel;

VI - participação, a qualquer título, de estrangeiro, pessoa natural ou jurídica, em pessoa jurídica que seja titular de direito real sobre imóvel rural;(..)

§ 4º Excetua-se do disposto nos incisos V e VI do caput deste artigo a hipótese de constituição de garantia real, inclusive a transmissão da propriedade fiduciária, em favor de pessoa jurídica nacional ou estrangeira, ou de pessoa jurídica nacional da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e que residam ou tenham sede no exterior, bem como o recebimento de imóvel rural em liquidação de transação com pessoa jurídica nacional ou estrangeira por meio de realização de garantia real, de dação em pagamento ou de outra forma.

§ 2º É também indispensável que o quadro de pessoal da empresa seja formado pelo menos de dois terços (2/3) de brasileiros e que essa mesma proporção seja observada com referência aos trabalhadores, podendo, entretanto, o Conselho de Segurança Nacional, ouvida a Comissão Especial, permitir, em casos especiais, a admissão de trabalhadores estrangeiros na falta de nacionais e por tempo limitado.

§ 3º Se a sociedade for constituída de dois sócios apenas, um deles deverá ser brasileiro nato, cabendo-lhe sempre a gerência dos negócios da firma. No impedimento do sócio brasileiro, essa gerência será exercida por brasileiro nato, empregado ou não da sociedade.

Art. 15. É vedada na faixa de 150 Kms a organização de indústria ou comércio, explorado individualmente por estrangeiro.

Parágrafo único. Tratando-se, porém, de pequenos estabelecimentos, poderá o Conselho de Segurança Nacional autorizar-lhes a exploração.(...)

Art. 34. É respeitado o direito daqueles que, não obstante estrangeiros, já sejam proprietários ou legítimos detentores de lotes ou tratos de terras na faixa da fronteira, ainda que na de trinta (30) quilômetros, sem prejuízo, porém, da faculdade de desapropriação de tais glebas, desde que assim o exijam interesses da segurança do país, a juízo exclusivo do Conselho de Segurança Nacional, após parecer da Comissão Especial.(...)

Art. 37. Os estrangeiros, que já exploram individualmente estabelecimentos de indústria ou de comércio, poderão prosseguir nessa exploração, a juízo do Conselho de Segurança Nacional.

Parágrafo único. No caso de transmissão inter-vivos ou mortis-causa, ou no de divisão de bens por motivo de morte de um dos cônjuges ou de desquite, aqueles estabelecimentos, assim transferidos ou partilhados, se passarem à propriedade de estrangeiros ou estrangeiras, deverão ser administrados por gerentes brasileiros natos com plenos poderes, salvo o caso de virem a ser explorados por sociedades que, então, ficarão sujeitas à observância das prescrições do Título III.

Ao condicionar a aquisição de terras por estrangeiros, justificou-a em razão da necessidade de defesa da integridade do território nacional, a segurança do Estado e a justa distribuição da propriedade.

Este arcabouço legal foi aperfeiçoado pela edição da Lei 5.709/1971, hoje ainda em vigor, que regulou a aquisição de imóvel rural por estrangeiro residente no país ou pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil.¹⁶⁷

A Lei 13.986/2020, veio a alterar significativamente as Leis 5.709/1971 e 6.634/1979 ao excepcionar dos limites para aquisição de terras rurais por estrangeiro fixados por essas leis as hipóteses de constituição de garantia real, inclusive a transmissão da propriedade fiduciária em favor de pessoa jurídica,

¹⁶⁷ Art. 1º A aquisição de propriedade rural no território nacional somente poderá ser feita por brasileiro ou por estrangeiro residente no país.

Parágrafo único. O disposto neste artigo não se aplica aos casos de transmissão causa mortis.

Art. 2º Para os efeitos dêste Ato, considera-se residente no país o estrangeiro que nele possua permanência definitiva.

Art. 3º Lei especial determinará as condições, restrições, limitações e demais exigências a que ficará sujeita a aquisição de imóvel rural por pessoa estrangeira natural ou jurídica, tendo em vista a defesa da integridade do território nacional, a segurança do Estado e a justa distribuição da propriedade

¹⁶⁸ Art. 1º - O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei.

§ 1º - Fica, todavia, sujeita ao regime estabelecido por esta Lei a pessoa jurídica brasileira da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no Exterior.

§ 2º As restrições estabelecidas nesta Lei não se aplicam: (Redação dada pela Lei nº 13.986, de 2020

I - aos casos de sucessão legítima, ressalvado o disposto no art. 7º desta Lei; (Incluído pela Lei nº 13.986, de 2020).

II - às hipóteses de constituição de garantia real, inclusive a transmissão da propriedade fiduciária em favor de pessoa jurídica, nacional ou estrangeira; (Incluído pela Lei nº 13.986, de 2020).

III - aos casos de recebimento de imóvel em liquidação de transação com pessoa jurídica, nacional ou estrangeira, ou pessoa jurídica nacional da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e que residam ou tenham sede no exterior, por meio de realização de garantia real, de dação em pagamento ou de qualquer outra forma. (...) (Incluído pela Lei nº 13.986, de 2020).

Art. 7º - A aquisição de imóvel situado em área considerada indispensável à segurança nacional por pessoa estrangeira, física ou jurídica, depende do assentimento prévio da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional.

nacional ou estrangeira e nos casos de recebimento de imóvel em liquidação de transação com pessoa jurídica, nacional ou estrangeira, ou pessoa jurídica nacional da qual participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e que residam ou tenham sede no exterior, por meio de realização de garantia real, de dação em pagamento ou de qualquer outra forma.

A alteração trazida pela Lei 13.986/2020 às Leis 5.709/1971 e 6.634/1979 diz respeito à aplicação do Parecer AGU 01/2008, 03.09.2008, aprovado pela Presidência da República no Parecer nº LA 01, de 19.06.2010, que tinha equiparado empresa brasileira cuja maioria do capital social esteja nas mãos de estrangeiros não-residentes ou de pessoas jurídicas estrangeiras não autorizadas a funcionar no Brasil a empresas estrangeiras. Tal entendimento reduziu o crédito agrário por inviabilizar para essas empresas a negociação de dívidas via dação em pagamento de imóveis rurais, bem como a adjudicação de bens imóveis rurais no caso de execuções hipotecárias, por exemplo. A alienação fiduciária, por sua vez, continuou sendo utilizada como garantia, pois num primeiro momento transferia a propriedade ainda que provisória do bem, mas gerava insegurança jurídica, principalmente nos casos em que ocorresse inadimplemento e a garantia fosse ser executada.

A grande discussão até então travada, imposta especialmente pela Lei 5.709/1971, era a de que as empresas nacionais, constituídas e estabelecidas no Brasil, que tivessem em sua composição majoritária a presença de pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras, eram equiparadas a estrangeiros para fins de aquisição de imóveis rurais e, portanto, estariam submetidas a todas as restrições previstas naquela lei. Isso retraiu o mercado que passou a contar com uma quantidade menor de hipóteses de financiamento do seu crédito. Importante ressaltar que em praticamente todos os casos de recebimento do crédito por intermédio de bens imóveis, como excussão da hipoteca ou dação em pagamento, não é interesse da empresa que recebe manter aquele bem em seu estoque, mas vendê-lo na sequência. Antes do Parecer da AGU, vedando a aquisição de imóvel rural por qualquer meio, essas operações eram corriqueiras e viabilizavam as composições amigáveis entre produtores e credores que lhes financiavam a safra.

Assim, hoje é possível um empresa com capital majoritariamente estrangeiro vir a ter a propriedade de terras rurais acima dos limites fixados pela Lei 5.709/1971, mesmo em área de faixa de fronteira, se advinda a transmissão da propriedade de execução por inadimplência do proprietário anterior.

5.6.2. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

A exemplo de suas anteriores, art. 141 em 1946 ou art. 150 em 1967, a Lex Legum cidadã de 1988 em seu art. 5º proclama a igualdade perante a lei de nativos e forasteiros residentes, garantindo-se o direito á propriedade.

Dispõe o art. 190 da Constituição Federal que :

Art. 190. A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

Observe-se que o art. 170, I, da Carta Magna vincula nossa ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, também a tem por fim assegurar a todos existência digna, também à soberania nacional.

É competência privativa da União, art. 22, I, legislar direito civil e agrário. Assim, foi editada a Lei 8.629/1.993, que regulamentou o dispositivo constitucional, prevendo em seu art. 23 a continuidade do disciplinamento da matéria pela Lei 5.709/1971.¹⁶⁹

Assim, deu-se, por disposição legal expressa, a recepção no ordenamento constitucional de 1988 da Lei 5.709/1971, que, como visto, já regulava a aquisição de imóveis rurais por estrangeiros sob o regime constitucional de 1967, regulamentada pelo Decreto 74.965/1974. De novo na Lei 8.629/1993, e por força

¹⁶⁹ Art. 23, O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica autorizada a funcionar no Brasil só poderão arrendar imóvel rural na forma da Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971.

§ 1º Aplicam-se ao arrendamento todos os limites, restrições e condições aplicáveis à aquisição de imóveis rurais por estrangeiro, constantes da lei referida no caput deste artigo.

constitucional, só a extensão das condicionantes já existentes para a aquisição também ao arrendamento da propriedade rural por estrangeiros e a previsão de situações sujeitas à autorização do Congresso Nacional para a aquisição de imóveis rurais. Ressalte-se não terem sido incluídas restrições à parceira agrícola, prevista no Estatuto da Terra, Lei 4.504/1964.

5.6.3. IMÓVEL RURAL E URBANO

Neste ensejo cabe ressaltar inexistir em nosso ordenamento restrições à aquisição por estrangeiro de imóveis urbanos, tanto por pessoa física como jurídica. Assim fica a questão, como definir-se imóvel rural? São encontrados no ordenamento dois critérios para se diferenciar um imóvel rural de um imóvel urbano, sua localização ou sua destinação ou forma de utilização.

O critério da localização é fixado na Lei 5.712/1966-CTN, que em seu art. 29¹⁷⁰ trata do imposto sobre a propriedade territorial rural. O CTN, ainda utilizando o critério de localização, descreve imóvel urbano no art. 32.¹⁷¹

¹⁷⁰ Art. 29. O imposto, de competência da União, sobre a propriedade territorial rural tem como fato gerador a propriedade, o domicílio útil ou a posse de imóvel por natureza, como definido na lei civil, e localização fora da zona urbana do Município.

¹⁷¹ Art. 32. O imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município.

§ 1º Para os efeitos deste imposto, entende-se como zona urbana a definida em lei municipal; observado o requisito mínimo da existência de melhoramentos indicados em pelo menos 2 (dois) dos incisos seguintes, construídos ou mantidos pelo Poder Público

I - meio-fio ou calçamento, com canalização de águas pluviais

II - abastecimento de água;

III - sistema de esgotos sanitários;

IV - rede de iluminação pública, com ou sem posteamento para distribuição domiciliar;

V - escola primária ou posto de saúde a uma distância máxima de 3 (três) quilômetros do imóvel considerado.

§ 2º A lei municipal pode considerar urbanas as áreas urbanizáveis, ou de expansão urbana, constantes de loteamentos aprovados pelos órgãos competentes, destinados à habitação, à indústria ou ao comércio, mesmo que localizados fora das zonas definidas nos termos do parágrafo anterior.

Portanto, para fins tributários, imóvel urbano é o localizado em zona urbana, urbanizável ou de expansão urbana, assim definidas em lei, no caso lei municipal, e os demais imóveis localizados na área restante do município seriam rurais.

Já o segundo critério, quanto à destinação ou forma de utilização, nos é informado pelo Estatuto da Terra em seu art. 4º, I ¹⁷². De acordo com o texto legal, imóveis rurais seriam os destinados à exploração da terra nas atividades rurais, independentemente da sua localização.

Nossa *Paramount Law*, nos arts. 184 a 191, utiliza como critério para definir imóvel rural também a sua destinação e exige que o mesmo cumpra a sua função social, sob pena de desapropriação. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende a requisitos de aproveitamento, utilização e exploração adequadas, preservação do meio ambiente e observância das leis trabalhistas.

A rigidez da legislação federal no tocante ao cadastramento obrigatório do imóvel rural junto ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária-INCRA, o CCIR – Certificado de Cadastro de Imóvel Rural, reafirmado pela Lei 10.267/2001, paralelo a melhoras nos cadastros municipais, vem reduzindo as dúvidas existentes quanto à classificação em rural ou urbano.

5.6.4. CONCEITO DE ESTRANGEIRO

Outro elemento relevante para nossa abordagem diz respeito ao conceito de estrangeiro para fins de aquisição da propriedade rural no Brasil. Primeiramente há de se ressaltar o fato de tratar a legislação de estrangeiro residente no País e de

¹⁷² Art. 4º Para os efeitos desta Lei, definem-se:

I - “Imóvel Rural”, o prédio rústico, de área contínua qualquer que seja a sua localização que se destina à exploração extrativa agrícola, pecuária ou agro-industrial, quer através de planos públicos de valorização, quer através de iniciativa privada;

pessoa jurídica autorizada a nele funcionar, nos termos do art. 1º da Lei 5.709/1971.¹⁷³

O Ato Complementar n. 45, de 1969, art. 2º, considerava residente aquele que possuísse permanência definitiva, já a Lei 5.709/1971 não definiu residência. O regime das empresas estrangeiras foi regulado nos arts. 1.134 a 1.141 do CCB/2002.

Ao estrangeiro não residente só é dado adquirir imóvel rural no Brasil oriundo de transmissão causa mortis, note-se por sucessão legítima e não pela testamentária. Não existem restrições para a aquisição de terras rurais, no caso de sucessão legítima, exceto se as terras se localizarem na hipótese anterior, em área de segurança nacional, hipótese em que deverá ser ouvido o Conselho mencionado. Nesse sentido posiciona-se Paulo Cavalcante Cysneiros (1985:80) aplicando-se as restrições ao herdeiro não incluído na vocação sucessória legal, mas contemplado com sucessão testamentária ou legado, caso em que se aplica a legislação de controle fixada no art. 7º da Lei 5.709/1971.¹⁷⁴

Inexiste possibilidade de estrangeiro não residente, fora da hipótese sucessória já mencionada, vir a adquirir imóvel rural no Brasil, tendo sido revogado pela Lei 6.815/1980, o art. 2º, da Lei 5.709/1971, que concedia a faculdade ao estrangeiro que pretendesse imigrar para o Brasil de firmar compromisso de compra e venda com finalidade de adquirir imóvel rural.

¹⁷³ Art. 1º - O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei.

¹⁷⁴ Art. 1º - O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica estrangeira autorizada a funcionar no Brasil só poderão adquirir imóvel rural na forma prevista nesta Lei.(...)

§ 2º As restrições estabelecidas nesta Lei não se aplicam

I - aos casos de sucessão legítima, ressalvado o disposto no art. 7º desta Lei; (...)

Art. 7º - A aquisição de imóvel situado em área considerada indispensável à segurança nacional por pessoa estrangeira, física ou jurídica, depende do assentimento prévio da Secretaria-Geral do Conselho de Segurança Nacional.

Todavia, ainda que inexistente previsão legal, o Capítulo XIV, item 68.5, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prevê a possibilidade de aquisição de áreas rurais por pessoa física estrangeira ainda que não residente no país, desde que autorizado pelo INCRA.¹⁷⁵

No mesmo sentido, o Capítulo XIV, item 68.1, das Normas de Serviço da Corregedoria Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, prevê a possibilidade de aquisição de áreas rurais por pessoa jurídica estrangeira, constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no Brasil, não se sujeitando ao regime estabelecido pela Lei n.º 5.709, de 7 de outubro de 1971, e pelo Decreto n.º 74.965, de 26 de novembro de 1974, ainda que a maioria de seu capital social e o poder de controle, em qualquer uma de suas manifestações, pertença a estrangeiros residentes fora do Brasil ou a pessoas jurídicas estrangeiras sediadas no Exterior.¹⁷⁶

Entretanto, encontramos jurisprudência mesmo do Conselho Superior da Magistratura do TJSP em recente acórdão anulando registro de imóveis adquiridos por estrangeiro não residente no país, *ipsis litteris*:

CSM|SP: Registro de imóveis – Carta de Adjudicação – Aquisição por estrangeiro – Autorização temporária de permanência que não equivale a residência permanente no Brasil – Constitucionalidade e incidência da Lei n. 5.709/71 que impede a aquisição de imóveis rurais por estrangeiros não residentes – Irrelevância, em razão da vedação legal, da área ser inferior a três módulos de exploração indefinida, bem como

¹⁷⁵ 68.5. A aquisição de bem imóvel rural por pessoa física estrangeira não residente no país, cuja área não poderá exceder a 50 (cinquenta) módulos de exploração indefinida, em área contínua ou descontínua, dependerá, sempre, de autorização do INCRA, sem prejuízo de outras exigências determinadas em lei, ainda que sua área não exceda a 3 (três) módulos e esteja situado fora de área considerada indispensável à segurança do território nacional.

¹⁷⁶ 69.1. A pessoa jurídica brasileira - constituída sob as leis brasileiras, com sede e administração no Brasil, não se sujeita ao regime estabelecido pela Lei n.º 5.709, de 7 de outubro de 1971, e pelo Decreto n.º 74.965, de 26 de novembro de 1974, ainda que a maioria de seu capital social e o poder de controle, em qualquer uma de suas manifestações, pertença a estrangeiros residentes fora do Brasil ou a pessoas jurídicas estrangeiras sediadas no Exterior.

da possibilidade de aquisição pelo condômino estrangeiro – Inviabilidade da cisão do título, por sua unidade, para fins de registro – Nulidade do registro configurada – Recurso não provido. Registro de imóveis – Carta de Adjudicação – Aquisição por estrangeiro – Autorização temporária de permanência que não equivale a residência permanente no Brasil – Constitucionalidade e incidência da Lei n. 5.709/71 que impede a aquisição de imóveis rurais por estrangeiros não residentes – Irrelevância, em razão da vedação legal, da área ser inferior a três módulos de exploração indefinida, bem como da possibilidade de aquisição pelo condômino estrangeiro – Inviabilidade da cisão do título, por sua unidade, para fins de registro – Nulidade do registro configurada – Recurso não provido. (...)

A situação jurídica de estrangeiros não residentes, que não é alterada pela autorização de permanência temporária, dos Srs. Pedro Nestor Guividsky e Elena Alejandra Boubet, redundam na irrelevância da possibilidade de aquisição pelo Sr. Bradley, também estrangeiro, bem como, a aquisição ser inferior a três módulos de exploração indefinida.

Como ressaltado no parecer do INCRA (itens 10 e 11, fls. 64/65), o Sr. Bradley e os demais condôminos são atingidos por via reflexa ante a impossibilidade de aquisição de imóvel rural por estrangeiro que não possui autorização de residência definitiva no Brasil. (Apelação nº 0002071-85.2016.8.26.0269, MM. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, Corregedor Geral da Justiça e Relator, DJe de 03.07.2019 – SP)

A decisão do CSMSP afastou o art. 6º, do Decreto 74.965/1974 ¹⁷⁷, por não ter sido demonstrada a permanência dos adquirentes no território pátrio reafirmando a vedação expressa na Lei 5.709/1971:

No caso em julgamento não há prova de processo de imigração dos Srs. Pedro Nestor Guividsky e Elena Alejandra Boubet, ao menos com conhecimento do Governo Brasileiro e tampouco da exploração do imóvel pelos mesmos, portanto, não tem lugar a aplicação do dispositivo legal em questão. (...)

¹⁷⁷ Ao estrangeiro que pretende imigrar para o Brasil é facultado celebrar, ainda em seu país de origem, compromisso de compra e venda do imóvel rural desde que, dentro de 3 (três) anos, contados da data do contrato, venha fixar domicílio no Brasil e explorar o imóvel.

A Lei n. 5.709/71 regula a aquisição de imóveis rurais por estrangeiro residente ou não no Brasil, não há sentido em sustentar que ao estrangeiro não residente a aquisição de terras rurais seria livre, a interpretação sistemática da lei redundaria na vedação de imóveis rurais por estrangeiros não residentes.

Desse modo, como também destacado no parecer do INCRA (a fls. 62/67) e da D. Procuradoria Geral da Justiça (a fls. 443/446), a Lei n. 5.709/71 impede a aquisição de imóveis rurais por estrangeiros não residentes. (Apelação nº 0002071-85.2016.8.26.0269, MM. Geraldo Francisco Pinheiro Franco, Corregedor Geral da Justiça e Relator, DJe de 03.07.2019 – SP)

Nesse sentido tem se pronunciado o Excelso Pretório, a exemplo do Voto do E. Ministro Marco Aurélio, na Medida Cautelar na Ação Cível Originária 2.463- DF, em 01.09.2016:

Percebam as balizas objetivas do caso. O autor pretende a declaração de nulidade de ato da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo mediante o qual se reconheceu a não recepção do artigo 1º, § 1º, da Lei nº 5.709/1971. O preceito restringe a aquisição de imóveis rurais por pessoas jurídicas brasileiras cuja maioria do capital social pertença a estrangeiros.

Observem a organicidade do Direito. A norma em jogo, embora controvertida no âmbito administrativo, não foi declarada inconstitucional pelo Supremo em processo objetivo. Ou seja, milita em favor do dispositivo a presunção de constitucionalidade das leis regularmente aprovadas pelo Poder Legislativo, tal como preconiza o Estado de Direito. É impróprio sustentar a não observância de diploma presumidamente conforme ao Diploma Maior com alicerce em pronunciamento de Tribunal local em processo subjetivo – mandado de segurança. Notem, a ressaltar essa óptica, que o ato atacado afastou a incidência, em apenas um Estado da Federação, de preceito de lei federal por meio da qual regulamentado tema inserido na competência da União – artigo 190 da Constituição Federal -, atentando contra o pacto federativo.

A par desse aspecto, vê-se, em exame inicial, a existência de fundamentos na Carta Federal para o alcance das restrições previstas na Lei nº 5.709/1971. O Texto Maior, conquanto agasalhe os princípios da isonomia e da livre iniciativa, reservou ao legislador ferramentas aptas a assegurar a

soberania, pressuposto da própria preservação da ordem constitucional. A soberania, além de fundamento da República Federativa do Brasil, também constitui princípio da ordem econômica, evidenciando o papel no arranjo institucional instaurado em 1988. Expressou-se preocupação com a influência do capital estrangeiro em assuntos sensíveis e intrinsecamente vinculados ao interesse nacional. Daí o tratamento diferenciado previsto no artigo 190 da Lei Básica da República:

Art. 190. A lei regulará e limitará a aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e estabelecerá os casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

A efetividade dessa norma pressupõe que, na locução “estrangeiro”, sejam incluídas entidades nacionais controladas por capital alienígena. A assim não se concluir, a burla ao texto constitucional se concretizará, presente a possibilidade de a criação formal de pessoa jurídica nacional ser suficiente à observância dos requisitos legais, mesmo em face da submissão da entidade a diretrizes estrangeiras – configurando a situação que o constituinte buscou coibir.

Observe-se inexistir diferenciação no tratamento dado ao brasileiro nato quanto ao naturalizado, já que ambos possuem os mesmos direitos no tocante à aquisição de imóveis rurais.

O português é estrangeiro perante a legislação que rege a aquisição de imóveis rurais por estrangeiro, ainda quando casado com brasileira e que tenha filhos brasileiros, e se subordina às restrições da lei quanto a aquisição de terras rurais.

O português, para ter os mesmos direitos que os brasileiros e livremente adquirir imóveis rurais, qualquer que seja a sua área, deve requerer e obter a declaração da cidadania brasileira, concedida pelo Ministério da Justiça. Só assim o português tem direitos iguais aos dos brasileiros, sendo considerado como naturalizado, sem perda da nacionalidade portuguesa, conforme "Convenção sobre Igualdade de Direitos e Deveres entre Brasileiros e Portugueses", promulgada pelo Decreto n. 70.391, de 1972, e regulamentada pelo Decreto n. 70.436, de 1972.

A aquisição de imóvel rural por cônjuge brasileiro, casado sob o regime de comunhão de bens, com estrangeiro, qualquer que seja a sua nacionalidade, dependerá de autorização do INCRA. Observe-se que ao estrangeiro, casado com brasileiro e sob regime de comunhão de bens ou que tenha filho brasileiro não se aplica a regra do limite legal da soma das áreas de estrangeiros por municípios, art. 12, § 2º, III, da Lei 5.709/1971, que limita a aquisição, no todo, de 1/4 da superfície do município em que se acham.

5.6.5. LIMITES PARA AQUISIÇÃO POR ESTRANGEIROS DE TERRAS BRASILEIRAS

A aquisição de imóveis rurais por estrangeiros é autorizada pelo INCRA, observados limites fixados pela Lei 5.709/1971 com fundamento no módulo rural.¹⁷⁸:

A definição de “módulo” foi criada e disciplinada pelo Estatuto da Terra em seu arts. 4º, II e III e 5º¹⁷⁹. O limite para aquisição de módulos foi alterado pela Lei

¹⁷⁸ Art. 12 - A soma das áreas rurais pertencentes a pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas, não poderá ultrapassar a um quarto da superfície dos Municípios onde se situem, comprovada por certidão do Registro de Imóveis, com base no livro auxiliar de que trata o art. 10.

§ 1º - As pessoas da mesma nacionalidade não poderão ser proprietárias, em cada Município, de mais de 40% (quarenta por cento) do limite fixado neste artigo.

§ 2º - Ficam excluídas das restrições deste artigo as aquisições de áreas rurais:

I - inferiores a 3 (três) módulos;

II - que tiverem sido objeto de compra e venda, de promessa de compra e venda, de cessão ou de promessa de cessão, mediante escritura pública ou instrumento particular devidamente protocolado no Registro competente, e que tiverem sido cadastradas no INCRA em nome do promitente comprador, antes de 10 de março de 1969;

III - quando o adquirente tiver filho brasileiro ou for casado com pessoa brasileira sob o regime de comunhão de bens.

§ 3º - O Presidente da República poderá, mediante decreto, autorizar a aquisição além dos limites fixados neste artigo, quando se tratar de imóvel rural vinculado a projetos julgados prioritários em face dos planos de desenvolvimento do País.

8.629/1993, que em seu art. 23, § 2º, aumenta de 50, limite anteriormente estabelecido pela Lei 5.709/1971, art. 12, § 3º ¹⁸⁰, para 100 módulos, todavia passa a utilizar a denominação de Módulo de Exploração Indefinida (MEI).

O Módulo de Exploração Indefinida (MEI) é uma unidade de medida, expressa em hectares, a partir do conceito de módulo rural, para o imóvel com exploração não definida. É usada em processos relacionados à aquisição de terras por estrangeiros. A dimensão do MEI varia entre 5 e 100 hectares, de acordo com a Zona Típica de Módulo (ZTM) do município de localização do imóvel rural.

O MEI é analisado a partir da concepção e da metodologia de cálculo dos demais módulos rurais, ou seja, da exploração hortigranjeira, lavoura permanente e temporária, pecuária e do extrativismo.

As áreas do MEI buscam refletir também as condições socioeconômicas de cada uma das nove ZTM. Assim, quanto mais desenvolvida for a zona típica de módulo menor será a área do módulo de exploração indefinida, bem como, quanto menor o nível de desenvolvimento maior a respectiva dimensão.

¹⁷⁹ Art. 4º Para os efeitos desta Lei, definem-se: (...)

II - "Propriedade Familiar", o imóvel rural que, direta e pessoalmente explorado pelo agricultor e sua família, lhes absorva toda a força de trabalho, garantindo-lhes a subsistência e o progresso social e econômico, com área máxima fixada para cada região e tipo de exploração, e eventualmente trabalho com a ajuda de terceiros;

III - "Módulo Rural", a área fixada nos termos do inciso anterior;

Art. 5º A dimensão da área dos módulos de propriedade rural será fixada para cada zona de características econômicas e ecológicas homogêneas, distintamente, por tipos de exploração rural que nela possam ocorrer. Parágrafo único. No caso de exploração mista, o módulo será fixado pela média ponderada das partes do imóvel destinadas a cada um dos tipos de exploração considerados

¹⁸⁰ Art. 23. O estrangeiro residente no País e a pessoa jurídica autorizada a funcionar no Brasil só poderão arrendar imóvel rural na forma da Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971.

§ 1º Aplicam-se ao arrendamento todos os limites, restrições e condições aplicáveis à aquisição de imóveis rurais por estrangeiro, constantes da lei referida no caput deste artigo.

§ 2º Compete ao Congresso Nacional autorizar tanto a aquisição ou o arrendamento além dos limites de área e percentual fixados na Lei nº 5.709, de 7 de outubro de 1971, como a aquisição ou arrendamento, por pessoa jurídica estrangeira, de área superior a 100 (cem) módulos de exploração indefinida.

As pessoas naturais estrangeiras podem adquirir sem qualquer exigência até três MEI - desde que seja a primeira aquisição. As pessoas jurídicas estrangeiras ou brasileiras equiparadas à estrangeira devem requerer autorização independente da quantidade de MEI.

1. Imóvel rural até 3 MEI, a ser adquirido por pessoa natural estrangeira, não é necessária qualquer autorização, art. 7º, §1º, Decreto 74.965/74, salvo no caso de aquisição de mais de um imóvel (§3º).

2. Imóvel rural entre 3 e 20 MEI, a ser adquirido por pessoa natural estrangeira, deverá haver autorização do INCRA, art. 7º, §2º, Decreto 74.965/74.

3. Imóvel rural entre 20 e 50 MEI, a ser adquirido por pessoa natural estrangeira, deverá haver autorização do INCRA e aprovação de projeto de exploração pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário, art. 7º, § 4º, do Decreto 74.965/74.

4 Imóvel com mais de 50 MEI, a ser adquirido por pessoa natural estrangeira, a aquisição dependerá de autorização do presidente da República, ouvido o Conselho de Segurança Nacional – vinculado ao Ministério da Defesa, art. 7º, § 5º, do Decreto 74.965/74, ou autorização do Congresso Nacional, art. 23, § 2º, da Lei 8.629/93.

Pessoa jurídica estrangeira, ou brasileira, com maioria de capital estrangeiro:

1. Imóvel rural até 100 MEI, a ser adquirido por pessoa jurídica estrangeira, o imóvel deve ser destinado à implantação de projetos agrícolas, pecuários, industriais ou de colonização, vinculados aos seus objetivos estatutários, art. 5º, Lei 5.709/71, e deve haver aprovação de projeto de exploração pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário, ouvido o Órgão Federal competente responsável pelas respectivas atividades, art. 5º, §1º, Lei 5.709/1971 c/c o art. 14, §1º, INCRA IN 76/2013.

2. Imóvel com mais de 100 MEI, a ser adquirido por pessoa jurídica estrangeira, deve haver autorização do Congresso Nacional, art. 23, § 2º, da Lei 8.629/1993 e art. 6º, §1º, INCRA IN 76/2013.

A título de exemplo, conforme Tabela do INCRA (2013), um estrangeiro com residência no país pode adquirir sem qualquer autorização, ou seja, até 3 MEIs, no Distrito Federal até 15Ha, já em Águas Lindas de Goiás, situada no Entorno do DF pode até 30Ha, já na Amazônia temos o exemplo de Palmas, no Tocantins, até 90Ha, ou de Anajás, no Pará, até 165Ha, variando conforme a atividade agropastoril predominante no município.

O estrangeiro só pode adquirir um único imóvel rural, para a aquisição do segundo, qualquer que seja seu tamanho, é exigida autorização do INCRA.

Além do limite por propriedade, a Lei 5.709/1971, art. 12, fixou limites por município para a soma das áreas rurais pertencentes a pessoas estrangeiras, físicas ou jurídicas, não podendo ultrapassar a um quarto da superfície do município, dos quais no máximo 40% de mesma nacionalidade, resultando que estrangeiros de mesma cidadania não podem possuir mais do que 10 % da área rural de um município. Excluem-se dessas restrições, as aquisições inferiores a 3 módulos, as que foram objeto de promessa de compra e venda registradas e cadastradas no INCRA antes de 10 de março de 1.969, ou quando o adquirente tiver filho brasileiro ou for casado com pessoa brasileira sob o regime de comunhão de bens.

Uma dúvida surge nos Registros Imobiliários quando da aquisição por estrangeiro de parte de propriedade coletiva, em forma de copropriedade ou de frações ideais ou cotas partes de imóvel rural em condomínio. Entende-se que os limites acima mencionados também são aplicáveis quando o estrangeiro adquire o imóvel em condomínio ou copropriedade, sendo a fração ou quota-parte ideal a base para cálculo dos limites.

A posse de imóvel rural por estrangeiro não é proibida pela Lei 5.709/1971 sendo que a usucapião sujeita-se às mesmas condicionantes da aquisição derivada por estrangeiros. Não havendo qualquer proibição ao estrangeiro podem esses, como efetivamente o são, seres beneficiários da reforma agrária. Confirmando esse fato, o I Censo de Reforma Agrária no País, em janeiro de 1997, realizado em todas as unidades da Federação, sob a coordenação do INCRA e da Universidade de Brasília (UnB), verificou que 0,2% dos assentados é de nacionalidade estrangeira.

Sendo localizado o imóvel em área considerada de segurança nacional, sua aquisição depende do Conselho de Defesa Nacional, previsto no art. 91 da Constituição, em substituição ao Conselho de Segurança Nacional. Hoje, a audiência cabe à Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos, órgão da Presidência da República. Segundo o art. 1º da Lei 6.634/1979, é considerada área indispensável à Segurança Nacional a faixa interna de 150 Km (cento e cinquenta quilômetros) de largura, paralela à linha divisória terrestre do território nacional, que será designada como Faixa de Fronteira.

A aquisição de imóvel rural por pessoa jurídica estrangeira depende sempre de autorização, ora do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, por intermédio do INCRA, quando o imóvel tenha área até 100 módulos, ou por intermédio do Congresso Nacional, quando o imóvel tenha área superior a 100 módulos, nos termos do art. 23 da Lei 8.629.

As pessoas jurídicas estrangeiras só poderão adquirir imóveis rurais quando conste dos seus estatutos objetivos vinculados à implantação de projetos agrícolas, pecuários, industriais, ou de colonização, mesmo assim, com autorização do INCRA e do Ministério da Agricultura, ou da Indústria e Comércio, se o projeto tiver caráter industrial, conforme art. 5º da Lei 5.709/1971.

5.6.6. TRANSMISSÃO E REGISTRO DO IMÓVEL ADQUIRIDO POR ESTRANGEIRO

Na aquisição de imóvel rural por pessoa estrangeira, física ou jurídica, é obrigatória a escritura pública, da qual deverá constar, *ex vi legis* do art. 9º da Lei 5.709/1971:

- I - O documento de identidade do adquirente;
- II - Prova de residência no território nacional; e
- III - A autorização do INCRA.

Se pessoa jurídica estrangeira, os documentos referentes à sua constituição e licença para funcionar no Brasil.

No tocante ao registro predial, a Lei 5.709/1971, art. 10, exige duplo registro, pois além daquele previsto na Lei 6.015/1973, há o registro em cadastro especial feito no Livro 3 - Auxiliar - de Registro de Aquisição de Terras Rurais por Estrangeiros.

Ademais, os Ofícios de Registro de Imóveis devem remeter trimestralmente à Corregedoria da Justiça e ao INCRA a relação das aquisições de áreas rurais por pessoas estrangeiras. Se imóvel situado em área de segurança nacional, a relação das aquisições deve ser remetida também à Secretaria Especial de Assuntos Estratégicos, órgão da Presidência da República, que representa o Conselho de Defesa Nacional.

5.6.7. RESTRIÇÕES À PROPRIEDADE ESTRANGEIRA NO DIREITO FORÂNEO

Fica a pergunta: nossas restrições aos estrangeiros são excepcionalidade ou regra no direito comparado em um mundo cada vez mais semelhante? A liberdade de aquisição de bens de raiz, imóveis urbanos ou rurais, por estrangeiros não é regra no direito comparado, pelo contrário, a legislação alienígena, por vezes apresenta-se mais rigorosa do que a nossa. É o que a doutrina forânea denomina de combater o “*Selling off of the home country*”, ou seja, liquidando a terra natal.

Em interessante e abrangente estudo realizado para a Organização de Agricultura e Alimentos da Organização das Nações Unidas – FAO, por Hodgson, Cullinan e Campbell, publicado em dezembro de 1999, denominado *Land ownership and Foreigners: A comparative Analysis of regulatory Approaches to the acquisition And use of land by foreigners*, é mencionada a relevância do tema estrangeiro e aquisição da terra, fundado na relação intrínseca: estado – território.

Inexistem tratados ou acordos internacionais que regulem o tema da propriedade estrangeira da terra, Hodgson et all (1999, 8), sendo frequente a matéria ser tratada em instrumentos bilaterais ou multilaterais no âmbito de acordos relativos a investimentos. O Tratado de Roma, que originalmente estabeleceu a Comunidade Europeia, tratou tangencialmente do assunto vedando discriminação

com fundamento em nacionalidade, restando á legislações nacionais restringir o acesso á terra aos não comunitários.

Como descrito no Relatório da FAO mencionado, vários Estados, como Alemanha, França, Reino Unido, Portugal, Países Baixos, Bélgica ou Luxemburgo, não possuem qualquer restrição legal quanto á aquisição por estrangeiros de propriedade rurais. Já outros países, como Chile, Colômbia, Uruguai ou Venezuela, aparentemente não restringem o acesso de estrangeiros à terra. Na Argentina e na Itália a restrição se dá exclusivamente na zona de fronteira, já no Paraguai os estrangeiros não podem comprar terras de fronteira nem provenientes de reforma agrária, para outras terras não há restrição.

Nos Estados Unidos, cada estado possui sua própria norma, alguns exigem tempo mínimo de residência, outros limitam o tamanho máximo da terra. Em oito estados norte-americanos não há restrição nenhuma.

As legislações nacionais variam bastante em termos do que é considerado “estrangeiro”, inclusive chegando o Estado de New Jersey a conceituar “estrangeiro amigo”.

A Constituição Mexicana somente permite a aquisição de terras por mexicanos natos ou naturalizados, todavia em seu art. 27 prevê processo de naturalização informal desde que o estrangeiro proprietário considere-se nacional perante o Ministro dos Assuntos Exteriores e se comprometa a não invocar a proteção de seu governo, segundo Hodgson et all (1999:15). Todavia, é vedado aos estrangeiros adquirirem propriedades nas faixas de fronteira, igual a nossa de 100 km, e até 50 km da linha costeira.

Em geral as legislações permitem o estrangeiro de ser proprietário sem restrições quando for transmissão mortis causa, limitando as aquisições por alienação onerosa ou não.

Em muitas legislações tem-se o denominado teste de residência, permitindo que somente os estrangeiros residentes possam ter acesso à propriedade fundiária. Nós adotamos essa política, a exemplo do Japão, Irlanda ou das Províncias de Manitoba ou Saskatchewan no Canadá.

Na libertária legislação da Suíça, como destaca Meroni (1992:39), desde 1961 decreto federal exige autorização cantonal para aquisição de imóveis rurais ou urbanos por não residentes. A Lex Friedrich Laren, vigente desde 1985, que hoje regula a aquisição ou oneração de bens e direitos reais na Suíça, inclusive arrendamento ou participação em empresas de investimento imobiliário. A justificação para legislação assaz restritiva fundamenta-se no controle da especulação imobiliária vivenciada nos anos sessenta e setenta.

Restrições de ordem social e econômica são fixados na Laren, a exemplo do art. 10 que limita a aquisição para residência urbana a 1000 m² por família e a 100 m² por pessoa ou que o imóvel adquirido para uso comercial será explorado diretamente pelo comprador estrangeiro, art. 10, § 1º. É permitido aos cantões legislarem supletivamente às normas federais, como restringir a aquisição de residências de lazer a unidades condominiais. As quotas cantonais de autorização são fixadas pelo Conselho Federal, Poder Executivo, a cada dois anos, a exemplo do biênio 1989/90, quando foram de 1600 distribuídos pelos cantões.

No Canadá, conforme Hodgson et al (1999:35), as províncias possuem competência legislativa plena para regularem o acesso de estrangeiros a propriedade fundiária, já nos Estado Unidos dá-se competência concorrente entre os estados e a União, fazendo surgir um plexo de normas que vão desde a ausência de limites, como no Estado de New York, até a vedação à compra de terras agrícolas em Iowa.

Na vizinha Itália, como nos afirma Mauro Rubino (1992:55), o mesmo não ocorre, inexistindo normas nacionais que restrinjam o acesso de estrangeiros a bens e direitos reais. O Código Civil italiano na seção 16 das Disposições Preliminares assegura direitos civis iguais a nacionais e estrangeiros, desde que haja reciprocidade legal, a exemplo de Taiwan, que reconhece o direito à propriedade por estrangeiro desde que fundada em direito recíproco.

Na Grécia, nos assegura Philotheidis (1992:83), as restrições à aquisição por estrangeiros de propriedades se limitam às áreas de fronteira, sendo permitida a locação ou arrendamento por no máximo três anos, não se aplicando a cidadãos da Comunidade Européia.

Hodgson et al (1999:23) enumeram diferentes razões e técnicas quanto à adoção de políticas de restrição ao acesso pelo estrangeiro a bens de raiz :

1. Proteção à segurança nacional com a imposição de limites em termos de situação do imóvel, faixa de fronteira, áreas de segurança com bases militares, a exemplo do Peru e Estados Unidos;

2. Prevenir a dominação da infra-estrutura econômica por potência estrangeira, comum em países dependentes sob a ótica econômica ;

3. Prevenir ou restringir a especulação estrangeira dos fatores de produção primários, minerais e terra, caso da Suíça e Hungria;

4. Preservar o tecido social da nação, protegendo formas tradicionais de produção e convívio social, facilitando o acesso à moradia para o locais, ou evitando o proprietário absenteísta distante da comunidade a exemplo de países na Polinésia ou Turquia;

5. Controlar a imigração, como fizeram vários estados da costa oeste do Estado Unidos para reduzir o fluxo de imigrantes;

6. Controlar o fluxo de investimentos diretos estrangeiros, a exemplo da Austrália ou da província canadense de Alberta que restringiram a compra de terras urbanas por estrangeiros;

7. Direcionar os investimentos estrangeiros para projetos específicos, como na Tailândia e em Malta;

8. Assegurar o controle da produção alimentar, a exemplo do Marrocos e de vários estados norte-americanos, a exemplo do Missouri e Iowa, e províncias canadenses que só permitem a compra de terras agricultáveis por nacionais, com o agravante de no Missouri ser o estrangeiro obrigado a aliená-la após dois anos de ausência, já no Michigan reverte a propriedade para o estado em cinco anos ou em oito anos no Kentucky; ou

9. Outros fatores não expressamente declarados como nacionalismo, racismo ou xenofobia.

Restrições a investimentos estrangeiros em imóveis e empresas tem sido veiculado como um fator de estagnação nas atividades econômicas, já o acesso do capital estrangeiro á aquisição da infraestrutura econômica de um país tem sido diagnosticado como pressuposto dinamizador e acelerador das transformações socioeconômicas das nações, a exemplo dos países do leste europeu.

Não obstante essas assertivas terem indubitavelmente seu fundamento fático, não pode ser olvidado que realidades particulares de cada estado justifiquem a criação de barreiras permanentes ou conjunturais ao ingresso desordenado do capital externo, por vezes meramente especulativo, como no exemplo suíço, ou como o absenteísmo dos landlords ingleses paralisou a economia irlandesa no século XIX.

O grau de acessibilidade e sua flexibilidade variam muito nos sistemas legais modernos, variando desde a vedação completa, pouco comum a exemplo da China, Vietnam ou Ethiopia, até a inexistência de regras ao acesso do estrangeiro às propriedades nacionais, também rara.

O estudo realizado pela FAO identificou a tendência das legislações nacionais reduzirem as exigências e restrições às aquisições por estrangeiros de imóveis e a uma crescente padronização no tratamento dado a esses investimentos.

Questões sobre qual nível normativo deve tratar das restrições, se constitucional, legal ou administrativo; se devem tais normas serem perenes ou temporárias; ou qual ente deve ser competente para editar tais limites, se nacional ou subnacional; são respostas de difícil generalização, dependentes de fatores estruturais e conjunturais próprios de cada estado.

Do estudo de nosso ordenamento e do direito comparado, focado no grau de liberdade de aquisição de imóveis por estrangeiros, verifica-se que a sociedade globalizada do século XXI vem suprimindo barreiras culturais, comerciais e políticas, todavia, ainda persistem razões plenamente justificáveis para as nações protegerem os interesses de seus cidadãos, preservando a higidez de seu tecido socioeconômico.

Permanecem os bens de raiz como símbolos do patrimônio nacional e da estabilidade social, enquanto vinculados à soberania estatal.

Como visto, essa percepção da realidade transcende os diferentes níveis de desenvolvimento socioeconômico ou cultural vivenciados pelas nações, respondendo às necessidades próprias de cada sociedade, não sendo nossa legislação essencialmente distinta do contexto internacional.

Se evidente a multiplicação do instituto da indisponibilização *ope legis* no foro judicial em virtude da mais variadas causas, a exemplo da proteção ao crédito, ao patrimônio público ou à propriedade rural por nacionais, na seara extrajudicial também vicejam instrumentos fundados na indisponibilização patrimonial para fins de controle da gestão de entidades socialmente relevantes como instituições financeiras, securitárias ou previdenciárias ou do crédito fiscal e mesmo no combate ao terrorismo, como a seguir descrito.

CAPÍTULO VI

6. INDISPONIBILIDADE PATRIMONIAL NA VIA EXTRAJUDICIAL

Nos ordenamentos jurídicos hodiernos, a indisponibilização dos bens pode dar-se tanto na esfera judicial como na extrajudicial. Certas empresas, diante da essencialidade e especificidade de sua atividade comercial, estão sujeitas a regimes normativos especiais, criados com o objetivo de evitar que sua instabilidade financeira ou administrativa provoque graves efeitos colaterais à sociedade e à economia do país como um todo.

Entre tais regimes especiais, encontra-se estabelecida a liquidação extrajudicial, aplicada aos empreendimentos que operam no chamado mercado supervisionado, no qual há a interferência e regulação estatal de órgãos específicos, tais como: Banco Central do Brasil – BACEN (instituições financeiras em geral), a Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS (operadoras de saúde) e a Superintendência de Seguros Privados – SUSEP (companhias seguradoras e de previdência).

Com efeito, a criação da figura da liquidação extrajudicial ocasiona o afastamento do procedimento falimentar comum, nos termos do art. 2º, II, da Lei 11.101/2005 ¹⁸¹, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. A exceção justifica-se por terem as empresas do mercado supervisionado profundo reflexo na economia como um todo ensejando considerável repercussão negativa à sociedade, quiçá ocasionando crises financeiras e sociais de âmbito nacional.

No entanto, o procedimento comum de recuperação judicial e falência, regulado pela Lei 11.101/2005, apresenta-se como fonte do regime de liquidação

¹⁸¹ Art. 2º Esta Lei não se aplica a: (...)

II – instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização e outras entidades legalmente equiparadas às anteriores.

extrajudicial, sendo, inclusive, aplicado de forma subsidiária quando este for omissivo ou insuficiente.

Assim, de acordo com os dispositivos das leis 6.404/1976 e 6.024/1974 a instituição financeira poderá ser liquidada por via ordinária, por decisão dos acionistas, ou por via extrajudicial, conduzida pelo Banco Central, além da via judicial.

A Lei 6.404/76 trata das sociedades anônimas em geral, não particularizando aquelas integrantes do sistema financeiro. A supervisão efetuada sobre as instituições financeiras privadas e públicas não federais é regulamentada pela Lei 6.024/1974 e pelo Decreto-lei 2.321/1987.

O art. 206 da Lei 6.404/1976 autoriza a dissolução da companhia: de pleno direito, por deliberação da Assembleia Geral, por decisão judicial, quando anulada sua constituição, quando provado que a sociedade não pode preencher seu fim ou no caso de falência e por decisão da autoridade administrativa competente, nos casos e na forma previstos em lei especial.

A deliberação pela Assembleia Geral sobre a dissolução ocorre em sessão extraordinária, por força dos arts. 131, 132 e 136, VII, da Lei 6.404/1976, exigindo-se ainda, para sua validade, a aprovação de acionistas que representem metade, no mínimo, das ações com direito a voto.

O art. 208 dessa mesma Lei 6.404/1976 estatui ainda que, silenciando o estatuto da companhia, caberá à assembleia geral determinar o modo de liquidação e nomear o liquidante e o conselho fiscal que devam funcionar durante o período de liquidação.

Dos dispositivos acima mencionados, depreende-se que a Assembleia Geral tem a atribuição para deliberar sobre a dissolução da companhia. Neste caso, a dissolução é de pleno direito, de causa interna e facultativa, sucedendo que a liquidação, dita ordinária, deverá ainda obedecer às regras do art. 208 e parágrafos da 6.404/1976.

Quando se tratar de instituição financeira em liquidação extrajudicial, sob intervenção ou em regime de administração especial temporária, o legislador estabeleceu uma sistemática diversa para a apuração e efetivação da responsabilidade civil dos administradores.

6.1. INDISPONIBILIDADE DE CONTROLADORES DE INSTITUIÇÕES FINANCEIRAS

Assim, além da dissolução de pleno direito, menos traumática para acionistas e credores, pois pressupõe acordo entre eles sobre as medidas a serem adotadas, podem ainda serem impostas às instituições financeiras, ou a elas equiparadas, as seguintes medidas, todas sob a administração do BACEN:

1. a intervenção,
2. o Regime de Administração Especial Temporária (RAET), e
3. a liquidação extrajudicial.

A intervenção é uma medida administrativa de caráter cautelar que objetiva evitar o agravamento das irregularidades cometidas ou da situação de risco patrimonial capaz de prejudicar os seus credores. Neste caso, o BACEN suspende as atividades da instituição e destitui os dirigentes. A intervenção tem duração limitada no tempo e poderá ser seguida da retomada das atividades normais da instituição ou da decretação da sua liquidação.

O RAET é uma espécie de intervenção que não interrompe e nem suspende as atividades normais da instituição, mas os dirigentes são substituídos por um conselho diretor nomeado pelo Bacen, com amplos poderes de gestão. Também tem duração limitada no tempo e objetiva principalmente a adoção de medidas saneadoras das irregularidades detectadas visando à retomada das atividades normais da instituição. Se não for possível sanear as irregularidades, o RAET poderá se transformar em intervenção ou liquidação extrajudicial.

A liquidação extrajudicial é medida mais grave e definitiva. Destina-se a promover a extinção da instituição quando ocorrer insolvência irrecuperável ou

quando forem cometidas infrações graves às normas que regulam a atividade bancária. Objetiva promover a venda dos ativos existentes para pagamento dos credores, com devolução de eventual sobra aos controladores ou a responsabilização dos administradores pelo passivo a descoberto.

A Lei 6.024/1974 estabelece que as instituições financeiras privadas e as públicas não federais, assim como as cooperativas de crédito, estão sujeitas à intervenção ou à liquidação extrajudicial, em ambos os casos efetuadas e decretadas pelo Banco Central do Brasil e fixa as possibilidades de

indisponibilização patrimonial de seus gerentes, conselheiros ou demais que tenham concorrido para a liquidação extrajudicial ou falência da entidade.¹⁸²

¹⁸² Art. 36. Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

§ 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção, a extrajudicial ou a falência, atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato.

§ 2º Por proposta do Banco Central do Brasil, aprovada pelo Conselho Monetário Nacional, a indisponibilidade prevista neste artigo poderá ser estendida:

a) aos bens de gerentes, conselheiros fiscais e aos de todos aqueles que, até o limite da responsabilidade estimada de cada um, tenham concorrido, nos últimos doze meses, para a decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial,

b) aos bens de pessoas que, nos últimos doze meses, os tenham a qualquer título, adquirido de administradores da instituição, ou das pessoas referidas na alínea anterior desde que haja seguros elementos de convicção de que se trata de simulada transferência com o fim de evitar os efeitos desta Lei.

§ 3º Não se incluem nas disposições deste artigo os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis pela legislação em vigor.

§ 4º Não são igualmente atingidos pela indisponibilidade os bens objeto de contrato de alienação, de promessa de compra e venda, de cessão de direito, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público, anteriormente à data da decretação da intervenção, da liquidação extrajudicial ou da falência.

Art. 38. Decretada a intervenção, a liquidação extrajudicial ou a falência, o interventor, o liquidante o escrivão da falência comunicará ao registro público competente e às Bolsas de Valores a indisponibilidade de bens imposta no artigo 36.

Parágrafo único. Recebida a comunicação, a autoridade competente ficará relativamente a esses bens impedida de:

- a) fazer transcrições, inscrições, ou averbações de documentos públicos ou particulares;
- b) arquivar atos ou contratos que importem em transferência de cotas sociais, ações ou partes beneficiárias;
- c) realizar ou registrar operações e títulos de qualquer natureza;
- d) processar a transferência de propriedade de veículos automotores. (...)

Art. 44. Se o inquérito concluir pela inexistência de prejuízo, será, no caso de intervenção e de liquidação extrajudicial, arquivado no próprio Banco Central do Brasil, ou, no caso de falência, será remetido ao competente juiz, que o mandará apensar aos respectivos autos.

Parágrafo único. Na hipótese prevista neste artigo, o Banco Central do Brasil, nos casos de intervenção e de liquidação extrajudicial ou o juiz, no caso de falência, de ofício ou a requerimento de qualquer interessado, determinará o levantamento da indisponibilidade de trata o artigo 36.

O art. 15 da Lei 6.024/1974 autoriza a decretação da liquidação extrajudicial pela iniciativa do Banco Central quando

1. em razão de ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira especialmente quando deixar de satisfazer, com pontualidade, seus compromissos ou quando se caracterizar qualquer dos motivos que autorizem a declaração de falência;

2. quando a administração violar gravemente as normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição bem como as determinações do Conselho Monetário Nacional ou do Banco Central do Brasil, no uso de suas atribuições legais;

3. quando a instituição sofrer prejuízo que sujeite a risco anormal seus credores quirografários; e

4. quando, cassada a autorização para funcionar, a instituição não iniciar, nos 90 (noventa) dias seguintes, sua liquidação ordinária, ou quando, iniciada esta, verificar o Banco Central do Brasil que a morosidade de sua administração pode acarretar prejuízos para os credores.

O art. 15, §1º, da Lei 6.024/1974 dá prerrogativa ao Banco Central do Brasil de decidir sobre a gravidade dos fatos determinantes da liquidação extrajudicial, considerando as repercussões desta sobre os interesses dos mercados financeiro e de capitais, e, poderá, em lugar da liquidação, efetuar a intervenção, se julgar esta medida suficiente para a normalização dos negócios da instituição e preservação daqueles interesses.

Art. 45. Concluindo o inquérito pela existência de prejuízos será ele, com o respectivo relatório, remetido pelo Banco Central do Brasil ao Juiz da falência, ou ao que for competente para decretá-la, o qual o fará com vista ao órgão do Ministério Público, que, em oito dias, sob pena de responsabilidade, requererá o seqüestro dos bens dos ex-administradores, que não tinham sido atingidos pela indisponibilidade prevista no artigo 36, quantos bastem para a efetivação da responsabilidade

Assim, de acordo com os dispositivos das Leis 6.404/1976 e 6.024/1974 acima referidos, a instituição financeira poderá ser liquidada por via ordinária, por decisão dos acionistas, ou por via extrajudicial, conduzida pelo Banco Central.

Os efeitos de cada modalidade de liquidação são distintos. No caso da liquidação extrajudicial, os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades, conforme preconiza o art. 36 da Lei 6.024/1974.

A indisponibilidade decorre do ato que decretar a intervenção, a liquidação extrajudicial ou a falência e atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato, podendo ser estendida aos bens de gerentes, conselheiros fiscais e aos de todos aqueles que tenham concorrido, nos últimos doze meses, para a decretação da intervenção ou da liquidação extrajudicial.

O art. 37 da Lei 6.024/1974 estabelece que os abrangidos pela indisponibilidade de bens não poderão ausentar-se do foro da intervenção ou da liquidação extrajudicial, sem prévia e expressa autorização do Banco Central do Brasil.

Já na ocorrência da liquidação ordinária, afasta-se o efeito da indisponibilidade dos bens dos administradores da instituição financeira, responsabilizando-se o liquidante pela realização do ativo para efetuar o pagamento do passivo da instituição. A responsabilidade dos administradores pelos atos e gestão permanece até à extinção da instituição, conforme art. 217 da Lei 6.404/76, *in verbis*:

Art. 217. O liquidante terá as mesmas responsabilidades do administrador, e os deveres e responsabilidades dos administradores, fiscais e acionistas subsistirão até a extinção da companhia.

Inicialmente, esta sistemática prevê a instauração de um inquérito no âmbito do Banco Central para investigar se a pessoa jurídica financeira sofreu ou não prejuízo em decorrência de má administração e quais os responsáveis por esta.

Prevê, também, a mesma sistemática que todos os bens dos administradores ficam indisponíveis a partir da decretação da intervenção, do regime de administração especial temporária ou da liquidação extrajudicial. Com determinações deste quilate, criou o legislador apenas um mecanismo que torna mais eficaz a responsabilização dos administradores. Tanto é assim que tal garantia simplesmente desaparece se a ação judicial de responsabilidade civil não for proposta dentro do prazo fixado na lei. Mas apenas a garantia deixa de existir, permanecendo a possibilidade de se responsabilizar o administrador enquanto não prescrita a ação.

Se o inquérito instaurado pelo Banco Central concluir pela inexistência de prejuízo, ele será arquivado naquela autarquia, ou, se houver falência em curso, remetido ao juiz para apensamento aos autos deste processo. Se concluir pela existência de prejuízo, será remetido ao juiz competente de acordo com a legislação falimentar. Claro está que a conclusão do inquérito, por si só, não é suficiente para se condenar o administrador em indenizar a entidade. É necessária uma ação judicial de responsabilidade civil. Tendo em vista esta finalidade é que os autos do inquérito são encaminhados ao Ministério Público, a quem a lei atribui legitimidade ativa na hipótese.

Contudo, se a ação não for proposta em 30 dias, o Ministério Público perde a iniciativa, e, se nenhum credor a propuser nos 15 dias seguintes, cessa a indisponibilidade dos bens do administrador. Ou seja, ele poderá, ainda, ser responsabilizado, mas bens de seu patrimônio somente serão atingidos em execução judicial após a ação de conhecimento. Além do mais, a sua responsabilização somente poderá ser promovida na forma prevista pela lei em relação aos administradores em geral, Lei 6.404/1976, arts. 158 e 159.

Em princípio, a indisponibilidade dos bens atinge todas as pessoas que, nos 12 meses anteriores à decretação, se encontravam no exercício da função de administrador da instituição financeira, o que compreende os diretores e membros

do Conselho de Administração. Para que os membros do Conselho Fiscal tenham os seus bens indisponíveis, também, é necessária a aprovação do Conselho Monetário Nacional, por proposta do Banco Central (LILE, art. 36).

Se o inquérito concluir pela responsabilização de administradores cujos bens não se encontram indisponíveis, é o caso daqueles que exerceram o cargo de diretor há mais de 12 meses antes da decretação, caberá ao Ministério Público requerer, em juízo, nos 8 dias seguintes ao recebimento daquele, o arresto dos respectivos bens. Também este se levanta se a ação de responsabilidade civil não for intentada no prazo da lei.

O controlador da instituição financeira responde solidariamente com o administrador, nos termos do art. 15 do Decreto-lei 2.321/1987 e do art. 1º da Lei 9.447/1997, nos casos de liquidação extrajudicial, intervenção ou regime de administração especial temporária. Aqui também não se trata de responsabilidade subsidiária e ilimitada por atos da sociedade, conforme podem, à primeira vista, dar a entender os dispositivos em questão.

Com efeito, o controlador, independentemente de culpa ou dolo em relação ao ato danoso praticado pelo administrador, responde solidariamente pela respectiva indenização. O vínculo de solidariedade não aproxima o controlador e as obrigações sociais, mas este e o administrador responsável pelos atos danosos. Não é necessária a prova de que o controlador agiu com culpa ou dolo, mas é necessária a de que o administrador agiu assim, administrando mal a instituição; sem culpa ou dolo deste último, não responde nem ele, nem o controlador.

6.2. INDISPONIBILIDADE DE RESPONSÁVEIS POR OPERADORAS DE PLANOS PRIVADOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE

A Agência Nacional de Saúde (ANS), nos termos do art. 23 da Lei 9.656/1998, com as alterações fixadas na Medida Provisória 2.177-44/2001, igualmente possui poderes para decretar a liquidação extrajudicial de dirigentes de planos privados de assistência de saúde em regime de direção fiscal ou liquidação extrajudicial, nos seguintes termos:

Art. 23. As operadoras de planos privados de assistência à saúde não podem requerer concordata e não estão sujeitas a falência ou insolvência civil, mas tão-somente ao regime de liquidação extrajudicial:

§ 1º As operadoras sujeitar-se-ão ao regime de falência ou insolvência civil quando, no curso da liquidação extrajudicial, forem verificadas uma das seguintes hipóteses:

I - o ativo da massa liquidanda não for suficiente para o pagamento de pelo menos a metade dos créditos quirografários.

II - o ativo realizável da massa liquidanda não for suficiente, sequer, para o pagamento das despesas administrativas e operacionais inerentes ao regular processamento da liquidação extrajudicial; ou

III - nas hipóteses de fundados indícios de condutas previstas nos arts. 186 a 189 do Decreto-Lei no 7.661, de 21 de junho de 1945.

§ 2º Para efeito desta Lei, define-se ativo realizável como sendo todo ativo que possa ser convertido em moeda corrente em prazo compatível para o pagamento das despesas administrativas e operacionais da massa liquidanda.

§ 3º À vista do relatório do liquidante extrajudicial, e em se verificando qualquer uma das hipóteses previstas nos incisos I, II ou III do § 1º deste artigo, a ANS poderá autorizá-lo a requerer a falência ou insolvência civil da operadora.

§ 4º A distribuição do requerimento produzirá imediatamente os seguintes efeitos:

I - a manutenção da suspensão dos prazos judiciais em relação à massa liquidanda;

II - a suspensão dos procedimentos administrativos de liquidação extrajudicial, salvo os relativos à guarda e à proteção dos bens e imóveis da massa;

III - a manutenção da indisponibilidade dos bens dos administradores, gerentes, conselheiros e assemelhados, até posterior determinação judicial;

Art. 24-A. Os administradores das operadoras de planos privados de assistência à saúde em regime de direção fiscal ou liquidação extrajudicial, independentemente da natureza jurídica da operadora, ficarão com todos os seus

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

§ 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a direção fiscal ou a liquidação extrajudicial e atinge a todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores ao mesmo ato

§ 2º Na hipótese de regime de direção fiscal, a indisponibilidade de bens a que se refere o caput deste artigo poderá não alcançar os bens dos administradores, por deliberação expressa da Diretoria Colegiada da ANS.

§ 3º A ANS, ex officio ou por recomendação do diretor fiscal ou do liquidante, poderá estender a indisponibilidade prevista neste artigo

I - aos bens de gerentes, conselheiros e aos de todos aqueles que tenham concorrido, no período previsto no § 1o, para a decretação da direção fiscal ou da liquidação extrajudicial

II - aos bens adquiridos, a qualquer título, por terceiros, no período previsto no § 1o, das pessoas referidas no inciso I, desde que configurada fraude na transferência.

§ 4º Não se incluem nas disposições deste artigo os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis pela legislação em vigor

§ 5º A indisponibilidade também não alcança os bens objeto de contrato de alienação, de promessa de compra e venda, de cessão ou promessa de cessão de direitos, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público, anteriormente à data da decretação da direção fiscal ou da liquidação extrajudicial.

§ 6º Os administradores das operadoras de planos privados de assistência à saúde respondem solidariamente pelas obrigações por eles assumidas durante sua gestão até o montante dos prejuízos causados, independentemente do nexo de causalidade. (grifamos)

6.3. INDISPONIBILIDADE DE DIRIGENTES DE ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR

As entidades fechadas de previdência complementar (EFPC), ou fundos de pensão, são organizadas por empresas e associações com o objetivo de garantir a seus empregados ou associados uma complementação à aposentadoria oferecida pelo Regime Geral de Previdência Social (operacionalizado pelo Instituto Nacional de Seguridade Social – INSS), por meio da administração de planos de benefícios. Os planos de benefícios administrados por estas entidades podem garantir, além da complementação à aposentadoria, proteção contra eventos não programados como morte, doença, invalidez, dentre outros a depender do regulamento do plano.

As EFPC são mantidas pelas contribuições do empregador e do empregado, que são vertidas aos respectivos planos de benefícios, para serem investidos e retornarem, na forma de renda, ao empregado no momento da aposentadoria. Quando os fundos são oferecidos por associações ou entidades de classe, o processo ocorre da mesma maneira, mas as contribuições serão feitas apenas pelos associados.

A supervisão e fiscalização do sistema de previdência complementar fechado é realizado pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Previc), autarquia de natureza especial, dotada de autonomia administrativa e financeira e patrimônio próprio, vinculada ao Ministério da Economia e ao Conselho Nacional de Previdência Complementar (CNPC). Já a Superintendência de Seguros Privados-SUSEP, vinculada ao Ministério da Economia, é o órgão responsável pelo controle e fiscalização dos mercados de seguro, previdência privada aberta, capitalização e resseguro. Assim se a entidade de previdência complementar é fechada, vinculada ao um ente patrocinador ou instituidor, é fiscalizada pela Previc, se é aberta, ou seja, fundo com ingresso permitido a qualquer interessado, é fiscalizada pela SUSEP.

Outra previsão *ope legis* de indisponibilização extrajudicial encontrávamos na Lei 6.435/1977, revogada pela Lei Complementar 109/2001 hoje vigente, que autorizava a (SUSEP) a indisponibilizar os bens de dirigentes de entidades de previdência privada sob intervenção ou em liquidação extrajudicial. A Lei Complementar 109/2001, regulamentada pelo Dec. 4.942/2003, autoriza a Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência Social, a

indisponibilizar os bens de dirigentes de entidades fechadas de previdência complementar, dispondo em seus arts. 59 e 60, nos seguintes termos:

Art. 59. Os administradores, controladores e membros de conselhos estatutários das entidades de previdência complementar sob intervenção ou em liquidação extrajudicial ficarão com todos os seus bens indisponíveis, não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até a apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

§ 1º A indisponibilidade prevista neste artigo decorre do ato que decretar a intervenção ou liquidação extrajudicial e atinge todos aqueles que tenham estado no exercício das funções nos doze meses anteriores.

§ 2º A indisponibilidade poderá ser estendida aos bens de pessoas que, nos últimos doze meses, os tenham adquirido, a qualquer título, das pessoas referidas no caput e no parágrafo anterior, desde que haja seguros elementos de convicção de que se trata de simulada transferência com o fim de evitar os efeitos desta Lei Complementar.

§ 3º Não se incluem nas disposições deste artigo os bens considerados inalienáveis ou impenhoráveis pela legislação em vigor.

§ 4º Não são também atingidos pela indisponibilidade os bens objeto de contrato de alienação, de promessas de compra e venda e de cessão de direitos, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público até doze meses antes da data de decretação da intervenção ou liquidação extrajudicial.

§ 5º Não se aplica a indisponibilidade de bens das pessoas referidas no caput deste artigo no caso de liquidação extrajudicial de entidades fechadas que deixarem de ter condições para funcionar por motivos totalmente desvinculados do exercício das suas atribuições, situação esta que poderá ser revista a qualquer momento, pelo órgão regulador e fiscalizador, desde que constatada a existência de irregularidades ou indícios de crimes por elas praticados.

Art. 60. O interventor ou o liquidante comunicará a indisponibilidade de bens aos órgãos competentes para os devidos registros e publicará edital para conhecimento de terceiros.

Parágrafo único. A autoridade que receber a comunicação ficará, relativamente a esses bens, impedida de:

I - fazer transcrições, inscrições ou averbações de documentos públicos ou particulares;

II - arquivar atos ou contratos que importem em transferência de cotas sociais, ações ou partes beneficiárias;

III - realizar ou registrar operações e títulos de qualquer natureza; e

IV - processar a transferência de propriedade de veículos automotores, aeronaves e embarcações. (grifamos)

Art. 61. A apuração de responsabilidades específicas referida no caput do art. 59 desta Lei Complementar será feita mediante inquérito a ser instaurado pelo órgão regulador e fiscalizador, sem prejuízo do disposto nos arts. 63 a 65 desta Lei Complementar.

§ 1º Se o inquérito concluir pela inexistência de prejuízo, será arquivado no órgão fiscalizador.

§ 2º **Concluindo o inquérito pela existência de prejuízo**, será ele, com o respectivo relatório, remetido pelo órgão regulador e fiscalizador ao Ministério Público, observados os seguintes procedimentos:

I - o interventor ou o liquidante, de ofício ou a requerimento de qualquer interessado que não tenha sido indiciado no inquérito, após aprovação do respectivo relatório pelo órgão fiscalizador, determinará o levantamento da indisponibilidade de que trata o art. 59 desta Lei Complementar;

II - será mantida a indisponibilidade com relação às pessoas indiciadas no inquérito, após aprovação do respectivo relatório pelo órgão fiscalizador.(grifamos)

6.4. INDISPONIBILIDADE DE PESSOAS INVESTIGADAS OU ACUSADAS DE TERRORISMO

Ainda no tocante à indisponibilização de bens na via extrajudicial observamos a entrada em vigor recentemente, 06.06.2019, da Lei 13.810/2019, revogando a Lei 13.170/2015, que dispõe sobre o cumprimento de sanções impostas por resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, incluindo a indisponibilidade de ativos de pessoas naturais e jurídicas e de entidades, e a designação nacional de

peessoas investigadas ou acusadas de terrorismo, de seu financiamento ou de atos a ele correlacionados.

A “indisponibilidade de ativos” diz respeito à proibição de transferir, converter, trasladar, disponibilizar ativos ou deles dispor, direta ou indiretamente, incidindo inclusive sobre os juros e outros frutos civis e rendimentos decorrentes do contrato, conforme previsto no art. 2º, II, e art.31, § 2º, da Lei 13.810/2019.

Cabe aos órgãos reguladores e fiscalizadores das pessoas naturais ou jurídicas a que se refere o art. 9º da Lei 9.613/1998, dentre estas a Susep, CVM e Banco Central, orientar, supervisionar e fiscalizar o cumprimento das medidas de indisponibilidade de ativos, além de aplicar as penalidades administrativas cabíveis, observados os critérios fixados pela Lei 13.810/2019 para fins de indisponibilização dos bens dos indiciados.

O procedimento de indisponibilização patrimonial estatuído pela Lei 13.810/2019 é extrajudicial, nos termos de seu art. 10, todavia não sendo possível tal indisponibilização extrajudicial incide o art. 12 do mesmo diploma legal com o requerimento ao órgão jurisdicional por meio do denominado auxílio direto judicial, sendo que o magistrado requerido determinará, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contado da data do recebimento dos autos, e sem a prévia oitiva do requerido, as medidas pertinentes para cumprimento da sanção, como identificável no texto legal transcrito a seguir:

Art. 10. Sem prejuízo da obrigação de cumprimento imediato, o Ministério da Justiça e Segurança Pública comunicará, sem demora, as sanções de:

I - indisponibilidade de ativos aos órgãos reguladores ou fiscalizadores, para que comuniquem imediatamente às pessoas naturais ou jurídicas de que trata o art. 9º da Lei nº 9.613, de 3 março de 1998.

(...)

Art. 12. Na hipótese de haver informações sobre a existência de ativos sujeitos à indisponibilidade ou de pessoas e bens sujeitos a outra espécie de sanção determinada em resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas ou em designações de seus comitês de

sanções, sem que tenha ocorrido seu cumprimento na forma da Seção I deste Capítulo, a União ingressará, sem demora, com auxílio direto judicial para obtê-la.

Parágrafo único. As pessoas naturais e as pessoas jurídicas de que trata o art. 9º da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, na forma e nas condições definidas por seu órgão regulador ou fiscalizador, e os órgãos e as entidades referidos no art. 10 desta Lei **informarão, sem demora, ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, a existência de pessoas e ativos sujeitos à sanção e as razões pelas quais deixaram de cumpri-la.**

Art. 13. O Ministério da Justiça e Segurança Pública comunicará, sem demora, a existência de ativos sujeitos à indisponibilidade ou de pessoas e bens sujeitos a outra espécie de sanção à Advocacia-Geral da União, para que promova, sem demora, o auxílio direto judicial.

Art. 14. Instruído o pedido com os elementos a que se refere o art. 12 desta Lei, o juiz determinará, no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, contado da data do recebimento dos autos, e sem a prévia oitiva do requerido, as medidas pertinentes para cumprimento da sanção.

Parágrafo único. Da determinação de que trata o caput deste artigo serão intimados para ciência e cumprimento da decisão as partes, os órgãos e as entidades referidos no art. 10 desta Lei e, caso seja necessário, a pessoa natural ou jurídica que informou a existência de pessoas ou de ativos sujeitos à sanção.

Art. 15. O juiz ordenará a citação do requerido para, caso deseje, impugnar a determinação no prazo de 15 (quinze) dias, contado da data da citação.

§ 1º A impugnação de que trata o caput deste artigo não terá efeito suspensivo e versará somente sobre:

I - homonímia;

II - erro na identificação do requerido ou dos ativos que sejam objeto de sanção;

III - exclusão do requerido da lista de sanções, por força de resolução proferida pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas ou por designação de seus comitês de sanções; ou

IV - expiração do prazo de vigência do regime de sanções.

§ 2º A União será ouvida sobre a impugnação no prazo de 15 (quinze) dias, contado da data da intimação.

Art. 16. Havendo ou não a impugnação, o juiz proferirá sentença.

Parágrafo único. Intimados as partes, os órgãos e as entidades referidos no art. 10 desta Lei e, caso seja necessário, a pessoa natural ou jurídica que informou a existência dos ativos sujeitos à sanção, e se não houver interposição de recurso, os autos serão arquivados.

Art. 17. Na hipótese de sobrevir a exclusão posterior do requerido da ação originária da lista de pessoas sujeitas ao regime de sanções ou qualquer outra razão que, segundo o Conselho de Segurança das Nações Unidas ou seus comitês de sanções, fundamente a revogação da sanção, as partes poderão ingressar com ação revisional do que foi estatuído na sentença.

Já o art. 18 da Lei 13.810/2019 inclusive introduz em nosso ordenamento o auxílio direto judicial a requerimento de autoridade estrangeira, *ipsis litteris*:

Art. 18. A União poderá ingressar com auxílio direto judicial para indisponibilidade de ativos, **a requerimento de autoridade central estrangeira**, de modo a assegurar o resultado de investigações administrativas ou criminais e ações em curso em jurisdição estrangeira em face de terrorismo, de seu financiamento ou de atos a ele correlacionados. (grifamos)

O dispositivo supra traz a lume a questão de saber se, sob o pálio da Constituição Federal, é possível um juízo nacional, que não seja o STJ ou mesmo uma autoridade administrativa, ser provocado no interesse de estado estrangeiro em cooperação jurídica internacional em matéria civil, via procedimento de auxílio direto ou cooperação direta.

No Brasil, a Constituição Federal prevê dois procedimentos de cooperação jurídica internacional em matéria civil que reclama, no território nacional, algum tipo de atuação judicial: a carta rogatória e a homologação de sentença estrangeira, nos termos do art. 105, I, “i” da Magna Carta. Com fundamento no art. 28 e seguintes do CPC/2015, a cooperação que reclama atuação apenas de agente administrativo brasileiro é realizada independentemente de carta rogatória, homologação de sentença estrangeira ou extradição. Tal modalidade de cooperação pode ser

enquadrada no "auxílio direto" previsto no art. 7º, parágrafo único, da Resolução 09 do STJ.

6.5. INDISPONIBILIDADE FISCAL EXTRAJUDICIAL

Como já visto anteriormente, nosso ordenamento tem em várias oportunidades atribuindo competência para indisponibilização de bens na esfera extrajudicial, ainda que a jurisdição em muitas decisões afaste tal coerção isenta de controle judicial a exemplo da inconstitucional prática da “sanção política” como instrumento de exação fiscal pelo estado, em regra fundado nos títulos executivos gerados por ele mesmo, certidão da dívida ativa – CDA, previsto no art. 1º da Lei 6.830/1980, Lei de Execução Fiscal.¹⁸³

Ou seja, a CDA é o título executivo instrumentalizador da execução fiscal, regida por procedimento especial notavelmente benéfico ao credor estatal, em prol da tutela do interesse público arrecadatório.

As políticas relacionadas à garantia e execução do crédito fiscal se revelam em permanente evolução o que é de fácil verificação em leis de matérias diversas que inserem disposições assecuratórias atinentes a tais verbas, como exemplo se

¹⁸³ Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Art. 2º - Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

§ 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º - será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

§ 2º - A Dívida Ativa da Fazenda Pública, compreendendo a tributária e a não tributária, abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei ou contrato.

§ 3º - A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

verifica com a indisponibilidade de bens constituída pela penhora pela Lei 8.212/1991, Lei orgânica da seguridade social, que em seu art. 53 prevê que na execução judicial da dívida ativa da União, suas autarquias e fundações públicas, será facultado ao exequente indicar bens à penhora, a qual será efetivada concomitantemente com a citação inicial do devedor, ficando tais bens penhorados desde logo indisponíveis.

Muito se tem discutido relativamente às possibilidades e aos limites para o momento de execução do crédito público, na busca de alternativas ao sistema judicial de execução fiscal. Efetivamente, vários são os instrumentos legalmente postos à disposição das procuradorias fazendárias para a busca da satisfação do crédito tributário. Paulo Roberto Coimbra Silva, na introdução à obra de Leonardo André Gandara (2015, 20) relaciona, a título ilustrativo, um plexo de atos normativos tendentes ao recrudescimento das garantias de satisfação do crédito tributário, destacando-se:

1 exigência de depósito prévio para a admissibilidade de recurso endereçado aos Conselhos de Contribuintes;

2 arrolamento administrativo de bens,

3 antecipação da presunção de fraude na alienação/ oneração de bens e rendas dos devedores inscritos em dívida ativa, mesmo não ajuizada,

4 indisponibilidade de bens e direitos do executado,

5. supressão dos efeitos suspensivos de forma automática aos embargos à execução fiscal;

6. não atribuição automática de efeitos suspensivos à apelação da sentença desfavorável aos embargos à Execução Fiscal;

7. ação cautelar fiscal; ou

8. penhora on-line.

A partir desse cenário é que muito se tem discutido relativamente às possibilidades e aos limites para o momento de execução do crédito público, na

busca de alternativas ao sistema judicial de execução fiscal assoberbando nosso Poder Judiciário.

Paulo Roberto Coimbra Silva, na introdução à obra de Leonardo André Gandara argui que, preponderantemente, as dificuldades vivenciadas pelos órgãos fiscais nas execuções fiscais originam-se na má qualidade dos títulos executivos, certidões da dívida ativa - CDA, fazendo-se necessário o aprimoramento no processo tributário administrativo e instituição de mecanismos mais eficientes de responsabilização do estado por danos causados ao contribuinte, *ipsis verbis*:

A bem da verdade, a experiência tem nos revelado que, a par da insolvência de muitos e da má fé de poucos devedores, não raro, a ineficiência dos processos de cobrança do crédito tributário decorre da deficiência na formação do título executivo fiscal que, eventualmente, são muito pouco promissores. Diante da má qualidade de uma CDA, notadamente nos casos em que há a lastimável supressão do processo administrativo, como sói ocorrer na cobrança dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, não se pode esperar um resultado exitoso da correlata execução fiscal. Imperativo perceber que a maior eficiência não advém da supressão ou atropelo do processo administrativo, como parece estar sendo paradoxalmente perseguido pela Administração Fazendária, mas, ao contrário, de seu revigoramento como elemento necessário à qualidade e legitimação da CDA unilateralmente emitida pelo credor.

A rigor, qualquer incremento às potestades punitivas do Fisco, seja mediante o reconhecimento de sua competência excepcional para a imposição de sanções políticas, ou de qualquer outra natureza, pressupõe, em nosso sentir, (i) o resgate e robustecimento do processo tributário administrativo, com todas as garantias que lhe são inerentes; e, (ii) formas mais eficientes de se exigir a responsabilização do Estado pelo dano que provocar indevidamente. (2015, 21)

Dentre as propostas legislativas que buscam administrativizar os procedimentos executivos fiscais, desjudicializando, ao máximo, o momento da cobrança dos créditos da Fazenda, encontramos projetos de lei que caminham nesse sentido, caso do PL 2.412/2007, de autoria do Deputado Régis de Oliveira, ainda em tramitação na Câmara dos Deputados, que dispõe sobre a execução administrativa da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

Municípios, e que em sua justificação da proposição esclarece quanto ao requerimento de indisponibilidade concomitante ao arresto ou penhora dos bens do devedor do crédito público constante do art. 16, § 2º, do PL 2.412/2007:

Art. 16. Se a penhora efetuar-se em dinheiro, o valor penhorado converter-se-á, de logo, em renda da Fazenda Pública.

§ 1º No caso de arresto em dinheiro, o valor arrestado será convertido em depósito bancário, à ordem e disposição da entidade credora, em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária, de acordo com os índices oficiais, até o trânsito em julgado da sentença definitiva dos embargos.

§ 2º Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, os agentes fiscais podem requisitar à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, **bem como, no mesmo ato, determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.**

Quanto ao requerimento de informações sobre a existência de ativos em nome do executado – e a sua indisponibilidade – é bom esclarecer, prevenindo eventuais questionamentos futuros, uma vez que se trata de matéria tendente a gerar polêmica, que não se trata de violação ao sigilo constitucionalmente protegido, porque o agente público não está autorizado a requisitar informações a respeito dos valores eventualmente existentes, mas simplesmente da existência ou não de valores até o montante do débito fiscal – o que é bem diferente, além de consentâneo com a sua atribuição. Atende-se, assim, ao interesse público vinculado à efetividade da legislação fiscal, sem ofender qualquer direito do contribuinte ou do cidadão. (grifamos)

Em sentido semelhante, encontra-se também o PL 5.080/2009, apensado ao PL 2.412/2007, de autoria do Poder Executivo, que dispõe sobre a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, tendo como um de seus signatários o então Advogado-Geral de União e hoje Ministro do STF, José Antônio Dias Toffoli, que ao propor mudanças na cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública invoca em suas justificativas razões semelhantes às constantes do 2.412/2007:

2. Atualmente, a execução fiscal no Brasil é um processo judicial que está regulado na Lei nº 6.830, de 1980. Nos termos desta Lei, todo processo, desde o seu início, com a citação do contribuinte, até a sua conclusão, com a arrematação dos bens e a satisfação do crédito, é judicial, ou seja, conduzido por um Juiz. Tal 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. (...)

6. Estima-se, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, que, em média, a fase administrativa dura 4 anos, enquanto a fase judicial leva 12 anos para ser concluída, o que explica em boa medida a baixa satisfação e eficácia da execução forçada (menos de 1% do estoque da dívida ativa da União ingressam nos cofres públicos a cada ano por essa via). O percentual do ingresso somente cresce com as medidas excepcionais de parcelamento adotadas (REFIS, PAES e PAEX) e com a incorporação dos depósitos judiciais, mas não ultrapassa a 2,5% do estoque. (...)

9. É importante destacar, ainda, que a baixa eficiência da cobrança forçada da dívida ativa não tem afetado apenas as contas do Fisco. Em verdade, tal situação produz graves distorções nos mercados, sendo profundamente danoso para a livre concorrência, uma vez que as sociedades empresárias que honram pontualmente suas obrigações fiscais vêem-se, muitas vezes, na contingência de concorrer com outras que, sabedoras da ineficácia dos procedimentos de cobrança em vigor, pagam ou protraem no tempo o pagamento de tributos, valendo-se da ineficácia dos procedimentos de cobrança em vigor.

10. Ademais, o processo de globalização em curso oferece novas oportunidades para a fraude e a sonegação fiscal, facilitando que vultosos recursos possam, rapidamente, ser postos fora do alcance da Administração Tributária. Essa questão tem motivado países como Portugal e Argentina à promoção de importantes reformas em seus sistemas de cobrança forçada de tributos, de maneira a obter o máximo de eficiência.(...)

13. Conforme demonstraram os dados apresentados anteriormente, o sistema de cobrança judicial tem se caracterizado por ser moroso, caro, extremamente formalista e pouco eficiente. Isto decorre, em parte, do fato de não ser o Judiciário agente de cobrança de créditos, mas sim instituição dedicada a aplicar o direito e promover a justiça.

14. No contexto atual, sabe-se que a paralisação dos processos executivos se deve, ou à falta de citação do devedor que se encontra em lugar incerto e não sabido, ou à ausência de indicação, pela exequente, dos bens penhoráveis.

15. O novo rito proposto prevê, na fase administrativa de notificação ao devedor da inscrição da dívida, a interrupção da prescrição. Intenta-se, com tal disposição, um duplo objetivo: a) desobrigar o Fisco do ajuizamento de execuções fiscais destinadas apenas a obstar a consumação da prescrição, como atualmente ocorre; e b) interrompida a prescrição a partir da notificação administrativa, propiciar aos órgãos fazendários o tempo necessário à identificação do patrimônio penhorável do devedor, de forma a viabilizar, se for o caso, a execução forçada. Retira-se tal atividade da esfera judicial, que, portanto, somente será chamada a atuar se houver indicação, pela Fazenda credora, dos bens a serem penhorados.

16. A petição inicial da execução fiscal será instruída com a certidão de dívida ativa, que dispensará, como hoje também ocorre, a juntada de cálculo demonstrativo do débito atualizado. Todavia, será indispensável a indicação dos bens a serem penhorados ou a possibilidade de penhora do faturamento. Realça-se, com isso, um ponto importante da proposta: o de que a utilização da via judicial somente será admitida se houver efetiva chance de êxito na execução forçada.

17. O despacho que deferir a inicial importará em ordem para a convolação da constrição preparatória em penhora ou arresto, bem como em citação para opor embargos. A citação, a seu turno, será outro marco interruptivo da prescrição, preservando-se, no particular, o sistema atualmente adotado na legislação civil, processual e tributária.

18. Para a defesa do executado adota-se o mesmo regime proposto na execução comum de título extrajudicial, onde os embargos podem ser deduzidos independentemente de garantia do juízo, não suspendendo, como regra geral, a execução.

19. Prestigia-se, assim, o princípio da ampla defesa, que fica viabilizado também ao executado que não disponha de bens penhoráveis. Desaparece, por conseguinte, a disciplina da prévia garantia do juízo como requisito indispensável à oposição da ação incidental.

Ainda que sujeita à apreciação legislativa no âmbito do Congresso Nacional, a execução fiscal extrajudicial teve avanço significativo com a edição da Lei

13.606/2018, normatizada pela Portaria PGFN nº 33, de 08.02.2018, que faculta a indisponibilização dos bens da pessoa jurídica ou física constante de Certidão da Dívida Ativa - CDA por meio de exclusivo processo administrativo no âmbito da União, a denominada Averbação Pré-Executória, sem necessidade de ajuizamento de execução fiscal ou qualquer procedimento judicial, nos seguintes termos, *ipsis verbis*:

Art. 25. A Lei no 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 20-B, 20-C, 20-D e 20-E:

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

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

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

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

I - comunicar a inscrição em dívida ativa aos órgãos que operam bancos de dados e cadastros relativos a consumidores e aos serviços de proteção ao crédito e congêneres; e

II - averbar, inclusive por meio eletrônico, a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis.”

“Art. 20-C. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderá condicionar o ajuizamento de execuções fiscais à verificação de indícios de bens, direitos ou atividade econômica dos devedores ou corresponsáveis, desde que úteis à satisfação integral ou parcial dos débitos a serem executados.

Parágrafo único. Compete ao Procurador-Geral da Fazenda Nacional definir os limites, critérios e parâmetros para o ajuizamento da ação de que trata o caput deste artigo, observados os critérios de racionalidade, economicidade e eficiência

Art. 20-D. Sem prejuízo da utilização das medidas judiciais para recuperação e acautelamento dos créditos inscritos, se houver indícios da prática de ato ilícito previsto na legislação tributária, civil e empresarial como causa de responsabilidade de terceiros por parte do contribuinte, sócios, administradores, pessoas relacionadas e demais responsáveis, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderá, a critério exclusivo da autoridade fazendária:

I - notificar as pessoas de que trata o caput deste artigo ou terceiros para prestar depoimentos ou esclarecimentos;

II - requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

III - instaurar procedimento administrativo para apuração de responsabilidade por débito inscrito em dívida ativa da União, ajuizado ou não, observadas, no que couber, as disposições da Lei no 9.784, de 29 de janeiro de 1999.

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.”.(grifamos)

A Lei 13.606/2018, de 09.01.2018, teve sua origem no PL 9.206/2017, apresentado pelos Deputados Zé Silva e Nilson Leitão em 28.11.2017, cuja proposição original tinha por fim criar o programa de renegociação de dívidas do setor rural ao instituir o Programa de Regularização Tributária Rural (PRR) junto à Secretaria da Receita Federal do Brasil e à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Na proposição original já consta o art. 25 inserindo o art. 20-B, § 3º, na Lei 10.522/2002, todavia em sua justificação não consta qualquer menção à alteração tão significativa como a proposta.

O PL 9.206/2017 foi originariamente distribuído por apensação ao PL 7.391/2017, de autoria do Deputado Dagoberto Nogueira, proposição singela e com fim exclusivo de conceder benefício fiscal ao setor rural. Em razão da apensação do PL 9.206/2017 ao PL 7.391/2017, foi constituída comissão especial para apreciação de ambas as proposições por haver 3 comissões para pronunciamento do mérito: Comissão de Seguridade Social e Família; Comissão de Agricultura, Pecuária,

Abastecimento e Desenvolvimento Rural, Comissão de Finanças e Tributação (Mérito e Art. 54, RICD) e Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (Mérito e Art. 54, RICD).

Todavia, o regime de tramitação do PL 7.391/2017 foi alterado em virtude da mudança do regime do PL 9.206/2017, por ter sido aprovado o REQ 7.790/2017 apresentado pelos Líderes, passando a regime de urgência, art. 155 do RICD.

Em Parecer proferido em Plenário, e por ele aprovado em turno único em 12.12.2017, pela Relatora, Deputada Tereza Cristina, pela Comissão Especial, após apresentação de 24 emendas, e 1 subemenda, de Plenário. Ressalte-se que em nenhuma delas foi alterado o art. 25 do PL 9.206/17, que inseriu o art. 20-B, § 3º, na Lei 10.522/2002.

O Parecer, motivo de inúmeros destaques e emendas de Plenário concluiu pela constitucionalidade, juridicidade e técnica legislativa do PL 7.391/2017 e de seus apensados; pela inadequação financeira e orçamentária do PL 7.391/2017 e do PL 7.573/17, apensado, e adequação financeira e orçamentária do PL 9.206/17; e, no mérito, pela aprovação do PL 9.206/2017, apensado. Assim, foram arquivados os PLs 7.391/2017 e 7.573/17 por inadequação orçamentária e financeira, nos termos dos arts. 54, e 58, § 4º, do RICD.

Remetido ao Senado Federal em 13.12.2017, lá foi protocolado como Projeto de Lei da Câmara nº 165, de 2017, foi no dia seguinte ao seu protocolo incluído na ordem do dia da sessão deliberativa do Plenário de 14.12.2017, após aprovado o Requerimento nº 1089/2017, subscrito por líderes partidários, solicitando urgência para o projeto, com os votos contrários dos Senadores Randolfe Rodrigues e Reguffe, tendo sido o PL aprovado na mesma sessão de 14.12.2017 e enviado à sanção presidencial em 18.12.2017 e sancionada e publicada em 09.01.2018, ou seja, tramitou e foi aprovado pelas duas Casas do Congresso Nacional em menos de um mês e demorou 42 (quarenta e dois) dias desde a apresentação da proposição até a sanção e publicação da lei.

Ressalte-se que o art. 20-D da Lei 10.522/2002, também inserido pelo PL 9.206/2017, normatiza procedimentos para responsabilização de terceiros e mesmo

da administração pública por débito inscrito na dívida ativa da União, nos seguintes termos:

Art. 20-D. Sem prejuízo da utilização das medidas judiciais para recuperação e acautelamento dos créditos inscritos, se houver indícios da prática de ato ilícito previsto na legislação tributária, civil e empresarial como causa de responsabilidade de terceiros por parte do contribuinte, sócios, administradores, pessoas relacionadas e demais responsáveis, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderá, a critério exclusivo da autoridade fazendária:

I - notificar as pessoas de que trata o caput deste artigo ou terceiros para prestar depoimentos ou esclarecimentos;

II - requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da Administração Pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios;

III - instaurar procedimento administrativo para apuração de responsabilidade por débito inscrito em dívida ativa da União, ajuizado ou não, observadas, no que couber, as disposições da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999. (Artigo vetado na Lei nº 13.606, de 9/1/2018, mantido pelo Congresso Nacional e publicado no DOU de 18/4/2018)

Os dispositivos acima foram motivo de veto presidencial, derrubado pelo Congresso Nacional, sob os seguintes argumentos:

“O dispositivo cria um novo procedimento administrativo, passível de lide no âmbito administrativo da PGFN. Ocorre que a proposta não deixa clara o seu escopo. Não estão claros os limites das requisições, tampouco os órgãos afetados. Assim, ao carecer de maior detalhamento, o dispositivo traz insegurança jurídica, impondo-se, por conseguinte, o seu veto.”

As disposições legais trazidas ao nosso ordenamento jurídico pela Lei 13.606/2018 nos remetem à questão complexa e conflituosa relativa à execução fiscal extrajudicial, exclusivamente administrativa, de excussão dos bens do contribuinte inadimplente junto ao Tesouro Público.

Os procedimentos da averbação pré-executória previstos na Lei 13.606/2018 foram regulamentados pela Portaria PGFN 33/2018, de 08.02.2018, destacando-se

as disposições relativas à notificação do devedor e cobrança extrajudicial, arts. 6º e 7º.¹⁸⁴

Em seus arts. 21 a 23, a Portaria da PGFN conceitua e limita a averbação pré-executória, relacionando os bens sujeitos à indisponibilização extrajudicial.¹⁸⁵

¹⁸⁴ CAPÍTULO II - DA NOTIFICAÇÃO DO DEVEDOR E DA COBRANÇA EXTRAJUDICIAL

Art. 6º. Inscrito o débito em dívida ativa da União, o devedor será notificado para:

I - em até 05 (cinco) dias:

- a) efetuar o pagamento do valor do débito atualizado monetariamente, acrescido de juros, multas e demais encargos; ou
- b) parcelar o valor integral do débito, nos termos da legislação em vigor.

II - em até 10 (dez) dias:

- a) ofertar antecipadamente garantia em execução fiscal; ou
- b) apresentar Pedido de Revisão de Dívida Inscrita (PRDI).

§ 1º. A notificação de que trata o caput será expedida por via eletrônica ou postal.

§ 2º. A notificação por via eletrônica far-se-á pelo e-CAC da PGFN e será considerada realizada após 15 (quinze) dias da entrega do aviso na caixa de mensagens do contribuinte ou no dia seguinte à sua abertura, o que ocorrer primeiro.

§ 3º. A notificação postal será realizada no endereço informado pelo contribuinte ou responsável à Fazenda Pública e será considerada entregue depois de decorridos 15 (quinze) dias da respectiva expedição.

§ 4º. O disposto neste artigo se aplica aos devedores incluídos como corresponsáveis por débitos inscritos em dívida ativa da União.

Art. 7º. Esgotado o prazo e não adotada nenhuma das providências descritas no art. 6º, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional poderá:

- I - encaminhar a Certidão de Dívida Ativa para protesto extrajudicial por falta de pagamento, nos termos do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997;
- II - 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, mediante convênio firmado com as respectivas entidades;
- III - averbar, inclusive por meio eletrônico, a Certidão de Dívida Ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, para fins de averbação pré-executória; (...)

¹⁸⁵ CAPÍTULO V - DA AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA

Art. 21. A averbação pré-executória é 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 prevenir a fraude à execução de que tratam os artigos 185 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996 (Código Tributário Nacional) e 792 da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

§ 1º. A notificação de que trata o art. 6º dará ciência ao devedor ou corresponsável da ocorrência da inscrição em dívida ativa e da possibilidade de efetivação da averbação pré-executória, caso não adotadas as providências descritas nos incisos I e II do mesmo dispositivo.

§ 2º. A averbação poderá ser impugnada pelo sujeito passivo, inclusive em relação a seu excesso, observado o procedimento previsto nessa Portaria.

Art. 22. Estão sujeitos à averbação pré-executória os seguintes bens e direitos, em valor suficiente para satisfação dos débitos inscritos em dívida ativa de responsabilidade do devedor ou corresponsável:

I - se pessoa física, os integrantes do seu patrimônio, sujeitos a registro público; e

II - se pessoa jurídica, os de sua propriedade, integrantes do ativo não circulante, sujeitos a registro público.

§ 1º. A averbação poderá recair sobre bens e direitos que estiverem registrados em nome do sujeito passivo nos respectivos órgãos de registro, ainda que não estejam declarados ou escriturados na contabilidade.

§ 2º. A averbação pré-executória será realizada na seguinte ordem de prioridade:

I - bens imóveis não gravados;

II - bens imóveis gravados; e

III - demais bens e direitos passíveis de registro.

§ 3º. Excepcionalmente e por despacho fundamentado do Procurador da Fazenda Nacional, a ordem de prioridade de que trata o § 2º poderá ser alterada.

§ 4º. No caso de bens e direitos em regime de condomínio formalizado no respectivo órgão de registro, a averbação pré-executória será efetuada proporcionalmente à participação do devedor ou corresponsável.

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

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

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

Já nos arts. 25 a 30, a Portaria PGFN dispõe sobre o rito de impugnação da indisponibilidade no processo extrajudicial da averbação pré-executória.¹⁸⁶

¹⁸⁶ CAPÍTULO VI - DA IMPUGNAÇÃO À AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA

Art. 25. Averbada a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos, o devedor será notificado para apresentar impugnação, no prazo de 10 (dez) dias.

Parágrafo único. Nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 6º, a notificação será expedida por via postal ou eletrônica.

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

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

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

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

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

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

§ 1º. A indicação de que trata o inciso III poderá recair sobre bens de terceiros, desde que expressamente autorizado por estes e aceitos pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, observado o disposto no art. 9º, § 1º, da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980.

§ 2º. É facultado ao corresponsável indicar à averbação bens do devedor principal, observado o disposto nos arts. 9º e 10 desta Portaria.

§ 3º. No caso do parágrafo anterior, os bens do corresponsável permanecerão averbados se os do devedor principal não forem suficientes à satisfação integral dos débitos inscritos.(...)

§ 6º. A impugnação deverá ser instruída com os documentos necessários à comprovação das alegações.(...)

Art. 28. A impugnação será apreciada pela unidade da Procuradoria-Geral da Fazenda responsável pelo ajuizamento da execução fiscal correspondente à inscrição em dívida ativa averbada.

§ 1º. A impugnação será apreciada no prazo de 30 (trinta) dias contados do primeiro dia útil após o seu protocolo no e-CAC da PGFN.

§ 2º. O Procurador da Fazenda Nacional poderá intimar o interessado para apresentar informações complementares, momento em que o prazo do parágrafo anterior será contado do primeiro dia útil após a apresentação, no e-CAC da PGFN, das informações solicitadas.

Art. 29. Julgada procedente a impugnação, o Procurador da Fazenda Nacional deverá:

I - determinar o cancelamento da averbação pré-executória nos órgãos de registro de bens ou direitos, quando for o caso;

Observamos que o instrumento fixado no § 1º do art. 24 da Portaria PGFN nº 33/2018 ¹⁸⁷ para informar a averbação pré-executória, mediante acordo de cooperação ou outro instrumento firmado entre a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e os respectivos órgãos de registro de bens e direitos, ainda não foi concretizado, sendo a informação realizada por malote digital do Poder Judiciário.

Questão a ser debatida é o alcance do termo “indisponível” agora presente no art. 20-B, § 3º, II, da Lei 10.522/2002, porquanto nem mesmo a futura penhora de um bem, no trâmite da execução, pode torná-lo indisponível para fins legais. O bem

II - determinar a averbação pré-executória dos bens indicados em substituição pelo devedor ou corresponsável e, quando for o caso, o cancelamento da averbação nos registros dos bens ou direitos anteriormente averbados.

Art. 30. Não apresentada ou rejeitada a impugnação, a execução fiscal deverá ser encaminhada para ajuizamento no prazo de até 30 (trinta) dias contados, conforme o caso, do primeiro dia útil após esgotado o prazo para impugnação ou da data da ciência de sua rejeição, observado o disposto no art. 36, § 2º, desta Portaria.

Parágrafo único. O não encaminhamento da petição inicial para ajuizamento da execução fiscal no prazo previsto no caput ensejará o levantamento da averbação pré-executória, ressalvada a suspensão da exigibilidade do débito antes do efetivo ajuizamento.

¹⁸⁷ Art. 24. As informações necessárias à averbação pré-executória serão encaminhadas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional aos seguintes órgãos de registro de bens e direitos:

I - cartórios de registro de imóveis, relativamente aos bens imóveis;

II - órgãos ou entidades nos quais, por força de lei, os bens móveis ou direitos sejam registrados ou controlados; ou

III - cartórios de títulos e documentos e registros especiais do domicílio tributário do devedor ou corresponsável, relativamente aos demais bens e direitos.

§ 1º. A averbação de que trata o caput far-se-á por meio eletrônico, mediante acordo de cooperação ou outro instrumento firmado entre a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional e os respectivos órgãos de registro de bens e direitos.

§ 2º. O Procurador da Fazenda Nacional poderá promover a averbação pré-executória diretamente nos órgãos de registro de que trata o caput, quando:

I - tratar-se de débitos de elevado valor, conforme definido em ato do Ministro de Estado da Fazenda;

II - tratar-se de débitos nos quais estejam presentes as circunstâncias de crime contra a ordem tributária; ou

III - constatados indícios da prática de atos tendentes ao esvaziamento patrimonial com a finalidade de frustrar a cobrança executiva.

§ 3º. O órgão de registro comunicará à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional a efetivação da averbação pré-executória no prazo máximo de 10 (dez) dias contados da data do recebimento das informações referidas no caput.

penhorado ainda pode ser objeto de negócio jurídico, por exemplo. A penhora apenas rege a preferência do credor quando da excussão do bem constrito, bem como individualiza a parte do patrimônio do devedor que está atrelada à determinada execução.

Assim, pelo que se pode compreender do termo “indisponível” usado para fins da Lei 13.606/2018 e expresso no art. 27 da Portaria PGFN nº 33/2018 ¹⁸⁸ parece mais sinalizar a intenção do Poder Público de dar publicidade da existência do crédito em favor da Fazenda Pública, evitando-se futura e eventual fraude à execução, bem como parece já individualizar a parte do patrimônio do devedor que estará sujeita à futura penhora na execução fiscal que deverá ser ajuizada, como

¹⁸⁸ Art. 27. Independentemente do prazo previsto no art. 26, o terceiro adquirente poderá impugnar a averbação pré-executória, quando:

I - no caso de bens imóveis:

a) a aquisição houver ocorrido em data anterior à inscrição, por contrato de alienação, promessa de compra e venda ou escritura pública de compra e venda, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público;

b) a aquisição houver ocorrido em data posterior à inscrição, por contrato de alienação, promessa de compra e venda ou escritura pública de compra e venda, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público, caso em que o terceiro deverá indicar à averbação os bens reservados pelo alienante, nos termos do art. 185, parágrafo único, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996 (Código Tributário Nacional).

II - no caso de bens móveis:

a) a aquisição houver ocorrido em data anterior à inscrição, desde que tenha havido a comunicação de venda de que trata o art. 134 da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), no caso de veículos, ou mediante apresentação de contrato de alienação, de promessa de compra e venda ou de cessão ou promessa de cessão de direitos, desde que os respectivos instrumentos tenham sido levados ao competente registro público;

b) a aquisição houver ocorrido em data posterior à inscrição, caso em que o terceiro deverá indicar à averbação os bens reservados pelo alienante, nos termos do art. 185, parágrafo único, da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1996 (Código Tributário Nacional).

fica expresso no art. 31 da Portaria PGFN nº 33/2018 ao mencionar expressamente “Enquanto não ajuizada a execução fiscal...”.¹⁸⁹

Todavia, a própria PGFN (2018) em seu site no dia seguinte à promulgação da Lei 13.606/2018 afirma em artigo intitulado “Bens de devedores da União não poderão ser alienados” que:

Uma das principais inovações é a possibilidade de averbação da certidão de dívida ativa (CDA) nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis. Isso significa que os bens de devedores da União passíveis de registro, como imóveis, automóveis, embarcações e aeronaves serão previamente identificados pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) e sofrerão uma restrição administrativa que impede sua alienação.

Observa-se que a expropriação – perda da propriedade do bem para saldar a dívida –, continua dependendo de decisão judicial e que aplicações financeiras não serão atingidas pela medida.

De acordo com estudo elaborado pela Procuradoria, no período de 2012 a 2017, devedores já inscritos em dívida ativa alienaram imóveis num montante superior a R\$ 50 bilhões, prejudicando a União e os terceiros de boa-fé que compraram esses bens.

¹⁸⁹ DA SUBSTITUIÇÃO E DO CANCELAMENTO DA AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA

Art. 31. Enquanto não ajuizada a execução fiscal, o Procurador da Fazenda Nacional poderá, de ofício ou a requerimento do devedor ou corresponsável, determinar a substituição do bem ou direito gravado com a averbação pré-executória, observadas as disposições constantes nesta Portaria.

Art. 32. Configuram hipóteses de cancelamento da averbação pré-executória:

I - a extinção do débito que deu origem à averbação;

II - a procedência da impugnação do devedor;

III - a desapropriação pelo Poder Público;

IV - a decisão judicial;

V - o não encaminhamento da petição inicial para ajuizamento da execução fiscal, nos termos do art. 30.

Parágrafo único. O cancelamento da averbação pré-executória deverá ser realizado no prazo máximo de 10 (dez) dias contados da data da ocorrência das hipóteses descritas nos incisos I a III e V ou, no caso do inciso IV, no prazo estabelecido na decisão judicial.

Embora essas alienações já possam ser caracterizadas como fraude à execução (art. 185 do CTN), é necessário desconstituí-las judicialmente, o que pode levar anos ou mesmo décadas. Isso gera uma perda de eficiência no processo de recuperação do crédito público, que se pretende eliminar daqui para a frente.

Assim, uma das finalidades desse dispositivo é proteger terceiros de boa-fé que inadvertidamente pretendam adquirir esses bens. De fato, nem sempre o comprador tinha conhecimento das pendências fiscais do devedor e acabava sendo surpreendido posteriormente com a penhora do bem, causando-lhe enormes transtornos. A averbação da indisponibilidade no cadastro impedirá que o bem seja alienado.

A indisponibilidade administrativa também viabilizará o ajuizamento seletivo previsto no art. 20-C da Lei 10.522/2002, também introduzido pela Lei nº 13.606/2018. Pretende-se cobrar judicialmente apenas devedores com patrimônio previamente identificado, colaborando para desafogar o Judiciário, que atualmente processa mais de 4,5 milhões de execuções fiscais ajuizadas pela PGFN.

Destaca-se que somente débitos já inscritos em dívida ativa, ou seja, que tiveram sua legalidade previamente confirmada pela PGFN, poderão desencadear a indisponibilidade patrimonial. De outra parte, assim que o débito for pago, a indisponibilidade será imediatamente removida.

Por fim, a indisponibilidade administrativa de bens de devedores do Estado é prática corrente nas Administrações Tributárias internacionais, cuja efetividade é reconhecida pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) como medida de salvaguarda do crédito público.

Outro ponto que deve ser esclarecido é a forma de entrega da notificação ao devedor para fins de pagamento da dívida constante do título executivo, visto que o mecanismo constante do art. 20-B, § 1º, ¹⁹⁰ pode ainda gerar insegurança jurídica. Presumir que houve a entrega da notificação quinze dias após sua expedição, e

¹⁹⁰ Art. 20-B (...) § 1º A notificação será expedida por via eletrônica ou postal para o endereço do devedor e será considerada entregue depois de decorridos quinze dias da respectiva expedição

abrir-se automaticamente a contagem do prazo de cinco dias para pagamento, pode ocasionar insegurança. Como é relevante o poder conferido à Fazenda Pública, que é o de extrajudicialmente buscar bens do devedor e o de averbar nos registros públicos a existência do título executivo, entende-se que seria mais seguro obter maior grau de certeza quanto ao recebimento da notificação pelo devedor. Em agravante ainda temos a Súmula Vinculante do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF nº 110, que veda expressamente a intimação do advogado do contribuinte:

No processo administrativo fiscal, é incabível a intimação dirigida ao endereço de advogado do sujeito passivo.

No sistema judicial de cobrança executiva da obrigação tributária, cabe à jurisdição a prática dos atos materiais de execução de direitos, ainda que não o faça autor do processo. O autor da execução fiscal, mesmo a judicial, é a Administração, a quem cabe realizar diligências prévias e, em tese, coordenar o processo de execução, selecionando a melhor forma de cobrança.

Ocorre que, na prática, como é a jurisdição quem analisa e defere, ou não, os pedidos da Administração, acaba atribuindo-se a este último a função de simples orientador da atuação da jurisdição, que é quem, efetivamente, escolhe a melhor forma de desenvolvimento do processo de execução fiscal e, ao final, executa os atos materiais de cobrança: é o juiz quem analisa a pertinência dos atos concretos de execução; e é o aparato judicial que cita, penhora, avalia e vende, ou, ao menos, coordena a venda.

O sistema de execução fiscal judicial apresenta a vantagem da segurança concedida aos executados, ao exigir a análise de juridicidade de dois Poderes estatais, Estado-Administração e Estado-Juiz, antes da prática dos atos de execução. Todavia, a exigência desse duplo controle, ao se exigir a atuação de dois Poderes, Executivo e Judiciário, com a análise prévia da juridicidade de cada um dos atos de execução, cria um sistema lento, caro e ineficiente.

Como constante do site do CNJ (2019) em seu item Justiça em Números, historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como o principal fator de morosidade do Poder Judiciário. O executivo fiscal chega a juízo depois que as

tentativas de recuperação do crédito tributário se frustraram na via administrativa, provocando sua inscrição na dívida ativa. Dessa forma, o processo judicial acaba por repetir etapas e providências já adotadas de localização do devedor ou patrimônio capaz de satisfazer o crédito tributário, sem sucesso, pela administração fazendária ou pelo conselho de fiscalização profissional. Assim, predominam títulos de dívidas antigas sendo ajuizadas, tendo por consequência menor probabilidade de recuperação.

Como constante do site do CNJ (2019) em seu item Justiça em Números, os processos de execução fiscal representam, aproximadamente, 39% do total de casos pendentes e 73% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 90%. Ou seja, de cada cem processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2018, apenas 10 foram baixados. Desconsiderando esses processos, a taxa de congestionamento do Poder Judiciário cairia em 8,5%, passando de 71,2% para 62,7% em 2018. O maior impacto das execuções fiscais está na Justiça Estadual, que concentra 85% dos processos. A Justiça Federal responde por 15%; a Justiça do Trabalho por 0,28%, e a Justiça Eleitoral, por apenas 0,01%. Portanto, o impacto desses processos nos acervos é mais significativo na Justiça Federal e Estadual. Na Justiça Federal, os processos de execução fiscal correspondem a 45% do seu acervo total, conhecimento e execução, já na Justiça Estadual significam 42%; na Justiça do Trabalho, a 2%; e na Justiça Eleitoral, a 2%. Esses percentuais têm se mantido estáveis ao longo da série histórica observada desde 2009.

A maior taxa de congestionamento de execução fiscal está na Justiça Federal com 93%, seguida da Justiça Estadual com 89%, e da Justiça do Trabalho representando 85%. A menor taxa é a da Justiça Eleitoral com 83%. Em 2018 foi verificado no total de casos pendentes, pela primeira vez na série histórica, redução dos processos pendentes de execução fiscal de -0,4%. Novas execuções fiscais em 2018 foram reduzidas -7,7%. A redução do acervo, aliada ao aumento do número de baixados de 25,8%, fez com que a taxa de congestionamento fosse reduzida em 2% no exercício de 2018.

O tempo de giro do acervo das execuções fiscais é de 8 anos e 8 meses, assim esse seria o período para que o Judiciário conseguisse julgar todo o acervo em tramitação, demonstrando a lentidão do processo judicial de execução fiscal e a necessidade de novas alternativas para desobstruir o processo judicial em nosso ordenamento e agilizar o ingresso de receitas públicas de todos os entes da Federação.

À administração pública já são assegurados inúmeros instrumentos legais de coerção do devedor para o recebimento de créditos decorrentes de tributos e seus apensos, multa, juros etc.. Nesse sentido, identificam-se na Lei 6.830/1980, que regula a execução pela Fazenda Pública, vários mecanismos que facilitam o recebimento do crédito fiscal. Igualmente temos a Lei 8.397/1992, que permite o ajuizamento de medida cautelar fiscal contra devedores insolventes., assim como o já mencionado art. 185-A do CTN, recepcionado pela Constituição Federal como lei complementar, o qual aduz que a indisponibilidade de bens do devedor fiscal se dará mediante a prolação de decisão judicial no curso da execução fiscal. Portanto, o artigo 185-A do CTN perfaz norma objetiva e expressa exigindo, para a constrição de bens do devedor, a:

1. existência de uma Execução Fiscal prévia;
2. citação do executado para pagar a dívida espontaneamente ou apresentar bens à penhora que a garantam; e
3. prolação de decisão judicial prévia determinando a constrição de eventuais bens do devedor.

Observe-se que a eficiente e eficaz execução pela Fazenda Pública de seus créditos deve ser motivo de resguardo pela legislação ao assegurar mecanismos rápidos e conclusivos de excussão dos bens porquanto a garantia do recebimento desses créditos e sua adequada e idônea aplicação propiciam o desenvolvimento socioeconômico necessário à comunidade representada pelos cidadãos brasileiros.

Entretanto, ainda que, em regra, o interesse público deva prevalecer sobre o privado, não pode o Estado intervir de forma desproporcional e desarrazoada na

vida privada das pessoas físicas ou jurídicas, sob pena de desrespeito à democracia e sua máxima expressão ínsita nos direitos fundamentais fixados pela Magna Carta.

Quando o Estado se permite invadir o patrimônio de um cidadão ou de uma empresa sem o devido processo legal, não necessariamente judicial, mas podendo ser administrativo, resta claro serem ambas as esferas judicial e administrativa sítios razoáveis para a excussão patrimonial, desde que respeitado o direito fundamental ao contraditório. Vale ressaltar que a democracia garante muito mais que o direito ao voto secreto e universal, ela garante o direito à propriedade privada, justificando-se somente sua indisponibilidade somente após esgotadas todas as oportunidades de defesa do executado.

A previsão da indisponibilidade patrimonial em procedimentos administrativos sem processo contraditório expressamente assegurado pela Lei 13.606/2018, ao facultar à Fazenda Pública da União averbar a Certidão de Dívida Ativa (CDA) em direitos sujeitos a arresto e penhora, tornando-os indisponíveis, sem a avaliação do Poder Judiciário ou órgãos colegiados na esfera administrativa, mostra-se conflituosa com o ordenamento pátrio, sugerindo a necessidade de aprimoramento do processo de execução fiscal administrativa, resguardando as prerrogativas do contraditório às partes envolvidas, sem necessariamente dar-se na esfera jurisdicional, como visto, asoberbada pelas demandas do Tesouro Público, mas podendo ser atribuição de órgão colegiado administrativo com a participação de ambas as partes, credor e devedor.

Nesse sentido, a indisponibilização extrajudicial fiscal fixada pela Lei 13.606/2018 poderia ter fixado órgão colegiado administrativo, com a participação de contribuintes, para apreciar impugnações às indisponibilizações nela previstas, a exemplo do já existente Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, órgão

que hoje ainda não possui atribuição de revisão do tema, conforme Súmula CARF nº 109, aprovada em 03.09.2018,¹⁹¹

O órgão julgador administrativo não é competente para se pronunciar sobre controvérsias referentes a arrolamento de bens.

Trata-se de Súmula Vinculante, conforme art. 1º da Portaria ME nº 129 de 01/04/2019, DOU de 02/04/2019.¹⁹² Ou seja, inexistente um órgão administrativo coletivo com a participação dos contribuintes para apreciar recursos relativos à averbação pré-executória. Todavia, o art. 5º, § 1º, da Portaria PGFN nº 33/2018 em apreço reconhece o CARF como órgão normatizador do crédito tributário ao dispor:

Art. 5º. Se, no exame de legalidade, for verificada a existência de vícios que obstem a inscrição em dívida ativa da União, o Procurador da Fazenda Nacional devolverá o débito ao órgão de origem, sem inscrição, para fins de correção.

§ 1º. Não serão inscritos em dívida ativa da União (...)

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;

Assim, caso o contribuinte seja proprietário de um imóvel ou de um veículo automotor, poderá a Fazenda Pública, hoje da União, mas no futuro de outros entes da Federação com certeza, requerer ao CRI ou ao DETRAN a averbação da CDA em seus registros, tornando o bem indisponível, podendo ser sem qualquer contraditório, se não intimado o contribuinte em quinze dias ou não pago em cinco dias.

¹⁹¹ Acórdãos Precedentes: 1102-001.029, de 11/03/2014; 1301-001.229, de 12/06/2013; 2401-005.053, de 12/09/2017; 2402-005.025, de 17/02/2016; 2402-005.692, de 14/03/2017; 3302-005.305, de 20/03/2018.

¹⁹² Art. 1º Fica atribuído às súmulas do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF, relacionadas no Anexo Único desta Portaria, efeito vinculante em relação à Administração Tributária Federal.

O artigo 146 da Constituição Federal prevê como matéria exclusiva de lei complementar as regras gerais sobre legislação tributária, especialmente quando referentes a obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência.¹⁹³

A matéria ora discutida está diretamente ligada ao crédito tributário, a nova norma apresentaria traços de inconstitucionalidade formal, uma vez que, deveria ter sido aprovada mediante quórum qualificado, nos termos exigidos para a aprovação de lei complementar, diferentemente do que ocorreu, uma vez que, foi adotado o procedimento para aprovação de lei ordinária.

O direito de propriedade está inserido no rol dos Direitos e Garantias Fundamentais consagrados pela Constituição Federal, com previsão no art. 5º caput e XXII e LIV, vedado ser o cidadão privado de seus bens sem o devido processo legal, sendo sua indisponibilização *modus* para privação dos bens de seu titular. O devido processo legal está expressamente previsto no art. 5º, LIV, ao preconizar que *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”*. Cuida-se de garantia inafastável e irrenunciável, sem a qual se deslegitima a própria função jurisdicional. Isso porque o Estado, enquanto detentor do monopólio da referida atividade, na medida em que proíbe a justiça com as próprias mãos, tem o dever criar mecanismos para que a norma atue concretamente, sem abuso ou tratamento materialmente desigual, buscando-se incansavelmente o ideal do justo processo.

A relevância atribuída pelo constituinte ao devido processo legal foi de tal monte que a sua inobservância em regra acarreta a invalidação do ato viciado. Nesse sentido, nossa Magna Carta apresenta vários princípios e garantias intimamente relacionados ao *due process of law*, a exemplo do contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a igualdade, a presunção de inocência, a publicidade e a motivação das decisões.

¹⁹³ “Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) III – estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:(...) b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;”

A doutrina, já reconhecida pela jurisprudência do STF, que costuma apontar duas dimensões para o devido processo legal; a primeira, em sentido formal, consiste na estrita observância da lei processual, devendo o Estado cumprir a ritualística limitadora da sua atuação; a segunda, em sua concepção substancial (*substantive due process of law*), vai além, ao determinar que o processo seja justo, adequado, não sendo suficiente a mera observância da lei, devendo esta ser equilibrada, vedando-se a arbitrariedade.

Nossa Carta Magna é peremptória ao fixar no art. 5º, LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, como os meios e recursos a ela inerentes.” Observe-se que o dispositivo constitucional em apreço inovou ao dispor sobre a obediência ao princípio do contraditório e ampla defesa em sede administrativa, não estando, portanto, restrito ao processo judicial. Portanto, nossa Lei Fundamental assegurou a obediência ao princípio do contraditório e ampla defesa no processo administrativo em que haja litigantes e acusados, caso da execução fiscal na esfera administrativa onde temos Tesouro versus contribuinte.

Ou seja, há de verificar no processo administrativo a necessária sucessão de atos administrativos previstos em lei, tendentes a minimizar a restrição indevida à esfera de direitos do contribuinte. Sendo a Lei 9.784/1999, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal expressa na observância obrigatória pela Administração dos princípios componentes do devido processo legal:

Art. 2º A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Resta clara, portanto, a importância constitucional dada ao direito de propriedade, que, mesmo não sendo absoluto, não pode ser violado de forma desproporcional e desarrazoada, devendo para tanto observar necessariamente o *due process of law*. Importante salientarmos que a propriedade é o direito real mais completo de nosso ordenamento jurídico, elemento fundamental para o indivíduo e a sociedade, sendo essencial que possa dele dispor seu proprietário quando assim o

desejar ou necessitar, nos termos do art. 1.228 do CCB/2002.¹⁹⁴ Portanto, um dos direitos fundamentais da propriedade é o de dispor da coisa, direito este que, de acordo com a nova disposição legal, poderá ser suprimido do contribuinte, de modo unilateral pela Fazenda Pública sem o devido processo judicial e sem prazo para retorno a seu titular.

Portanto, ao passar pela análise de um juiz de direito imparcial, sujeito à revisão por instâncias superiores, não se configura a arbitrariedade do procedimento unilateral adotado, dando lisura à possível restrição de direito à propriedade, mas permitindo ao contribuinte o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Tal posicionamento vê-se sustentado e contestado no âmbito de nossa sociedade, como a seguir demonstrado para o caso concreto em exame da averbação pré-executória.

Gustavo Perez Tavares e Leandro Lopes Genaro (2018), advogados, ao analisarem a normatização da Lei 13.606/2018 pela Portaria PGFN 33/2018, reiteram o afronte aos princípios constitucionais e estigmatização do contribuinte/devedor pela norma em apreço, *ipsis litteris*:

Ora, a atividade governamental só se legitima juridicamente quando praticada nos estritos ditames legais e constitucionais e, fora destes, traduz-se em arbitrariedade. No Brasil, goste ou não, o caminho previsto pelo legislador para a satisfação do crédito tributário, com a restrição de direitos e a indisponibilidade e expropriação de bens a ela inerentes, passa pelo Poder Judiciário, através do ajuizamento da respectiva ação de execução fiscal, como determina a Constituição Federal em seu artigo 5º, LIV (o aparentemente esquecido “devido processo legal”).(...)

A nova penhora administrativa deturpa ilegalmente a forma de cobrança do crédito tributário, criando a figura do contribuinte-fraudador-até-que-se-prove-o-contrário, ao permitir restrição aos seus bens como se fraudador fosse. É o famoso

¹⁹⁴ Art. 1.228 O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

argumento Minority Report: pune-se o cidadão antes do cometimento da infração.

E as punições, ao contrário do que o artigo mais recente dá a impressão, são extremamente gravosas e nocivas à atividade empresarial brasileira, podendo chegar, inclusive, na rescisão de concessão ou contrato celebrado com o Poder Público (artigo 7º, VI e VIII, da Portaria PGFN 33/2018). Ora, para quem buscava a “atuação racional e eficiente, com o objetivo de reduzir a litigiosidade”, a adoção de medidas tão extremas induz a um comportamento contrário, abalando por completo a confiança do empresariado e dos advogados nessa “nova” postura da PGFN.

Por outro lado, Rita Dias Nolasco e Rogério Campos (2018), procuradores da Fazenda Nacional, consideram ser a averbação pré-executória um instrumento inovador em nosso ordenamento condizente com a necessidade de tornar a cobrança do crédito tributário mais eficaz, concedendo efetividade à tutela jurisdicional, que passa a sujeitar-se ao prévio esgotamento de diligências administrativas e localização de bens penhoráveis, não visualizando ofensa a disposições constitucionais, *ipsis verbis*:

Questiona-se, portanto, qual direito se estaria a tutelar com a averbação pré-executória e, em contrapartida, qual direito estaria a sofrer suposta violação?

Conforme previsão do novo CPC “O devedor responde com todos os seus bens presentes e futuros para o cumprimento de suas obrigações, salvo as restrições estabelecidas em lei (artigo 789)”, é inegável que a averbação pré-executória tem por finalidade precípua dar publicidade à terceiros da existência de débitos inscritos em dívida ativa. Tutela-se, assim, a segurança jurídica e a boa-fé objetiva, bem assim, se contextualizado o instituto no novo modelo de cobrança da Dívida Ativa da União, a eficiência e efetividade da prestação jurisdicional, servindo como ferramenta compensadora da limitação ao exercício irrestrito do direito de ação (artigo 20-C da Lei [2]).

A indisponibilidade, mera consequência da averbação, tem nítida e primordial função conservativa, pois impede o devedor de se desfazer do patrimônio, lesando não apenas a Fazenda Nacional, mas terceiros e quartos que podem se ver inseridos em cadeia de alienação sucessiva que ruirá no momento em que reconhecida a ineficácia, cuja causa não se podia exigir naquela altura da cadeia de aquisições. Evita-se, assim, a

fraude, exige-se a conformação do devedor ao dever de mitigar os prejuízos (duty to mitigate the loss).(...)

Ressalta-se, uma vez mais, que averbação pré-executória está inserida no contexto do ajuizamento seletivo tendo em vista que, de acordo com o artigo 20-C o ajuizamento da execução fiscal ficará condicionado a demonstração de potencialidade mínima de satisfação do crédito fazendário. Trata-se de um novo modelo que tornará a cobrança do crédito tributário mais efetiva, demandando a previsão de instrumentos que assegurem o interesse público, a eficiência e a efetividade da tutela jurisdicional, agora sujeita ao prévio esgotamento de diligências administrativas e localização de bens penhoráveis.

Não se diga, ademais, que a medida supostamente draconiana não guarda aderência com a Constituição Federal, jamais concebida. Há na legislação modelos ainda mais invasivos e abrangentes de indisponibilidade decorrente de atos extrajudiciais, passando todos ao largo da discussão de constitucionalidade, podendo-se citar: artigo 36 da Lei 6.024, de 1974; artigo 23, § 4º, III e artigo 24-A da Lei 9.656, de 1998; Lei 6.435, de 1977 (superada pela LC 109/01); artigo 59 da Lei Complementar 109, de 2001 e; § 2º do Artigo 44 da Lei 8.443, de 1992.

Vê-se, portanto, que desde a década de 70 a indisponibilidade, enquanto instrumento fundamental para atribuir organicidade e efetividade a modelo de atuação extrajudicial, é fartamente admitida pelo ordenamento. Questiona-se: os supostos interesses republicanos que movem a prematura cruzada contra a averbação pré-executória estavam ausentes naquelas hipóteses?

O novo modelo de cobrança da dívida ativa, concebido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) vai além de suas medidas embrionárias, como a Portaria PGFN 396 de 20 de abril de 2016 que previu o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos. Esse novo modelo, agora amadurecido, está alinhado com as boas práticas preconizadas pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), visando gerar maior eficiência na recuperação do crédito tributário.

Nesse particular, da adesão do Brasil à OCDE (acession process), há que se reconhecer que são exigidas diversas adequações para alinhamento às melhores práticas regulatórias internacionais compatíveis com os desafios da economia mundial no século 21. A averbação pré-executória, tornando os bens indisponíveis pela Administração Tributária,

está de acordo com as recomendações feitas para garantia do pagamento de dívidas tributárias.

Não existe forma milagrosa para aumentar a efetividade da cobrança de débitos tributários a não ser fortalecendo a fase administrativa com mecanismos ágeis para evitar fraudes e dilapidação patrimonial, respeitando o devido processo legal na esfera administrativa, e utilizando a execução fiscal como última forma de cobrança.

Nesse mesmo sentido, Luiz Henrique Teixeira da Silva:

“Importante inovação no campo das indisponibilidades patrimoniais veio à lume, e em favor da dívida ativa da União, com a possibilidade de indisponibilizar bens e direitos mediante a averbação de certidão de dívida ativa - CDA - junto aos respectivos registros, visando ao arresto ou à penhora no futuro processo de execução fiscal. Tal prerrogativa foi batizada de averbação pré-executória

A alteração legislativa, introduzida pela Lei nº 13.606/2018, inseriu o artigo 20-B na Lei nº 10.522/2002, que assim restou redigido:(...)

A partir dessa previsão, a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editou a Portaria PGFN nº 33/2018 que, dentre outros assuntos, trata em seus arts. 21 a 32 do que convencionou denominar de averbação pré-executória. Registramos que o regulamento fora aprovado com fulcro no art. 20-E da Lei nº 10.522/2002³⁶ e tem sua vigência datada para 1º de outubro de 2018.

Malgrado discussões acerca da constitucionalidade do dispositivo legal", com as quais temos reservas - primeiro, porque a disposição sequer priva o titular de seus bens, mas meramente restringe o direito de propriedade, havendo, em segundo lugar, garantias do devido processo legal no âmbito administrativo por meio da portaria de regência -, fato é que se trata de importante evolução em prol do que se entende por execução fiscal administrativa.

Pode-se até mesmo afirmar que a alteração legislativa em foco realiza parcialmente o que o Projeto de Lei nº 5.080/2009³⁸ não logrou obter, afinal esse curto artigo 20-B da Lei nº 10.522/02 contém o núcleo fundamental da execução fiscal administrativa.

De toda a sorte, vê-se com bons olhos a mudança. Atinge-se, com ela, não somente maior adequação e celeridade em prol

da satisfação do crédito público, como promove, ainda que parcialmente, a "desjudicialização" do processo de execução fiscal, permitindo que o Poder judiciário lide com maior propriedade com um de seus grandes gargalos, senão o maior deles, e passe a tratar unicamente das execuções fiscais que possuam capacidade de serem saldadas, atuando nas fases de questionamento da dívida e de expropriação dos bens.

Rendemos, portanto, aplausos à inovação legislativa. (2019, 233)

A motivação de se cobrar judicialmente apenas devedores com patrimônio previamente identificado é justificada pelas mais de 4,5 milhões de execuções fiscais ajuizadas pela PGFN. Afirmam os autores acima ser a indisponibilidade administrativa de bens de devedores do Estado prática corrente nas administrações tributárias internacionais, cuja efetividade é reconhecida pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) como medida de salvaguarda do crédito público. Conforme a CNF (2018) a PGFN defende que a novidade foi proposta a partir de uma recomendação do Tribunal de Contas da União (TCU) em decisão que determinou à União a apresentação de um plano de ação para melhorar a recuperação dos débitos inscritos em Dívida Ativa da União.

Todavia, em levantamento realizado pela mesma OECD (2020, 31) identificou o Brasil em 2018 com sua carga tributária constituindo 33.1% de PNB como a segunda mais alta da América Latina e Caribe, só perdendo para Cuba com seus 42,1%. Ademais, ao argumento apresentado pelos representantes da Fazenda Pública para justificar as novas medidas em razão de tais medidas serem adotadas por vários países membros da OCDE, observa-se que esses possuem contexto fiscal muito mais claro e simples que o nacional, como demonstrado por estudo realizado pelo Banco Mundial e pela PWC (2018, 92), onde o Brasil apresenta-se como o país no qual mais se gastam horas para calcular tributos (total de 1.958 horas anuais), demonstrando a complexidade e alteridade de nosso ordenamento quanto ao tema tributário.

Ademais, observa-se nos exemplos mencionados pelos procuradores da fazenda nacional que efetivamente o instituto da indisponibilidade tem-se dispersado em inúmeros setores da economia brasileira, como o art. 36 da Lei 6.024/1974,

intervenção e a liquidação extrajudicial de instituições financeiras; art. 23, § 4º, III e art. 24-A da Lei 9.656/1998, planos e seguros privados de assistência à saúde; art. 59 da Lei Complementar 109/2001; entidades de Previdência Complementar sob intervenção ou liquidação extrajudicial e § 2º do art. 44 da Lei 8.443/1992, tomada e prestação de contas de servidores perante o Tribunal de Contas da União. Como pode observar-se os exemplos relacionam-se a legislação específica voltada para setores com elevada sensibilidade socioeconômica a exemplo de planos de saúde, previdência e sistema financeiro. Todavia, há de se reconhecer que tal profusão de normas espelha o uso, e quiçá, o abuso, do instituto da indisponibilidade em nosso ordenamento como instrumento de coerção, muitas vezes justificável, outras não.

Desse modo, evidencia-se que a inovação trazida pela Lei 13.606/2018 apresenta-se como medida polêmica que permitiria o bloqueio pela União de bens de devedores, sem a necessidade de autorização judicial. Dessa forma, no jargão jurídico, imóveis e veículos poderiam sofrer constrição logo após a inscrição do débito tributário em dívida ativa. Bastará à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN) localizar uma propriedade, por exemplo, e notificar o devedor, que terá cinco dias para quitar o débito. Caso contrário, esses bens ficariam indisponíveis para venda.

Como informa Balduchi (2018), o dispositivo inseriu em nosso ordenamento mais uma das possibilidades que a PGFN possui para recuperar débitos. Hoje o órgão já dispõe da penhora on-line de valores em conta bancária (BACENJUD/SISBAJUD) e o protesto de certidão de dívida ativa. A diferença é que no caso do BACENJUD/SISBAJUD a ordem para bloquear depósitos em conta corrente vem de um magistrado. Conforme o coordenador-geral de Estratégias de Recuperação de Créditos da PGFN, Daniel de Saboia Xavier, além da recuperação de créditos, o bloqueio é uma forma de reduzir litígios e proteger terceiros. Para ele, a nova forma de bloqueio é legal, pois os dispositivos são uma complementação ao que prevê o artigo 185 do Código Tributário, que trata da fraude à execução, em ações de cobrança de tributos. Para o procurador, portanto, efeitos da inscrição em dívida ativa podem ser definidos por lei ordinária, como é o caso do novo instrumento.

Balduchi.(2018) menciona a existência de mecanismos semelhantes em outros países da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), segundo Cristiano Lins de Moraes, procurador-geral adjunto da Dívida Ativa da União e a seguir examinado.

6.6. INDISPONIBILIZAÇÃO FISCAL NO DIREITO FORÂNEO

A questão da indisponibilização de bens do devedor na esfera fiscal é sobremaneira relevante em face dos valores ali disputados e do interesse social nele presente. Tal conflito mostra-se espargido pelos estados modernos carentes de recursos para implementação de suas políticas públicas, marco do estado social hodierno. Nesse sentido são apresentados a seguir o tratamento dado pelo ordenamento de alguns estados contemporâneos em termos de órgãos, procedimentos e eficiência.

João Aurino de Melo Filho (2017, 34) distingue três sistemas de cobrança executiva da obrigação tributária no direito forâneo: judiciais, administrativos e sincréticos. O sistema judicial de cobrança tributária, típico do Brasil, também se apresenta em ordenamentos como o do Uruguai, Paraguai, Venezuela ou Chile. Em outra seara temos vários ordenamentos com a execução fiscal se restringindo à esfera administrativa, exceto a fase recursal, a exemplo da Espanha, México, Peru, Bolívia, França, Portugal ou Alemanha Já em outros ordenamentos tem-se o modelo sincrético, ou seja, parcialmente administrativo e judicial, a exemplo da Argentina e Estados Unidos. A seguir são descritos alguns dos procedimentos de execução fiscal nesses ordenamentos nacionais.

Melo Filho (2017, 35) informa ter o legislador uruguaio adotado o sistema de execução fiscal judicial, outorgando à Administração Tributária ação executiva para

cobrança dos créditos tributários e dos créditos fiscais como um todo, como fixado no art. 91 do Código Tributário do Uruguai, Decreto Ley nº 14.306/1974 ¹⁹⁵.

Assim, no Uruguai, os atos executórios são de responsabilidade exclusiva da autoridade judiciária, e seguem o mesmo procedimento dos processos de execução dos demais títulos extrajudiciais, ainda que peculiaridades marquem o processo executório fiscal, como a formação do título, a forma de comunicação processual, pela delimitação específica dos meios de discussão judicial, que também se processam perante o magistrado e pelas hipóteses peculiares de suspensão do

¹⁹⁵ Artículo 91 (Juicio ejecutivo).- La Administración tendrá acción ejecutiva para el cobro de los créditos fiscales que resulten a su favor según sus resoluciones firmes. A tal efecto, constituirán títulos ejecutivos los testimonios de las mismas y los documentos que de acuerdo con la legislación vigente tengan esa calidad siempre que correspondan a resoluciones firmes.

Son resoluciones firmes las consentidas expresa o tácitamente por el obligado y las definitivas a que se refieren los artículos 309 y 319 de la Constitución de la República.

En los juicios ejecutivos promovidos por cobro de obligaciones tributarias no serán necesarias la intimación de pago prevista en el inciso 6º del artículo 53 de la ley 13.355 de 17 de agosto de 1965, ni la conciliación y sólo serán notificados personalmente el auto que cita de excepciones y la sentencia de remate. Todas las demás actuaciones, incluso la planilla de tributos, se notificarán por nota.

Sólo serán admisibles las excepciones de inhabilidad del título, falta de legitimación pasiva, nulidad del acto declarada en vía contencioso - administrativa, extinción de la deuda, espera concedida con anterioridad al embargo y las previstas en el artículo 246 del Código de Procedimiento Civil.

Se podrá oponer la excepción de inhabilidad cuando el título no reúna los requisitos formales exigidos por la ley o existan discordancias entre el mismo y los antecedentes administrativos en que se fundamente, y la excepción de falta de legitimación pasiva, cuando la persona jurídica o física contra la cual se dictó la resolución que se ejecuta sea distinta del demandado en el juicio.

El procedimiento se suspenderá a pedido de parte:

A) Cuando al ser citado de excepciones el ejecutado acredite que se encuentra en trámite la acción de nulidad contra la resolución que se pretende ejecutar; ejecutoriada la sentencia pertinente se citará nuevamente de excepciones a pedido de parte.

B) Cuando se acredite que la Administración ha concedido espera al ejecutado. El juez fijará los honorarios pertenecientes a los curiales intervinientes por la Administración. Contra esa fijación habrá recurso de apelación. La sentencia de segunda instancia causará ejecutoria.

processo executivo, assim como a designação de interventor pelo juiz nas empresas inadimplentes, *ex vi* do art. 90 ¹⁹⁶.

No caso do Paraguai, conforme Melo Filho (2017, p.36), existe um processo especial para cobrança das obrigações tributárias, em rito mais rápido e com menos formalidades do que a execução comum, ainda que muito a ele se assemelhe. A Ley nº 125, de 18.12.1991, que dispôs sobre o Novo Regime Tributário do Paraguai, dispõe em seu art. 229,¹⁹⁷ caber à Administración Tributaria, por meio da Advocacia do Tesouro, o ajuizamento da ação de execução fiscal judicial, fundada no certificado expedido pela Administración. O efetivo processo executivo judicial deverá seguir, nos termos do art. 231 ¹⁹⁸, a processualística de execução judicial comum para títulos extrajudiciais. Todavia, existe um rol específico de exceções, como os procedimentos das ações de impugnação judicial somente adequado à seara fiscal, mas o processo em si é exclusivo da esfera judicial, inclusive dentre as medidas cautelares com a designação de interventor nas empresas inadimplentes, nos

¹⁹⁶ Artículo 90 (Intervención preventiva).- En los mismos casos establecidos en el artículo precedente y mediante idéntica comprobación, podrá decretarse judicialmente la intervención de la empresa contribuyente, como medida cautelar.

El interventor será necesariamente un funcionario público con título profesional universitario y por su gestión no devengarán honorarios. El interventor será la única persona autorizada para disponer sobre los movimientos de fondos de la empresa intervenida, y sus cometidos serán los siguientes:

- 1.) Cuidar que los ingresos del contribuyente se realicen en los fondos o cuentas bancarias que corresponda.
- 2.) Disponer el pago regular de todos los tributos adeudados, y de las cuotas convenidas, o que se convinieren con la Administración tributaria, asegurando, asimismo, el pago dentro de los términos legales o reglamentarios de las obligaciones tributarias que se devenguen.
- 3.) Autorizar los pagos corrientes de las empresas por operaciones y gastos de su giro. 4.o) Informar al organismo recaudador en aquellos casos en que la situación del contribuyente no haga posible el cumplimiento regular de sus obligaciones tributarias, aconsejando las soluciones posibles.

¹⁹⁷ Artículo 229.- Título Ejecutivo Fiscal. La Administración Tributaria, por intermedio de la Abogacía del Tesoro promoverá la acción ejecutiva, por medio de representantes convencionales o legales para el cobro de los créditos por tributos, multas, intereses o recargos y anticipos, que sean firmes, líquidos o liquidables.

Constituirá título ejecutivo fiscal el certificado en que conste la deuda expedido por la Administración.

¹⁹⁸ Artículo 231.- Juicio Ejecutivo. El cobro ejecutivo de los créditos fiscales se hará efectivo por el procedimiento de ejecución de sentencias, conforme a lo establecido en el Código de Procedimientos Civiles y Comerciales.

termos do art. 226¹⁹⁹, procedimento comum nos ordenamentos latino-americanos, como já visto no modelo uruguaio.

No tocante ao processo fiscal no Chile, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy (2009, 242) esclarece que a penhora e indisponibilização de bens realiza-se na esfera judicial, iniciada pelo agente fiscal local, que atua como "juiz presidente do feito". A penhora é ampla, inclusive de créditos e salário do devedor, garantindo o mínimo para sobrevivência. Na execução fiscal o devedor pode propor compensação, podendo a autoridade fiscal acolhê-la ou indeferi-la; acolhendo, encerra-se o procedimento, nos termos da pretensão do devedor, não acolhendo, deve encaminhar o processo ao advogado provincial, a quem cabe dar continuidade ao feito, a partir de então em âmbito judicial, facultado ao executado requerer que a execução fiscal administrativa seja encaminhada ao advogado provincial, competente para atuar em todos os feitos nos quais se discuta matéria tributária,

¹⁹⁹ Artículo 226.- Medidas cautelares - Cuando exista riesgo para la percepción de los créditos fiscales como consecuencia de la posible desaparición de los bienes sobre los cuales podría hacerse efectivo o por otras causas de similar gravedad, la Administración Tributaria por intermedio de la abogacía del Tesoro podrá requerir al Juez competente que se adopten las siguientes medidas cautelares:

1) Embargo preventivo de bienes y dinero.

2) Nombramiento de fiscalizadores especiales de empresas.

El interventor será necesariamente un funcionario público profesional universitario y por su gestión no se generarán honorarios.

El interventor será la única persona autorizada para disponer sobre los movimientos de fondos de la empresa intervenida y sus cometidos serán los siguientes:

a) Cuidar que los ingresos del contribuyente se perciban.

b) Disponer el pago regular de todos los tributos adeudados y de las cuotas convenidas con la Administración Tributaria, asegurando asimismo el pago de las obligaciones tributarias que se generen, dentro de los términos legales o reglamentarios.

c) Autorizar el pago de los gastos corrientes e inversiones de la empresa.

d) Informar al organismo recaudador en aquellos casos en que la situación del contribuyente no logre posible el cumplimiento regular de sus obligaciones tributarias, aconsejando soluciones posibles.

La declaración de quiebra hace cesar automáticamente esta fiscalización especial.

3) Fijación de sellos, candados y otras medidas de seguridad.

4) Otras medidas cautelares, acorde a lo dispuesto por el Código de Procedimientos Civiles.

Las medidas cautelares podrán ser sustituidas por garantías suficientes, a criterio del Juez actuante.

que deve encaminhar ao Juiz de Letras, primeira instância judiciária, com as apelações dirigidas para os tribunais de segundo grau.

Na Venezuela, assevera Godoy (2009, 246), ainda que haja contencioso administrativo, a execução fiscal desdobra-se essencialmente no âmbito judicial, devendo o fisco exequente requerer a penhora com a inicial, não podendo exceder o dobro do que é cobrado, acrescido de custas e juros. A inércia do devedor autoriza o leilão dos bens penhorados, com a possibilidade de penhora complementar, em favor do fisco, havendo várias medidas cautelares que o fisco pode tomar antes do ajuizamento da ação de execução fiscal, todas na esfera judicial, ou seja, como nos afirma Godoy, “trata-se, enfim, de modelo centrado na atuação do judiciário”.

Já na Espanha, conforme Godoy (2009, 24), segue-se o sistema administrativo de execução fiscal, caracterizado o inadimplemento do devedor, como fixado pela Ley General Tributaria – LGT, Ley nº 58/2003, de 17.12.2003, fica autorizada a Administração efetuar a penhora imediata dos bens do devedor, notificando-o a seguir da execução fiscal administrativa. Oferecidas garantias para o débito fiscal sua execução das garantias, isto é, sendo liquidada a dívida garantida pelo devedor na própria execução fiscal administrativa com o leilão ou a adjudicação dos bens penhorados originariamente. No entanto, faculta-se à Administração a opção pela penhora e leilão de outros bens ou direitos, quando a garantia oferecida seja insuficiente. À Administração compete identificar o que pretende penhorar; a penhora, no entanto, poderá ser ampliada, sem necessidade de que a Administração previamente identifique outros bens em relação aos quais pretenda lançar constrição.

A legislação espanhola, como nos informa Godoy (2009, 27), dispõe que a execução fiscal administrativa seja instruída por título executivo; denominado *providencia de apremio*. Tem força executiva equivalente à sentença judicial, no que toca à presunção de exigibilidade, liquidez e certeza e, por consequência, qualifica-se como documento hábil para instruir penhora administrativa, observado o princípio da proporcionalidade vedando-se a constrição de bens e direitos que ultrapassem o montante perseguido. O órgão administrativo oficia ao registro correspondente tendo o mesmo efeito de ordem judicial. À Administração compete identificar o que

pretende penhorar; em órgãos do sistema financeiro ou não, podendo ser a penhora ampliada, sem necessidade de que a Administração previamente identifique outros bens em relação aos quais pretenda lançar constrição.

No México, conforme Godoy (2009, 33 a 42), a autoridade fiscal está autorizada a indisponibilizar os bens do contribuinte, quando este último se oponha ou obstaculize o início ou a continuidade das investigações fiscais, especialmente ocultando-se, de modo a impedir notificação, por ter desaparecido ou por se ignorar seu domicílio. Não precisa a Administração recorrer ao Poder Judiciário, embora esse possa ser provocado pelo contribuinte, registrando-se abuso ou ilegalidade gritante.

A indisponibilidade poderá ser decretada pela Administração mexicana também quando ao longo do procedimento de fiscalização o contribuinte desapareça, ou quando se constate que exista risco iminente de que se oculte, aliene ou dilapide seus bens. A regra também se aplica quando o contribuinte recusar-se a apresentar documentos contábeis, previstos pela legislação, assemelhando-se à medida cautelar fiscal brasileira, ainda que restrita ao âmbito administrativo.

A indisponibilidade se aplica também aos contribuintes que se encontrem em situação irregular, praticando o comércio em locais fixos ou semifixos nas vias públicas, e que não consigam comprovar a legalidade da posse das mercadorias com as quais se encontram. As mercadorias poderão ser liberadas mediante superveniente legalização das mesmas e do contribuinte.

A penhora de depósitos bancários é precedida de ofício dirigido pela autoridade fiscal à agência bancária, para fins de congelamento e decorrente indisponibilidade dos valores levados a constrição. A agência bancária deve informar os valores aplicados cuja conversão em renda em favor do fisco somente será realizada após a confirmação da exigibilidade do crédito cobrado e restrita ao montante necessário à satisfação dos valores cobrados,

Ressalta Godoy (2009, 237) estar a autoridade fiscal mexicana autorizada a indisponibilizar administrativamente os bens do devedor no caso de seu

desaparecimento ou sua recorrente falta de colaboração ou sua irregularidade. Feita a penhora, e não impugnada, a Administração pode levar os bens a leilão, bem como pode adjudicá-los, após sua anotação nos registros públicos.

A execução fiscal administrativa mexicana é conduzida por um executor, designado pela repartição pública responsável pela cobrança, sendo o responsável pela intimação do devedor e penhora de bens, inclusive de depósitos bancários. Há previsão de intervenção administrativa nos negócios do devedor com a designação de interventor nomeado pela Administração fiscal, com poderes sobre a movimentação das contas dos negócios do devedor, inclusive podendo o interventor ser nomeado para administrar a empresa do devedor, sem se submeter a conselho de administração, assembleia de acionistas, de sócios ou de demais interessados. Ao interventor são imputadas inúmeras obrigações como o dever de prestação de contas, vedado alienar bens do ativo fixo da empresa, exceto se o valor arrecadado não alcançar patamares indicados pela legislação. A satisfação do crédito fiscal suspende a intervenção administrativa.

O Tribunal Federal de Justiça Fiscal e Administrativa mexicano, ente administrativo não integrante do Poder Judiciário, é dotado de plena autonomia decisória, em instância final, decidindo questões tributárias relativas à execução fiscal administrativa.

No Peru, Godoy (2009, 245), a execução fiscal segue modelo administrativo, podendo o executado invocar o Poder Judiciário depois de esgotadas as instâncias administrativas, cuja execução é proposta e conduzida por um “ejecutor administrativo”, bacharel em Direito que representa e julga pela fazenda pública, sendo responsável pelos leilões dos bens penhorados, decidindo os incidentes relativos à penhora, podendo dispensar procedimento de cobrança de débito incobrável, que justifique economia processual. O “ejecutor” pode intervir na empresa executada ou determinar e executar medidas cautelares no interesse do fisco. O “ejecutor” pode ainda reter bens, valores e fundos, saldos de contas correntes e depósitos ou até o arrombamento das instalações do devedor. O Tribunal Fiscal decide em última instância administrativa, suscetível de recurso ao Poder Judiciário.

No mesmo sentido, na Bolívia, conforme Godoy (2009, 248), a execução fiscal é exclusivamente administrativa, mesmo quando o fisco execute sentença judicial, tendo a Administração competência para apreciar todos os incidentes, restringindo-se a jurisdição ao controle de constitucionalidade exercido exclusivamente pelo Tribunal Constitucional. O fisco boliviano pode tomar inúmeras medidas preparatórias de coação, como proibir que o executado negocie ou transfira bens, reter pagamentos efetuados por terceiros, proibir o devedor de negociar com a administração pública, ou fechar estabelecimentos do executado, até que este recolha o valor cobrado.

Na Argentina, Godoy (2009, 249), a execução fiscal abrange etapas administrativas, preponderante, e judiciais, com um Tribunal Fiscal, competente para matérias tributárias, em grau de recurso, vedado o exame de constitucionalidade. Na execução fiscal administrativa, pode-se penhorar, citar, ou tomar medidas cautelares, solicitando ao Judiciário ordem de busca e apreensão ou o fechamento de estabelecimentos. Na execução fiscal administrativa dá-se a intimação para pronto pagamento, podendo o fisco ainda efetivar penhora imediata dos bens do devedor, inclusive de contas bancárias, fundos e valores depositados em entidades financeiras, facultado ao executado oposição à cobrança, administrativamente. Assim, conclui Godoy tratar-se de modelo híbrido, com procedimentos que se pulverizam no Judiciário e no Executivo, com preponderância deste último.

Nos Estados Unidos da América, como nos aponta Caio César Amaral Franco (2019, 178), existem dois meios de cobrança de tributos de contribuintes inadimplentes, um administrativo, *administrative collection procedure*, e outro judicial *foreclosure action*. A execução administrativa é a regra do sistema executivo fiscal norte-americano, sendo o modelo mais célere e eficiente. Tal assertiva é confirmada por Godoy (2009, 250), mesmo havendo possibilidade de execução fiscal administrativa ou judicial; verifica-se, na prática, o predomínio da primeira por sua celeridade, agilidade e eficiência e pelo reconhecimento social do recolhimento do tributo ser obrigação fundamental do cidadão, *voluntary compliance*, com duras penas à inadimplência tributária. Afirma Godoy que raramente o contribuinte discute em juízo o lançamento tributário.

O ente fiscal federal norte-americano, *Internal Revenue Service* - IRS, possui elevado grau de poder e discricionariedade, assistindo-lhes a faculdade de cobrar, penhorar, leiloar bens, assim como dar descontos e parcelar os débitos fiscais. O IRS concentra os seus trabalhos em dívidas potencialmente mais exequíveis, com maior probabilidade de recuperação, voltando-se para os devedores que possuem maiores condições de arcar com o débito fiscal, como nos afirma Caio César Amaral Franco:

Os servidores do fisco norte-americano, detentores de vasto poder discricionário, utilizam com afinco todos os meios possíveis para recuperar o crédito fiscal, atormentando o devedor relapso até que a dívida seja adimplida. Exercem penhoras administrativas nas contas bancárias, nos salários, nos bens, qualquer que seja sua natureza.

O executado pelos agentes dos EUA, além de estar sujeito a todos os meios de constrições possíveis, também está submetido à responsabilização penal em alguns casos. Há uma legislação penal bastante severa com os sonegadores fiscais. A evasão fiscal nos EUA é considerada crime, punido com 5 anos de prisão e multa de até 100 mil dólares, além de penas civis. Os agentes do fisco norte-americano também possuem o poder de realizar a prisão daqueles contribuintes que não efetuaram o pagamento dos tributos.

Uma das explicações para a amplitude dos poderes do fisco norte-americano é que, no país, rege uma cultura de conformidade tributária voluntária, denominada *Voluntary Compliance*. A ideia predominante é de que o pagamento do tributo é um exercício de cidadania e não uma obrigação indesejável. O não pagador de tributo vai sofrer não só uma cobrança severa por parte dos agentes do fisco como também terá um rígido desvalor moral perante a sociedade.

A via administrativa para a cobrança fiscal é o meio costumeiro nos EUA, garantido o recebimento do crédito tributário sem que haja a necessidade de participação do Judiciário. O sucesso da execução administrativa está ligado diretamente ao grande poder que o fisco concentra. Além disso, a execução fiscal administrativa é menos burocrática, mais eficaz, ágil e menos onerosa para o Estado. (2019, 181)

Como pode ser identificado, nos Estados Unidos o Estado é detentor de poderes administrativos executáveis incomparáveis quando visualizados de nosso contexto.

A execução fiscal administrativa inicia-se pela inscrição do débito, *assessment of tax*, após identifica-se o contribuinte e a natureza da dívida, com os agentes públicos do IRS preenchendo um formulário, form 23-C, *assessment certificate*, semelhante a Certidão de Dívida Ativa (CDA) do Brasil, onde é reconhecido o devedor, a dívida, o seu valor, o período de apuração, a natureza do tributo, entre outras informações secundárias. Nos EUA não se denomina o débito fiscal de dívida ativa.

Após a emissão do *form* 23-C tem o Fisco 60 dias para notificar o contribuinte para o pagamento em 10 dias, não pago tem o fisco prazo prescricional de 10 anos para cobrar o débito, administrativa ou judicialmente. A notificação também esclarece ao devedor que este poderá ter penhorado valores de contas bancárias, salários ou quaisquer bens que eventualmente possua.

Os agentes do fisco podem propor ao contribuinte parcelamento ou composição da dívida, quando o devedor em regra conta com três anos para liquidar a dívida, com os prazos prescricionais suspensos devendo o contribuinte prestar contas de suas condições financeiras. Se impossibilitado de cumprir o parcelamento, ao contribuinte é dada a última chance quando informa sua capacidade de adimplir e as despesas máximas para a sobrevivência. Não manifestado pelo contribuinte, dá-se prazo de 21 dias para adimplência total, se dívida superior a US\$ 100 mil o prazo é de 10 dias. Não pago, inicia-se pela Administração a pré-penhora, penhora, arresto e venda em leilão.

Na França, Godoy (2009, 252), caracterizada por suas duas jurisdições, judicial e administrativa, a execução fiscal restringe-se a última, com suas Cortes Administrativas de Apelação e ao final o Conselho de Estado. A administração fiscal deve tomar providências que antecedem as medidas coercitivas sob pena de invalidá-las: avisos de cobrança, notificações de inscrição e cartas de lembrança, notificando o contribuinte que está em mora e que a penhora é iminente. Passados 20 dias do recebimento do aviso de cobrança. sem que se tenha havido o recolhimento ou apresentadas garantias, fica facultado à Administração proceder à penhora dos bens do devedor, sem interferência do Judiciário.

No caso de Portugal, a Lei Geral Tributária portuguesa, Decreto-lei 398/1998, no art. 103-1 ²⁰⁰, dispõe que o processo de execução fiscal tem natureza judicial. Esclarece-nos Melo Filho (2017, 37) que, apesar da menção do enunciado normativo à “natureza judicial” da execução fiscal, a natureza judicial restringe-se aos atos de impugnação à obrigação tributária, lides de pretensão discutida, que são processados e resolvidos na seara judicial. Os atos processuais *strictu sensu* relativos à lide de pretensão insatisfeita, processo de execução, considerados atos administrativos, são praticados pelo próprio Estado-Administração, como descreve Melo Filho:

O sistema português, portanto, como a maioria dos que adotam a execução fiscal administrativa, divide a lide fiscal entre duas instâncias: a lide de pretensão discutida cabe a terceiro imparcial (Judiciário); e a lide de pretensão insatisfeita é resolvida pelo próprio Estado Administração. E essa divisão fica bem esclarecida no artigo 103-2, que garante “aos interessados o direito de reclamação para o juiz da execução fiscal dos actos materialmente administrativos praticados por órgãos da administração tributária, nos termos do número anterior”. Em síntese, o processo de execução fiscal em Portugal é promovido pelo serviço da Administração Tributária, cabendo ao Poder Judiciário especializado atuar nos casos em que o contribuinte apresente alguma espécie de impugnação. (2017, 37)

Em Portugal, *ex vi* Godoy (2009, 255), o ordenamento oferece amplo conjunto de providências cautelares a favor do fisco na proteção de créditos de recebimento duvidoso. Os procedimentos tributários devem observar um conjunto de princípios aplicáveis à execução fiscal como legalidade, igualdade, proporcionalidade, justiça, imparcialidade, celeridade e respeito pelas garantias dos contribuintes. A administração tributária e os tribunais fiscais exercem concomitantemente as competências relativas ao andamento e julgamento das execuções fiscais. Acima dos denominados órgãos periféricos e regionais encontram-se os tribunais tributários de 1ª instância, onde atuam o Ministério Público e a Fazenda Pública.

²⁰⁰ Art. 103-1 O processo de execução fiscal tem natureza judicial, sem prejuízo da participação dos órgãos da administração tributária nos actos que não tenham natureza jurisdicional.

A execução fiscal, cobrança coerciva no linguajar lusitano, desdobra-se em dois ambientes: junto aos órgãos de fiscalização e junto aos tribunais tributários, órgãos judiciais no sentido de que detêm competência e poder próprios, não se vinculando, estruturalmente, ao poder judiciário, em sentido estrito. Execuções fiscais contra um mesmo devedor podem ser apensadas e julgadas simultaneamente, podendo a dívida ser parcelada durante a execução fiscal, com previsão de apreensão de bens, mediante arresto, e sua venda com ampla publicidade da hasta. A competência originária para processar a execução fiscal é do serviço periférico local da Administração tributária onde deva correr a execução. Aos tribunais de 1ª instância compete decisão sobre incidentes, embargos e oposição, esta última lembra nossos embargos de devedor.

A Fazenda Pública é competente para conduzir a execução nos órgãos periféricos e regionais, outorgando-se ao Ministério Público a competência para conduzir a execução fiscal nos tribunais tributários. A citação é geralmente realizada pelo próprio órgão da execução fiscal, podendo ser feita pelo correio ou por edital. Há possibilidade de efetivação de penhor e de hipoteca legal, em favor do fisco. O executado pode contestar a cobrança, por meio de oposição, sendo o representante da Fazenda Pública notificado tendo 10 dias para contestá-la, prorrogável para 30 dias.

Arrestas e penhoras, inclusive de salários e vencimentos, podem ser manejadas pela Fazenda Pública, ao longo da execução fiscal. Com a penhora e antes da hasta tem-se a convocação de todos os credores detentores de garantia real, incidentes sobre os bens penhorados. A arrematação é presidida pelo órgão da execução fiscal que conduziu o procedimento, inexistindo propostas, autoriza-se a adjudicação dos bens.

Recursos são encaminhados e julgados pelos tribunais administrativos e fiscais: o Supremo Tribunal Administrativo, o Tribunal Central Administrativo, bem como Tribunais Administrativos de Círculo e Tribunais Tributários. O Supremo Tribunal Administrativo é órgão superior da hierarquia dos tribunais e jurisdição administrativa e fiscal. Conclui Godoy ter Portugal modelo de execução fiscal de feição marcadamente administrativa.

Jules Michelet, em estudo técnico acerca da eficiência de nosso ordenamento quanto à execução fiscal, faz comparação com vários outros sistemas forâneos, França, Alemanha, EUA, México, Chile e Argentina., e nos apresenta considerações como:

No Brasil, tornou-se lugar-comum dizer que o processo judicial é moroso. Mais que isso, tornou-se lugar-comum dizer que o processo judicial de execução fiscal em específico é ainda mais moroso e objetivamente ineficiente.

É fato, entretanto, que há uma preocupação dos atores do fisco e do Judiciário com o número de processos de execução fiscal insolúveis. É dizer: processos que se prolongam de forma indefinida sem jamais encontrar bens de valor penhoráveis de modo a satisfazer o crédito público. (2016)

Da análise realizada, conclui Jules Michelet:

Da comparação com os países analisados, notou-se que a arrecadação da Dívida Ativa da União-DAU brasileira em relação ao estoque acumulado é baixa, considerada a possível exceção do México, pelas razões já apontadas. Uma característica que sobressai da comparação internacional é a ausência de exemplos de sucesso de uma execução fiscal puramente judicial, como é o caso do modelo brasileiro.

Por essa razão, o primeiro encaminhamento sugerido por este trabalho foi a desjudicialização da execução fiscal no Brasil, o que demandaria a elaboração de nova legislação a respeito. (2016)

6.7. INDISPONIBILIZAÇÃO DE BENS PELO PODER LEGISLATIVO

A Constituição, em seu art. 58, § 3º, atribui às comissões parlamentares de inquérito-CPI poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, nos seguintes termos :

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar sua criação.

(...)

§ 3º As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades

judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores. (grifamos)

Todavia, em dispositivo regulamentado pela Lei 13.367/2016 ²⁰¹, que alterou a Lei 1.579/1952, acrescentando à norma legal disposição sobre cautelares, o legislador infraconstitucional remeteu ao Poder Judiciário e demais órgãos a competência para decretação das medidas necessárias. :

Em decorrência do dispositivo, as CPIs não podem, por autoridade própria, praticar certos atos, tais como decretar a prisão de qualquer pessoa, exceto nas hipóteses de flagrante delito, art. 5º, LXI, da Constituição, determinar interceptação telefônica, art. 5º, XII, da Constituição, ordenar a busca domiciliar, art. 5º, inciso XI, da Constituição, ou aplicar punições a eventuais delitos, ou decretar a indisponibilidade de bens de pessoas físicas ou jurídicas, conforme entendimento jurisprudencial do STF, Tribunal Pleno, MS 23.480/RJ, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, dado que as comissões não exercem função jurisdicional, *ipsis litteris*:

(...) OS PODERES DAS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO, EMBORA AMPLOS, NÃO SÃO ILIMITADOS E NEM ABSOLUTOS . - Nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição. No regime político que consagra o Estado democrático de direito, os atos emanados de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, quando praticados com desrespeito à Lei Fundamental, submetem-se ao controle

²⁰¹ Art. 3º-A. Caberá ao presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito, por deliberação desta, solicitar, em qualquer fase da investigação, ao juízo criminal competente, medida cautelar necessária, quando se verificar a existência de indícios veementes da proveniência ilícita de bens.

(...)

Art. 6º-A. A Comissão Parlamentar de Inquérito encaminhará relatório circunstanciado, com suas conclusões, para as devidas providências, entre outros órgãos, ao Ministério Público ou à Advocacia-Geral da União, com cópia da documentação, para que promovam a responsabilidade civil ou criminal por infrações apuradas e adotem outras medidas decorrentes de suas funções institucionais.

jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV). As Comissões Parlamentares de Inquérito não têm mais poderes do que aqueles que lhes são outorgados pela Constituição e pelas leis da República. É essencial reconhecer que os poderes das Comissões Parlamentares de Inquérito - precisamente porque não são absolutos - sofrem as restrições impostas pela Constituição da República e encontram limite nos direitos fundamentais do cidadão, que só podem ser afetados nas hipóteses e na forma que a Carta Política estabelecer. Doutrina. Precedentes. LIMITAÇÕES AOS PODERES INVESTIGATÓRIOS DA COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO. - **A Constituição da República, ao outorgar às Comissões Parlamentares de Inquérito "poderes de investigação próprios das autoridades judiciais" (art. 58, § 3º), claramente delimitou a natureza de suas atribuições institucionais, restringindo-as, unicamente, ao campo da indagação probatória, com absoluta exclusão de quaisquer outras prerrogativas que se incluem, ordinariamente, na esfera de competência dos magistrados e Tribunais, inclusive aquelas que decorrem do poder geral de cautela conferido aos juízes, como o poder de decretar a indisponibilidade dos bens pertencentes a pessoas sujeitas à investigação parlamentar.** A circunstância de os poderes investigatórios de uma CPI serem essencialmente limitados levou a jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal a advertir que as Comissões Parlamentares de Inquérito não podem formular acusações e nem punir delitos (RDA 199/205, Rel. Min. PAULO BROSSARD), nem desrespeitar o privilégio contra a auto-incriminação que assiste a qualquer indiciado ou testemunha (RDA 196/197, Rel. Min. CELSO DE MELLO - HC 79.244-DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE), nem decretar a prisão de qualquer pessoa, exceto nas hipóteses de flagrância (RDA 196/195, Rel. Min. CELSO DE MELLO - RDA 199/205, Rel. Min. PAULO BROSSARD (MS 23.480/RJ, Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 15/09/2000).(grifamos)

Nesse sentido comunga a doutrina ao defender a exclusão desses poderes de autoridade judiciais atribuída pelo constituinte às CPIs sob o prisma de serem reserva jurisdicional, a exemplo de Alexandre de Moraes:

...incide sobre a atuação das CPIs a denominada cláusula de reserva jurisdicional, consistente na expressa previsão constitucional de competência exclusiva dos órgãos do Poder Judiciário para a prática de determinados atos. (2007, 416)

No mesmo sentido, nos asseveram Vicente Paulo e Marcelo Alexandrino:

As comissões parlamentares de inquérito não podem determinar medidas cautelares de ordem penal ou civil, haja vista que o poder geral de cautela é exclusivo dos membros do Poder Judiciário, no exercício de sua atividade jurisdicional (e manifestado mediante a prolação das mais diversas decisões de natureza cautelar, mesmo que não expressamente previstas, tais como liminares, antecipação de tutela etc.). As medidas cautelares - de que são exemplos as prisões preventivas e temporárias, a indisponibilidade de bens, o arresto, o sequestro, a hipoteca judiciária, a proibição de ausentar-se do país ou da comarca etc. -, que visam a garantir a eficácia de ulterior responsabilização do investigado em decorrência de sentença condenatória, são protegidas pela reserva de jurisdição, vale dizer, só podem ser determinadas pelo Poder Judiciário. (2017, 448)

Assim, poderes de investigação não se confundem com competências jurisdicionais em sentido material. Não cabe às comissões parlamentares de inquérito dizer o direito em qualquer hipótese, praticar atos materiais coercitivos ou determinar providências acauteladoras. Isto significa que elas não produzem decisões de conhecimento – sejam condenatórias, constitutivas ou declaratórias – nem de execução. Tampouco estão investidas do poder cautelar genérico próprio dos juízes e tribunais, com base no qual se podem tomar medidas, inclusive constitutivas de direitos, destinadas a assegurar a eficácia da decisão que se venha a proferir. Mas, também aqui, tais comissões podem ter legítimos fundamentos para pretender sejam tomadas medidas acauteladoras como a prisão provisória, a indisponibilidade de bens ou a proibição de alguém ausentar-se do país. Neste caso, deverão apresentá-los à autoridade judicial competente, com o requerimento adequado.

Há incompetência da CPI para expedir decreto de indisponibilidade de bens de particular, que não é medida de instrução, a cujo âmbito se restringem os poderes de autoridade judicial a elas conferidos no art. 58, § 3º, mas de provimento cautelar de eventual sentença futura, que só pode caber ao juiz competente para proferi-la. Quebra ou transferência de sigilos bancário, fiscal e de registros telefônicos que, ainda quando se admita, em tese, susceptível de ser objeto de decreto de CPI, porque não coberta pela reserva absoluta de jurisdição que resguarda outras garantias constitucionais, há de ser adequadamente

fundamentada, submetendo-se à aplicação no exercício pela CPI dos poderes instrutórios das autoridades judiciárias da exigência de motivação do art. 93, IX, da Constituição.

Ainda assim, há de se ressaltar a prioridade que deve ser motivo as solicitações das CPIs nos termos do art. 3º da Lei 10.001/2000 ²⁰², que dispõe sobre a prioridade nos procedimentos a serem adotados pelo Ministério Público e por outros órgãos a respeito das conclusões das comissões parlamentares de inquérito, o processo ou procedimento encaminhado por CPI terá prioridade sobre qualquer outro, exceto sobre aquele relativo a pedido de habeas corpus, habeas data e mandado de segurança. Sendo que o art. 4º do mesmo diploma legal estatui que o descumprimento das normas desta Lei sujeita a autoridade a sanções administrativas, civis e penais.

6.8. INDISPONIBILIDADE CAUTELAR PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Os Tribunais e Conselho de Contas, no âmbito de cada ente federativo, com sua competência e poderes fixados nos termos dos arts. 71 e 75 da Constituição e demais disposições de nosso ordenamento, apresentam-se como relevantes órgãos de controle da administração de todos os órgãos e entes da Federação.

²⁰² Art. 1º Os Presidentes da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional encaminharão o relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito respectiva, e a resolução que o aprovar, aos chefes do Ministério Público da União ou dos Estados, ou ainda às autoridades administrativas ou judiciais com poder de decisão, conforme o caso, para a prática de atos de sua competência.

Art. 2º A autoridade a quem for encaminhada a resolução informará ao remetente, no prazo de trinta dias, as providências adotadas ou a justificativa pela omissão.

Parágrafo único. A autoridade que presidir processo ou procedimento, administrativo ou judicial, instaurado em decorrência de conclusões de Comissão Parlamentar de Inquérito, comunicará, semestralmente, a fase em que se encontra, até a sua conclusão.

Art. 3º O processo ou procedimento referido no art. 2º terá prioridade sobre qualquer outro, exceto sobre aquele relativo a pedido de habeas corpus, habeas data e mandado de segurança.

Art. 4º O descumprimento das normas desta Lei sujeita a autoridade a sanções administrativas, civis e penais.

Os Tribunais e Conselho de Contas possuem competência constitucional para a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Estado, incluindo seus Poderes e as respectivas entidades da administração direta ou indireta, alcançando os administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos, além das pessoas físicas ou jurídicas, que recebam recursos públicos mediante convênios, acordos, ajustes ou outros instrumentos, ou apliquem auxílios, subvenções ou recursos repassados pelo Poder Público. Sendo assim, não só os entes de direito público a eles se submetem, mas também entes privados beneficiários de recursos públicos.

Entretanto, questões têm surgindo a respeito da competência desses órgãos de controle, ainda que denominados de tribunais, todavia desprovidos de natureza estritamente jurisdicional, para exercerem a função cautelar de indisponibilização de bens e recursos financeiros de empresas e de seus gestores que não vinculados diretamente à Administração, suspeitos de superfaturamento de preços em obras e contratos que envolvem recursos públicos, visando a garantir o ressarcimento ao erário caso comprovadas as irregularidades ao final do processo, porquanto alega-se ser essa função típica e exclusiva do Poder Judiciário.

O exercício da função cautelar de indisponibilização de bens ainda que de entes privados pelo TCU funda-se no § 2º do art. 44 da Lei 8.443/1992 - Lei Orgânica do TCU, *ipsis litteris*:

Art. 44. No início ou no curso de qualquer apuração, o Tribunal, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, determinará, cautelarmente, o afastamento temporário do responsável, se existirem indícios suficientes de que, prosseguindo no exercício de suas funções, possa retardar ou dificultar a realização de auditoria ou inspeção, causar novos danos ao Erário ou inviabilizar o seu ressarcimento.

(...)

§ 2º Nas mesmas circunstâncias do caput deste artigo e do parágrafo anterior, poderá o Tribunal, sem prejuízo das medidas previstas nos arts. 60 e 61 desta Lei, decretar, por prazo não superior a um ano, a indisponibilidade de bens do responsável, tantos quantos considerados bastantes para garantir o ressarcimento dos danos em apuração.

(...)

Art. 61. O Tribunal poderá, por intermédio do Ministério Público, solicitar à Advocacia-Geral da União ou, conforme o caso, aos dirigentes das entidades que lhe sejam jurisdicionadas, as medidas necessárias ao arresto dos bens dos responsáveis julgados em débito, devendo ser ouvido quanto à liberação dos bens arrestados e sua restituição.

Quanto à natureza jurídica desse órgão, considera-se que cada Tribunal de Contas seria uma instituição estatal independente ainda que auxiliar do Poder Legislativo, no caso do TCU do Congresso Nacional, no exercício da titularidade do controle externo da Administração, nos termos do art. 71 da Constituição, não se encontra a esse subordinado. A este respeito, o Ministro Celso de Mello, na ADI 4.190-RJ, afirmou que:

Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. (STF -ADI: 4190 RJ, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 10/03/2010, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-105 DIVULG 10-06-2010 PUBLIC 11-06-2010 ENIENT VOL-02405-02 PP-00313)

Evidente que a natureza das decisões e julgamentos proferidos pelos Tribunais de Contas possuem caráter administrativo e não jurisdicional, característico do Poder Judiciário, porquanto, embora esses órgãos possuam a nomenclatura de “tribunal”, seus membros detenham as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens de membros do Judiciário, nos termos do § 3º, art. 73 da Constituição, e essa mesma utilize o verbo “julgar as contas” para designar uma de suas competências, art. 71, II, considera-se que os Tribunais de Contas não ostentam função jurisdicional *strictu sensu* vez que suas decisões produzem apenas coisa julgada administrativa, passível de revisão pelo Poder Judiciário, haja vista a cláusula de inafastabilidade da jurisdição prevista no art. 5º, XXXV, da Constituição.

Todavia suas decisões vêm-se igualmente submetidas ao devido processo legal, como fixado pelo Plenário do STF, a exemplo dos julgamentos dos MS 25.116

e MS 28.061-AgR, que cassaram decisões do TCU por não garantirem o contraditório e ampla defesa em processos administrativos em que esses eram obrigatórios. Ademais, acórdão do TCU que resulte em imputação de débito ou multa, ao ser executado como título executivo extrajudicial, art. 71, §3º, da Constituição, c/c art. 1º da Lei 6.822/1980 e art. 24 da Lei 8.443/1992, tramitará pelo rito de execução fixado pelo Código de Processo Civil para títulos desta natureza, art. 784, XII, do CPC/2015.²⁰³

A possibilidade de o Tribunal de Contas da União decretar a indisponibilidade de bens de pessoas envolvidas em utilização indevida de recursos públicos é aceita pelo STF como decorrência do poder do TCU de expedir medidas cautelares para prevenir lesão ao erário e garantir a efetividade de suas decisões, poder cautelar este implícito nas atribuições que lhe foram conferidas pelo art. 71 da Constituição (MS 24.510 – Plenário).

Esta também foi a posição assentada, por exemplo, no MS 33.092, julgado em 24/03/2015, em que a Segunda Turma do STF manteve a indisponibilidade de bens decretada pelo TCU no ruidoso caso da aquisição, pela Petrobras, da Refinaria de Pasadena (EUA), *ipsis verbis*:

Mandado de Segurança. 2. Tribunal de Contas da União. Tomada de contas especial. 3. Dano ao patrimônio da Petrobras. Medida cautelar de indisponibilidade de bens dos responsáveis. 4. Poder geral de cautela reconhecido ao TCU como decorrência de suas atribuições constitucionais. 5. Observância dos requisitos legais para decretação da indisponibilidade de bens. 6. Medida que se impõe pela excepcional gravidade dos fatos apurados. Segurança denegada. [MS 33.092, rel. min. Gilmar Mendes, j. 24-3-2015, 2ª T, DJE de 17-8-2015.]

No MS 24.510, o Plenário do STF reconheceu assistir ao Tribunal de Contas um poder geral de cautela, que se consubstancia em prerrogativa institucional

²⁰³ Art. 784. São títulos executivos extrajudiciais: (...)

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

decorrente das próprias atribuições que a Constituição expressamente outorgou à Corte de Contas para seu adequado funcionamento e alcance de suas finalidades. Nesse julgado, o Ministro Celso de Mello acentuou, com propriedade, que o poder cautelar também compõe a esfera de atribuições institucionais do Tribunal de Contas, decorrentes das múltiplas e relevantes competências que lhe foram diretamente outorgadas pelo próprio texto da Constituição, reconhecendo, ainda que implicitamente, 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 público.

EMENTA Mandado de segurança. Competência do Tribunal de Contas da União. Inclusão dos impetrantes em processo de tomada de contas especial. Responsabilidade solidária. Ressarcimento ao erário. Ilegalidade e abuso de poder não configurados. Denegação da segurança. 1. Ao auxiliar o Congresso Nacional no exercício do controle externo, compete ao Tribunal de Contas da União a relevante missão de julgar as contas dos administradores e dos demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário (art. 71, II, da Constituição Federal). 2. Compete à Corte de Contas da União aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelece, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao Erário (art. 71, VIII, da Constituição Federal). 3. Em decorrência da amplitude das competências fiscalizadoras da Corte de Contas, tem-se que não é a natureza do ente envolvido na relação que permite, ou não, a incidência da fiscalização da Corte de Contas, mas sim a origem dos recursos envolvidos, conforme dispõe o art. 71, II, da Constituição Federal 4. Denegação da segurança. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em denegar a segurança e cassar a liminar anteriormente deferida, nos termos do voto do Relator, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, que deferia a ordem. [MS 24.379, rel. min. Dias Toffoli, j. 07/04/2015, 1ª T, DJE de 17-8-2015.]

Exceção a este posicionamento do Excelso Pretório encontramos no posicionamento contrário do Ministro Marco Aurélio, que, no mesmo MS 24.379, foi voto vencido, ao decidir que:

“a atuação do Tribunal refere-se aos administradores, como previsto na Carta da República. [...] não cabe ao Tribunal de Contas da União impor sanção a particular, quer determinar a particular, com essa força a que aludi de transformar o pronunciamento em título executivo, a devolução de importâncias”.

Aliás, as recentes decisões monocráticas do Ministro Marco Aurélio nos MS 34.357, decisão de 31/08/2016 requerido pela Construtora Norberto Odebrecht S/A, MS 34.392 decisão de 06/09/2016, e MS 34.410, decisão de 14/09/2016, ambos requeridos pela Construtora OAS, que concederam pedidos liminares autorizando a livre movimentação de bens indisponibilizados pelo TCU, estão em linha com a visão isolada e minoritária do referido Ministro quanto ao tema, e provavelmente sofreriam reforma quando levadas a julgamento colegiado, fato que não ocorreu por terem sido considerados prejudicados os MS pelo encerramento da tomada de contas especial no TCU e extinção das cautelares de indisponibilidades de bens das empresas, como informado ao STF agora em 2020.

Infelizmente, como nos demarca Marcus Abraham (2019) a malversação do Erário tem sido ao longo dos anos um fato comum no Brasil e precisa ser diuturnamente combatida, seja pelos Tribunais de Contas, pelo Ministério Público, pelo Poder Judiciário ou mesmo pelo cidadão, não importando quem seja o artífice de tal peleja. Afinal, o interesse público envolvido nas atividades financeiras do Estado enseja a preocupação de todos na garantia da melhor aplicação dos recursos públicos. Em um Estado Democrático de Direito como o nosso, o controle fiscal representa um fundamental instrumento para garantir a realização dos objetivos da nossa República. Por fim, não podemos olvidar as palavras de Montesquieu, no seu clássico “O espírito das leis”, quando alertava que “todo homem que tem em suas mãos o poder é sempre levado a abusar dele, e assim irá seguindo, até que encontre algum limite”.

Como visto, o Ministro Marco Aurélio, do STF, decidiu liminarmente, no âmbito do Mandado de Segurança nº 34392, seguindo na mesma linha de decisão

anteriormente proferida pelo Ministro no MS nº 34357, que o Tribunal de Contas da União, como órgão administrativo, auxiliar do Congresso Nacional, não detém condições jurídicas de impor a indisponibilidade cautelar de bens em desfavor de particular. Com isso, demarca-se limite ao poder geral de cautela do TCU, afastando-se a autorização para “bloquear, por ato próprio, dotado de autoexecutoriedade, os bens de particulares contratantes com a Administração Pública”.

No entanto, o Ministro aponta impropriedade técnica em se utilizar de tal fundamento para restrição de bens de particulares, já que tal dispositivo se restringe a medidas aplicáveis ao agente público responsável pelo contrato. A leitura da decisão leva a concluir que medida como a da decretação de indisponibilidade de bens de particular só pode ser levada a efeito por via judicial, excedendo, portanto, os poderes do TCU como órgão integrante e auxiliar do Poder Legislativo, bem como por ausência de previsão legal, visto que o referido art. 44, § 2º, se aplica somente a servidor público.

Vale destacar que tal decisão liminar torna viva discussão sobre a possibilidade ou não da decretação de indisponibilidade cautelar de bens de particulares, todavia, o STF pela sua Segunda Turma entendeu no MS 34233 AgR não caber renovação da cautelar de indisponibilidade pelo TCU com fundamento nos mesmos fatos que originaram a decisão primária, *ipsis litteris*:

Agravo regimental em mandado de segurança. 2. Direito Administrativo. 3. Tribunal de Contas da União. Renovação da medida cautelar de indisponibilidade de bens com fundamento nos mesmos fatos. Impossibilidade. Ausência de previsão legal. Interpretação restritiva. 4. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (MS 34233 AgR- Órgão julgador: Segunda Turma Relator(a): Min. GILMAR MENDES Julgamento: 25/05/2018 Publicação: 21/06/2018)

Como destaca, Marcus Abraham acerca da essencialidade do instituto da cautelar de indisponibilidade para a eficácia no combate à corrupção pelo controle externo ainda que afetando ente estritamente particular:

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. Ademais, a Primeira Turma do STF inclina-se pela solução de que, por serem públicos os recursos atingidos, todo e qualquer envolvido (agente público ou privado) em possível lesão ao erário pode vir a ter seus bens declarados indisponíveis, de modo que sejam apurados os danos e haja, ao fim, bens suficientes no patrimônio dos envolvidos para responder pelo valor pecuniário da condenação a ser imposta pelo Tribunal de Contas (MS 24.379).

Gostaria de observar que a responsabilização dos ex-empregados e ex-administradores de empresas que celebram contratos eivados de graves irregularidades com a Administração Pública, em um ambiente de fraude às licitações, decorre do próprio texto constitucional, em especial o art. 70, parágrafo único, e o inciso II do art. 71, que não faz qualquer distinção entre agentes públicos ou particulares para fins de recomposição do débito, bastando que qualquer um deles tenha dado causa a irregularidade que resulte prejuízo ao erário. A interpretação desses dispositivos constitucionais deixa evidente o poder-dever de o Tribunal de Contas da União julgar, não só as contas dos gestores públicos, mas de qualquer pessoa física ou jurídica que der causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público. (2019)

A possibilidade de o TCU decretar a indisponibilidade de bens é prevista no art. 44, §2º, da Lei 8.443/1992. Questiona-se, entretanto, a validade constitucional de se aplicar tal dispositivo contra particulares, ou se a aplicação deveria restringir-se aos agentes públicos sobre o qual recaia suspeita de promoção de danos ao erário. A possibilidade de declaração de desconsideração de personalidade jurídica pelo TCU, por sua vez, é fruto de construção doutrinária e jurisprudencial da Corte de Contas e também terá a sua constitucionalidade analisada oportunamente pelo STF.

Precedentes do STF em que empregados das construtoras envolvidas nas irregularidades das obras da Ferrovia Norte-Sul que tiveram a indisponibilidade de bens declarada pelo TCU questionaram a jurisdição desta Corte de Contas sobre os

particulares. Por exemplo, a Exma. Ministra Rosa Weber negou liminar no Mandado de Segurança (MS) 35404, impetrado por empregado e procurador da Constran contra a medida constritiva adotada pelo Acórdão 1.601/2017-Plenário, que tratou do superfaturamento observado no lote 2 da Ferrovia Norte-Sul. Precedentes do STF reconheceram a atribuição do TCU para investigar as contas de particulares contratantes com ente integrante da administração pública federal ou de terceiros que, na condição de interessados, possam, em tese, ter concorrido para o desvio de dinheiro público. Ela frisou ainda que o STF também autorizou a possibilidade de o TCU impor sanções a particulares.

O Exmo. Ministro Gilmar Mendes manifestou entendimento semelhante no âmbito dos MS 35.623 e 35.555, que apreciaram pedidos liminares em mandados de segurança impetrados por executivos de empreiteiras envolvidas nas irregularidades apuradas na Ferrovia Norte-Sul, no Estado de Goiás, sendo o primeiro julgado relativo ao próprio caso em apreciação. No último julgado, os impetrantes sustentaram que não seria possível a desconsideração da personalidade jurídica no âmbito administrativo do TCU e que as medidas de bloqueio de bens por este Tribunal se aplicariam apenas àqueles que ocupam cargo ou função pública.

Ao analisar o caso, o Ministro Gilmar Mendes salientou que o “que deve determinar a sujeição de pessoa física ou jurídica à atividade fiscalizatória da corte de contas é a origem dos recursos por ela utilizados”. Para o Relator, em razão do rol constitucional de competências do TCU, é perceptível que compete ao órgão a fiscalização dos recursos públicos aplicados irregularmente por particulares que firmam contrato com a administração pública.

Em sessão do dia 28/08/2018, a Primeira Turma deliberou afetar o julgamento do processo ao Plenário para julgamento em conjunto com o MS 34.392, MS 34.410, MS 34.421 e MS 35.506. O STF incluiu em seu calendário de julgamentos do dia 10.10.19 os Mandados de Segurança nº 34.357, 35.506, 34.392, 34.421 e 34.410, todos de relatoria do Ministro Marco Aurélio, depois desmarcado pela Presidência e em 2020 arquivados por terem sido considerados prejudicados em decisão monocrática do Relator pela trânsito em julgado dos processos no TCU.

Na oportunidade, a Suprema Corte definiria se o TCU possui competência cautelar para impor medida de indisponibilidade de bens contra particulares e para desconsiderar a personalidade jurídica, visando a atingir bens de sócios e diretores. O Parecer da Procuradoria Geral da República nos autos era pela denegação da segurança. A seguir Tese

Tese TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. COMPETÊNCIA. TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. PODER GERAL DE CAUTELA. DECRETAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE DE BENS DE PARTICULARES. LEI Nº 8.443/92, ART. 44, § 2º. Saber se o Tribunal de Contas da União possui competência cautelar para impor a indisponibilidade de bens de particulares

Tema 1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de medida cautelar, impetrado contra acórdão do Tribunal de Contas da União/TCU por meio do qual foi decretada cautelarmente a indisponibilidade de bens da impetrante necessários à garantia de integral ressarcimento dos débitos em apuração em Tomada de Contas Especial.

2. A parte impetrante sustenta, em síntese: 1) a "inaplicabilidade do art. 44, § 2º, da Lei Federal n. 8.443/92, ao particular que contrata com a Administração; 2) que "o ato coator, portanto, ao permitir que o próprio Tribunal de Contas da União diligencie para a imposição da indisponibilidade, sem recorrer aos poderes competentes (Constituição, art. 71, XI), importa na indireta quebra do sigilo bancário e acaba por obstar que o Poder Judiciário promova a necessária ponderação a respeito dos interesses em jogo, de modo a preservar, na medida da proporcionalidade, as garantias fundamentais dispostas no art. 5º, incisos X, XII, XXXV, LIV, da Constituição"; 3) "a atuação da entidade fiscalizada é fundamental, seja para pleitear o desfazimento do vínculo, seja para, por solicitação do Tribunal de Contas, à luz do que dispõe o art. 61 da Lei Federal n. 8.443/92, propor medidas cautelares ao Poder Judiciário que visem acautelar a futura execução a ser proposta pela entidade credora".

3. O ministro relator deferiu o pedido de liminar, "autorizando a livre movimentação dos bens da Construtora Norberto Odebrecht S.A. que tenham sido indisponibilizados considerado o acórdão nº 2.109/2016, do Tribunal de Contas da União".

4. Em informações, o TCU manifestou-se pela revogação da medida liminar deferida, "dada a ausência dos pressupostos exigidos no art. 7º, III, da Lei 12.016/2009, ou seja, do 'fumus

boni juris' e do 'periculum in mora'" e, no mérito, a denegação da segurança. Afirma que, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, os terceiros particulares se sujeitam ao poder fiscalizatório e sancionador do TCU, "cuja ratio reside na origem pública dos recursos, e não no exame da natureza jurídica dos terceiros envolvidos".

. Como visto, a indisponibilização patrimonial impregna nosso ordenamento jurídico com várias normas, ficando a questão: e quais os reflexos para a sociedade sob o prisma econômico-social? Sobre essa questão debruça-se o próximo capítulo, a análise econômica da indisponibilização patrimonial.

CAPÍTULO VII

7. ANÁLISE ECONÔMICA DA INDISPONIBILIZAÇÃO DA PROPRIEDADE

Entendemos que a Análise Econômica do Direito – AED com seu método de análise do direito, e não ramo jurídico como direito tributário ou direito financeiro, tem muito a acrescentar ao estudo do tema em apreço. Não se pretende fazer aqui interpretação econômica do direito, ramo jurídico oriundo do direito alemão do início do sec. XX, que, por exemplo, não aceita planejamento tributário, mas análise econômica do direito tributário de suas normas relativas à eficiência e eficácia dos instrumentos de excussão do patrimônio do contribuinte inadimplente, respeitados os princípios constitucionais da propriedade e devido processo legal.

Assim, busca-se fazer um exame da racionalidade instrumental do uso da indisponibilidade como meio de alcançar o fim, relação custo/benefício, tomada de decisão, eficiência, externalidades, inclusive sob a ótica do risco moral, como incentivo a comportamentos contrários ao mercado.

Portanto, a evolução de nosso ordenamento jurídico quanto ao instituto da indisponibilização de bens pelos credores, em especial pelo estado-credor, examinada sob a ótica dos princípios da AED, com destaque para a AED Normativa, ou seja, examinar a norma e propor suas alterações ao configurar decisões melhores com base em postulados econômicos.

Nesse sentido, relevante assinalar que a propriedade privada é um dos princípios gerais da atividade econômica, conforme previsto no art. 170, II, de nossa Carta Magna. O dispositivo demonstra a importância da propriedade privada para todo o contexto econômico do país, mas igualmente a vincula à soberania nacional, como vimos no caso da aquisição de terras rurais por estrangeiros, sua função social, ambiental, e ao pleno emprego, sendo assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos

públicos, salvo nos casos previstos em lei, desde isentos de “sanção política”, como analisado no item 8,1 deste estudo.²⁰⁴.

A compreensão do instituto da propriedade e sua disponibilidade mostra-se essencial para a AED por sua relevância para o indivíduo e sua relação com a sociedade e como os recursos necessários a ela podem ser utilizados, como exposto por Andrés Roemer:

Una unidad importante de análisis del nuevo enfoque institucional es el examen sistemático de la relación existente entre derechos de propiedad e instituciones. Commons definió los derechos de propiedad como "una acción colectiva en el control, liberación y expansión de la acción individual". Los autores contemporáneos de la perspectiva neoinstitucional como Eirik Furubotn y Svetozar Pejovich complementan esta idea cuando dicen que "los derechos de propiedad son las relaciones conductuales sancionadas entre los hombres"

Ésta es la tesis central del punto de vista de los derechos de propiedad: la estructura particular de los derechos de propiedad en una economía, influye sobre la asignación y utilización de los bienes económicos (recursos) en formas específicas y predecibles. Efectivamente, las asignaciones de los derechos de propiedad especifican las normas de comportamiento respecto a objetos que cada persona debe observar en su interacción con otras personas o, en su defecto, cargar con los costos del incumplimiento. De ello se desprende que los derechos de propiedad poseen un valor económico y

²⁰⁴ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação

VIII - busca do pleno emprego;

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

deben ser respetados en forma socialmente reconocida. La situación general puede considerarse de esta manera: el sistema de derechos de propiedad adoptados dentro de una sociedad, ofrece un mecanismo para asignar a individuos específicos la autoridad para decidir cómo pueden ser usados los recursos en cuestión. Conforme a lo anterior, el sistema de derechos de propiedad determina, a través de precios explícitos o implícitos, cómo los beneficios y los daños resultantes de una decisión se asignan entre quien decide y otros individuos; así, el sistema contribuye a definir la estructura de costos y recompensas y a establecer las expectativas de que los individuos en forma concurrente retengan derechos diferentes al uso de un recurso en particular.

Consecuentemente, reconocer que los derechos de propiedad amplían la perspectiva tradicional del análisis económico del derecho, implica importantes consecuencias para el campo de las políticas públicas. Existen numerosos ejemplos en los que las regulaciones no definen los derechos de propiedad o bien los definen de manera insuficiente, lo que ocasiona ineficiencia, ya que afecta los incentivos para trabajar, para transferir recursos y para mantener y mejorar dichos recursos. (2000, 47)

Nesse sentido, destaca-se, a priori, o Teorema Normativo de Coase: Estruture a lei de modo a remover os impedimentos aos acordos privados. O princípio é inspirado pelo Teorema de Coase porque pressupõe que o intercâmbio privado, nas circunstâncias apropriadas, pode alocar direitos jurídicos eficientemente, tornando desnecessário o intercâmbio de direitos e, assim, economizando o custo de uma transação.

A indisponibilização desarrazoada da propriedade cria obstáculos ao trânsito econômico e jurídico, tanto de produtos ao retirar liquidez das empresas, como de bens móveis e imóveis ao gerar externalidades negativas e aumentar o custo de transação. Assim, visualiza-se nos embargos pré-executórios administrativo da Lei 13.606/2018, ao afastar a jurisdição de sua existência ou sequer um órgão administrativo colegiado, uma externalidade negativa que no Teorema de Coase refletem nos custos de transação que afastam o mercado de seu ótimo e impedem a realização do ótimo social, pois reduz a plena identificação dos direitos de propriedade, agora sujeitos a discricionariedade administrativa, por vezes de escassa isenção em face do interesse executório.

Já o princípio expresso no Teorema Normativo de Hobbes: estruture a lei de modo a minimizar o prejuízo causado por fracassos em acordos privados, indica que a lei deveria se destinar a impedir ameaças coercivas e eliminar o prejuízo causado pela falta de acordo. A lei deveria alocar os direitos de propriedade à parte que mais os valoriza. Assim, a coerção administrativa em apreço induz a geração de dificuldades em acordos privados, retirando valores e bens do indivíduo, em especial empresas, com profundos reflexos na economia, como bem assinalado pela CNA em sua argumentação na Inicial da ADI 5890, que afirma:

No presente caso, a restrição que a norma legal coloca sobre a propriedade, principalmente no tocante ao produtor rural, impossibilita o próprio cumprimento do postulado da função social da propriedade. Ou seja, o objeto dessa ADI além de não se enquadrar em uma das hipóteses que possibilita a restrição do direito de propriedade, ele inviabiliza o próprio exercício da função social da propriedade.

No caso do produtor rural, a indisponibilidade decretada inviabiliza a manutenção da atividade econômica desse particular, já que a propriedade no âmbito rural é utilizada para a própria obtenção de financiamentos, sem os quais o produtor não consegue adquirir matéria prima para a produção agropecuária.

Portanto, a decretação da indisponibilidade administrativa de bens torna inviável o próprio cumprimento da função social da propriedade rural, a qual possui regramento constitucional (arts. 184-191).

Esses dois princípios normativos do direito da propriedade - minimizar os obstáculos a acordos privados relativos à alocação de recursos (o Teorema Normativo de Coase) e minimizar o prejuízo causado por desacordos privados relativos à alocação de recursos (o Teorema Normativo de Hobbes) tem uma aplicação ampla no direito. A combinação dos princípios expostos anteriormente e seu corolário permitem uma análise econômica da propriedade em face de seu elemento fundante expresso em sua disponibilidade.

Como assinalam Gustavo Ferreira e Ivo Gico, a AED busca em seus estudos a resposta a pergunta de como otimizar a eficiência econômica em um ambiente onde há diferentes forma de alocação dos fatores econômicos, *ipsis litteris*:

Qual o menor conjunto de condições necessárias para se atingir uma situação de eficiência econômica, uma situação em que a alocação de fatores é tal que não haja outra alocação que todos prefiram ou sejam indiferentes ?

Uma alternativa seria fazer com que não houvesse custos de transação e que os direitos de propriedade fossem bem definidos. Sob estas condições a sociedade jamais permaneceria em uma situação onde imperasse qualquer ineficiência.

Por definição a existência de ineficiências significa que há mudanças possíveis na alocação dos fatores e na organização da sociedade tal que algumas pessoas poderiam atingir um nível de bem estar social mais alto sem piorar a situação de qualquer outra pessoa.(...)

Na vida real estas pré-condições para a sociedade barganhar o seu caminho rumo ao bem-estar máximo costumam ser intransponíveis. Mas, sob as duas simples condições sugeridas acima - custos de transações baixos e direitos de propriedade claros e seguros – não há empecilhos para efetivar qualquer alteração que seja necessária para atingir aquela alocação eficiente onde o máximo de bem-estar possível dado a dotação desta sociedade é realizado. Isto acontece por que sob estas condições aqueles que têm direitos e privilégios que atravancam o progresso da sociedade como um todo, e que tem a capacidade de bloquear mudanças ao status quo, podem com segurança negociar as compensações.(...)

Muitas vezes as condições referentes à direitos de propriedade e à ausência de custos de transação, sem as quais o teorema também não é válido, são consideradas tão inócuas que sequer são listas, permanecendo implícitas. Será então que podemos fazer uma aproximação e admitir que embora direitos de propriedade nunca sejam absolutamente claros e seguros, e embora custos de transação nunca sejam totalmente nulos, eles podem realisticamente serem manipulados nesta direção suficientemente para que, mesmo que não seja possível chegar à alocação mais supremamente eficiente, pelo menos possamos chegar bastante perto?

O ponto crucial do Teorema de Coase é que não! Direitos de propriedade nunca são seguros ou completos e custos de transação nunca são nulos ou baixos o suficiente! Nem aproximadamente! Nem na Noruega ou na Suíça ou onde quer que seja! Inclusive seria mais fácil achar situações onde a condição de uma população de anjos possa ser aproximada do

que aquelas onde as condições do Teorema de Coase possam ser suficientemente atendidas.

Com direitos de propriedade claros e seguros (inclusive os direitos de facto, informais e não codificados) não há polêmicas sobre quem precisa ser compensado. E com custos de transação baixos é fácil mensurar o valor daqueles direitos e estabelecer um compromisso crível de realizar as compensações acordadas. (2013, 8)

A liberdade de dispor do bem por seu proprietário mostra-se indispensável à sociedade na busca da eficiência do uso dos fatores de produção para satisfação de suas necessidades e seu pleno desenvolvimento como assinala Salama, *ipsis litteris*:

Um princípio de eficiência alocativa requer que a propriedade possa ser consensualmente transferida com o maior grau de liberdade possível. Daí por que o direito negue efeitos aos atos cometidos sob coação. Pensemos na situação de um indivíduo que, estando sob a ameaça de uma arma de fogo, se vê diante a opção de ser assassinado ou assinar um determinado contrato. Este contrato não é válido, e os tribunais lhe negarão efeito. Por quê? O motivo certamente não é o de que o indivíduo assinara o contrato de maneira involuntária. Afinal, o indivíduo provavelmente estava bastante ansioso para assinar o contrato o quanto antes (e assim fugir da ameaça da arma!). O motivo de se negar efeitos aos atos sob coação está, segundo Posner, no fato de que o reconhecimento de atos sob coação tenderia a reduzir o produto social, pois incentivaria tanto a realização de ameaças físicas como prática usual de negócios quanto os investimentos em defesa dessas ameaças. Sabe-se que negócios sob ameaça não são eficientes. Se fossem, as partes entrariam em acordo independentemente da ameaça física. Mas o indivíduo sob ameaça somente pode negociar com o que lhe faz a ameaça. Por isso, conclui Posner, a coação funciona como um “monopólio situacional”. E com isso a vedação à coação acaba podendo ser explicada pela própria Teoria dos Monopólios.

A Teoria dos Monopólios, eixo central de sua segunda obra mais importante durante a década de 1970, *Antitrust Law: An Economic Perspective* (1976). Nela, Posner defendeu que o Direito da Concorrência devesse ser encarado como um instrumento para a promoção do bem-estar, e que a própria Economia do Bem-Estar (*welfare economics*) seria o guia analítico mais adequado. Dessa ótica, as firmas são vistas como agentes racionais que buscam a maximização dos seus

lucros. Isso implicaria reconhecer que, para o Direito da Concorrência, a conduta de uma firma é relevante se essa busca do lucro se desse em detrimento do bem-estar agregado da sociedade. Vale dizer, quando for ineficiente.(...)

A teoria de justiça “eficientista” de Posner se resume à idéia de que o critério para avaliar se os atos e as instituições são justas ou boas é a maximização de riqueza da sociedade, visão que permitiria “uma reconciliação entre utilidade, liberdade, e até mesmo igualdade, como princípios éticos que [tradicionalmente] competem entre si.” Assim, as instituições jurídico-políticas, inclusive as regras jurídicas individualmente tomadas, devam ser avaliadas em função do paradigma de maximização da riqueza. Regras jurídicas e interpretações do direito que promovam a maximização da riqueza (i.e. eficiência) seriam justas; regras que não a promovessem, injustas. (2008, 5)

Monopólio estatal? Talvez. Assim, as relações entre as partes contratuais, tanto na esfera privada como na pública ou público-privada, devem pautar-se por procedimentos que respeitem a liberdade das partes e as normas previstas no ordenamento, desde que esses igualmente respeitem os princípios constitucionais, protetivos do indivíduo, físico ou jurídico, sob pena do vício da coação reduzir o produto social, desincentivando a produção de bens necessários à sociedade e reduzindo sua riqueza. Assim, impor-se a indisponibilidade de bens e valores sem o devido processo legal, sem o contraditório amplo, a partir da interpretação unilateral do direito, não gera eficiência e sua decorrente maximização da riqueza em uma sociedade.

A análise econômica das restrições jurídicas constantes de nosso ordenamento ao exercício do atributo de dispor da propriedade por seu titular, em face de outros direitos e interesses conflitantes, assim como os instrumentos aptos a efetivar tal constrangimento tem se mostrado de grande valia nos tempos atuais, em razão dos inúmeros institutos jurídicos que vem sendo criados com o fito de dar eficácia aos procedimentos de excussão patrimonial do devedor pelo credor, tanto privado quanto público, com relevo para o último, em especial na esfera tributária. Tal afã pode ser identificado na recente edição da Lei 13.606/2018, que facultou a indisponibilização administrativa pela União de bens pertencentes a seus devedores.

Nesse sentido, exsurtem questões sobre o dilema do conflito dos direitos e interesses compulsados que afete as transações patrimoniais que tenham por objeto a transmissão da propriedade, analisados sob a ótica da Análise Econômica do Direito - AED. Para melhor se compreender o problema advindo de conflitos intersubjetivos individuais ou coletivos expressos na indisponibilização da propriedade privada, dentre outros questionamentos, indaga-se, como assegurar o direito fundamental à propriedade, como previsto e tutelado na Constituição Federal, frente às necessidades de cunho econômico ou social e outros direitos conflitantes, em face dos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, responsabilidade, legalidade e eficiência. Há de se indagar se a necessidade de maior eficácia nos processos judicial e administrativo são motivos justificantes para a crescente constrição da propriedade em face do impacto socioeconômico das restrições jurídicas decorrentes da indisponibilidade que restringe o livre trânsito patrimonial sob a ótica da AED.

Tais reflexos parecem se dar não só na esfera jurídica, mas principalmente na esfera econômica e, quiçá, da personalidade dos detentores do bem restringido. Se plenamente justificável na esfera do direito privado como opção de seu titular, a indisponibilização da propriedade no ordenamento brasileiro vem se espargindo pelo direito público como instrumento de coerção, mesmo de coação.

Ainda que o instituto da indisponibilidade de bens tenha se originado no direito privado, de institutos jurídicos gestados no direito de família ou sucessões, em regra por normas dispositivas que facultam ao titular convencionar o levantamento temporário do atributo da transmissibilidade da propriedade, caso do bem de família ou das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade condicionantes das doações intervivos ou transmissões *mortis causa*, tais instrumentos jurídicos raramente são utilizados em nossa sociedade, refratária a convenções pós-morte.

Todavia, se as restrições convencionais facultativas do foro privado não vicejam em nosso dia a dia, tal não ocorre com restrições *ope legis* na seara pública, constituindo-se a indisponibilização da propriedade, em escala crescente, mecanismo de constrição cogente do adimplemento de obrigações constituídas sob

a tutela de variadas parcelas de nosso ordenamento como no cível, penal, administrativo, tributário, trabalhista e outras. Tais restrições ao exercício da propriedade devem pautar-se pela razoabilidade e proporcionalidade em função da amplitude e essencialidade de instituto tão relevante para a humanidade como a propriedade, instituto esse descrito por Cooter e Ulen nos seguintes termos:²⁰⁵

A concepção legal de propriedade é, então, a de um conjunto de direitos sobre recursos que o proprietário é livre para exercer e cujo exercício está protegido contra interferências de terceiros. Assim, a propriedade cria uma zona de privacidade na qual os proprietários podem exercer sua vontade sobre as coisas sem serem responsáveis perante os outros, conforme enfatizado na citação anterior de Blackstone. Às vezes, esses fatos são resumidos ao dizer que a propriedade dá aos proprietários liberdade sobre as coisas. (2016, 74)

Em sua análise econômica da propriedade, Flávia Santinoni Vera assinala a importância do estudo da disponibilidade da propriedade para compreensão das consequências do direito na sociedade e no desenvolvimento econômico:

Ter a propriedade sobre um bem é condição anterior e indispensável para o indivíduo poder transacionar esse bem ou contratar com outros. É um direito inerente ao homem, intrínseco à sua identidade. Seguindo este raciocínio é fácil inferir por que o estudo do direito de propriedade antecede ao estudo do direito de contratos, área que também integra as categorias essenciais de direito para o estudo das consequências do direito na sociedade e para o desenvolvimento das nações.

A visão jurídica do direito real, gênero da espécie "direito de propriedade", e sua própria definição, por si sós, são suficientes para demonstrar o caráter absoluto do direito de propriedade, pois ele é exercido pelo seu titular sobre a coisa, sem intermediação de quem quer que seja.

²⁰⁵ The legal conception of property is, then, that of a bundle of rights over resources that the owner is free to exercise and whose exercise is protected from interference by others. Thus, property creates a zone of privacy in which owners can exercise their will over things without being answerable to others, as stressed in the preceding quote from Blackstone. These facts are sometimes summarized by saying that property gives owners liberty over things.

A amplitude de disponibilidade de subdireitos e o grau do(s) direito(s) conferidos a um indivíduo sobre um bem determina como aquele direito de propriedade é estabelecido nas normas daquela sociedade.

Elinor Ostrom, cita cinco direitos de propriedade principais, sendo eles: (1) o acesso ao bem; (2) a retirada do uso; (3) a gestão (o uso, incluindo a sua manutenção e gestão de risco); (4) a exclusão (de outros); e (5) a alienação (o que inclui transferências de todo tipo). Cada sistema jurídico estabelece "uma cesta básica" de direitos de propriedade composta de quantidades e composições diferentes, determinando consequências nas relações sociais e econômicas.(...)

Estudos mostram que nos países anglo-saxônicos o conceito de propriedade existe com um maior grau de liberdade, quase sem restrições. Já nos países romano-germânicos como o Brasil, existe uma tendência de maior regulamentação pelo Estado. Isto resulta em evidentes consequências na economia compatíveis com o grau de liberdade dado à propriedade privada e a garantia do conjunto de subdireitos de propriedade. (2014, 201)

Por indisponibilização da propriedade podemos ter inúmeros institutos jurídicos, desde a mais radical, impossibilidade da transmissão do bem, objeto deste estudo, como restrições ao usufruto do bem, como no caso do tombamento de sítios históricos, que também tem sérias consequências econômico-sociais para seu proprietário, como assinalado por Richard Posner, *in verbis*:

Tomemos as leis que dão ao Estado o poder de tombar a fachada de um edifício como patrimônio histórico. Tombamento como patrimônio histórico. Após o tombamento, o proprietário não pode mais modificar a fachada. Uma alternativa ao tombamento seria o Estado comprar o direito de servidão sobre a fachada (talvez mediante a ameaça de desapropriação e sem prejuízo do pagamento de justa indenização). Essa opção é defendida pela maioria dos conservadores. Na opinião deles, não se deve permitir que o governo obtenha coisas de graça e, ao fazê-lo, ainda imponha pesados custos aos detentores de propriedade privada. Logo, insistem em que se dê máxima importância ao princípio da justa indenização. Esses mesmos conservadores tendem a argumentar que as leis que regem a preservação do patrimônio histórico levam o Estado a instituir tombamentos demais, o que não aconteceria tanto em um regime no qual o Estado fosse obrigado a indenizar o proprietário do imóvel pela redução do valor de sua propriedade, decorrente da impossibilidade de alterar a

fachada. Na verdade, não se pode afirmar com certeza que se instituiriam menos tombamentos caso se adotasse a abordagem da indenização. O próprio fato de as leis de preservação do patrimônio histórico geralmente não preverem indenização faz com que os proprietários se oponham ao tombamento de seu imóvel, reclamando junto a seus representantes no Congresso, pressionando de alguma forma os órgãos responsáveis pelo tombamento, contratando advogados que encontrem brechas na lei e até mesmo organizando-se institucionalmente para lutar pela anulação ou revogação dessas leis. (2011, 30)

Richard Posner (2011, 9) nos assevera que a investigação econômica das consequências de uma prática ou política é ao mesmo tempo sutil e simples, dando o exemplo de um fideicomisso instituído em benefício de um pródigo, forma comum de fideicomisso que não autoriza o fiduciário a despender o dinheiro ou qualquer outro bem legado pelo fideicomitente para quitar dívidas com quaisquer credores dos fideicomissários. O desrespeito a essa restrição é passível de punição na forma da lei.

Tal tipo de fideicomisso aparenta ser uma fraude contra os credores, pois cria uma situação em que o fideicomissário, presumindo-se que toda sua riqueza se encontre protegida pelo fideicomisso, pode tomar emprestado à vontade, gastar o que tomou emprestado e ainda ficar livre de qualquer imposição legal de reembolsar os credores. Mas a ciência econômica sugere a conclusão oposta: desde que a cláusula que impede o acesso dos credores aos bens do fideicomissário não seja ocultada, esse tipo de fideicomisso tem, na verdade, o efeito de dificultar que o fideicomissário tome dinheiro emprestado, já que este se vê impedido de oferecer garantias ao mutuante e, portanto, o compromisso assumido de quitação futura da dívida perde credibilidade.

Nesse contexto, da indisponibilização radical da propriedade por sua inalienabilidade, identificamos a indisponibilização bancária *on line* e assemelhados, como títulos de crédito e seguro, como mecanismo ágil e eficaz de excussão dos valores disponíveis do devedor. A tecnologia digital disponível no sistema bancário pátrio permite ao credor requerer aos órgãos públicos, em especial o Poder Judiciário, o desempenho de funções antes difíceis e lentas como obter informações, bloquear e desbloquear contas via internet, onde o magistrado ou, hoje, o

procurador da fazenda nacional, comunicaria o Banco Central pela via eletrônica sobre a necessidade da constrição, indisponibilizando parte ou integralidade do patrimônio do devedor.

Observe-se que a averbação pré-executória aqui analisada na Lei 13.404/2018 não prevê prazo para levantamento da indisponibilização dos bens e valores do devedor, passíveis de se quedarem indisponíveis por longos prazos, a exemplo do § 2º do art. 44 da Lei 8.443/1992, que fixa o prazo de um ano para indisponibilizações determinadas pelo Tribunal de Contas da União, com evidentes consequências para os custos de transação tanto para os indivíduos como para as empresas.

Portanto, a Justiça há de ser célere e eficiente em prol do pleito formulado pelo exequente, predicados trazidos pela indisponibilidade *on line*, todavia deve também respeitar os direitos e garantias do executado, sob pena de convolar-se em instrumento tirânico de algozes sedentos pela expropriação injusta de patrimônio alheio.

Nesse sentido, há de buscar uma relação razoável entre justiça e eficiência como assinala Albert Calsamiglia:

- (a) uma sociedade idealmente justa é uma sociedade eficiente (eficiência social);
- (b) uma sociedade justa e equitativa dificilmente será uma sociedade que desperdiça recursos;
- (c) a eficiência é um componente da justiça, embora não seja o único ou o principal critério de justiça, existindo outros, tais como os direitos e as finalidades ou objetivos coletivos;
- (d) a eficiência, entendida como o critério que maximiza a riqueza social, em certas ocasiões exige a intervenção regulatória, corretiva ou estratégica do Estado no mercado;
- (e) a observação do fenômeno jurídico a partir da eficiência pode ser especialmente útil para a construção de uma política jurídica que alcance seus objetivos, inclusive de realização da justiça. (1987, 271 e 287)

Como pode ser identificado no dispositivo mencionado da Lei 13.606/2018, o devedor está não só sujeito a uma restrição unilateral de seus bens, como à mercê da distribuição de uma execução fiscal pela Fazenda Nacional, para só então ter a oportunidade de discutir a legalidade da dívida perante um juízo e buscar o desfazimento da penhora ou arresto. A referida norma concede à mesma autoridade responsável pela constituição do crédito tributário o poder de executá-lo, sem que haja a anuência, a autorização prévia e a fiscalização da correção da referida medida pelo Poder Judiciário.

Um mercado vigoroso exige certeza dos compradores sobre os direitos que eles adquirem, ou seja, acesso à informação sobre o bem, portanto a exigência de averbação de uma CDA na matrícula do registro de imóveis mostra-se consentânea com o mercado, ou o protesto dessa mesma CDA, inclusive, como visto, considerada constitucional pelo STF na ADI 5.135, todavia a exigência unilateral, muitas vezes sem sequer contraditório, pode indisponibilizar a transmissão de qualquer bem de seu proprietário?

A indisponibilização exacerbada dos bens de pessoas, empresas em especial, impedindo-as de fazerem uso dos ativos dos quais são proprietárias para auferir valores destinados a investimentos, capital de giro e outras finalidades, que se traduzem em reflexos positivos para seus proprietários e empregados e para a sociedade como um todo, fazendo a moeda circular nos mais diversos setores da economia, tem o efeito de externalidade negativa para a economia como um todo, impedido a geração e transferência da riqueza no âmbito social.

Essa externalidade negativa, aumentando significativamente os custos de transação tem efeito deletério para a criação e manutenção de empregos, produção de bens e serviços dentre outros fatores indispensáveis ao crescimento econômico.

Assim, tornar indisponível quantidade indiscriminada de bens passíveis de garantia, afeta o desenvolvimento e investimento das empresas, significando redução na atividade econômica, fato gerador da tributação e consequente arrecadação de receitas públicas para financiamento do estado, mostrando-se prejudicial ao indivíduo e à sociedade, sob a ótica da AED, além de afrontar a ordem

econômica e financeira do país, constitucionalmente fixada no inciso II do artigo 170 da CF.

Como visto, o Teorema Normativo de Coase, ao prever normas legislativas e administrativas tendentes a remover os impedimentos aos acordos privados, pressupõe que o intercâmbio privado, nas circunstâncias apropriadas, pode alocar direitos jurídicos eficientemente, tornando desnecessário o intercâmbio de direitos e reduzindo o custo das transações. Todavia, a indisponibilização desarrazoada da propriedade, como vivenciado hodiernamente pelo ordenamento jurídico brasileiro, cria obstáculos ao trânsito econômico e jurídico, tanto de produtos ao retirar liquidez das empresas, como de bens móveis e imóveis ao gerar externalidades negativas e aumentar o custo de transação, resultando em restrições à função social da propriedade e ao desenvolvimento socioeconômico de nossa sociedade como um todo.

O caso concreto examinado aqui, indisponibilidade patrimonial extrajudicial pela denominada averbação administrativa pré-executória da indisponibilidade do bem ou valores, como fixado pelo artigo 20-B da Lei 10.522/2002, alterada pela Lei 13.606/2018, apresentaria eventual inconstitucionalidade formal e material, como arguida por relevantes entidades representativas da sociedade perante o Supremo Tribunal Federal nas ADI 5881, 5886, 5890, 5925, 5931 e 5932, ao excluir o Poder Judiciário de sua apreciação, permitindo ao credor tributante, até o momento a União, constituir seu crédito tributário por ela atribuído unilateralmente e indisponibilizando os bens de seu devedor se não adimplido o débito no prazo de cinco dias.

Portanto, não bastasse a eventual inconstitucionalidade da averbação pré-executória indisponibilizante, tal como indicada acima, e sua arguida afronta aos princípios da ampla defesa, do contraditório e do direito à propriedade, é de se notar que a referida norma não prevê instância administrativa colegiada para sua impugnação, a exemplo do já existente Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF.

Assim, se a averbação fosse exclusivamente em caráter acautelatório, de alerta ao adquirente da possível constrição do bem, não visualizar-se-ia

impedimento de restringir-se à esfera administrativa, todavia, ao indisponibilizar o bem *ex vi legis* identifica-se possível conflito com os princípios constitucionais do devido processo legal e a propriedade como elemento do desenvolvimento econômico.

A sistemática de indisponibilização dos bens via eletrônica expressa na Lei Complementar n. 118/2005, inserindo o art. 185-A no CTN ²⁰⁶, assenta-se na experiência da chamada penhora eletrônica (online) efetivada pela Justiça do Trabalho, já utilizada em execuções fiscais na Justiça Federal, originariamente concebida no denominado “Convênio de Cooperação Técnico- Institucional, para fins de acesso ao Sistema BACENJUD/SISBAJUD” firmado pelo Banco Central do Brasil com o Superior Tribunal de Justiça e o Conselho da Justiça Federal, de 08.08.2001, e com o Tribunal Superior do Trabalho, de 05.03.2002.

A rápida evolução do instituto da indisponibilização como instrumento cautelar pode ser aquilatada pelas indisponibilizações processadas no âmbito do CNIB – Central Nacional de Indisponibilização de Bens, em funcionamento no Conselho Nacional de Justiça desde 01.07.2012 e que possuía em 21.06.2016, início do projeto de tese, 94.167 ordens de indisponibilização e 151.317 pessoas com bens indisponibilizados, alcançando em 17.07.2020 a 821.173 ordens e 1.261.270 pessoas com bens indisponibilizados, identificando-se um aumento expressivo de indisponibilizações no período de 21.11.2019 a 17.07.2020, em plena crise da pandemia trazida pelo COVID-19.

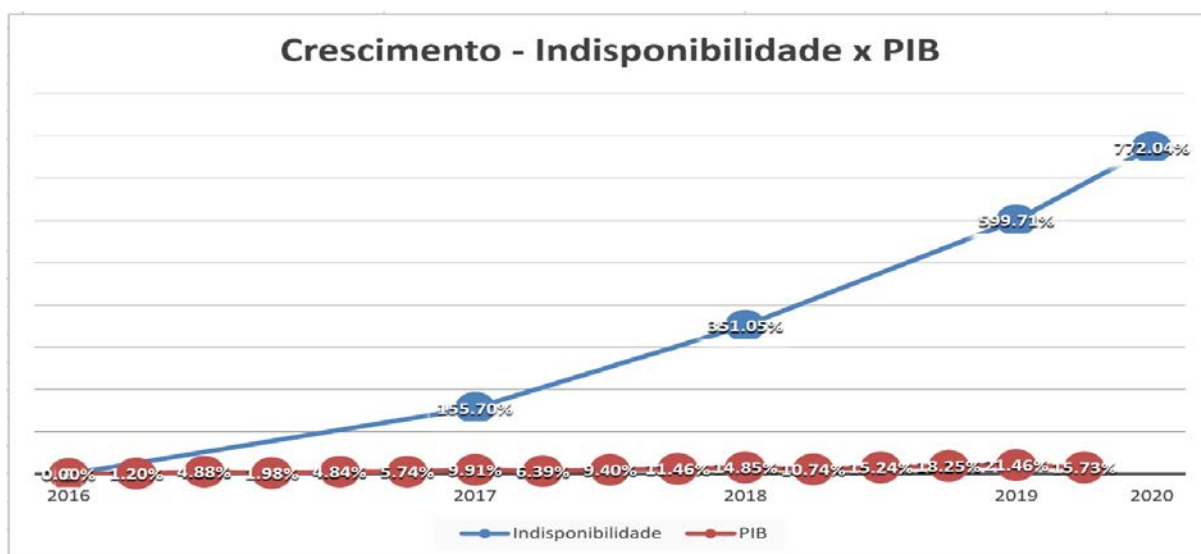
CNIB – Central Nacional de Indisponibilização de Bens - CNJ		
INDISPONIBILIZAÇÕES DATAS	ordens de indisponibilização	numero de pessoas
A-21.06.2016	94.167	151.317

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

B-04.10.2017	240.783	404.459
B/A % /MÊS	17,05	17,82
C-16.11.2018	424.741	694.102
C/B % /MÊS	11,76	11,44
C/A %/MÊS	15,04	15,29
D-21.11.2019	658.894	1.033.494
D/C % /MÊS	12,93	12,41
D/A % /MÊS	17,07	16,66
E-17.07.2020	821.173	1.261.270
E/D % /MÊS	15,58	15,25
E/A % /MÊS	17,80	17,01



A título ilustrativo, se compararmos a evolução no período de 2016 até 2020 das indisponibilizações via CNIB e a evolução do PIB brasileiro identificamos disparidade ímpar, como abaixo demonstrado:



Enquanto nosso PIB desde 2016 até 2019 cresceu 15,73% as indisponibilizações via CNIB de 2016 até junho de 2020 aumentaram em 772,04%, demonstrando evolução díspar entre si. A causa pode estar no maior uso do instrumento coercitivo por parte dos credores em face de sua eficácia, mas também pode demonstrar aumento inegável dos conflitos entre credores e devedores, em especial de origem fiscal, em parte ocasionado pelo crescente endividamento do setor produtivo nacional.

O CPC/2015 vigente, em especial seus arts. 837 e 854, além de disciplinar *ope legis* a indisponibilidade de bens online, via BANCEJUD, de dinheiros e bens imóveis e móveis, ainda expressamente autoriza sua instituição judicial à revelia do executado, ausente a ciência prévia dele. Além dos mecanismos exclusivos para recuperação do crédito pela Fazenda Pública, esta, ainda, pode fazer uso dos

artigos 792, caput e inciso II ²⁰⁷ e 828, caput e §4º ²⁰⁸ do CPC, que é aplicado subsidiariamente à Lei 6.830/1980. Tais dispositivos garantem a indisponibilidade dos bens do executado, após a admissão da execução pelo juiz. .

Todavia, tal profusão de indisponibilizações tem encontrado resistências na esfera jurídica, a exemplo do pronunciamento de nosso Excelso Supremo Tribunal Federal que em 25.09.2008, na ADI 173/DF, declarou inconstitucional a exigência pela Receita Federal da quitação de tributos e consequente emissão de certidão

²⁰⁷ Art. 792. A alienação ou a oneração de bem é considerada fraude à execução:

I - quando sobre o bem pender ação fundada em direito real ou com pretensão reipersecutória, desde que a pendência do processo tenha sido averbada no respectivo registro público, se houver;

II - quando tiver sido averbada, no registro do bem, a pendência do processo de execução, na forma do art. 828 ;

III - quando tiver sido averbado, no registro do bem, hipoteca judiciária ou outro ato de constrição judicial originário do processo onde foi arguida a fraude;

IV - quando, ao tempo da alienação ou da oneração, tramitava contra o devedor ação capaz de reduzi-lo à insolvência;

V - nos demais casos expressos em lei.

§ 1º A alienação em fraude à execução é ineficaz em relação ao exequente.

§ 2º No caso de aquisição de bem não sujeito a registro, o terceiro adquirente tem o ônus de provar que adotou as cautelas necessárias para a aquisição, mediante a exibição das certidões pertinentes, obtidas no domicílio do vendedor e no local onde se encontra o bem.

§ 3º Nos casos de desconsideração da personalidade jurídica, a fraude à execução verifica-se a partir da citação da parte cuja personalidade se pretende desconsiderar.

§ 4º Antes de declarar a fraude à execução, o juiz deverá intimar o terceiro adquirente, que, se quiser, poderá opor embargos de terceiro, no prazo de 15 (quinze) dias.

²⁰⁸ Art. 828. O exequente poderá obter certidão de que a execução foi admitida pelo juiz, com identificação das partes e do valor da causa, para fins de averbação no registro de imóveis, de veículos ou de outros bens sujeitos a penhora, arresto ou indisponibilidade.

§ 1º No prazo de 10 (dez) dias de sua concretização, o exequente deverá comunicar ao juízo as averbações efetivadas.

§ 2º Formalizada penhora sobre bens suficientes para cobrir o valor da dívida, o exequente providenciará, no prazo de 10 (dez) dias, o cancelamento das averbações relativas àqueles não penhorados.

§ 3º O juiz determinará o cancelamento das averbações, de ofício ou a requerimento, caso o exequente não o faça no prazo.

§ 4º Presume-se em fraude à execução a alienação ou a oneração de bens efetuada após a averbação.

negativa para a prática de atos referentes ao registro de imóveis, nos termos da Lei 7.711/1988, como examinado no item 8.1 deste estudo.

A Corte Suprema entendeu, seguindo seus precedentes, ser vedada a exigência de certidão tributária negativa para prática de atos no registro imobiliário, por constituir tal requisito verdadeira sanção política, restrições não-razoáveis ou desproporcionais ao exercício de atividade econômica ou profissional lícita, utilizadas como forma de indução ou coação ao pagamento de tributos.

Identifica-se na jurisprudência do Excelso Pretório a necessidade de conformação desses princípios com os da razoabilidade e proporcionalidade, a exemplo da exigência reputou constitucional a exigência de rigorosa regularidade fiscal para manutenção do registro especial para fabricação e comercialização de cigarros (DL 1.593/1977, art. 2º, II), sob o fundamento do princípio da neutralidade fiscal, plasmado no dever de o Estado assegurar a livre concorrência no mercado, e a partir da constatação de que o não pagamento contumaz e reiterado de tributos enseja uma vantagem concorrencial artificial e indevida em relação aos demais competidores.

Outro exemplo recente da jurisprudência do E. Pretório, ADI 5135, quanto às medidas coercitivas fiscais encontramos quando esse considerou razoável e proporcional o protesto de títulos executivos representados pelas Certidões da Dívida Ativa – CDA , respeitando os direitos fundamentais do cidadão/contribuinte, não constituindo sanção política, *ipsis litteris*:

CONSTITUCIONAL. ART. 1.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 9.492/1997, INTRODUZIDO PELA LEI 12.767/2012. INCLUSÃO EXPRESSA DE CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA DO PODER PÚBLICO ENTRE TÍTULOS DE DÍVIDA PASSÍVEIS DE PROTESTO EXTRAJUDICIAL. NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AO COMPLEXO NORMATIVO. MÉRITO. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO. SANÇÃO POLÍTICA. NÃO CARACTERIZAÇÃO

1. Não cabe ação declaratória de inconstitucionalidade que não impugne integralmente o complexo normativo aplicável, de acordo com o Supremo Tribunal Federal. A declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1.º da Lei

9.492, de 10 de setembro de 1997, acrescentado pela Lei 12.767, de 27 de dezembro de 2012, não obstará a que União, Estados, Distrito Federal e Municípios protestem extrajudicialmente suas certidões de dívida ativa, além daquelas oriundas de autarquias e fundações públicas, com alicerce no caput do art. 1.º da mesma lei.

2. Não procede alegação de inconstitucionalidade formal por falta de pertinência temática entre texto original de medida provisória e emendas parlamentares que versem sobre tema cuja iniciativa legislativa não é privativa. Pertinência temática é requisito exigível nas hipóteses em que emendas parlamentares digam respeito a projetos de lei de iniciativa privativa, que desnaturem o texto originário ou resultem em aumento de despesa. Precedentes.

3. Protesto de certidões de dívida ativa (CDAs) consubstancia medida necessária à recuperação do crédito público de modo eficaz, conforme recomendações do Tribunal de Contas da União e do Conselho Nacional de Justiça. Realiza os princípios constitucionais da eficiência e da economicidade na atuação do poder público e contribui para evitar que se amplie o congestionamento do Poder Judiciário.

4. O protesto de CDAs não configura sanção política, à luz da jurisprudência do STF segundo a qual sanção política é medida administrativa que inviabilize a atividade econômica, impeça apreciação do Poder Judiciário ou possua contornos desproporcionais.

5. Esse protesto não afronta os arts. 5.º, XXXV, 170, III e parágrafo único, e 174 da Constituição da República. Não há na Constituição preceito que vede protesto extrajudicial pelo poder público.

6. Parecer pelo não conhecimento da ação direta de inconstitucionalidade. No mérito, pela improcedência do pedido. (STF - ADI: 5135 DF - DISTRITO FEDERAL 9959963-75.2014.1.00.0000, Relator: Mm. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 09/11/2016, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJe-022 07-02-2018)

Efetivamente, que o inciso I do §3º do art. 20-B da Lei 10.522/2002, ao prever convênio da PGFN para 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, está permitindo a negativação direta do contribuinte/devedor junto a órgãos privados como SERASA ou SPC, não se confunde com o protesto de

CDAs, já apreciado pelo STF na ADI 5.135 e anteriormente mencionado em especial pelo fato dos títulos não serem motivo da intimação pessoal do devedor, como ocorre antes do ato notarial de protesto do título, com a concessão de 3 dias úteis ao devedor devidamente intimado a pagar ou questionar o débito junto ao cartório de protesto

Com fundamento no posicionamento do STF, o Superior Tribunal de Justiça também já firmou o entendimento de que a indisponibilidade de bens do devedor é medida extrema. E, por tal motivo, está vinculada à comprovação de exaurimento dos meios de busca de bens penhoráveis por parte do credor, não podendo, portanto, passar ao largo da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal.

No tocante à preservação das atividades das empresas em face da indisponibilização exacerbada temos no processo civil sua evolução. O art. 655-A do CPC/1973, introdutor da indisponibilização financeira *on line* no CPC/1973, trouxe em seu § 3º²⁰⁹ disposições antes inexistentes no CPC com tratamento diferenciado para a penhora de valores de empresas executadas. Esse dispositivo converteu-se no atual art. 866 do CPC/2015²¹⁰ com acréscimos significativos, justificando

²⁰⁹ CPC/1973 Art. 655-A. (...)

§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exeqüente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

²¹⁰ Art. 866. Se o executado não tiver outros bens penhoráveis ou se, tendo-os, esses forem de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito executado, o juiz poderá ordenar a penhora de percentual de faturamento de empresa.

§ 1º O juiz fixará percentual que propicie a satisfação do crédito exequendo em tempo razoável, mas que não torne inviável o exercício da atividade empresarial.

§ 2º O juiz nomeará administrador-depositário, o qual submeterá à aprovação judicial a forma de sua atuação e prestará contas mensalmente, entregando em juízo as quantias recebidas, com os respectivos balancetes mensais, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

§ 3º Na penhora de percentual de faturamento de empresa, observar-se-á, no que couber, o disposto quanto ao regime de penhora de frutos e rendimentos de coisa móvel e imóvel.

inclusive a criação da Subseção IX - Da Penhora de Percentual de Faturamento de Empresa.

Verifica-se a inserção de dispositivos relevantes para a proteção dos entes empresariais, como a prelação da excussão dos proprietários da empresa executada, vindo a incidir a penhora exclusivamente em caso de o executado não ter outros bens penhoráveis ou se, tendo-os, esses forem de difícil alienação ou insuficientes para saldar o crédito executado. Aí então e somente nessa condição, o juiz poderá ordenar a penhora de percentual de faturamento de empresa, em percentual que propicie a satisfação do crédito exequendo em tempo razoável, mas que não torne inviável o exercício da atividade empresarial. Ademais o juiz nomeará administrador-depositário, o qual submeterá à aprovação judicial a forma de sua atuação e prestará contas mensalmente, entregando em juízo as quantias recebidas, com os respectivos balancetes mensais, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

No mesmo sentido foi criada a Subseção VII - Da Penhora das Quotas ou das Ações de Sociedades Personificadas inexistente no CPC/1973, onde prevê-se que o juízo determine à sociedade simples ou empresária que tenha suas quotas ou ações de sócio penhoradas as ofereça aos demais sócios, observado o direito de preferência legal ou contratual e, não havendo interesse dos sócios na aquisição das ações, proceda à liquidação das quotas ou das ações, depositando em juízo o valor apurado, em dinheiro ou as adquira para evitar redução do capital social com utilização de reservas, para manutenção em tesouraria, se inviáveis essas opções o juiz poderá determinar o leilão judicial das quotas ou ações. O disposto na subseção

não se aplica às sociedades anônimas de capital aberto, cujas ações serão adjudicadas ao exequente ou alienadas em bolsa de valores.²¹¹,

Tais restrições ao exercício do poder executivo se devem à natureza social e não somente capitalista das empresas, como justifica Fábio Ulhoa Coelho, que já alertava para a necessidade da preservação das empresas como proteção da atividade econômica e social:

"Quando se assenta, juridicamente, o princípio da preservação da empresa, o que se tem em mira é a proteção da atividade econômica, como objetivo de direito cuja existência e desenvolvimento interessam não somente ao empresário, ou aos sócios da sociedade empresária, mas a um conjunto bem maior de sujeitos. [...] O que se busca preservar, na aplicação do princípio da preservação da empresa, é, portanto, a atividade, o empreendimento.

211 Art. 861. Penhoradas as quotas ou as ações de sócio em sociedade simples ou empresária, o juiz assinará prazo razoável, não superior a 3 (três) meses, para que a sociedade:

I – apresente balanço especial, na forma da lei;

II – ofereça as quotas ou as ações aos demais sócios, observado o direito de preferência legal ou contratual;

III – não havendo interesse dos sócios na aquisição das ações, proceda à liquidação das quotas ou das ações, depositando em juízo o valor apurado, em dinheiro.

§ 1º Para evitar a liquidação das quotas ou das ações, a sociedade poderá adquiri-las sem redução do capital social e com utilização de reservas, para manutenção em tesouraria.

§ 2º O disposto no caput e no § 1º não se aplica à sociedade anônima de capital aberto, cujas ações serão adjudicadas ao exequente ou alienadas em bolsa de valores, conforme o caso.

§ 3º Para os fins da liquidação de que trata o inciso III do caput, o juiz poderá, a requerimento do exequente ou da sociedade, nomear administrador, que deverá submeter à aprovação judicial a forma de liquidação.

§ 4º O prazo previsto no caput poderá ser ampliado pelo juiz, se o pagamento das quotas ou das ações liquidadas:

I – superar o valor do saldo de lucros ou reservas, exceto a legal, e sem diminuição do capital social, ou por doação; ou

II – colocar em risco a estabilidade financeira da sociedade simples ou empresária.

§ 5º Caso não haja interesse dos demais sócios no exercício de direito de preferência, não ocorra a aquisição das quotas ou das ações pela sociedade e a liquidação do inciso III do caput seja excessivamente onerosa para a sociedade, o juiz poderá determinar o leilão judicial das quotas ou das ações.

O princípio da preservação da empresa reconhece que, em torno do funcionamento regular e desenvolvimento de cada empresa, não gravitam apenas os interesses individuais dos empresários e empreendedores, mas também os metaindividuais de trabalhadores, consumidores e outras pessoas; são estes últimos interesses que devem ser considerados e protegidos, na aplicação de qualquer norma de direito comercial. [...] O princípio da preservação da empresa é legal, geral e implícito. (2012, 43)

Assim, a indisponibilização desmedida tem profundo impacto na atividade econômica das empresas e do próprio indivíduo, com reflexos nas relações sociais e quiçá afetivas, ao restringir a movimentação do patrimônio adquirido pelo trabalho ou por sucessão, fazendo-se necessário o devido e comedido exame fático e jurídico de sua razoabilidade e pertinência acompanhado do correspondente contraditório, sob pena de afetar a sociedade como um todo em seu sentido socioeconômico.

A indisponibilização dos bens do indivíduo, seja pessoa física ou jurídica, prolífera em nosso ordenamento pátrio, justificado por uma ampla plêiade de motivos e argumentos, tanto sociais como econômicos e ambientais, ensejando restrições à transmissão da propriedade, tanto no âmbito privado quanto público, com reflexos positivos e negativos nas relações econômicas e sociais. Dispor de sua propriedade mostra-se como alicerce dessas relações, todavia também enseja instrumentos de regularização e aperfeiçoamento delas.

CAPÍTULO VIII

8. REAÇÕES À INDISPONIBILIZAÇÃO DA PROPRIEDADE.

Como visto, a sociedade tem se manifestado de forma veemente contrária à indisponibilização abusiva e arbitrária da propriedade por suas consequências econômicas e sociais deletérias ao seu desenvolvimento. Tal reação tem sido respondida pela jurisprudência como igualmente no âmbito do Poder Legislativo. Identificam-se várias proposições de projetos de lei regulando o tema motivo deste estudo, assim como a jurisdição tem limitado a excussão e sua consequente indisponibilização patrimonial, muitas vezes por mecanismos extrajudiciais, como a seguir exemplificado.

8.1. INDISPONIBILIZAÇÃO PATRIMONIAL COMO “SANÇÃO POLÍTICA”

A indisponibilidade patrimonial, como visto, pode ter inúmeras causas e instrumentos, tanto no direito privado quanto no público, dentre as quais a excussão judicial ou extrajudicial, sendo que a execução fiscal mostra-se das mais impactantes na propriedade privada, a começar pelo elevado número de CDAs que a esse título correm no Judiciário brasileiro, como levantado pelo CNJ (2019), com os processos de execução fiscal representando 39% do total de casos pendentes e 73% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 90%, que mede a efetividade do tribunal em um período, levando-se em conta o total de casos novos que ingressaram, os casos baixados e o estoque pendente ao final do período anterior ao período base.

Ainda que extensivamente utilizado o processo judicial, o Estado, em suas três esferas, tem se utilizado de mecanismos paralelos para assegurar a arrecadação fiscal de suas receitas públicas, a exemplo da exigência de certidões negativas de tributos para transmissões de bens móveis ou imóveis, no que a doutrina e a jurisprudência denominam de “sanção política”.

Leonardo André Gandara arrola, a título de exemplos de sanções políticas no tocante ao direito tributário:

O repertório de sanções políticas verificadas no cotidiano empresarial brasileiro é variado, refletindo de alguma forma a ineficiência da administração fazendária na execução de supostos créditos tributários, como se pode observar com as situações abaixo listadas:

- (a) interdição de estabelecimento;
- (b) suspensão ou anulação do registro nos cadastros de contribuintes;
- (c) apreensão de mercadorias;
- (d) proibição de aquisição de selos fiscais;
- (e) negativa de autorização para impressão de documentos fiscais;
- (f) exigência de regularidade fiscal nas licitações;
- (g) proibição de arquivar atas de assembleias ou alterações contratuais ou estatutárias nas juntas comerciais;
- (h) negativa de encerramento ('baixa') das atividades da empresa;
- (i) proibição da expedição de novo certificado de registro de veículos;
- (j) restrições para a alienação de imóveis - restrições cartoriais;
- (k) restrições a financiamentos bancários;
- (l) negativa de emissão de CND ou emissão de certidões positivas; e
- (m) inscrição de contribuinte em cadastros de inadimplentes (ex.: CADIN). (2015, 96)

Nesse sentido, como exemplo concreto do uso de certidões negativas de tributos na indisponibilização patrimonial de devedores tributários temos a legislação tributária do Estado de Goiás, em cujas certidões fiscais positivas constam, até a presente data, os termos *ab initio*:

Por força do parágrafo único, art. 195, Lei 11.651/91, de 26 de dezembro de 1991, esta certidão não dá direito a alienação de qualquer bem patrimonial do sujeito passivo, especialmente imóvel.

Efetivamente, o parágrafo único do art. 195 da Lei 11.651/1991, que institui o Código Tributário do Estado de Goiás, dispõe:

Art. 195. Tem os mesmos efeitos da certidão negativa aquela em que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

Parágrafo Único. Não surte, porém, os efeitos previstos neste artigo, a certidão expedida, para fim de alienação de bem do patrimônio do sujeito passivo, na qual conste crédito tributário objeto de parcelamento não integralmente quitado, salvo se o devedor houver reservado bens ou rendas suficientes ao total pagamento da dívida. (Parágrafo acrescentado pela Lei nº 11.750, de 07.07.1992)

Todavia, a exigência de certidão tributária negativa para transmissão da propriedade prevista na Lei 7.711/1988 ²¹² foi declarada inconstitucional

²¹² Art. 1º Sem prejuízo do disposto em leis especiais, a quitação de créditos tributários exigíveis, que tenham por objeto tributos e penalidades pecuniárias, bem como contribuições federais e outras imposições pecuniárias compulsórias, será comprovada nas seguintes hipóteses: (Vide ADIN nº 173-6) (Vide ADIN nº 394-1)

I - transferência de domicílio para o exterior; (...) (Vide ADIN nº 173-6) (Vide ADIN nº 394-1)

III - registro ou arquivamento de contrato social, alteração contratual e distrato social perante o registro público competente, exceto quando praticado por microempresa, conforme definida na legislação de regência; (Vide ADIN nº 173-6) (Vide ADIN nº 394-1)

IV - quando o valor da operação for igual ou superior ao equivalente a 5.000 (cinco mil) obrigações do Tesouro Nacional - OTNs: (Vide ADIN nº 173-6) (Vide ADIN nº 394-1)

a) registro de contrato ou outros documentos em Cartórios de Registro de Títulos e Documentos; (Vide ADIN nº 173-6) (Vide ADIN nº 394-1)

b) registro em Cartório de Registro de Imóveis; Vide ADIN nº 173-6) (Vide ADIN nº 394-1)

) operação de empréstimo e de financiamento junto a instituição financeira, exceto quando destinada a saldar dívidas para com as Fazendas Nacional, Estaduais ou Municipais. (Vide ADIN nº 173-6) (Vide ADIN nº 394-1) (Vide Medida Provisória nº 526, de 2011) (Vide Lei nº 12.453, de 2011)

§ 1º Nos casos das alíneas a e b do inciso IV, a exigência deste artigo é aplicável às partes intervenientes (Vide ADIN nº 173-6) (Vide ADIN nº 394-1)

§ 2º Para os fins de que trata este artigo, a Secretaria da Receita Federal, segundo normas a serem dispostas em Regulamento, remeterá periodicamente aos órgãos ou entidades sob a responsabilidade das quais se realizarem os atos mencionados nos incisos III e IV relação dos contribuintes com débitos que se tornarem definitivos na instância administrativa, procedendo às competentes exclusões, nos casos de quitação ou garantia da dívida. (Vide ADIN nº 173-6) (Vide ADIN nº 394-1)

pelo Supremo Tribunal Federal, em 25.09.2008, na ADI 173/DF assim como na ADI 394/DF, porquanto a necessária quitação de tributos e consequente emissão de certidão negativa para a prática de atos referentes ao registro de imóveis contrariam os direitos fundamentais ínsitos na Carta Magna.

A Corte Suprema entendeu, seguindo seus precedentes, ser vedada a exigência de certidão tributária negativa para prática de atos nos registros imobiliário e de títulos e documentos, por constituir tal requisito verdadeira sanção política, restrições não-razoáveis ou desproporcionais ao exercício de atividade econômica ou profissional lícita, utilizadas como forma de indução ou coação ao pagamento de tributos, *ipsis verbis*:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. DIREITO FUNDAMENTAL DE ACESSO AO JUDICIÁRIO. DIREITO DE PETIÇÃO. TRIBUTÁRIO E POLÍTICA FISCAL. REGULARIDADE FISCAL. NORMAS QUE CONDICIONAM A PRÁTICA DE ATOS DA VIDA CIVIL E EMPRESARIAL À QUITAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS. CARACTERIZAÇÃO ESPECÍFICA COMO SANÇÃO POLÍTICA. AÇÃO CONHECIDA QUANTO À LEI FEDERAL 7.711/1988, ART. 1º, I, III E IV, PAR. 1º A 3º, E ART. 2º.

1. Ações diretas de inconstitucionalidade ajuizadas contra os arts. 1º, I, II, III e IV, par. 1º a 3º e 2º da Lei 7.711/1988, que vinculam a transferência de domicílio para o exterior (art. 1º, I), registro ou arquivamento de contrato social, alteração contratual e distrato social perante o registro público competente, exceto quando praticado por microempresa (art. 1º, III), registro de contrato ou outros documentos em Cartórios de Registro de Títulos e Documentos (art. 1º, IV, a), registro em Cartório de Registro de Imóveis (art. 1º, IV, b) e operação de empréstimo e de financiamento junto a instituição financeira, exceto quando destinada a saldar dívidas para com as Fazendas Nacional, Estaduais ou Municipais (art. 1º, IV, c) – estas três últimas nas hipóteses de o valor da operação ser igual ou superior a cinco mil Obrigações do Tesouro Nacional – à quitação de créditos tributários exigíveis, que tenham por objeto tributos e penalidades pecuniárias, bem como contribuições federais e outras imposições pecuniárias compulsórias.

2. Alegada violação do direito fundamental ao livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV da Constituição), na medida em que as normas impedem o contribuinte de ir a juízo discutir a validade do crédito tributário. Caracterização de sanções

políticas, isto é, de normas enviesadas a constranger o contribuinte, por vias oblíquas, ao recolhimento do crédito tributário.

3. Esta Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún, da Constituição), a violação do devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se predispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição. É inequívoco, contudo, que a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal não serve de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial. Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não-razoável.

4. Os incisos I, III e IV do art. 1º violam o art. 5º, XXXV da Constituição, na medida em que ignoram sumariamente o direito do contribuinte de rever em âmbito judicial ou administrativo a validade de créditos tributários. Violam, também o art. 170, par. ún. da Constituição, que garante o exercício de atividades profissionais ou econômicas lícitas. Declaração de inconstitucionalidade do art. 1º, I, III e IV da Lei 7.711/988. Declaração de inconstitucionalidade, por arrastamento dos parágrafos 1º a 3º e do art. 2º do mesmo texto legal. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. SANÇÃO POLÍTICA. PROVA DA QUITAÇÃO DE CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS NO ÂMBITO DE PROCESSO LICITATÓRIO. REVOGAÇÃO DO ART. 1º, II DA LEI 7.711/1988 PELA LEI 8.666/1993. EXPLICITAÇÃO DO ALCANCE DO DISPOSITIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE NÃO CONHECIDA QUANTO AO PONTO.

5. Ação direta de inconstitucionalidade não conhecida, em relação ao art. 1º, II da Lei 7.711/1988, na medida em que revogado, por estar abrangido pelo dispositivo da Lei 8.666/1993 que trata da regularidade fiscal no âmbito de processo licitatório.

6. Explicitação da Corte, no sentido de que a regularidade fiscal aludida implica “exigibilidade da quitação quando o tributo não seja objeto de discussão judicial” ou “administrativa”. Ações Diretas de Inconstitucionalidade parcialmente conhecidas e, na parte conhecida, julgadas procedentes.(STF-ADI 173-DF. Rel. Joaquim Barbosa. Pub. 25.09.2008.Tribunal Pleno. DJE 053 Div. 19.03.2009. Public. 20.03.2009 Em. Vol. 02353-01-PP-00001)

Verifica-se extensa jurisprudência do STF inclusive sumulada (70, 323 e 547) que repudia a utilização de medidas drásticas pela autoridade tributária para a satisfação de seus créditos.

70 - É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo;

323 - É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos;

547 - Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Entretanto, o Excelso Pretório recentemente manifestou-se pela constitucionalidade no ordenamento pátrio de indisponibilizações vinculadas a questões tributárias, a exemplo da existência de débitos para com o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) e das multas de trânsito que impedem a transferência da propriedade do veículo a terceiros nos DETRANs, nos termos do inciso VIII do art. 124 da Lei 9.503/1997, Código Brasileiro de Trânsito ²¹³, tendo o Plenário do STF confirmado sua constitucionalidade no julgamento da ADI 2998, relator para acórdão ministro Ricardo Lewandowski, julgamento em 10.04.2019, *ipsis verbis*:

Ementa: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.IMPUGNAÇÃO A DIVERSOS

²¹³ Art. 124. Para a expedição do novo Certificado de Registro de Veículo serão exigidos os seguintes documentos: (...)

VIII – comprovante de quitação de débitos relativos a tributos, encargos e multas de trânsito vinculados ao veículo, independentemente da responsabilidade pelas infrações cometidas;

DISPOSITIVOS CONSTANTES DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO – CTB. PREJUDICIALIDADE DA ANÁLISE QUANTO AO ART. 288, § 2º; **IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO COM RELAÇÃO AOS ARTS. 124, VIII; 128 E 131, § 2º.** APLICAÇÃO DE INTEPRETAÇÃO CONFORME AO PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 161: IMPOSSIBILIDADE DE ESTABELECIMENTO DE SANÇÃO POR PARTE DO CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO - CONTRAN. CONTRARIEDADE AO PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL: INCONSTITUCIONALIDADE DA EXPRESSÃO “OU RESOLUÇÕES DO CONTRAN” CONSTANTE DO CAPUT DO ART. 161. AÇÃO JULGADA PARCIALMENTE PROCEDENTE.

I – O § 2º do art. 288 do CTB foi revogado pela Lei 12.249/2010.

II – Não há qualquer inconstitucionalidade quanto aos arts. 124, inciso VIII; 128; 131, § 2º.

III - É inconstitucional o estabelecimento de sanção por parte do Conselho Nacional de Trânsito – CONTRAN. Ação julgada procedente quanto ao parágrafo único do art. 161.

IV – A expressão “ou das resoluções do CONTRAN” constante do caput do art. 161 contraria o princípio da reserva legal.

V – Ação julgada parcialmente procedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Senhor Ministro Dias Toffoli, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria, julgar prejudicada a ação quanto ao art. 288, § 2º, do Código de Trânsito Brasileiro - CTB, vencido o Ministro Marco Aurélio (Relator), que o declarava inconstitucional. **Por maioria, julgar improcedente a ação, declarando-se a constitucionalidade dos arts. 124, VIII, 128, e 131, § 2º, do CTB**, vencido o Ministro Celso de Mello. Por unanimidade, dar interpretação conforme a Constituição ao art. 161, parágrafo único, do CTB, para afastar a possibilidade de estabelecimento de sanção por parte do Conselho Nacional de Trânsito. Por maioria, declarar a nulidade da expressão “ou das resoluções do CONTRAN” constante do art. 161, caput, do Código de Trânsito Brasileiro, vencidos os Ministros Marco Aurélio, Edson Fachin, Roberto Barroso e Rosa Weber. Ausente, justificadamente, o Ministro Luiz Fux. Presidência do Ministro Dias Toffoli.(grifamos)

Leonardo André Gandara, ao analisar o tema sanção política, pondera acerca da exigência de certidões fiscais negativas para transferência da propriedade de imóveis, mas entende razoável a exigência do recolhimento do Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis intervivos (ITBI) por ser esse tributo legitimador da transmissão do bem que ocorre no ofício de registro de imóveis, afinal o próprio fato gerador do tributo é a transmissão da propriedade do bem, *ipsis verbis*:

... para o caso de transferência de imóveis não entendemos como medida necessária, pois seria uma intromissão pública numa relação privada, o uso de um negócio jurídico eminentemente privado para exigir o pagamento de tributo, o que se releva inadequado. De fato, trata-se da mesma lógica, vejamos: a compra e a venda do imóvel é relação entre privados, mas com efeitos públicos. Porém, a exigência de CND aqui somente é exigida para obstar o exercício de disposição da propriedade, nos termos do art. 1.228 do Código Civil. Um comprador diligente, provavelmente, exigirá a apresentação da CND, receoso de eventuais cobranças futuras vinculadas ao imóvel. No entanto, daí a vincular o registro do imóvel a esse documento, é o uso de uma relação privada pelo Estado para atingir um objetivo arrecadatório. É inadequado pelo fato de existirem meios para a Fazenda exigir o tributo, sem a necessidade de buscar adequar a relação privada para alcance de um objetivo público, já que os meios disponíveis são perfeitamente factíveis de serem utilizados pela administração.

Por outro lado, entendemos como razoável a exigência de pagamento de ITBI como requisito prévio à transferência de titularidade imobiliária, apesar de existir meio disponível para o recebimento do ITBI, qual seja, a execução fiscal. Em nossa opinião, tal condicionamento não é sanção política, haja vista que não impõe um dever desproporcional ao contribuinte, mas sim, que ele observe o pagamento do tributo para que o registro público torne a transação legítima. Além disso, tal condição permite o conhecimento do real contribuinte do tributo que eventualmente não ocorreria se tal exigência não fosse permitida, gerando uma grande insegurança jurídica nas relações de propriedade. Assim, o pagamento do ITBI deve ser considerado como a forma de disparar os efeitos da relação privada contra terceiros. (2015, 106 -107)

Nesse sentido, *de lege ferenda*, o PL 9.504/2018, aguardando ser pautado no Plenário da Câmara dos Deputados, de autoria da Comissão Mista Temporária de

Desburocratização, veda a exigência de regularidade administrativa e tributária para a prática de atos jurídicos de natureza civil, *ipsis litteris*:

Art. 1º A prática de atos jurídicos de natureza civil e o seu ingresso nos registros públicos não podem ser obstados em razão da existência de dívidas tributárias vinculadas ou não ao ato jurídico ou ao seu objeto.

Parágrafo único. Havendo dívidas tributárias vinculadas ao ato jurídico ou ao seu objeto e havendo lei específica nesse sentido, o ato jurídico será ineficaz em relação à Fazenda, fato que, se o for o caso, deverá ser averbado no registro público, salvo em relação a terceiros que adquirem direitos reais sobre o veículo a título oneroso.

Art. 2º O art. 47 da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, passa a vigorar acrescido do seguinte § 8º:

"Art. 47 (...) § 8º Ainda que haja débitos, é facultado ao interessado praticar os atos jurídicos, com o devido ingresso no registro público, nas hipóteses da alíneas "b", "c" e "d" do inciso I do caput e na hipótese do inciso II do caput, mas esse ato jurídico será ineficaz apenas perante a Fazenda.

No mesmo sentido, agora quanto a bens móveis, veículos automotores, verifica-se a proposição legislativa expressa no PL 8.494/2017, em tramitação na Câmara dos Deputados, cujo dispositivo legal obsta a retenção de veículo que tenha débitos tributários pelo ente estatal, exceto se reincidente seu proprietário, *ipsis litteris*:

Altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, para dispor sobre a medida administrativa de remoção do veículo.

O Congresso Nacional decreta:

Art. 1º Esta Lei altera a Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, para dispor sobre a aplicação da medida administrativa de remoção do veículo em razão da falta de pagamento de tributo.

Art. 2º O art. 230 da Lei nº 9.503, de 1997, passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 3º e 4º:

"Art. 230 (...)

§ 3º A medida administrativa de remoção do veículo de que trata o inciso V, no caso de veículo registrado que não esteja devidamente licenciado, somente será aplicada se houver reincidência, nessa conduta, no período de 15 (quinze) dias até 12 (doze) meses após a data da infração.

§ 4º A condição prevista no § 3º somente será aplicada se não houver débito de multas vencidas no prontuário do veículo.”

Como visto, a indisponibilização acerba tem gerado resistências por parte da sociedade em razão das dificuldades por ela geradas para o trânsito econômico no âmbito da propriedade com profundos reflexos no desenvolvimento socioeconômico pátrio.

Todavia, a vedação à instituição de instrumentos eficazes de excussão fiscal deve cercar-se de análises não restritas a valores jurídicos abstratos, sem levar em consideração a realidade econômica vivenciada pela sociedade, a exemplo da consideração a seguir de Victor Teixeira de Albuquerque e Priscilla Alessandra Widmann, quanto à decisão monocrática (SS 5374) do Presidente do STF, Ministro Dias Toffoli, em 07.05.2020, na qual acolheu pedido de suspensão de segurança formulado pela Procuradoria Geral do Município de São Paulo, sustando os efeitos de decisão monocrática do Tribunal de Justiça de São Paulo que retirava de determinado grupo econômico o dever de pagar tributos municipais durante a pandemia causada pelo novo coronavírus (Covid-19), *ipsis verbis*:

O uso de valores jurídicos abstratos para invalidar políticas fiscais sem a compreensão da razão pública subjacente a cada uma delas tem sido uma constante no Direito Tributário nos últimos anos, afetando a capacidade de financiamento do Estado, bem como criando distorções no equilíbrio de

A decisão do presidente Dias Toffoli na SS 5374, na linha de novos precedentes firmados em matéria tributária e de controle da Administração Pública, traz a esperança de que a superação da crise exigirá um trabalho coordenado entre as instituições, no qual a Administração, exercendo o seu ônus de tomar decisões públicas pautadas em critérios técnicos, tenha a sua vontade preservada e que os atores eleitos consigam ter segurança para implementar as políticas públicas. Nas palavras do ministro:

“Não cabe ao Poder Judiciário decidir quem deve ou não pagar impostos, ou mesmo quais políticas públicas devem ser adotadas, substituindo-se aos gestores responsáveis pela condução dos destinos do Estado, neste momento.”
(2020) (grifamos)

8.2. INDISPONIBILIZAÇÃO EXCESSIVA COMO ABUSO DE AUTORIDADE

O Poder Legislativo tem participado da questão da indisponibilidade, seu uso e abuso, ao aprovar, e o Executivo sancionar a Lei 13.869/2019, de autoria do Senador Randolfe Rodrigues, que define os crimes de abuso de autoridade e inclui dentre eles o abuso na indisponibilização de bens, *ex vi legis*:

Art. 36. Decretar, em processo judicial, a indisponibilidade de ativos financeiros em quantia que extrapole exacerbadamente o valor estimado para a satisfação da dívida da parte, deixando de corrigi-lo ante a demonstração, pela parte, da excessividade da medida:

Pena – detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa

O tipo penal criado pela Lei de Abuso de Autoridade tem gerado reações favoráveis e contrárias, em especial da magistratura passível de ser apenada em situações onde o exequente e o executado apresentam comportamentos inidôneos ou displicentes, agravado pelo volume imenso de execuções tramitando na esfera judicial, em especial execução fiscal.

Nesse sentido, trazemos exemplo fático da aplicação do art. 36 da Lei 13.869/2019 como na Decisão Monocrática do Desembargador Irineu Mariani do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, decorrente do julgado em: 12.05.2020,²¹⁴ onde o Relator faz considerações acerca do tipo penal inserido em nosso ordenamento pela Lei 13.869/2019. Como analisado pelo Relator, o tipo penal exige conduta comissiva, decretar, também exige conduta omissiva, deixar de corrigi-la,

²¹⁴ (TJ-RS - AI: 70083941344 RS, Relator: Irineu Mariani, Data de Julgamento: 12/05/2020, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 13/05/2020)

impõe-se o dolo específico previsto no § 1º do art. 1º da Lei 13.869/2019 ²¹⁵, assim as condutas descritas no dispositivo legal constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

Logo a seguir, remete o Relator à questão fática trazida a lume no processo em apreciação, uma execução fiscal onde o Juiz, sentindo temor de ser processado criminalmente, indeferiu pedido de penhora on-line, motivo de recurso pelo Município exequente. Ainda que mencione decisões contrárias, de não conhecimento enquanto não houver pronunciamento do STF nos pedidos de liminares nas ADINS 6238 e 6239, conheceu do Agravo interposto pela Prefeitura.

Portanto, impõe-se atribuir sentido técnico e *stricto sensu* ao vocábulo indisponibilidade, inclusive porque envolve tipo penal. O dispositivo dirige-se, por exemplo, à indisponibilidade prevista:

1. na improbidade administrativa, Lei 8.429/92, art. 7º;
2. na ação cautelar fiscal, Lei 8.397/92, art. 4º, e
3. no CTN, art. 185-A,

Observe-se que o CPC, mesmo quando envolve meio eletrônico, não fala em indisponibilidade de dinheiro, e sim mantém a nomenclatura penhora de dinheiro, art. 837 ²¹⁶. Estenda-se que a tipificação aplica-se também à penhora on-line, além

²¹⁵ Art. 1º Esta Lei define os crimes de abuso de autoridade, cometidos por agente público, servidor ou não, que, no exercício de suas funções ou a pretexto de exercê-las, abuse do poder que lhe tenha sido atribuído.

§ 1º As condutas descritas nesta Lei constituem crime de abuso de autoridade quando praticadas pelo agente com a finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal.

²¹⁶ Art. 837. Obedecidas as normas de segurança instituídas sob critérios uniformes pelo Conselho Nacional de Justiça, a penhora de dinheiro e as averbações de penhoras de bens imóveis e móveis podem ser realizadas por meio eletrônico.

do dolo específico previsto no § 1º do art. 1º, exigindo que a quantia extrapole exacerbadamente, entenda-se, manifestamente, notoriamente, bem assim há exigência de arguição e demonstração da parte interessada, sem que o juiz faça a correção, ou seja, conduta omissiva.

Pondera o Relator que, se o art. 831 do CPC ²¹⁷ estabelece que a penhora deva garantir o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios, e se o § 2º do art. 835 ²¹⁸ estabelece que, nos casos de substituição de penhora por fiança bancária ou seguro garantia judicial, o valor deve ser de no mínimo trinta por cento superiores ao valor do débito, conclui-se que só se pode qualificar que a extrapolação é exacerbada quando vai muito além do mencionado percentual.

O tipo penal do abuso de autoridade dispõe que o aferimento do excesso da medida se dá por provocação da parte, sendo esta mais uma garantia ao julgador. Assim, a constrição de quantia correspondente ao valor indicado na CDA não caracteriza medida excessiva, mormente porque a certidão de dívida ativa goza de presunção de certeza e liquidez, arts. 204 do CTN ²¹⁹ e 3º da Lei 6.830/1980 - Lei de Execuções Fiscais ²²⁰, só podendo ser elidida por prova robusta. Para tanto, menciona o Relator várias decisões monocráticas no âmbito do TJRS (AgIn 70 083 815 357, de 06.02.2020, AgIn 70 083 763 656, de 30.01.2020; AgIn 70 083 712 703, de 23.01.2020; ou AgIn 70 083 607 309, de 07.01.2020).

²¹⁷ Art. 831. A penhora deverá recair sobre tantos bens quantos bastem para o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios.

²¹⁸ Art. 835 (...)§ 2º Para fins de substituição da penhora, equiparam-se a dinheiro a fiança bancária e o seguro garantia judicial, desde que em valor não inferior ao do débito constante da inicial, acrescido de trinta por cento.

²¹⁹ Art. 204. A dívida regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída.

Parágrafo único. A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo ou do terceiro a que aproveite.

²²⁰ Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

Parágrafo Único - A presunção a que se refere este artigo é relativa e pode ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro, a quem aproveite.

Finalizando, menciona o relator que o tema já foi objeto de análise pela Primeira Câmara Cível do TJRS no AgIn 70 083 709 451, de sua relatoria, julgado na sessão virtual de 22.04.2020. Nesse, sentido, o Exmo. Des. Irineu Mariani, teve sua manifestação acolhida pela Câmara do TJRS em Julgamento de 12.05.2020, *ipsis litteris*:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ON-LINE. JUIZ QUE A INDEFERE POR MEDO DE SER PROCESSADO CRIMINALMENTE. ART. 36 DA LEI 13.869/19 ? LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE. REFORMA. DECISÃO MONOCRÁTICA.

1. Impõe-se atribuir sentido técnico e *stricto sensu* ao vocábulo indisponibilidade, usado no art. 36 da Lei 13.869/19, inclusive porque envolve tipo penal. Dirige-se, por exemplo, à indisponibilidade prevista na improbidade administrativa (Lei 8.429/92, art. 7º), na ação cautelar fiscal (Lei 8.397/92, art. 4º) e no CTN (art. 185-A), haja vista o CPC, mesmo quando envolve meio eletrônico, não falar em indisponibilidade de dinheiro, e sim mantém a nomenclatura penhora de dinheiro (art. 837).

2. Se se quiser estender a tipificação para também a penhora on-line, além do dolo específico (§ 1º do art. 1º), há exigência de a quantia extrapolar exacerbadamente entenda-se, manifestamente, notoriamente, bem assim há exigência de arguição e demonstração da parte interessada, sem que o juiz faça a correção (conduta omissiva). 3. Se o art. 831 do CPC estabelece que a penhora deve garantir o pagamento do principal atualizado, dos juros, das custas e dos honorários advocatícios, e se o § 2º do art. 835 estabelece que, nos casos de substituição de penhora por fiança bancária ou seguro garantia judicial, o valor deve ser de no mínimo trinta por cento superior ao valor do débito, conclui-se que só se pode qualificar que a extrapolação é exacerbada quando vai muito além do mencionado percentual. 4. Recurso provido. (Agravado de Instrumento, Nº 70083941344, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em: 12-05-2020) (TJ-RS - AI: 70083941344 RS, Relator: Irineu Mariani, Data de Julgamento: 12/05/2020, Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: 13/05/2020)

No mesmo sentido, da necessidade do pronunciamento jurisdicional, com as devidas precauções, pronunciou-se o Tribunal de Justiça de Minas Gerais, *ipsis verbis*:

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - EXECUÇÃO FISCAL - DIALETICIDADE RECURSAL - CONSULTA E BLOQUEIO DE ATIVOS FINANCEIROS VIA SISTEMA BACENJUD/SISBAJUD - RECUSA DO MAGISTRADO POR RECEIO DE CONFIGURAÇÃO DE CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE - ART. 36 DA LEI 13.869/19 - FATO ATÍPICO. 1. Para que o agravo de instrumento seja conhecido, ele deve ser interposto por petição dirigida ao Tribunal, acompanhada das razões do inconformismo e do pedido de nova decisão, conforme determina o art. 1.016, do CPC. 2. Nos termos do art. 10 da Lei 6.830/80, em havendo a citação válida do executado, se não for efetuado o pagamento após o decurso do prazo e tampouco a constituição de garantia da execução, deverá recair penhora sobre tantos bens quanto sejam necessários à satisfação do crédito. 3. Tanto o art. 11 da Lei 6.830/80 quanto o art. 835 do Código de Processo Civil dispõem que a penhora de dinheiro disponível em conta bancária do executado tem preferência em relação a quaisquer outros bens. 4. Por força do art. 854 do CPC, a requerimento do exequente, o juiz determinará às instituições financeiras, inaudita altera parte, que tornem indisponíveis ativos financeiros existentes em nome do executado por meio de sistema eletrônico gerido pela autoridade supervisora do sistema financeiro nacional. 5. Na linha da jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, é desnecessário o prévio esgotamento de diligências para a localização de bens do devedor como condição para a penhora on-line de ativos financeiros. 6. Apenas comete o crime tipificado no art. 36 da Lei 13.869/19 o juiz que determina a indisponibilidade de ativos financeiros e, ao tomar conhecimento de eventual excesso de constrição, deixa dolosamente de determinar a liberação do excedente. 7. Os delitos tipificados na Lei 13.869/19 exigem o especial fim de agir, ou seja, o dolo específico por parte do agente em prejudicar alguém ou, ao menos, se beneficiar com o ato de ofício. 8. Mesmo diante de toda sorte de investidas conservadoras ou reacionárias, o magistrado não pode se acovardar no desempenho de sua função de dizer o Direito com independência, equidistância e imparcialidade. (TJ-MG - AI: 10188100914285001 MG, Relator: Wagner Wilson, Data de Julgamento: 23/04/2020, Data de Publicação: 30/04/2020)

8.3. REGULAÇÃO DA INDISPONIBILIDADE NA AÇÃO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

No tocante ao tema tratado no item 5.5 deste estudo, relativo ao julgamento, pelo STJ, do tema repetitivo 701 (REsp 1.366.721/BA, 1ª Seção, DJ de 26/2/2014),

que dispensou a demonstração de risco para decretação da indisponibilidade, fundando-se, para tanto, no argumento de que o mencionado artigo 7º traria pressuposto o *periculum in mora* como proteção em favor da sociedade, identifica-se proposição legislativa em trâmite no Congresso Nacional expressa no Projeto de Lei 10.887/2018, proposto pelo Deputado Roberto de Lucena, que “Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa”, inserindo ou alterando os dispositivos da LIA relativos ao tema mencionado, destacando-se seu art. 16 ao disciplinar os procedimentos de indisponibilização dos acusado de improbidade administrativa, *ipsis verbis*:

Art. 16. Na ação por improbidade administrativa poderá ser formulado, em caráter antecedente ou incidente, pedido de indisponibilidade de bens dos réus, a fim de garantir a integral recomposição do erário e a aplicação de outras sanções de natureza patrimonial.

§ 1º O pedido de indisponibilidade pode ser formulado independentemente da representação de que trata o art. 6º desta lei.

§ 2º O pedido de indisponibilidade será concedido independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial à luz dos seus respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 (cinco) dias.

§ 3º A medida pode ser decretada sem a oitiva prévia do réu, sempre que o contraditório prévio possa frustrar a efetividade da medida ou que haja outras circunstâncias que recomendem a proteção liminar.

§ 4º A constrição deverá recair sobre bens que sejam suficientes para a garantia do ressarcimento ao erário dos prejuízos patrimoniais alegados e da multa civil, independentemente da época de sua aquisição.

§ 5º O valor da indisponibilidade levará em conta a estimativa de dano indicada na petição inicial, permitindo-se a sua substituição por caução idônea, fiança bancária ou seguro-garantia judicial, a requerimento do réu, bem como a sua readequação durante a instrução do processo.

§ 6º A constrição patrimonial poderá incidir sobre bem de família, sempre que ausentes outros bens disponíveis em

montante suficiente à garantia pretendida, competindo ao requerido a demonstração dessa suficiência.

§ 7º A indisponibilidade de bens de terceiro depende da instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica, a ser processada na forma da lei processual.

§ 8º Quando for o caso, o pedido incluirá a investigação, o exame e o bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais.

§ 9º Aplica-se à indisponibilidade prevista neste artigo, quando requerida de forma antecedente, o previsto nos arts. 305 e 308 a 310, da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

§ 10. Aplica-se à indisponibilidade de bens, regida por esta lei, no que for cabível, o regime da tutela provisória da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

§ 11. Da decisão que defere ou indefere a medida de indisponibilidade cabe agravo de instrumento, nos termos da Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.

A ideia não foi nova, já se fazendo presente o *periculum in mora* presumido, para fins de indisponibilidade, nos artigos 36, parágrafo 1º, da Lei 6.024/1974, 185-A, do CTN, 7º, III, da Lei 6.830/1980, e 14, da Lei 4.717/1965. Ampla doutrina, de igual modo, já advogava em favor daquele raciocínio, condicionando a decretação de indisponibilidade somente à probabilidade do direito, no caso da prática de ato ímprobo.

O detalhe é que, afastada a ideia de demonstração de risco como requisito para decretação da indisponibilidade, a medida perdeu sua condição de cautelar para transmudar-se em tutela de evidência, como, aliás, constou expressamente do julgado no REsp 1.366.721/BA:

Percebe-se que o sistema da Lei de Improbidade Administrativa admitiu, expressamente, a tutela de evidência. O disposto no art. 7º da aludida legislação, em nenhum momento, exige o requisito da urgência, reclamando, apenas, para o cabimento da medida, a demonstração, numa cognição sumária, de que o ato de improbidade causou lesão ao patrimônio público ou ensejou enriquecimento ilícito”.

O ponto é relevante porque, em se considerando a medida como não mais cautelar, deixa ela de ser passível de qualquer decretação ou adaptação de ofício pelo juízo com base no poder geral de cautela.

Ainda no mesmo sentido, percebe-se que o Projeto de Lei 10.887/2018, ao propor a alteração da Lei de Improbidade, encampou a ratio contida no julgado do STJ para, no § 2º de seu art. 16, estabelecer que o pedido de indisponibilidade será concedido independentemente da demonstração de perigo de dano ou de risco ao resultado útil do processo, desde que o juiz se convença da probabilidade da ocorrência dos atos descritos na petição inicial à luz dos seus respectivos elementos de instrução, após a oitiva do réu em 5 dias.

Todavia, a mesma proposição legislativa, no caput do artigo 16 e no respectivo parágrafo 9º, admite que o pedido seja deduzido em caráter antecedente, observando, para tanto, os artigos 305 e 308 a 310 do Código de Processo Civil, o primeiro dos quais condiciona a antecedência à demonstração “do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Não se ignora que o mencionado § 9º fala que esses dispositivos se aplicam ao pedido de indisponibilidade em caráter antecedente “no que couber”, entretanto difícil imaginar hipótese autorizadora de medida constritiva anteriormente ao manejo da ação principal que não seja fundada em risco, inexistente tutela de evidência em caráter antecedente.

Ademais, observa-se que a tutela de evidência, prevista no art. 311 do CPC/2015, pressupõe, em suas hipóteses, uma carga de certeza não consentânea com a simples probabilidade demonstrada em petição inicial. O inciso IV, especificamente, seria o único que se aproximaria do pedido de indisponibilidade, a petição inicial for instruída com prova documental suficiente dos fatos constitutivos do direito do autor, a que o réu não oponha prova capaz de gerar dúvida razoável, mas nele a tutela está condicionada à prévia oitiva do réu e a não oposição de prova apta a gerar questionamentos, o que impediria, em improbidade, bloqueio inaudita altera parte, sendo que o PL 10.887/2018 é expresso, em seu art. 16, § 3º, no sentido de ser a constrição possível sem oitiva do acusado.

O PL 10.887/2018 propõe em seu art. 16 a constrição não somente para ressarcimento, mas também para fazer frente a sanções autônomas, alcançando mesmo bens anteriores ao ato sob suspeita, em seu caput e § 4º, e afastando a necessidade de representação como condição para o bloqueio, em seu § 1º, que equivocadamente remete ao art. 6º da proposição, quando em verdade seria ao art. 7º, como visto a seguir:

Art. 6º. No caso de enriquecimento ilícito, o agente político ou público e as pessoas de que trata o art. 2º, ou quem de qualquer forma tenha concorrido à prática ilícita, perderão os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio.

Art. 7º. Havendo indícios de ato de improbidade, incumbirá à autoridade que conhecer dos fatos representar ao Ministério Público competente, para as providências necessárias.(...)

Art. 16. (...)

§ 1º O pedido de indisponibilidade pode ser formulado independentemente da representação de que trata o art. 6º desta lei.

Observe-se que o § 6º do art. 16 autoriza o atingimento de bens de família do acusado de improbidade, ainda que somente passível de indisponibilidade quando “ausentes outros bens disponíveis em montante suficiente à garantia pretendida, competindo ao requerido a demonstração dessa suficiência”, consagrando entendimento remanso do STJ e já remetido neste estudo no sentido de que a indisponibilidade não configura penhora (Agint no REsp. 839936/PR, DJ 01.08.2007; REsp. 781431/BA, DJ14.12.2006; AgMC 11.139/SP, DJ de 27.03.06e REsp. 401.536/MG, DJ de 06.02.06.(STJ - REsp. 806301 / PR-1ª Turma - DJ 03.03.2008 - rel. Min. Luiz Fux). Todavia, como mencionado anteriormente, os efeitos de ambas as medidas são muito próximos, não afastando a propriedade, mas embaraçando alguns dos direitos dela oriundos para o fim de induzir presunção legal, relativa, de fraude à execução no caso de eventual alienação, como disposto no art. 247 da Lei 6.015/1973 – Lei de Registros Públicos.

Todavia, há de se restringir tal mandamento na seara de ação de improbidade, em proteção ao bem de família, tão caro à sociedade como um todo,

somente à hipótese do art. 3º, VI, da Lei 8.009/1990, que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família, ou seja:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido: (...)

VI - por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

Ressalte-se igualmente a faculdade para o acusado prevista no art. 16, § 5º, da substituição dos bens bloqueados por “caução idônea, fiança bancária ou seguro-garantia judicial, a requerimento do réu”, faculdade existente no art. 805 do CPC/1973²²¹, mas não tendo sido incluída expressamente no CPC/2015.

8.4. LIMITES PARA AQUISIÇÃO DE TERRAS POR ESTRANGEIROS

Várias proposições legislativas encontram-se em tramitação no Congresso Nacional propondo o cumprimento do disposto no art. 190 da Constituição Federal que remete à legislação ordinária a regulamentação e limitação da aquisição ou o arrendamento de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira e fixação dos casos que dependerão de autorização do Congresso Nacional.

Como visto anteriormente, a Lei 8.629/1993 regulamentou o dispositivo constitucional, prevendo em seu art. 23 a continuidade do disciplinamento da matéria pela Lei 5.709/1971, ou seja, recepcionou expressamente as disposições nela fixadas pela Carta Magna vigente. Todavia, verifica-se razoável movimento social, em especial pelo setor agropastoril, no sentido de flexibilização dos procedimentos e aumento dos limites para aquisição de terras rurais por estrangeiros, tanto pessoas físicas como jurídicas. Nesse sentido, alinhavamos a seguir algumas das proposições legislativas com tal desiderato.

²²¹ Art. 805 A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.

A título de exemplo, temos em tramitação no Senado Federal pelo rito terminativo, ou seja, sem ir à Plenário, o Projeto de Lei 2.963/2019, de autoria do Senador Irajá, já tendo sido aprovado pela Plenário em 15.12.2020 e encaminhado à Câmara dos Deputados.. O PL 2.963/2019 regulamenta a aquisição, posse e o cadastro de propriedade rural por pessoa física ou jurídica estrangeira, *ipsis litteris*.

Art. 1º Esta Lei regulamenta o art. 190 da Constituição Federal, altera o art.1º da Lei nº. 4.131, de 3 de setembro de 1962, o art. 1º da Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972 e o art. 6º da Lei nº 9.393, de 19 de dezembro de 1996 e dá outras providências, com o objetivo de disciplinar a aquisição, todas as modalidades de posse, inclusive o arrendamento, e o cadastro de imóvel rural em todo o território nacional por pessoas físicas e jurídicas estrangeiras, sendo estas aquelas constituídas e estabelecidas fora do território nacional

O PL 2.963/2019, logo em seu art. 1º, § 2º, exclui das restrições nele estabelecidos as pessoas jurídicas brasileiras, ainda que constituídas ou controladas direta ou indiretamente por pessoas privadas, físicas ou jurídicas estrangeiras, ressalvado o disposto em seu art. 3º e a obrigatoriedade de fornecerem informações, nos termos de Regulamento, sobre a composição do seu capital social e nacionalidade dos sócios no cadastro ambiental rural e Sistema Nacional de Cadastro Rural (SNCR), anualmente e sempre que houver aquisição, alteração do controle societário, transformação da natureza societária e celebração de contrato de qualquer modalidade de posse.

Já o art. 3º do PL 2.963/2019 estabelece que estão sujeitos à aprovação pelo Conselho de Defesa Nacional-CDN, de que trata a Lei 8.183/1991, a aquisição de imóveis rurais ou exercício de qualquer modalidade de posse, ainda que sob a forma indireta, mediante a aquisição direta ou indireta de participação societária, constituição de fundos de investimentos quaisquer ou contratação de consórcios, entidades estrangeiras específicas, dentre elas, organizações não governamentais, fundos soberanos, fundações e outras pessoas jurídicas com sede no exterior.

O art. 4º do PL 2.963/2019 veda qualquer modalidade de posse por tempo indeterminado, bem assim, o arrendamento ou subarrendamento parcial ou total por tempo indeterminado de imóvel rural por pessoa física ou jurídica estrangeira.

O art. 5º ressalva, das restrições previstas na proposição, casos de direitos reais ou pessoais de garantia, em favor de instituição financeira, bem como a de recebimento em liquidação de empréstimo, nos termos da redação aprovada pelas Comissões CAE e CAR. Caso a concessão de garantia por instrumento público ou particular importe na aquisição da propriedade por credor atingido pela lei, essa propriedade será sempre resolúvel e deverá ser alienada no prazo de 2 (dois) anos, renováveis por mais 2 (dois) anos, a contar da adjudicação do bem, sob pena de perda de eficácia da aquisição e reversão do bem ao proprietário original com desconstituição da garantia.

Se promulgada a lei decorrente do PL 2.963/2019, um estrangeiro, com residência no país que hoje pode adquirir sem qualquer autorização até 3 MEIs, passaria, nos termos do art. 6º da proposição ²²², a ter a faculdade de adquirir sem qualquer autorização um imóvel rural até 15 módulos fiscais, desde que o adquirente ou possuidor não possua outro imóvel rural, conforme redação aprovada pelas Comissões CAE e CAR.

Assim, conforme Tabela do INCRA (2013) e o art. 6º do PL 2.963/2019, o estrangeiro no Distrito Federal teria seu limite para aquisição de terras rurais sem prévia autorização passando de 15 ha para 75 ha. Já em Águas Lindas de Goiás, situada no Entorno do DF, de até 30 ha passaria para 600 ha. Já na Amazônia, no exemplo dado de Palmas - Tocantins, de 90 ha teria o limite para 360 ha para aquisição livre de autorizações. No caso de Anajás, no Pará, aumentaria o limite de 165 ha para 1.050 ha.

O art. 8º do PL 2.963/2019 estabelece que a soma das áreas rurais pertencentes e arrendadas a pessoas estrangeiras não poderá ultrapassar a um quarto da superfície dos municípios onde se situem, o mesmo hoje vigente. O art. 9º condiciona a aquisição de imóvel situado em área indispensável à segurança

²²² Art. 6º. Ressalvadas as exigências gerais determinadas em Lei, dispensa qualquer autorização ou licença, a aquisição e qualquer modalidade de posse por estrangeiros quando se tratar de imóveis com áreas não superiores a quinze módulos fiscais.

nacional, por pessoas estrangeiras, ao assentimento prévio do Conselho de Defesa Nacional, como hoje já exigido. O art. 12 atribui ao Congresso Nacional o poder de autorizar, mediante decreto legislativo, a aquisição de imóvel por pessoas estrangeiras, além dos limites fixados em Lei, quando se tratar da implantação de projetos julgados prioritários em face dos planos de desenvolvimento do País, por manifestação prévia do Poder Executivo.

Como visualizável, a alteração no ordenamento pátrio decorrente da aprovação do PL 2.963/2019 significará aumento razoável no grau de disponibilidade de terras rurais brasileiras para aquisição por estrangeiros, com o aumento do limite para a pessoa física e a exclusão de limites para jurídica nacional, mas controlada por capital estrangeiro.

Outra proposição com o mesmo tema e várias outras proposições apensadas é o PL 2.289/2007, do deputado Beto Faro (PT-PA), proposição sujeita à apreciação do Plenário, tramitando em regime de prioridade art. 155, RICD, aguarda a constituição de comissão especial em virtude de ter sido distribuída para mais de 3 comissões permanentes.

Pela proposta constante do PL 2.289/2007, as pessoas físicas ou jurídicas estrangeiras não poderão adquirir nem arrendar imóveis rurais com mais de 35 módulos fiscais, em área contínua ou descontínua, ou com área superior a 2,5 mil hectares. No entanto, não haverá restrição à compra de imóvel de até 4 módulos fiscais nem ao arrendamento de até 10 módulos fiscais.

Ao PL 2.289/2007 foram apensadas as proposições a seguir, em razão da abrangência do tema normatizado, limites à aquisição de terras rurais por estrangeiros:

PL 2.376/2007, do Deputado Carlos Alberto Canuto, proíbe a compra de terra por pessoa física ou jurídica estrangeira que se destine ao plantio de cultivos para a produção de agroenergia e empresas brasileiras com capital estrangeiro majoritário dependerão da autorização do Congresso Nacional para adquirir terras.

PL 3.483/2008, da deputada Vanessa Grazziotin, limita extensão do imóvel rural adquirido por empresas estrangeiras a 50 módulos fiscais ou 2,5 mil hectares.;

PL 4.240/2008, do deputado Antonio Carlos Mendes Thame, sujeita as empresas brasileiras com maioria do capital social estrangeiro às mesmas regras das estrangeiras para aquisição de terras. O projeto ainda diminui para 6,25% a área que pessoas da mesma nacionalidade podem possuir no município;

PL 4.059/2012, do Deputado Raimundo Gomes de Matos, dentre outras disposições limita a aquisição por estrangeiro a 50 módulos, devendo a área compreendida entre 3 e 50 módulos deve ser autorizada pelo Poder Executivo; e

PL 1.053/2015, do Deputado Claudio Cajado, estende às posses de imóveis rurais por estrangeiros as restrições da Lei 5.709/1971.

Já o Projeto de Lei 6.379/2016, de autoria do Deputado Jerônimo Goergen, originariamente apensado ao PL 2.289/2007 acima analisado e tendo sido posteriormente desapensado em 29.04.2020, encontra-se sujeita à apreciação do Plenário em regime de tramitação: com urgência, nos termos do art. 155 do RICD. A proposição é específica para beneficiar a aquisição de terras por processadoras de madeira de capital estrangeiro ao alterar a Lei 5.709/1971, para excluir de seu regime as pessoas jurídicas nacionais das quais participem, a qualquer título, pessoas estrangeiras físicas ou jurídicas que tenham a maioria do seu capital social e residam ou tenham sede no exterior, que utilizam para as suas atividades madeira de florestas plantadas.

Inovando em nosso ordenamento ao instituir os Fundos de Investimento para o Setor Agropecuário (Fiagro), o Projeto de Lei 5191/2020, de autoria do Deputado Arnaldo Jardim, apresentado em 18.11.2020 e já aprovado em 22.12.2020 pelo Plenário da Câmara dos Deputados, na forma do substitutivo apresentado pelo Deputado Christino Aureo instituindo os Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais (Fiagro), encontra-se em apreciação no Senado Federal, já tendo sido aprovado pelo Plenário da Casa em 10.02.2021, restando a votação de somente 2 destaques para encaminhamento à sanção presidencial.

De acordo com o projeto de lei, o Fiagro terá estrutura similar aos Fundos de Investimentos Imobiliários (FII). Os fundos imobiliários são negociados no mercado financeiro em cotas e o capital é investido em empreendimentos como hospitais,

shoppings ou centros de distribuição. Nessa modalidade, os cotistas obtêm retorno com os aluguéis desses espaços e também com a oscilação dos papéis, que acompanham o valor dos imóveis que fazem parte do fundo.

O texto aprovado prevê que o Fiagro será utilizado para aplicação em imóveis rurais; na participação em sociedades que explorem atividades integrantes da cadeia da agroindústria; em ativos financeiros, títulos de crédito e/ou valores mobiliários emitidos por pessoas físicas e jurídicas que integrem a cadeia agroindustrial; direitos creditórios do agronegócio, entre outros que tenham relação com o setor. Os fundos serão regulados pela Comissão de Valores Mobiliários, da mesma forma que ocorre com os demais fundos de investimentos, sendo constituídos sob a forma de condomínio, aberto ou fechado, ou seja, o patrimônio do fundo pertence aos investidores ou aos cotistas.

O PL 5191/2020, em sua justificação, declara expressamente que uma das consequências da proposição será a abertura do setor agropecuário para os investidores estrangeiros, *ipsis litteris*:

Com a criação do FIAGRO, prevê-se incrementos na atração de investimentos para o agronegócio, tanto de fontes domésticas quanto externas.

A maior segurança e transparência deverão ter claro benefício sobre a confiança dos investidores residentes e estrangeiros, uma vez que os imóveis rurais pertencentes à carteira dos FIAGRO terão que estar plenamente regularizados. Além disso, a administração profissional dos fundos também diminuirá o nível de incerteza dos aplicadores. Adicionalmente, no caso dos investidores estrangeiros, haverá a possibilidade de participação indireta no mercado de imóveis rurais.

Embora a Lei nº 13.986/2020 tenha modificado a Lei nº 5.709/1971 no sentido de permitir a aquisição de terras por estrangeiros no caso de execução de garantias, é preciso avançar mais nesse ponto. É certo que há projetos no sentido de regulamentação do art. 190 da Constituição Federal para estabelecer critérios para aquisição de terras por estrangeiros, como por exemplo o PL 2.963/2019. No entanto, o assunto é bastante controverso e não há garantias que projetos como esse avançarão com a celeridade devida.

A instituição do FIAGRO poderia amenizar o problema pois, ao adquirir cotas do fundo, o investidor estrangeiro estaria participando do mercado de terras sem, no entanto, ter posse ou domínio de propriedade rural, o que satisfaria a legislação vigente e aplacaria receios ligados à segurança nacional.

O PLC 5191/2020, ao ser apreciado no Plenário do Senado Federal (2021), teve aprovado o Relatório da proposição apresentado pelo Senador Carlos Fávaro, que assim se manifestou quanto à participação do capital estrangeiro nos FIAGROs:

Além disso, o Fiagro permitirá que qualquer investidor, nacional ou estrangeiro, possa direcionar seus recursos ao setor agropecuário, diretamente para aquisição de imóveis rurais ou indiretamente para aplicação em ativos financeiros atrelados ao agronegócio. O projeto possibilita que pequenos investidores aportem recursos no Fiagro sem proprietários. E nenhum investidor pode auferir mais de 10% da rentabilidade do fundo, de modo que fica garantida a democratização dos resultados.

No caso do investidor não residente, o modelo de Fundo de Investimento no Agronegócio permite direcionar recursos estrangeiros de forma indireta a imóveis rurais. Por intermédio do Fiagro, independentemente do modelo tradicional de compra e venda de um imóvel, o estrangeiro poderá ter acesso à terra agrícola sem necessidade de compra direta, o que sofre grandes restrições na legislação atual.

Ao adquirir cotas do Fiagro, o investidor participa do mercado de terras sem, no entanto, ter posse ou domínio de propriedade rural. No caso do não residente, esse modelo satisfaz a legislação vigente, afastando questionamentos relativos à segurança nacional. Assim, há novos recursos internacionais ingressando mais facilmente no setor rural, superando limites de aquisição de terras imposta a estrangeiros.

Várias emendas parlamentares foram apresentadas na Câmara dos Deputados e no Senado Federal propondo a vedação da participação do capital estrangeiro nos FIAGROs, todavia todas foram rejeitadas. A motivação das emendas vedando a aquisição de cotas dos fundos por estrangeiros em regra fundaram-se no motivo de que a participação do capital estrangeiro neles seria uma burla à legislação restritiva da aquisição de terras rurais por estrangeiros.

Como nos informa a Sociedade Nacional de Agricultura SNA (2015) há época do governo Dilma Roussef que, apesar de estarem dispostos a conversar, até agora

a Advocacia Geral da União (AGU), a Casa Civil, o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra) e o Ministério da Justiça se opunham a sugestões do Ministério da Agricultura de facilitar a aquisição de terras por estrangeiros. Os opositoristas à flexibilização da aquisição de terras por empresas brasileiras com maioria de capital estrangeiro defendem que fere a soberania nacional, incentiva a exploração indevida da Amazônia, encarece o preço da terra no país e ainda pode prejudicar as compras de propriedades pelo Estado brasileiro destinadas à reforma agrária. Por outro lado, os defensores da flexibilização arguem que a possibilidade do capital estrangeiro investir em nosso setor agrário estimularia o desenvolvimento do setor do agronegócio e aumentaria as exportações de commodities pelo Brasil decorrente dos investimentos estrangeiros no setor primário de nossa economia.

Assim, os Fundos de Investimento para o Setor Agropecuário (Fiagro) a ser sancionado pelo Presidente da República traz a possibilidade de considerável aporte de recursos externos sem alterar a legislação que limita a propriedade por estrangeiros em nosso ordenamento, trazendo expectativa do incremento da produção agrícola brasileira.

8.5. AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA NO LEGISLATIVO

Logo após a sanção com vetos da Lei 13.606/2018, foi apresentado em 22.02.2018, no Plenário da Câmara dos Deputados, o PL 9.623/2018, de autoria da mesma relatora em Plenário que tinha pela aprovação do PL 9.206/2017, Deputada Tereza Cristina, que revoga a indisponibilização pré-executória administrativa trazida pelo art. 25 da Lei 13.606/2018, ao inserir os arts. 20-B, § 3º, na Lei 10.522/2002, com os argumentos fixados em sua justificacão nos seguintes termos:

Poder-se-ia alegar que a regra da Lei não se confunde com a do Código Tributário Nacional eis que aquela prevê a indisponibilidade de bens numa etapa administrativa, ao passo que esta regula processo judicial já em curso, o que se evidencia ao se mencionar a existência de devedor já citado.

Todavia, que não se pode desconsiderar que a Constituição estabelece, em seu art. 5º, inciso LIV, o princípio maior segundo o qual ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. Por mais que se queira que o processo administrativo seja considerado um processo legal,

faz-se necessário reconhecer que o mesmo se conduz, integralmente, no âmbito da própria Fazenda Nacional, não havendo um terceiro ator isento, no caso, o Poder Judiciário.

Não bastasse esse fato, também é preciso reconhecer que, se no passado foi preciso a edição da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, para instituir a citada regra do art. 185-A do Código Tributário Nacional, seria preciso, no mínimo, outra Lei Complementar para instituir a regra veiculada no § 3º do art. 20-A da Lei nº 10.522, de 2002. Isso porque se trata de norma geral de Direito Tributário aplicável à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos do art. 146, III, da Constituição.

Já o PL 9.859/2018, apresentado pela Deputada Gorete Pereira, apensado ao PL 9.623/2018 em 03.04.2018, suprime a indisponibilização pré-executória ao dar nova redação ao inciso II, § 3º, do art. 20-B da Lei 10.522/2002, retirando a expressão *in fine* "tornando-os indisponíveis", todavia "em homenagem aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, não impede a averbação da dívida no cadastro dos bens" beneficiando a terceiros de boa-fé e apenas eliminando a possibilidade de bloqueio dos bens sem autorização judicial, *ipsis litteris*:

Art. 1º O inciso II do § 3º do art. 20-B da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art.20-B.

§3º

II - averbar, inclusive por meio eletrônico, a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora." (NR)

Distribuído o PL 9.623/2018 para a Comissão de Finanças e Tributação (Mérito e art. 54 do RICD, exame de adequação orçamentária e financeira) e Constituição e Justiça e de Cidadania, art. 54 do RICD, exame de constitucionalidade e juridicidade), sob o regime de tramitação ordinária com apreciação conclusiva pelas Comissões, do arts. 24, II, e 151, III, do RICD, portanto sem passar pela apreciação do Plenário da Câmara dos Deputados, exceto se houver recurso. Assim sendo, aprovada a proposição por ambas as Comissões, vai direto ao Senado Federal.

O PL 9.623/2018, no âmbito da Comissão de Finanças e Tributação-CFT, teve designada Relatora a Deputada Yeda Crusius em 15.05.2018 e devolvida sem apreciação em 09.11.2018 . Aberto o prazo para emendamento em 16.05.2018, ao ser encerrado em 28.05.2018, tinham sido apresentadas 3 emendas. As emendas 1 e 2, apresentadas pelas Deputadas Jô Moraes e Erika Kokay respectivamente, aumentam o prazo para o contribuinte, após intimado, pagar a dívida ativa ou impugná-la, de 5 para 30 dias.

O PL 2.700/2019 apresentado pelo Deputado Valtenir Pereira, apensado ao PL 9.623/2018 supracitado em 21.05.2019, já em sua ementa expressa o fim da proposição: “Revoga o § 3º do art. 20-B da Lei 10.522/2002, para retirar do ordenamento jurídico a possibilidade de a Fazenda Pública utilizar-se da averbação pré-executória.”. Em sua justificação, a proposição argui que:

Ressalte-se: essa atuação se dá sem qualquer necessidade de intervenção do órgão judiciário equidistante. Com efeito, a própria Administração interessada na execução é quem promove o ato de bloqueio. Dessa forma, considerando já as diversas alternativas colocadas à disposição da persecução fiscal – como o ajuizamento da cautelar fiscal, o arrolamento de bens, o protesto da certidão da dívida ativa –, temos que a previsão que ora se pretende revogar, estar a ferir a garantia individual dos contribuintes porque desequilibra a relação tributária com o sujeito ativo.

No âmbito da CFT, em 28.03.2019, foi designado Relator do PL 9.623/2018, Dep. Jerônimo Goergen, reaberto prazo para emendas, nenhuma foi apresentada. Aguarda-se apresentação de relatório e proposta de parecer ao Plenário da CFT.

Outra proposição legislativa apresentada para supressão da averbação pré-executória encontramos no PL do Senado 65/2018, de autoria do Senador Sérgio de Castro que em sua ementa já dispõe sobre seu objeto: “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”. A proposição, distribuída por deliberação terminativa exclusiva da Comissão de Constituição e Justiça, encontrava-se em 04.05.2020 aguardando designação do relator. Em sua justificação, a proposição pondera, *ipsis verbis*:

Sabemos das dificuldades enfrentadas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional para a recuperação de créditos da União, cujo valor é absurdamente alto, razão pela qual apoiamos iniciativas que tornem mais eficientes os meios de cobrança. A previsão de notificação do devedor assim que inscrito o débito em dívida ativa, de maneira a possibilitar seu pagamento voluntário antes do ajuizamento da execução fiscal, é uma medida salutar, já demandada pelos próprios contribuintes, e que merece apoio.

Entretanto, a possibilidade de o ato de averbação da certidão de dívida ativa tornar indisponíveis, sem interferência judicial, os bens do devedor consubstancia norma desarrazoada, desproporcional, ilegal e, sobretudo, eivada de inconstitucionalidade. (...)

A indisponibilidade dos bens do devedor, contudo, demanda, sempre, decisão judicial, o que faculta ao contribuinte, inclusive, a utilização dos meios próprios para o exercício do contraditório e para a proteção de seu patrimônio.

E não há como ser diferente, uma vez que a Constituição Federal, no inciso LIV de seu art. 5º, determina que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. E, no seguinte inciso LV, que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.

A parte final do inciso II do § 3º do art. 20-B da Lei nº 10.522, de 2002, afronta, portanto, cláusula pétrea, além de contrariar a sistemática atualmente existente, prevista no CTN, na Lei de Execuções Fiscais (LEF – Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980) e na Lei nº 8.212, de 1991.

É importante ressaltar que a determinação de indisponibilidade geral contida no CTN não apenas exige decisão judicial como também uma série de condições para que ela seja deferida, devido ao impacto potencial da medida. Por sua vez, a indisponibilidade de bem penhorado na execução fiscal afeta exclusivamente o bem constricto, e não a integralidade do patrimônio do devedor.

E no âmbito judicial, único no qual era autorizada a determinação de indisponibilidade dos bens, estão previstos os meios processuais para o exercício da proteção do devedor, como a apresentação de embargos, e outras normas que podem balancear a medida, de forma a tornar menos gravosa a execução fiscal ao mesmo tempo em que protege o crédito.

Tomemos como exemplo o limite da indisponibilidade, previsto no art. 185-A do CTN, que é o valor da dívida, algo não previsto no novel art. 20-B. E a possibilidade de o devedor, no âmbito da execução fiscal prevista na LEF, solicitar a substituição do bem penhorado por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia, nos termos do seu art. 15, inciso I.

Isto posto, resta claro que o inciso II do § 3º do art. 20-B da Lei nº 10.522, de 2002, está, na realidade, criando nova modalidade de execução, extrajudicial e extremamente gravosa, e que, incrivelmente, fere garantias constitucionais básicas do cidadão-contribuinte, que sequer tem a oportunidade de apresentar defesa. Nem mesmo regras processuais básicas de proteção de direitos foram respeitadas, como a necessidade de intimação ou notificação do cônjuge do devedor, quando a penhora recair sobre imóvel.

O dispositivo foi impugnado no Supremo Tribunal Federal por meio das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nos 5881, 5886 e 5890, sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio. Não houve o deferimento de liminares e, portanto, no âmbito judicial, será necessário aguardar o julgamento definitivo das demandas.

Diante disso, cabe ao Poder Legislativo, observando suas prerrogativas, adotar as providências para eliminar do ordenamento jurídico a apontada norma inconstitucional, ilegal e desproporcional, que prejudica direitos fundamentais do contribuinte brasileiro. A alteração urge, tendo em vista a vigência do dispositivo. Desse modo, contamos com o apoio dos nobres parlamentares para aprovar esta proposição.

O tema da averbação pré-executória, ou seja, o processo administrativo, extrajudicial, da execução fiscal com sua excussão da propriedade do contribuinte adstrita ao processo administrativo nos órgãos do Poder Executivo da União, com a prévia indisponibilização do bem, já vinha sendo motivo de intenso debate legislativo antes da edição da Lei 13.606/2018. Como exemplo paradigmático da discussão no foro legislativo podemos mencionar o Projeto de Lei 2.412/2007, que “Dispõe sobre a execução administrativa da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de suas respectivas autarquias e fundações públicas” de autoria do deputado Régis de Oliveira, e que modifica o regime de execução fiscal no Brasil para transformá-lo em modelo de execução administrativa.

O Projeto de Lei 2.412/2007 encontra-se até hoje em tramitação na Câmara dos Deputados, tendo sido constituída comissão especial, por ter sido distribuído a mais de 3 comissões permanentes, desde 17.08.2009. A ele foram apensados 16 PLs.²²³ Acerca da proposição nos discrimina Jules Michelet (2016), *ipsis verbis*:

Como medida subsidiária à anteriormente exposta, recomendou-se a modificação da legislação para permitir a dispensa do ajuizamento da execução fiscal na hipótese de ausência de patrimônio ou de indícios de movimentação financeira do devedor (ajuizamento inteligente).

Também se recomendou, como mecanismo de diversificação dos mecanismos de cobrança em execução fiscal, a regulamentação da transação em matéria tributária, já prevista no Código Tributário Nacional. A ideia, inspirada no modelo dos installment agreements e OIC norte-americanos, é permitir ao fisco arrecadar o máximo valor possível, dadas as circunstâncias do contribuinte, em um período razoável, bem como evitar uma degradação elevada da base tributária nacional em razão da inviabilização fiscal de empreendimentos. (...)

Dada essa nova perspectiva de relacionamento do fisco com o contribuinte, decorrente da desjudicialização da execução fiscal e da possibilidade de acordos em matéria tributária, sugeriu-se a criação de um “ombudsman” da Administração Fiscal. Esse órgão teria a responsabilidade de receber reclamações dos contribuintes, bem como analisar a justiça e a eficiência do sistema tributário, apresentando relatórios periódicos aos órgãos de controle externo, inclusive e especialmente ao Congresso Nacional.

A esse respeito, cabe salientar que o Projeto de Lei nº 2.557/2011, do deputado Laércio Oliveira, cria o Código de Defesa do Contribuinte e institui órgão semelhante ao proposto, denominado Conselho Federal de Defesa do Contribuinte – CODECON, formado por representantes do Congresso Nacional, entidades do empresariado, Ordem dos Advogados do Brasil, Conselho Federal de Contabilidade, Ministério da Fazenda, PGFN, Ministério da Justiça e Casa Civil. De acordo

²²³ PL 5080/2009 (1) , PL 1575/2015 ; PL 5081/2009 (3) , PL 5488/2013 , PL 2156/2019 , PL 2049/2019 ; PL 5015/2016 ; PL 5591/2016 ; PL 7631/2017 (3) , PL 418/2019 (1) PL 418/2019 PL 6087/2019 , PL 301/2020 ; PL 7630/2017 (1) , PL 441/2019 ; PL 573/2019 ; PL 5447/2019.

com o PL, são atribuições do CODECON: planejar, elaborar, propor, coordenar e executar a política nacional de proteção ao contribuinte; receber, analisar e dar seguimento a reclamações encaminhadas por contribuinte; receber, analisar e responder consultas ou sugestões encaminhadas por contribuinte; prestar orientação permanente ao contribuinte sobre os seus direitos e garantias; informar, conscientizar e motivar o contribuinte, através dos meios de comunicação; e orientar sobre procedimentos para apuração de faltas contra o contribuinte.

Cumpra-se observar que o Projeto de Lei 2.412/2007 continua em tramitação na Câmara dos Deputados, sendo que em 17.08.2009, o PL 2.412/2007 também passou a tramitar em regime de urgência constitucional em razão da apresentação das MSCs 482/2009 e 483/2009, que solicitaram Urgência, nos termos do art. 64, §1º da Constituição, para os PL's 5.080/2009 e 5081/2009, de autoria do Poder Executivo e ao PL 2.412/2007 apensados, e que também dispunham sobre a cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, sendo que após, em 11.09.2009 foi solicitada a retirada do regime de urgência constitucional pelo Poder Executivo.

A Mesa Diretora da Câmara dos Deputados em 18.08.2009 deferiu o REQ 5225/09, apensando ao PL 2.412/2007 o PL 5.082/2009, incluindo a apreciação da Comissão de Desenvolvimento Econômico, Indústria e Comércio-CDEIC e, por versar a referida proposição matéria de competência de mais de três Comissões de mérito, determinou a constituição de Comissão Especial da Execução da Dívida Ativa, conforme art. 34, II, do RICD, comissão essa criada em 09.09.2009. Em 31.01.2011 foi encerrada a Comissão Especial em razão do término da Legislatura, art. 22, II, RICD, ressalte-se sem a realização das inúmeras audiências públicas solicitadas por seus membros ou apresentação de qualquer relatório, voltando a ser recriada a Comissão Especial em 24/03/2015, nos termos do art. 34, II, do RICD. Em 31.01.2019, o Relator, Dep. Arnaldo Faria de Sá, deixou de ser membro da Comissão, não tendo sido designado até a presente data qualquer outro parlamentar para o cargo, ainda que continua a existir a Comissão Especial da Execução da Dívida Ativa, tendo sido apensados ao PL 2.412/2007 duas outras proposições os PLs 573/2019 e 5447/2019.

Em audiência pública realizada na Comissão Especial da Execução da Dívida Ativa em 14/05/2015 o Ministro Luís Inácio Lucena Adams, Advogado-Geral da

União, conforme site Olhar Jurídico (2015) se pronunciou favoravelmente à aprovação do PL 2.412/2007 nos seguintes termos:

O advogado-geral da União, ministro Luís Inácio Adams, defendeu mais agilidade e racionalidade na cobrança da dívida pública em audiência pública na comissão especial que analisa o Projeto de Lei (PL) 2412/07. A proposta estabelece novas regras para cobrança da dívida ativa da União, estados e municípios, hoje regulada pela Lei de Execução Fiscal (nº 6.830/80).

Para o ministro da AGU, o principal motivo para a dívida ativa da União já ultrapassar a cifra de R\$ 1,4 trilhão é o sistema de cobrança de dívidas por meio judicial. Ele demonstrou que as ações de execução fiscal - cujo processo leva, em média, oito anos e dois meses - são as grandes responsáveis pela morosidade da Justiça brasileira.

De acordo com Adams, o modelo brasileiro é "único e ultrapassado". "Os sistemas de outros países - Espanha, Portugal, França e até mesmo a Argentina - são fundamentalmente administrativos, não judicializáveis. "O que pode ser judicializado é a impugnação de cobranças indevidas", ressaltou. (...)

Porém, em 2009, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) divulgou um manifesto alertando para os riscos de aprovação do texto. Segundo a entidade, as propostas acabam com o direito de defesa do contribuinte incluído na dívida ativa "e retiram o escudo protetor existente entre o cidadão e o Fisco, que é a Justiça".

Para solucionar esses problemas, o advogado-geral da União apresentou uma proposta alternativa ao projeto de lei em discussão. A ideia é criar um sistema semiadministrativo, no qual a fase preparatória seja realizada no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), órgão da AGU. O objetivo é possibilitar que a ação de execução fiscal seja ajuizada somente após ser cumprida a etapa inicial de localizar o devedor e seus bens. Atualmente, a etapa é feita durante o processo judicial e leva, em média, cerca de seis anos. Segundo Adams, hoje em dia "muitos devedores nem sabem que são devedores". Na mesma linha, o secretário do MJ critica o sistema atual. "O maior gargalo da execução fiscal está na fase de citação. Em 46,2% dos casos, o devedor não é encontrado", informa.

Além desse novo sistema, o advogado-geral da União apresentou outras propostas para desafogar o Judiciário. Uma delas é a de que a alienação dos bens de devedores seja feita pela própria Fazenda Pública, mediante autorização judicial. "O processo continua judicializado. Não precisa ser o juiz o condutor do processo de venda patrimonial. Então, o juiz autoriza a venda, mas todo o processo é conduzido pela Fazenda. Isso nos dá condição de ter mais agilidade e ter um retorno maior aos cofres públicos, porque o leilão judicial é um processo lento e burocratizado", completou

No mesmo sentido, pronunciou-se o Secretário da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (MJ), Flávio Croce Caetano:

Segundo o secretário da Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça (MJ), Flávio Croce Caetano, um terço dos 100 milhões de processos estocados no Judiciário são ações de execução fiscal, que, por sua vez, é o pior tipo de processo judicial, com taxa de congestionamento de 91%. Em outras palavras, de cada 100 processos, apenas nove são julgados no mesmo ano em que são ajuizados.

O secretário do MJ destacou que, atualmente, o poder público é o grande litigante do Judiciário (51%). Junto com o sistema financeiro e as empresas de telecomunicação, é responsável por 95% das novas ações. "O Judiciário é um grande departamento de cobranças, seja dos governos, do sistema financeiro, seja das empresas de telecomunicação", afirmou.

Por isso, uma das propostas do PL 2412/07 é acabar com a ação de execução fiscal, medida pela qual o poder público cobra dívidas ativas como as que resultam do não-pagamento de impostos. A ideia é tornar a cobrança um procedimento administrativo, com o objetivo de racionalizar os processos e descongestionar o Poder Judiciário, além de facilitar a recuperação dos valores devidos. Entre as novidades está a possibilidade de a administração pública poder penhorar diretamente os bens do devedor, sem a necessidade de autorização judicial.

Em outra audiência pública realizada na Comissão Especial da Execução da Dívida Ativa em 06.08.2015, compareceu o Presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Marcus Vinícius Furtado Coelho, que se pronunciou flagrantemente contrário ao PL 2.412/2007, conforme OABCF (2015):

O presidente da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Marcus Vinícius Furtado Coelho, foi taxativo ao criticar o projeto (PL 2412/07) que acaba com a ação de execução fiscal.

Segundo a proposta, a execução fiscal (ação em que o poder público cobra dívidas, como o não pagamento de impostos) passa a tramitar em órgãos administrativos e não mais no Poder Judiciário.

Para o presidente da OAB, há uma série de inconsistências no texto. Isso fica claro, segundo ele, nos dispositivos que dão à Receita a competência de inscrever o débito de um cidadão ou empresa e à própria Receita executar esta dívida. Marcus Vinícius participou, nesta quinta-feira, de audiência pública da comissão especial que analisa a proposta.

O presidente da OAB também criticou outros itens, como a possibilidade de a Fazenda emitir mandados executivos, como penhora e arresto de bens, sem a necessidade de ordem judicial. A penhora, segundo o projeto, pode recair sobre dinheiro, títulos, bens imóveis e móveis, direitos e ações, estabelecimentos comerciais, industriais e agrícolas, plantações e edifícios em construção.

Conforme Marcus Vinícius Coelho, o projeto não respeita o princípio da proporcionalidade porque seu objetivo, que é recuperar créditos fiscais, não é proporcional à forte invasão no direito dos indivíduos e das empresas. Ele ressaltou que a proposta afronta a Constituição.

A primeira inconstitucionalidade é o ferimento ao devido processo legal. Esse projeto priva os cidadãos de seus bens, sem o devido processo legal”, afirmou. Para ele, o Congresso Nacional não pode permitir que essas inconstitucionalidades ocorram.

Já o Projeto de Lei 2.557/2011, que institui o Conselho Federal de Defesa do Contribuinte (CODECON), foi distribuído às Comissões de Trabalho, de Administração e Serviço Público-CTASP, Finanças e Tributação-CFT e Constituição e Justiça e de Cidadania-CCJC, já tendo sido aprovada com Substitutivo pela CTASP em 27.03.2013.

No Relatório aprovado pela CTASP é observada sua semelhança com o Código de Defesa do Consumidor, tendo como finalidade promover a proteção do contribuinte contra ações arbitrárias das autoridades fazendárias, ao discriminar os

direitos, garantias e obrigações do contribuinte, tornando mais clara e equilibrada a relação entre o fisco e os cidadãos pagadores de tributos. Foi a proposição igualmente acolhida pela CFT em 09.11.2016, com subemenda substitutiva ao Substitutivo da CTASP. Em apreciação na CCJC, teve Relatório do Dep. Efraim Filho apresentado pela inconstitucionalidade da proposição, por ferir o pacto federativo, a separação dos Poderes, e regular matérias privativas de lei complementar, mas ainda não foi apreciado pela Comissão.

A busca da eficiência na execução fiscal ensejou proposição do Executivo, PL 1.646/2019, que "estabelece medidas para o combate ao devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa..." alterando a Lei das Execuções Fiscais, Lei 6.830/1980 e das Cautelares Fiscais, Lei 8.397/92, criando rito próprio para o combate ao devedor contumaz, dívidas superiores a R\$15 milhões, inscritas ou não, e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa, dentre outras medidas facultando a indisponibilização de quaisquer ativos das empresas, prescrevendo:

Art. 4º A decretação da medida cautelar fiscal produzirá, de imediato, a indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação.

§ 1º Na hipótese de pessoa jurídica, a indisponibilidade recairá somente sobre os bens do ativo permanente, podendo, ainda, poderá recair sobre todos os ativos, inclusive os financeiros, e poderá ser estendida aos bens do acionista controlador e aos dos que em razão do contrato social ou estatuto tenham tido poderes para fazer a empresa cumprir suas obrigações fiscais,

O PL 1.646/2019 encontra-se em apreciação na Câmara dos Deputados, tendo sido constituída a Comissão Especial Sobre Devedor Contumaz (PL1646/19) em 23.04.2019.

Assim, identificam-se várias proposições legislativas que propõem a desjudicialização do processo executivo fiscal, a exemplo de inúmeros outros ordenamentos forâneos que permitem a excussão fiscal extrajudicial como já mencionado, todavia até a presente data nenhuma foi aprovada pelo Congresso Nacional, exceto a Lei 13.606/2018, ao criar a averbação pré-executória, facultando à União, exclusivamente, a indisponibilização cautelar dos bens do contribuinte, inclusive sem seu contraditório.

8.6. AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA NO JUDICIÁRIO

Como já mencionado, o tema da execução fiscal extrajudicial já foi judicializado pois nele identifica-se conflito de interesse entre a excussão fiscal administrativa e os contribuintes, representados por entes nacionais de relevante participação social, expresso no ajuizamento de várias arguições de inconstitucionalidade formal e material dos incisos I e II, do §3º, do artigo 20-B da Lei 10.522/2002, introduzidos pela Lei 13.606/2018, por estarem em dissonância com os preceitos constitucionais ínsitos nos dispositivos a seguir:

1. art. 5º, XXII, garantia do direito de propriedade,
2. art. 5º, XXXV, reserva de jurisdição,
3. art. 5º, LIV, devido processo legal substantivo,
4. art. 5º, LV; contraditório e ampla defesa e
5. art. 146, III, “b”, reserva de lei complementar para o estabelecimento de normas sobre crédito tributário).

Assim foram apresentadas ao longo de 2018 seis Ações Diretas de Inconstitucionalidade - ADIs perante nosso Excelso Pretório, de autoria do Partido Socialista Brasileiro – PSB (ADI 5881), da Associação Brasileira de Atacadistas e Distribuidores de Produtos Industrializados – ABAD (ADI 5886), da Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária do Brasil - CNA (ADI 5890), da Confederação Nacional da Indústria- CNI (ADI 5931). Confederação Nacional do Transporte - CNT (ADI 5932) e do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil- CFOAB (ADI 5925), na qual se pleiteia nos seguintes termos:

Pelo exposto, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil requer:

b) a concessão de medida cautelar para suspender a eficácia do artigo 25, da Lei n. 13.606/2018 na parte em que inseriu os artigos 20- B, §3º, incisos I e II e 20-E na Lei n. 10.522/2002 e, por arrastamento, dos arts. 6º a 10 e 21 a 32, da Portaria n. 33/2018 da PGFN, que regulamenta o referido art. 20-B, até o julgamento de mérito, haja vista a afronta às normas constitucionais;

g) ao final, a procedência do pedido de mérito, declarando-se a inconstitucionalidade do artigo 25, da Lei n. 13.606/2018, na parte em que acrescentou os artigos 20-B, §3º, incisos I e II e 20-E na Lei n. 10.522/2002 e, por arrastamento, dos arts. 6º a 10 e 21 a 32, da Portaria n. 33/2018 da PGFN, que regulamenta o referido art. 20-B, ante a violação aos princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV, da CF), do contraditório (art. 5º, LV da CF); da ampla defesa (art. 5º, LV da CF); da imparcialidade (art. 37, da CF); da livre iniciativa (art. 170, V, ambos da CF); da propriedade privada e sua função social (art. 170, II e III, da CF); e ao art. 146, III, da CF.

As ADIs encontravam-se no STF sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio, tendo sido substituído na Sessão de 09.12.2020, quando da decisão definitiva pelo Plenário do Excelso Pretório das ADIs acima mencionados, pelo Ministro Roberto Barroso como Redator para o acórdão do voto médio vencedor, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação direta, 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, após terem sido incluídas e retiradas da pauta do Pleno em várias oportunidades. Todas as seis ADIs apensadas, partícipes no STF da Pauta de Julgamento Tributos e Regime Tributário - Dívida Ativa - Execução pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, foram motivo do Tema a seguir transcrito:

TEMA DO PROCESSO

Tema 1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, em face do art. 25 da Lei nº 13.606/2018, na parte que adicionou os arts. 20-B, § 3º, II, e 20-E à Lei nº 10.522/2002, que dispõem sobre a indisponibilidade de bens por meio da averbação pré-executória da certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos.

2. O Partido Socialista Brasileiro/PSB afirma que a norma inconstitucional confere poder indiscriminado "à Fazenda Pública para, unilateralmente e sem intervenção do Judiciário, bloquear os bens dos devedores e contribuintes inscritos em dívida ativa federal, o que ocasionou a clara transgressão, de natureza formal e material, dos seguintes preceitos constitucionais: (i) reserva de lei complementar para o estabelecimento de normas sobre crédito tributário (art. 146, III, "b") (ii) devido processo legal substantivo e reserva de jurisdição (art. 5º, LIV e XXXV); (iii) contraditório e ampla

defesa (art. 5º, LV); (iv) direito de propriedade (art. 5º, caput e inciso XXII, e art. 170, II); (v) livre iniciativa (art. 170, caput e parágrafo único); e (vi) isonomia (art. 5º, caput e 150,II)".

3. Adotou-se o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999.

4. A Câmara dos Deputados informou o regular trâmite legislativo da matéria.

5. O Senado Federal manifestou-se pela improcedência do pedido.

6. O presidente da República manifestou-se pela improcedência do pedido. Afirma que "a averbação pré-executória não viola o primado da isonomia, mas, na verdade, privilegia o referido princípio, já que se insere em um contexto de novo modelo de cobrança da Dívida Ativa da União em que se busca evitar o ajuizamento indiscriminado de execuções fiscais, de modo a se tratar desigualmente os desiguais".

7. Foram admitidos como 'amici curiae' a Confederação das Associações Comerciais e Empresariais do Brasil/CACB, a Federação das Indústrias do Estado de São Paulo/FIESP, a Confederação Nacional do Comércio de Bens Serviços e Turismo/CNC e a União da Agroindústria Canavieira do Estado de São Paulo/UNICA.

Tese REGIME TRIBUTÁRIO. INDISPONIBILIDADE DE BENS POR MEIO DA AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA NOS ÓRGÃOS DE REGISTRO DE BENS E DIREITOS. ALEGAÇÃO DE OFENSA À RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR PARA DISPOR SOBRE LANÇAMENTO E CRÉDITO TRIBUTÁRIO, AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA, DA SEPARAÇÃO DOS PODERES, DA LIVRE INICIATIVA E DA ISONOMIA, À RESERVA DE JURISDIÇÃO E AO DIREITO DE PROPRIEDADE E SUA FUNÇÃO SOCIAL. LEI Nº 10.522/2002, ART. 20-B, §3º, II; E 20-E. CF/88, ARTS. 2º; 5º, XIII, LIV E LV; 146, III, 'B'; 150, IV; 170, II, III E PARÁGRAFO ÚNICO.

Saber se os dispositivos impugnados ofendem reserva de lei complementar para dispor sobre lançamento e crédito tributário. Saber se os dispositivos impugnados ofendem os princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa, da separação dos poderes, da livre iniciativa, da propriedade e sua função social e da vedação à utilização do tributo com efeito de confisco.

Parecer da PGR Pela procedência do pedido.

Parecer da AGU Pela improcedência do pedido.

A Procuradoria Geral da República, corroborando com o pleito apresentado pelos entes mencionados no tocante ao inciso II do §3º do art. 20-B, indisponibilização extrajudicial, assim se manifestou na ADI 5890 em seu parecer pela procedência do pedido:

Por outro lado, não se ignora o julgamento da ADI 5.135/DF, no qual se reconheceu a constitucionalidade do protesto da CDA. Na oportunidade, ressaltou-se que apenas pode ser considerada sanção política a medida coercitiva de recolhimento do crédito tributário que restrinja o exercício de direitos fundamentais dos contribuintes. Observou-se também que a existência de meios típicos de cobrança como a execução fiscal e a medida cautelar fiscal não afasta a possibilidade de criação de instrumentos alternativos e extrajudiciais que contribuam para a efetividade da cobrança do crédito tributário.

A contrario sensu do que decidido no referido julgado, o mecanismo extrajudicial de cobrança que comprometa o exercício de direitos fundamentais não encontra amparo na jurisprudência do STF. A pretexto de assegurar a efetividade da cobrança de tributos inscritos em dívida ativa, a norma impugnada consubstancia tentativa de manipulação do comportamento do contribuinte, a fim de que este cumpra seus débitos. Ocorre que, nos moldes em que proposta, a medida configura indevida limitação do exercício do direito de propriedade, da livre iniciativa e do livre exercício da profissão, de maneira que não vence o teste da proporcionalidade. Trata-se de medida coercitiva e constritiva que se enquadra no conceito de sanção política, inadmissível pela ordem constitucional e pela jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.

Assim, deve ser declarada a inconstitucionalidade formal e material do art. 20-B- §.3º- II e 20-C, na parte em que regulamenta o dispositivo indicado, da Lei 10.522/2002, com redação da Lei 13.606/2018.

Já a Advocacia Geral da União manifesta-se nas ADIs buscando afastar a alegadas inconstitucionalidades e no sentido da necessidade da inovação trazida pela averbação pré-executória, *ipsis verbis*:

Em síntese, as normas questionadas inserem-se no contexto de alteração dos paradigmas de cobrança da dívida ativa da

União, atividade que deve se orientar pelos seguintes vetores: racionalidade, ajuizamento seletivo de execuções fiscais e desjudicialização.

Em estudo a respeito do custo do processo de execução fiscal na Justiça Federal, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA²²⁴ diagnosticou a ineficiência do modelo de cobrança judicial então adotado, tendo em vista o ajuizamento indiscriminado de execuções fiscais, sem verificação prévia acerca da existência de bens a expropriar, o que transfere ao Poder Judiciário a tarefa de localização de bens penhoráveis, contribuindo para a ineficiência do processo executivo.

Nesse sentido, em harmonia à recomendação expedida pelo Tribunal de Contas da União¹² no Acórdão nº 1320/2017 – TCU Plenário, o artigo 20-C da Lei nº 10.522/2002 consagrou o chamado ajuizamento seletivo de execuções fiscais, afastando-se do sistema de cobrança estritamente judicializada, de modo a submeter ao Poder Judiciário apenas aquelas demandas com potencial sucesso ou quando seja necessária a expropriação de bens.

Não se pode perder de vista, ainda, que, mesmo antes de instituída a averbação pré-executória, o ordenamento jurídico brasileiro já autorizava a prática de ato de constrição e indisponibilidade de bens que independia de decisão judicial. Refere-se ao artigo 54, inciso III, da Lei nº 13.097, de 19 de janeiro de 2015, que contempla a “averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados,

²²⁴ “O processamento da execução fiscal é um ritual ao qual poucas ações sobrevivem. 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 preexecutividade 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 casos. (...)”

Verificou-se, também, que a execução fiscal vem sendo utilizada pelos conselhos de fiscalização das profissões liberais como instrumento primeiro de cobrança das anuidades, multas e taxas de fiscalização que lhes são devidas, muitas vezes de valor irrisório. Este uso irresponsável do sistema de justiça compromete gravemente a eficiência e a efetividade do executivo fiscal. Com o objetivo de reduzir, ou mesmo eliminar, esta prática, recomenda-se a uniformização dos entendimentos adotados por alguns tribunais e seções judiciárias, que não permitem aos conselhos o manejo deste instrumento processual.”

de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei”.

Há, igualmente, outros exemplos de indisponibilidade de bens determinadas em âmbito extrajudicial, tais como o artigo 24-A da Lei nº 9.656, de 03 de junho de 1998 (“dispõe sobre os planos e seguros privados de assistência à saúde”)¹⁵; o artigo 44 da Lei nº 8.443, de 16 de julho de 1992 (“dispõe sobre a Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e dá outras providências”); e o artigo 59 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001 (“dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências”). (...)

Como se nota, o artigo 20-B, § 3º, inciso II, da Lei nº 10.522/2002, ao autorizar a averbação pré-executória da certidão de dívida ativa nas hipóteses em que o devedor deixe de efetuar o pagamento no prazo legal, institui mecanismo de concretização da garantia conferida ao crédito tributário pelo artigo 185 do Código Tributário Nacional. Referido dispositivo impugnado não contempla, pois, norma geral sobre crédito tributário, mas veicula regra específica que se compatibiliza com a diretriz imposta pela legislação complementar.

Ademais, por constituir instrumento de cobrança extrajudicial da dívida ativa da União, a averbação pré-executória possui natureza de norma procedimental, não se submetendo, pois, à reserva de lei complementar prevista no artigo 146, inciso III, alínea “b”, da Carta da República.

Nessa linha de raciocínio, há diversos instrumentos tendentes a solucionar conflitos por meio de mecanismos extrajudiciais, notadamente relacionados a créditos do setor público federal não quitados, que encontram previsão válida em leis ordinárias. A título de exemplo, o Cadastro Informativo de Créditos – Cadin, constante da própria Lei nº 10.522/2002, cuja inscrição igualmente prescinde de intervenção judicial e que teve sua constitucionalidade reconhecida por essa Suprema Corte no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 145418. De modo semelhante, o protesto extrajudicial das certidões de dívida ativa, previsto na Lei nº 12.767, de 27 de dezembro de 2012, também foi julgado compatível com o Texto Constitucional, conforme se depreende da decisão proferida nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5135. (...)

A conclusão pela validade formal do artigo 20-B, § 3º, incisos I e II, da Lei nº 10.522/2002 estende-se ao artigo 20-E desse mesmo diploma legal, que se limita a autorizar a edição de atos complementares aos seus dispositivos pela Procuradoria-Geral

da Fazenda Nacional. Não se trata, a toda evidência, de norma geral de direito tributário.

Sob o aspecto material, cumpre notar, de início, que a medida prevista no artigo 20-B, § 3º, incisos I e II, da Lei nº 10.522/2002 não se submete à cláusula da reserva de jurisdição, bem como não viola a garantia de acesso ao Poder Judiciário (artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição).

A esse respeito, deve-se reiterar que a averbação pré-executória constitui mero ato de registro da existência de créditos inscritos em dívida ativa da União, com o efeito de tornar indisponíveis bens e direitos suficientes para a satisfação desses créditos. Referida providência confere publicidade a condição que implica a ineficácia dos atos de alienação desses bens e direitos, uma vez que praticados em fraude à execução fiscal.

Nesses termos, a averbação pré-executória não equivale a ato de penhora judicial, bem como não provoca embaraço ao uso e gozo dos bens e direitos atingidos, mas se limita a torná-los indisponíveis por curto período de tempo (trinta dias contados do primeiro dia útil após esgotado o prazo para impugnação da averbação ou da data da ciência de sua rejeição, nos termos do artigo 30, parágrafo único, da Portaria PGFN nº 33/2018). (...)

Verifica-se, outrossim, a compatibilidade dos dispositivos atacados com o direito de propriedade, uma vez que a averbação pré-executória não consiste em ato expropriatório de bens e direitos, mas apenas acarreta a sua indisponibilidade restrita e temporária.

A partir de interpretação sistemática do Texto Constitucional, observa-se que os direitos fundamentais não podem ser exercidos de modo lesivo a outros direitos de igual hierarquia. Não há, conforme adverte a doutrina constitucionalista²⁸, supremacia a priori de um direito fundamental sobre outro. Em verdade, as tensões entre direitos dessa natureza devem ser superadas mediante a aplicação de princípios da hermenêutica constitucional, tais como a razoabilidade e a ponderação de valores.

No que diz respeito ao direito de propriedade, seu exercício deve se dar em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, nos termos dos artigos 5º, inciso XXIII, da Constituição e 1.228 do Código Civil, razão pela qual tal garantia constitucional se mostra compatível com a medida prevista nas disposições atacadas, a qual visa a coibir o abuso

do direito de propriedade que possa caracterizar situação de fraude à execução fiscal.

Por fim, cumpre salientar que os artigos 20-B, § 3º, incisos I e II; e 20-E da Lei nº 10.522/2002 também não ofendem os princípios da livre iniciativa e da isonomia. De fato, os dispositivos sob análise não têm por objeto a regulamentação de aspecto relacionado ao livre exercício da atividade econômica, de modo que não criam nenhuma espécie de risco de comprometimento indevido ao desempenho da atividade empresarial por parte do devedor atingido. Conforme decidido por essa Suprema Corte no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5135, o qual se aplica à espécie, “a publicidade que é conferida ao débito tributário pelo protesto não representa embaraço à livre iniciativa e à liberdade profissional, pois não compromete diretamente a organização e a condução das atividades societárias”

Ademais, a averbação pré-executória não se contrapõe ao princípio da isonomia, uma vez que, estando inserida no contexto de novo modelo de cobrança da dívida ativa da União, busca evitar o ajuizamento indiscriminado de execuções fiscais, preservando a via judicial para os casos que efetivamente demandem a intervenção do Judiciário, nos termos do artigo 20-C da Lei nº 10.522/2002,

Observe-se que a norma legal objeto das ADIs acima mencionadas, ainda que circunscrita à esfera federal, pode replicar-se por todos os entes subnacionais, estaduais e municipais, como fica demonstrado pelo pedido de intervenção de terceiros ajuizado na ADI 5.925 pelo Município de São Paulo, como expresso no parecer por seu indeferimento emitido pelo Exmo. Ministro Marco Aurélio relator das ADIs, *in verbis*:

O Município de São Paulo, por meio de petição subscrita pelo respectivo Procurador-Geral, requer o ingresso como terceiro interessado. Consoante afirma, apesar de o diploma impugnado versar apenas os créditos inscritos em dívida ativa da União, a declaração de inconstitucionalidade impediria edição de norma futura por qualquer ente federado. Diz ser capaz de colaborar para o debate, salientando possuir, em 2018, o quinto maior orçamento da Federação. Aponta a improcedência do pedido formalizado na petição inicial.

Como já visto, a indisponibilização pré-executória administrativa trazida pelo art. 25 da Lei 13.606/2018, ao inserir o inciso II do art. 20-B, § 3º, na Lei

10.522/2002, ensejou reação contrária de vários entes como já expresso na ADI 5881, apresentado pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, e nos processos a ela apensados ADI 5886, ADI 5890, ADI 5925, ADI 5931e ADI 5932, que foram pautadas inúmeras vezes para sua apreciação pelo Plenário do Excelso Pretório em 09.10.2019, 25.03.2020, 05.06.2020, 01.07.2020, 14.10.2020, 29.10.2020 e finalmente em 03.12.2020, com sua apreciação finalizada em 09.12.2020, sendo reiteradamente cancelados os agendamentos por seu Presidente, ainda que tenha sido disponibilizada no site do STF em 05.06.2020 a minuta do voto de seu relator Ministro Marco Aurélio e posteriormente retirada do site institucional, mas disponível em outros privados, como anexo ao artigo de Fernanda Valente (2020) sobre o evento que teria ocorrido em 05.06.2020. O Exmo. Relator assim se manifestava paradigmaticamente, *ipsis litteris*:

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – As ações diretas de inconstitucionalidade nº 5.881, 5.886, 5.890, 5.925, 5.931 e 5.932 versam a compatibilidade, com a Constituição Federal, do artigo 25 da Lei federal nº 13.606, de 9 de janeiro de 2018, no que inseriu os artigos 20-B, § 3º, inciso II, e 20-E na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, franqueando à Fazenda Pública a possibilidade de averbar certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora, tornando- os indisponíveis. (...)

Não se tem quadro a configurar ofensa ao devido processo legislativo, considerado “contrabando legislativo”, na forma contrária ao entendimento do Supremo na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.127, com acórdão redigido pelo ministro Edson Fachin e veiculado no Diário da Justiça de 11 de maio de 2016, no que assentada a necessidade de haver correlação mínima, sob o ângulo da pertinência temática, entre o conteúdo da medida provisória e o da lei de conversão, viabilizada a emenda guardados determinados parâmetros. A razão é simples: as inserções impertinentes ocorreram em projeto de lei ordinária independente, e não naquele vinculado à conversão da medida provisória. (...)

Em sede doutrinária, o ministro Aliomar Baleeiro assim qualificou o instituto da garantia tributária, afirmando-a “toda e qualquer medida que se destina a atribuir maior efetividade e segurança ao crédito tributário, quer existam bens ou não do

devedor, quer tenha a medida caráter preventivo ou não” (BALEEIRO, Aliomar. Direito Tributário Brasileiro . Rio de Janeiro: Forense, 13ª edição, 2015, p. 1.396).

A definição é perfeitamente aplicável. Ao introduzir, sob o figurino de lei ordinária, instituto alusivo à concretização da indisponibilidade de bens e renda do contribuinte mediante a simples averbação de certidão de dívida ativa, o ato atacado não se limitou a disciplinar mera regra de procedimento na cobrança de tributos. Antes, ampliou o rol de instrumentos franqueados ao Fisco voltados à satisfação do crédito, conferindo-lhe novo atributo mediante a garantia da indisponibilidade dos bens do devedor.

A teor do artigo 146, inciso III, alínea “b”, da Lei Maior, compete à lei complementar estabelecer “normas gerais em matéria de legislação tributária”, especialmente sobre “obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”, tendo em vista a necessidade de haver, nas palavras de Diniz Ferreira da Cruz, “lei nacional dirigida, indistintamente, ao legislador dos entes políticos – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios – de forma isonômica” (Lei complementar em matéria tributária . São Paulo: Bushatski, 1978, p. 44).

Justamente por isso, as normas concernentes ao crédito tributário e respectivas garantias – incluídos os meios e instrumentos legais de que dispõe a Fazenda Pública para efetivar a cobrança – estão inseridas no Capítulo IV – “Garantias e Privilégios do Crédito Tributário” – do Título III do Livro Segundo do Código Tributário Nacional, recepcionado pela Constituição de 1988 como lei complementar. No artigo 185, está prevista a presunção de fraude de alienação de bens ou rendas após a inscrição do crédito tributário em dívida ativa; a redação do artigo 185-A preceitua a possibilidade de ter-se, mediante pronunciamento judicial, a decretação da indisponibilidade de bens, quando, devidamente citado, o devedor não efetiva o pagamento nem apresenta bens à penhora no prazo legal; o artigo 186, por sua vez, prescreve a preferência do crédito tributário sobre qualquer outro, com a ressalva dos decorrentes da legislação trabalhista ou de acidente de trabalho.

Veiculadas em lei ordinária, as disposições constantes dos artigos 20-B, § 3º, inciso II e artigo 20-E, mostram-se incompatíveis, sob o ângulo formal, com o artigo 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, o qual é expresse ao submeter a quórum qualificado a fixação de normas gerais

sobre o grande todo que é o crédito tributário, no qual se insere a disciplina das prerrogativas e garantias.

No âmbito material, cumpre distinguir o interesse primário da Administração Pública do secundário, considerada a inexistência de coincidência necessária entre ambos. Tem-se em jogo o interesse secundário, individual e particular, da Administração Pública, não o primário, que diz respeito à coletividade, à sociedade em geral. Nas palavras do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, “os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos” (Curso de Direito Administrativo . São Paulo: Malheiros, 2007, p. 63). (...)

Com a edição da norma impugnada, a instituir a denominada “averação pré-executória”, o legislador ordinário promoveu verdadeiro desvirtuamento do sistema de cobrança da dívida ativa da União, ante a previsão de espécie de execução administrativa dos débitos, em desarmonia com as balizas constitucionais no sentido de obstar ao máximo o exercício da autotutela pelo Estado. (...)

Constitui passo demasiadamente largo, incompatível com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa – artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal –, franquear-se à Administração, na busca da satisfação de interesse público secundário – o qual, na realidade, sequer merece o epíteto de público –, o poder de bloquear unilateralmente os bens de contribuintes inscritos em dívida ativa, ausente intervenção do Estado- Juiz, levando-se em conta a necessidade de a Fazenda Pública buscar o Judiciário visando à cobrança, mediante o adequado processo executivo fiscal, do que devido.

Surge inviável, sob qualquer ângulo de análise, compatibilizar o previsto na norma questionada com o disposto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, diretriz ínsita ao regular funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Não é outra a conclusão extraível a partir do exame do artigo 185-A do Código Tributário Nacional, inserido mediante a publicação da Lei Complementar nº 118/2005, por meio do qual o legislador federal condicionou possível indisponibilidade prévia dos bens de contribuinte, considerado débito de caráter fiscal, à formalização de decisão pela autoridade judicial competente quando, devidamente citado, o devedor “não pagar

nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis”. (...)

No mesmo sentido tem-se a previsão contida no artigo 4º da Lei nº 8.397/1992, a versar a possibilidade de implemento de medida acauteladora visando a “indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação”.

Verifica-se que, em absoluta consonância com os princípios constitucionais do devido processo legal, da separação dos poderes e da inafastabilidade da jurisdição, a legislação de regência fornece solução à problemática atinente à constrição de bens e direitos do contribuinte uma vez constituído o crédito tributário, condicionando-o à prévia manifestação judicial – circunstância a direcionar ao reconhecimento da incompatibilidade, com o estatuto tributário constitucional, do artigo 25 da Lei federal nº 13.606, de 9 de janeiro de 2018.

Não conduz a conclusão contrária a alegação de que o contribuinte poderá, consumado o prejuízo, recorrer ao Judiciário para afastar restrição que venha a entender indevida, sob pena de inverter-se a ordem normalmente observada, imputando ao devedor – e não ao credor – o ônus de ingressar em Juízo, arcando com o pagamento das custas devidas pelo ajuizamento da ação, quando a Fazenda não está, na forma da Lei nº 6.830/1980, compelida a realizar o preparo. Tampouco o contribuinte poderá lançar mão dos instrumentos processuais ínsitos ao executivo fiscal, em especial na via dos embargos à execução – verdadeira ação a veicular, segundo a terminologia de Enrico Tullio Liebman, a denominada “oposição de mérito” (Embargos do Executado . São Paulo: Saraiva, 1968, p. 156).

O sistema não fecha, revelando-se o desrespeito aos princípios da segurança jurídica, da igualdade de chances e da efetividade da prestação jurisdicional, os quais devem ser observados por determinação constitucional, em contraposição à ideia da “primazia do crédito público”.

Ante o quadro delineado, indaga-se: qual a finalidade pretendida pelo legislador ao editar os preceitos questionados senão induzir, mediante ato de império, o devedor a satisfazer o débito existente?

O que se tem é nítida sanção visando o recolhimento de tributo, discrepante do estatuto tributário-constitucional. Envolve a tomada de empréstimo, por parte do Fisco, de meio coercitivo objetivando a satisfação de débito tributário, com a adoção de método potencialmente inviabilizador da própria

atividade econômica – a indisponibilidade de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora.

Surge o que, no âmbito do Direito Tributário, convencionou-se chamar de “sanções políticas” ou “indiretas”, entendidas como restrições ou proibições impostas ao contribuinte, como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento do tributo, tais como a interdição do estabelecimento, a apreensão de mercadorias e o regime especial de fiscalização – raciocínio aplicável à situação sob exame, em que discutida a constrição unilateral do patrimônio do contribuinte.

O tema não é novo, tendo sido enfrentado em diferentes oportunidades pelo Tribunal. A título exemplificativo, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 173, relator ministro Joaquim Barbosa, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 20 de março de 2009, fiz ver a natureza do princípio constitucional implícito da proibição do exercício de coação política para haver o recolhimento do tributo. Ressaltei a absoluta ilegitimidade dessa prática fazendária sob a égide do regime democrático inaugurado em 1988. A incompatibilidade é flagrante ante a restrição desarrazoada à liberdade fundamental de exercício de atividades profissionais e econômicas. Viola o devido processo legal, haja vista o Fisco utilizar instrumentos oblíquos para coagir o contribuinte ao pagamento.

Nessa ação direta, o Supremo, por unanimidade, confirmou jurisprudência histórica quanto à inconstitucionalidade das sanções políticas por afronta ao “direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (artigo, 170, parágrafo único, da Constituição)” e “violação ao devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se dispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários)”.

Mais recentemente, no julgamento do recurso extraordinário com agravo nº 914.045, relator ministro Edson Fachin, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 19 de novembro de 2015, submetido à sistemática da repercussão geral – Tema nº 856 –, fixou-se tese no sentido da inconstitucionalidade de “restrições impostas pelo Estado ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quando aquelas forem utilizadas como meio de cobrança indireta de tributos”.

Nos exemplos mencionados, prevaleceu, de forma linear, a óptica revelada nos verbetes nº 70, 323 e 547 da Súmula do Supremo:

É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. (Verbete nº 70, de 13 de dezembro de 1963)

É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. (Verbete nº 323, de 13 de dezembro de 1963)

Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais. (Verbete nº 547, de 3 de dezembro de 1969)

Subjacente aos verbetes e a toda jurisprudência está a recusa do Tribunal em reconhecer a sujeição de direitos fundamentais ao arbítrio estatal na cobrança de tributos. Formuladas com respaldo nos artigos 141, § 14, da Constituição de 1946, e 150, § 23, da Constituição de 1967, tais orientações ainda subsistem na nova ordem constitucional e no sistema de liberdades fundamentais vigente. O livre exercício de atividades profissionais e econômicas lícitas, assegurado nos artigos 5º, inciso XIII, e 170, parágrafo único, da Carta de 1988, não pode sofrer restrições desarrazoadas por parte do legislador, mesmo para o fim de satisfazer tributos, admitida a cobrança tão somente por meio consentâneo com o devido processo legal.

O abuso dos meios, com a conseqüente corrupção dos fins, é a nota essencial e autoritária das medidas cujo gênero foi rotulado de sanções políticas em matéria tributária. A falta de sintonia desses mecanismos de coação fiscal com as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, inaugurado com a Constituição Cidadã, revela caráter ditatorial e perverso.

Incumbe à Fazenda Pública recorrer aos meios adequados à satisfação do crédito tributário, abandonando a prática de fazer justiça pelas próprias mãos, inviabilizando o prosseguimento da atividade econômica mediante a decretação unilateral da indisponibilidade de bens e direitos titularizados pelo devedor.

Cuida-se de raciocínio a conduzir ao reconhecimento de outro fundamento a justificar a atuação do Supremo no sentido de fulminar, em sede abstrata, o ato questionado, a saber: a atuação estatal na busca pela satisfação de interesse público secundário deve ser constitucionalmente justificada, submetendo-se ao crivo da proporcionalidade, de modo a se revelar adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Tratando-se de questão afeta aos domínios do Direito Tributário, cumpre observar de modo especial o princípio da

razoabilidade, sob pena de chancelar-se situação jurídica de todo inaceitável, a qual o ministro Celso de Mello, com a precisão que lhe é característica, denomina “abuso do poder de legislar”. Ante o didatismo da construção, transcrevo trecho do pronunciamento formalizado por Sua Excelência quando do exame da medida cautelar na ação direta de nº 2.551, em julgamento realizado em 2 de abril de 2003:

O poder público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do poder público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do poder público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado.

Determinada medida estatal mostra-se adequada quando apta a fomentar os fins pretendidos. Tal aferição, porém, deve ser precedida da análise da legitimidade. Em outras palavras: a adequação pressupõe a adoção de meio legítimo capaz de promover objetivo também legítimo.

De acordo com as informações prestadas pela Presidência da República, a denominada “averbação pré-executória”, tida como mecanismo de concretização da garantia prevista pelo artigo 185 do Código Tributário Nacional, “constitui instrumento essencial à implementação do novo modelo de cobrança da dívida ativa da União, baseado no ajuizamento seletivo de execuções fiscais, na desjudicialização e na racionalização dessa atividade”.

Em Direito, os fins não justificam os meios. A necessidade de fazer-se frente à avalanche de processos, no que praticamente inviabiliza a adequada atuação do Judiciário

em todos os graus de jurisdição, não legitima atropelos, atalhos à margem do figurino constitucional. Descabe potencializar razões pragmáticas a ponto de desprezar a ordem jurídica, a ser preservada por todos, principalmente pelo Supremo, guarda maior da Constituição Federal.

O meio empregado, ainda que potencialmente adequado à obtenção do fim pretendido – a satisfação do crédito tributário –, revela-se ilegítimo por compelir coercitivamente, sob o ângulo político, o devedor ao adimplemento do débito existente, ao arrepio de princípios basilares da Lei Maior, tais quais o devido processo legal substantivo, o livre exercício de atividades profissionais e econômicas lícitas e o direito à propriedade.

Atentem para a desnecessidade do ato impugnado, ante a existência de meios menos gravosos, considerada a atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte, à disposição da Fazenda Pública para o recolhimento de tributos.

Qualquer intervenção estatal excessiva implica afronta ao próprio Estado Democrático de Direito consagrado no artigo 1º da Constituição Federal. Conforme lição do professor Humberto Ávila, revelam-se desproporcionais os atos estatais, observada a adequação entre meios e fins, a imporem “obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”, de modo que “o exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados” (Teoria dos princípios : da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 215).

A Administração Pública dispõe de um sem-número de meios menos onerosos ao contribuinte, mas igualmente adequados ao objetivo perseguido com os preceitos questionados. A título exemplificativo, vale mencionar a formalização de ação cautelar fiscal voltada à decretação de indisponibilidade de bens do devedor – Lei nº 3.897/1992; a possibilidade de ter-se a inclusão dos dados do devedor no Cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal – Lei nº 10.522/2002; e o arrolamento extrajudicial de bens do devedor com dívida fiscal superior a 30% do respectivo patrimônio – Lei nº 9.532/1997.

Destacam-se, ainda, a presunção de fraude e ineficácia perante a Fazenda Pública das alienações e onerações de bens após a inscrição em dívida ativa – artigo 185 do Código Tributário Nacional –, a referida viabilidade de ter-se, mediante determinação judicial – Primado do Judiciário –, a indisponibilidade de bens no curso da execução fiscal – artigo 185-A –, além das preferências conferidas ao crédito tributário pelo artigo 186 do citado Diploma. (..)

Em se tratando da atividade tributária do Estado brasileiro, essas balizas foram impostas na Constituição, especialmente por meio da fixação de princípios de observância obrigatória. Assegurar o equilíbrio entre Tributação, Democracia e Liberdade requer do Supremo preocupação com esses elementos estruturais do **Sistema Constitucional Tributário, tarefa a ser empreendida mediante a defesa das liberdades fundamentais contra um Estado – sócio despreocupado com os riscos do negócio – sempre em busca de arrecadar mais e mais.**

A declaração de inconstitucionalidade da Lei federal nº 13.606, de 9 de janeiro de 2018, no que inseriu os artigos 20-B, § 3º, inciso II, e 20-E na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, franqueando à Fazenda Pública a possibilidade de averbar certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora, tornando-os indisponíveis, pressupõe, por imposição lógica, o reconhecimento de inconstitucionalidade dos artigos 6º a 10 e 21 a 32 da Portaria nº 33, de 8 de fevereiro de 2018, da Procuradoria-Geral da Fazenda Pública, a versar regulamentação do citado § 3º do inciso II do artigo 20-B.

Admito e julgo procedentes os pedidos veiculados nas ações diretas de nº 5.881, 5.886, 5.890, 5.925, 5.931 e 5.932 para assentar a inconstitucionalidade, quer sob o ângulo formal, quer sob o material, do artigo 25, da Lei nº 13.606, de 9 de janeiro de 2018, no que inseriu os artigos 20-B, § 3º, inciso II, e 20-E na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, bem assim dos artigos 6º a 10 e 21 a 32 da Portaria nº 33/2018 da Procuradoria- Geral da Fazenda Pública.

É como voto. (grifamos)

Como pode ser verificado no voto do Ministro Relator das ADIs em apreço, vencido pela maioria do Plenário em 09.12.2020, sua manifestação é clara no sentido da inconstitucionalidade formal pela inobservância do preceituado no art. 146, III, “b”, da Magna Carta que atribui competência à lei complementar de

estabelecer “normas gerais em matéria de legislação tributária”, especialmente sobre “obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”, e inconstitucionalidade material por ferir os princípios constitucionais ínsitos nos incisos do art. 5º da Lei Fundamental, XXII, garantia do direito de propriedade, XXXV, reserva de jurisdição, LIV, devido processo legal substantivo e LV; contraditório e ampla defesa, qualificando a averbação pré-executória como sanção política.

Todavia, mostra-se indubitável a existência de inúmeras previsões legais de indisponibilização patrimonial extrajudicial em nosso ordenamento, em regra veiculados por legislação ordinária, como analisado neste estudo e listado no item 6, além de mencionado pela Advocacia-Geral da União em sua defesa do instrumento de excussão fiscal extrajudicial, a exemplo do art. 24-A da Lei 9.656/1998, planos e seguros privados de assistência à saúde, art. 44 da Lei 8.443/1992, Lei Orgânica do Tribunal de Contas da União e o art. 59 da Lei Complementar 109/2001, regime de previdência complementar.

Aos exemplos trazidos pela AGU acrescentaríamos os mencionados neste estudo no item 5.1 relativa à indisponibilização patrimonial extrajudicial dos responsáveis por:

1. entes em liquidação de empresas de seguros, regulada pelos arts. 2º e 3º da Lei 5.627/1970,
2. instituições financeiras em liquidação extrajudicial, regulados pelos arts. 36, 38, 44 e 45 da Lei 6.024/1974;
3. entidades de previdência privada aberta e de empresas seguradoras de capitalização em liquidação extrajudicial, nos termos do art. 3º da Lei nº 10.190/2001;

No tocante ao art. 54, III, da Lei 13.097/2015, que contempla a “averbação de restrição administrativa ou convencional ao gozo de direitos registrados, de indisponibilidade ou de outros ônus quando previstos em lei”, mencionado pela AGU e examinado no item 5.4 deste estudo, a disposição legal restringe-se a firmar a matrícula registral como centro das indisponibilidades atinentes ao imóvel nela

registrado, sem criar propriamente nova possibilidade de indisponibilidade extrajudicial.

Como visto, são inúmeras as situações que hoje o ordenamento pátrio permite a indisponibilização patrimonial pela via extrajudicial por legislação ordinária, nesse sentido o instrumento fixado pelo art. 20-B, § 3º, II, da Lei 10.522/2002, ao autorizar a averbação pré-executória da CDA quando da inadimplência do contribuinte, ainda que citado, mostra-se como procedimento específico de concretização da garantia conferida ao crédito tributário pelo artigo 185 do CTN, o que, como defendido pela AGU, não seria “norma geral sobre crédito tributário”, mas mero “instrumento de cobrança extrajudicial da dívida ativa da União”, não se submetendo, pois, à reserva de lei complementar prevista no artigo 146, inciso III, alínea “b”, da Carta da República,

Ressalte-se que a averbação pré-executória adstringe-se à esfera federal por ser lei ordinária federal, aplicável única e exclusivamente à União, todavia se fosse dispositivo legal inserido no Código Tributário Nacional como norma geral seria procedimento expansível para os outros entes federados, ou seja, teríamos uma plêiade de leis estaduais e municipais criando averbações pré-executórias remetidas à norma geral ali prevista.

Destaque-se que, se o cadastro tributário da União já é problemático, imagine-se os das esferas estaduais e municipais, a exemplo de cadastros municipais da propriedade imobiliária, em regra defasados e incompletos, expressos inclusive nos reiterados e repetitivos programas de regularização fundiária urbana objeto de nosso ordenamento.

Como outros exemplos de mecanismo extrajudicial de proteção a créditos do setor público federal não quitados, também com previsão em lei ordinária, é citado pela AGU o Cadastro Informativo de Créditos – Cadin, igualmente previsto na Lei nº 10.522/2002, cuja inscrição também prescinde de intervenção judicial e que teve sua constitucionalidade reconhecida pelo STF no julgamento da ADI 1454, assim como o protesto extrajudicial das CDAs, previsto na Lei 12.767/2012, considerado constitucional na ADI 5135, como transcrito no item 7 deste estudo.

Efetivamente, a averbação pré-executória com sua natureza premonitória não produz de imediato a excussão do bem como a penhora judicial, como arguido pela AGU, todavia provoca sim embaraço ao uso e gozo dos bens e direitos por ela atingidos ao retirar de seu titular o maior de seus predicados, a sua disponibilidade.

Como fato atenuante dessa redução dos direitos inerentes à propriedade tem-se o curto período de tempo de indisponibilização por ela instituído, trinta dias contados do primeiro dia útil após esgotado o prazo para impugnação da averbação ou da data da ciência de sua rejeição, como complementado à norma legal pelo art. 30, parágrafo único, da Portaria PGFN 33/2018, *ipsis litteris*:

Art. 30. Não apresentada ou rejeitada a impugnação, a execução fiscal deverá ser encaminhada para ajuizamento no prazo de até 30 (trinta) dias contados, conforme o caso, do primeiro dia útil após esgotado o prazo para impugnação ou da data da ciência de sua rejeição, observado o disposto no art. 36, § 2º, desta Portaria.

Parágrafo único. O não encaminhamento da petição inicial para ajuizamento da execução fiscal no prazo previsto no caput ensejará o levantamento da averbação pré-executória, ressalvada a suspensão da exigibilidade do débito antes do efetivo ajuizamento

Como visto acima, a indisponibilização por 30 dias unicamente não enseja propriamente desrespeito ao direito de propriedade, pois, como justificado pela AGU, seu exercício deve se dar em consonância com suas finalidades econômicas e sociais, *ex vi* dos arts. 5º, XXIII, da Constituição e 1.228 do Código Civil, em face da inadimplência do contribuinte face ao crédito fiscal pré-constituído, tampouco constitui em si vedação ao livre exercício da atividade econômica por não comprometer exacerbadamente o desempenho da atividade empresarial do devedor atingido, quando comparado ao interesse maior da sociedade no adimplemento da obrigação fiscal nele constituída, não representando típica “sanção política” impeditiva da função empresarial e de suas atividades inerentes, mas mero alerta para constrangimentos judiciais que necessariamente advirão da execução do crédito fiscal constituído na CDA.

No tocante ao princípio da isonomia, a AGU argui que a redução de execuções fiscais na esfera judicial, inserida no “contexto de novo modelo de cobrança da dívida ativa da União”, evita “o ajuizamento indiscriminado de execuções fiscais, preservando a via judicial para os casos que efetivamente demandem a intervenção do Judiciário”.

Efetivamente, em 2019 as demandas fiscais representaram, como já demonstrado no item 6.5 deste estudo e conforme levantamento do CNJ (2019), 39% do total de casos pendentes e 73% das execuções pendentes no Poder Judiciário, com taxa de congestionamento de 90%, ou seja, de cada 100 processos de execução fiscal que tramitaram no ano de 2018, apenas 10 foram baixados. Ademais, como descrito no item 6.6 deste estudo, a execução fiscal extrajudicial predomina no direito forâneo.

Entretanto, tal fardo processual no Judiciário também tem sua origem na complexa e por vezes caótica legislação tributária brasileira, inclusive por sua elevada carga tributária, como descrito no item 6.5 deste estudo, visto que a OECD (2020, 31) identificou o Brasil em 2018 com a segunda mais alta carga da América Latina e Caribe, de 33.1% de PNB. Reflexos da complexidade de nossa legislação e administração tributária podem ser identificadas não só na produtividade empresarial nacional como até na fuga de capital e obstáculos à entrada de capital estrangeiro no Brasil, como ressalta Kiyoshi Harada:

O terror dos capitalistas estrangeiros é exatamente a legislação tributária brasileira, não apenas pelo seu elevado nível de tributação, mas, sobretudo, pela extrema dificuldade de sua operacionalização sem incorrer em riscos de autuações fiscais. Isso tem afugentado a entrada de capital estrangeiro, e também a migração de capital nacional para outros países, rareando os recursos financeiros necessários à implementação da infraestrutura do país, com vistas ao crescimento econômico.(2019)

Ainda que não se visualize no instrumento da averbação pré-executória uma afronta à livre disposição da propriedade ou ao devido processo legal, em face do exíguo prazo de indisponibilidade ali presente, evidencia-se nos procedimentos adotados na esfera administrativa da averbação pré-executória a ausência de

previsão da faculdade de recurso a órgão colegiado, a exemplo do CARF, como mencionado no item 6.5 deste estudo, afinal no Carta Magna em seu art. 5º, LV, assegura aos litigantes no processo administrativo o contraditório e a ampla defesa:

LV - 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.

Assim, nas atuais condições vividas por nossa sociedade em face do Estado, a desjudicialização da execução fiscal deve vir acompanhada de profunda reforma tributária com a simplificação do ordenamento fiscal, sempre assegurado o acesso ao Poder Judiciário, nos estritos termos do art. 5º, XXXV, de nossa *Lex Legum*.

As ADIs, como descrito anteriormente, passaram mais de dois anos sob a relatoria do Ministro Marco Aurélio que, vencido na decisão definitiva pelo Plenário do Excelso Pretório tendo por objeto as ADIs acima mencionadas na Sessão de 09.12.2020, foi substituído pelo Ministro Roberto Barroso como Redator para o acórdão do voto médio vencedor, que julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação direta, 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, *ipsis litteris*:

Decisão: O Tribunal, nos termos do voto médio do Ministro Roberto Barroso (Redator para o acórdão), julgou parcialmente procedentes os pedidos formulados na ação direta, 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. Também votaram nesse sentido os Ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux (Presidente). Os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin e Ricardo Lewandowski julgaram procedente ação direta. Os Ministros Dias Toffoli, Alexandre de Moraes, Rosa Weber e Cármen Lúcia julgaram improcedente a ação. O Ministro Nunes Marques julgou parcialmente procedente o pedido, nos termos de seu voto. Plenário, 09.12.2020 (Sessão realizada inteiramente por videoconferência - Resolução 672/2020/STF).

Assim, o posicionamento majoritário, liderado pelo Ministro Luís Roberto Barroso, foi no sentido de declarar inconstitucional apenas o termo "tornando-os

indisponíveis”, presente na parte final do inciso II, § 3º, do art. 20-B, da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 13.606/2018, mantida a averbação pré-executória sem indisponibilização dos bens, ou seja, somente mantida a premonitória contida na averbação da CDA.

Assim, foram julgados constitucionais o inciso I, § 3º, do art. 20-B, e art. 20-E da Lei nº 10.522/2002, com a redação dada pela Lei nº 13.606/2018, no que faculta a comunicação do débito aos órgãos de proteção ao crédito, a exemplo do SERASA, SCPC e outros, e quanto a parte inicial do inciso II, que autoriza a averbação da Certidão de Dívida Ativa - CDA nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, a exemplo dos Ofícios de Registro de Imóveis, DETRANs, etc.

Para o Ministro Luís Roberto Barroso, a indisponibilidade dos bens é intervenção drástica sobre o direito de propriedade e exige intervenção do Poder Judiciário. Todavia, o registro do débito protege o terceiro de boa-fé e induz o pagamento da dívida. Acompanharam seu voto os Ministros Gilmar Mendes e Luiz Fux.

Os Ministros Marco Aurélio (Relator), Edson Fachin, Ricardo Lewandowski e Nunes Marques também integraram a posição acima, com posicionamento mais abrangente. Para eles a mera permissão de registro ou da indisponibilidade contraria os princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal. Ressaltaram, ainda, ser incompatível com a Constituição Federal o poder de gravar bens sem a devida intervenção do Poder Judiciário.

Ficaram totalmente vencidos os Ministros Dias Toffoli, Alexandre de Moraes, Rosa Weber e Cármen Lúcia, que consideraram constitucionais ambos os dispositivos questionados.

O julgamento de procedência parcial das ADIs, com a declaração de inconstitucionalidade somente da indisponibilidade de bens, via averbação administrativa a cargo da Fazenda Nacional, assegura a reserva de jurisdição quanto à indisponibilização de bens titularizados pelo devedor inadimplente, ao menos no tocante à execução fiscal, como visto a que mais ocupa nosso Poder Judiciário e mais reflexos tem na sociedade como um todo.

Todavia, a informação sobre a existência da inscrição em Dívida Ativa, agora reconhecida como constitucional ainda que sem o exame prévio da jurisdição, permitindo fácil acesso do adquirente às restrições tributárias do alienante, via averbação administrativa da CDA nos registros do bem ou direito, enseja dificuldades e entraves ao livre trânsito jurídico e econômico dos bens averbados com a CDA, acabando por inviabilizar, comercialmente ou, no mínimo, dificultando qualquer transação envolvendo os bens objeto da averbação.

Ainda que possa gerar inconvenientes ou mesmo impedimentos relativos de indisponibilização, a averbação pré-executória não alcança a indisponibilização contundente e com viés de evidente sanção política presente no inciso VIII do art. 124 da Lei 9.503/1997, nosso Código Brasileiro de Trânsito, ao impedir a transferência da propriedade do veículo a terceiros nos DETRANs em razão da inadimplência do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) ou de multas de trânsito, como visto neste estudo no item 8.1, disposição legal considerada pelo Plenário do Excelso Pretório como constitucional no julgamento da ADI 2998 em julgamento de 10.04.2019.

CONCLUSÕES

A propriedade privada, como direito fundamental primevo, partícipe do núcleo primário dos direitos individuais e manifestação da liberdade da personalidade, de prerrogativa intocável nos estados capitalistas liberais do século XIX, foi sendo gradualmente reconfigurada com o avanço do estado social e relativizada pelo interesse social, demonstrando sua evolução ideológica coerente com a expansão do estado garantidor do bem estar social.

Como examinado, o instituto da indisponibilidade de bens originou-se no direito privado, de institutos jurídicos gestados no direito de família ou sucessões, em regra por normas dispositivas que facultam ao titular convencionar o levantamento temporário do atributo da transmissibilidade da propriedade, caso do bem de família ou das cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade ou incomunicabilidade condicionantes das doações intervivos ou transmissões mortis causa, instrumentos jurídicos raramente utilizados em nossa sociedade, refratária a convenções pós-morte.

Se restrições convencionais facultativas do foro privado não vicejam em nosso dia a dia, tal não ocorre com restrições *ope legis* na seara pública, constituindo-se a indisponibilização da propriedade em escala crescente mecanismo de constrição cogente do adimplemento de obrigações constituídas sob a tutela de variadas parcelas de nosso ordenamento como no cível, penal, administrativo, tributário, trabalhista e outras.

Todavia, restrições ao direito de propriedade, ainda que temporárias, só são aceitas pelo ordenamento quando fundadas em princípios de valoração superior ao direito de propriedade, como o interesse público, a segurança nacional, a proteção econômica a instituições sociais a exemplo da família. A propriedade privada, em especial os bens de raiz, configura-se como um dos esteios da sociedade moderna, refletindo seu modo de produção e de acumulação da riqueza, ainda que subordinada à sua finalidade social.

Nesse contexto, identificamos a indisponibilização bancária *on line* e assemelhados, como indisponibilidade nos registros imobiliários ou de veículos,

mecanismo ágil e eficaz de excussão dos valores disponíveis do executado. A tecnologia digital, disponível no sistema bancário e registral pátrio, permite ao Poder Judiciário o desempenho de funções, antes difíceis e lentas, como obter informações, bloquear e desbloquear contas e bens via internet, onde o magistrado comunica o Banco Central ou ofícios registrares pela via eletrônica sobre a necessidade da constrição.

A sistemática de tornar indisponível os bens da entidade ou dos responsáveis por eventuais ilícitos ou facilitar a excussão dos bens do devedor tem a seu favor a busca de celeridade e efetividade na constrição judicial e, contra, a insegurança que gera para o responsável/devedor, dificultando sobremaneira a retratabilidade das decisões, por seu caráter preclusivo e consumativo, ou tornando a execução, por vezes, excessivamente onerosa para o executado, em especial quando empresas com dificuldades momentâneas de caixa, inclusive com profundos reflexos sociais como atraso nos salários e demissões em massa.

Em razão desses aspectos dicotômicos da indisponibilidade de bens e suas modernas variações eletrônicas/instantâneas, como visto, identificam-se tendências legislativas antagônicas, por vezes vedando expressamente o bloqueio de valores, em outras regulando em lei o instrumento da penhora *on line* e assemelhados.

A jurisprudência reconhece ser a transmissibilidade da propriedade fundamento do desenvolvimento econômico e condena sua indisponibilidade indireta, a exemplo das chamadas “sanções políticas”, como as que exigem certidões fiscais negativas como condição para transmissão de bens móveis ou imóveis, julgadas inconstitucionais pelo Excelso Pretório.

O Código de Processo Civil, trazido a lume em nosso ordenamento pela Lei 13.105/2015, trouxe várias inovações quanto ao instituto da indisponibilização da propriedade no processo civil, em especial no processo de execução de título extrajudicial ou no cumprimento de sentença, agilizando e tornando mais eficaz a execução do inadimplente.

Entretanto, o instrumento célere da indisponibilização patrimonial *on line* também oferece riscos como o bloqueio de valores de pessoas estranhas ao

processo ou de valores destinados ao pagamento de funcionários, fornecedores ou tributos, dentre outras possibilidades, ainda que a agilidade na disposição dos valores para ressarcimento de créditos devidamente demonstrados seja justificante das medidas executivas adotadas.

O problema não é a indisponibilização/penhora em si, mas sim a ausência de elementos claros de convicção justificantes, as práticas por vezes equivocadas de juízos, reforçadas por pedidos incabíveis e irresponsáveis de exequentes, que visam somente o sucesso de seus pleitos a qualquer custo. Nesse sentido, como examinado, verifica-se por vezes a requisição de indisponibilização patrimonial abusiva de acusados de improbidade administrativa e com seu imediato deferimento judicial, inclusive fundado no Tema 701 emitido pelo STJ da presunção legal do *periculum in mora*.

Tais mecanismos asseguram celeridade e efetividade às execuções e constrições em geral, todavia, devem ser acompanhados de procedimentos assecuratórios do respeito aos direitos e garantias como a legalidade ínsita no sigilo bancário ou excussão nos limites devidos, entendido como o respeito ao princípio da menor gravosidade da penhora e, evidentemente, o respeito ao devido processo legal assegurado pela oportunidade do contraditório.

Assim, no processo cível os mecanismos ágeis de excussão devem vir antecedidos ou no mínimo acompanhados de elementos reais e explícitos de convicção do juízo, evitando-se pleitos incabíveis e irresponsáveis de exequentes ávidos de locupletarem-se indiscriminadamente. Tudo em nome do devido processo legal que tem a paz social e a efetiva justiça como metas insofismáveis, motivo pelo qual deve ser perseguido o interesse do credor, desde que não sejam afrontados direitos e garantias do devedor.

Como analisado neste estudo, a indisponibilização dos bens não se dá única e exclusivamente quanto ao seu titular, mas também se reflete no adquirente ou beneficiário, por vezes indisponibilizado de adquirir/receber o bem, a exemplo da barrigã, vedada de se beneficiar da relação extraconjugal, ou no caso de pessoas físicas e jurídicas estrangeiras, contendo nosso ordenamento disposições expressas vedando a aquisição de propriedades rurais em várias situações, limitando

sobremaneira nossa atividade agropastoril, uma das bases da economia nacional. De uma política de incentivo à colonização e inversão de capital estrangeiro no período imperial, passamos a restrições crescentes da participação estrangeira no setor agrário, em especial nos períodos do Estado Novo e no regime militar pós 1964, com um ordenamento hodierno ainda bastante restritivo, indisponibilizante do trânsito imobiliário rural, todavia garantidor dos interesses e necessidades da sociedade pátria.

Todavia, a recente aprovação pelo Congresso Nacional dos Fundos de Investimento nas Cadeias Produtivas Agroindustriais – FIAGRO, permitindo a participação de capital estrangeiro em fundos destinados ao agronegócio, abrem possibilidades crescentes de investimentos forâneos em nosso setor agrário, sem necessariamente alterar os limites de aquisição de terras rurais por estrangeiros.

A indisponibilização de bens como fator coercitivo deve resguardar todas as garantias constitucionais de seu titular, seja na esfera judicial, a exemplo da indisponibilização, penhora ou arresto executórios bem como na apenação da improbidade administrativa, seja na esfera extrajudicial, a exemplo da indisponibilização patrimonial dos responsáveis por entidades gestoras de planos e seguros privados de assistência à saúde, de previdência complementar, de empresas de seguros em liquidação, de instituições financeiras em liquidação extrajudicial, de entidades de previdência privada, sob intervenção ou em liquidação extrajudicial, de empresas seguradoras de capitalização em liquidação extrajudicial, além da averbação fiscal pré-executória.

Sendo que essa última hipótese de indisponibilização patrimonial extrajudicial, averbação fiscal pré-executória, objeto de 6 ADIs no Excelso Pretório, ADI 5881 à qual foram apensadas as ADIs 5886, 5890, 5925, 5931 e 5932, apreciada pelo Plenário do STF em 09.12.2020, apresenta tema inovador em nosso ordenamento, trazido a ele pela Lei 13.606/2018, ensejando a questão candente da execução fiscal extrajudicial. O julgamento de procedência parcial das ADIs, com a declaração de inconstitucionalidade somente da indisponibilidade de bens, via averbação administrativa a cargo da Fazenda Nacional, resulta no reconhecimento, em matéria

de execução fiscal, da reserva de jurisdição quanto à indisponibilização de bens titularizados pelo devedor inadimplente.

A faculdade de averbação das CDAs emitidas pela União na matrícula do registro de imóveis, nos DETRANs e demais órgãos que operam registro de bens e direitos, cadastros relativos a consumidores e aos serviços de proteção ao crédito e congêneres, induzindo o pagamento da dívida constituída e protegendo terceiros de boa-fé, mostrando-se consentânea com um mercado vigoroso e ágil que exige certeza dos compradores sobre os direitos que eles adquirem, ou seja, acesso à informação sobre gravames e ônus que recaiam sobre o bem ou seu titular a ser adquirido.

Nesse sentido, como visto, distinguem-se três sistemas de cobrança executiva da obrigação tributária no direito forâneo: judiciais, administrativos e sincréticos. O sistema judicial de cobrança tributária, típico de nosso ordenamento, e alterado pela criação da averbação fiscal pré-executória, também se apresenta em ordenamentos como o do Uruguai, Paraguai, Venezuela ou Chile. A desjudicialização da execução fiscal já viceja desde há muito em inúmeros ordenamentos, inclusive restringindo-se à esfera administrativa, exceto na fase recursal, como exemplificado nos casos da Espanha, México, Peru, Bolívia, França, Portugal ou Alemanha. Pelo visto, com a introdução da penhora fiscal pré-executiva caminhamos para o modelo sincrético, ou seja, parcialmente administrativo e judicial, a exemplo da Argentina e Estados Unidos.

Portanto, a averbação pré-executória pela União de suas CDAs, à semelhança do protesto dessa mesma CDA, considerada constitucional pelo STF na ADI 5.135, possibilitam segurança jurídica nas transações de bens por elas oneradas. Todavia, não foi no mesmo sentido o posicionamento do Plenário do Excelso Pretório no julgamento da ADI 2998, em julgamento de 10.04.2019, ao considerar constitucional o inciso VIII do art. 124 da Lei 9.503/1997 - Código Brasileiro de Trânsito, que impede a transferência da propriedade do veículo a terceiros nos DETRANs em razão da inadimplência do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) ou de multas de trânsito, com viés de evidente sanção política.

Ex positis, a limitação ao direito de propriedade pode se dar por convenção ou *ope legis* e dizer respeito a todos ou alguns dos poderes inerentes à propriedade. Assim, restrições ao livre tráfico jurídico de bens e direitos, por meio de limites impostos ao uso, gozo e disposição da propriedade, devem ser parcimoniosas. A indisponibilidade de bens para ser decretada deve vir antecedida da comprovação do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, ser plenamente justificada e tratada como excepcionalidade, devendo sempre propiciar-se ao indisponibilizado instrumentos para sua defesa no devido processo contraditório, tanto na esfera judicial como extrajudicial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ABELHA, Marcelo. Penhora eletrônica de ativos financeiros no CPC/2015 e Defesa do Executado. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2016/04/19/penhora-eletronica-de-ativos-financeiros-no-CPC/2015-e-defesa-do-executado/> Acesso em 20.01.2017.
2. ABRAHAM, Marcus. Os tribunais de contas e o poder cautelar de indisponibilidade de bens - JOTA Info. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/coluna-fiscal/coluna-fiscal-os-tribunais-de-contas-e-o-poder-cautelar-de-indisponibilidade-de-bens>. Acesso em 02.10.2019.
3. ALBUQUERQUE, Victor Teixeira e Priscilla Alessandra Widmann. Moratória fiscal judicial em tempos de pandemia - O papel do Judiciário e o velho problema do controle externo da administração. JOTA Info. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/moratoria-fiscal-judicial-em-tempos-de-pandemia-17052020> Acesso em 17.07.2020.
4. ALEXANDRE, Ricardo, João de Deus. Direito administrativo. 3. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.
5. ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores Ltda. 2015.
6. ALVARES, Luís Ramon. Restrições do Imóvel e/ou das Pessoas e o Registro De Imóveis: Aspectos Práticos. Boletim Eletrônico do Portal do RI. 089/2015, de 15/05/2015. Disponível em <http://www.portaldori.com.br/2015/05/15/restricoes-do-imovel-eou-das-pessoas-e-o-registro-de-imoveis-aspectos-praticos/>. Acesso em 23.04.2020.
7. AMADEI, Vicente de Abreu. Penhora imobiliária no novo Código de Processo Civil in Direito Registral e o Novo Código de Processo Civil/Ricardo Dip (Coord.) Rio de Janeiro. Forense. 2016.
8. ANDERSON, Benedict R. Comunidades imaginadas: Reflexões sobre a origem e a difusão do nacionalismo. Tradução Denise Bottman – São Paulo. Companhia das Letras, 2008.
9. ARONNE, Ricardo. Por uma nova hermenêutica dos direitos reais limitados. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

10. BALDUCHI, Márcio. União poderá bloquear bens sem ordem Judicial, Disponível em: <https://marciobalduchi.jusbrasil.com.br/noticias/539994919/uniao-podera-bloquear-bens-sem-ordem-judicial>. Acesso em 10.04.2018.
11. BARROSO, Luis Roberto. Comissões Parlamentares de Inquérito e suas Competências: política, direito e devido processo legal. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE). Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 12, dezembro/janeiro/fevereiro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em: 22/04/2016.
12. BARTHES, Roland. O prazer do texto, Lisboa: Edições 70, 1997.
13. BESSA NETO, Luis Irapuan Campelo. Tutela da evidência e a indisponibilidade de bens nas ações de improbidade administrativa: um estudo de caso a partir da decisão do Superior Tribunal de Justiça no Tema nº 701. Revista Brasileira de Direito Processual – RBDPro, Belo Horizonte, ano 26, n. 104, p. 297-318, out./dez. 2018.
14. BEZERRA FILHO, Aluizio. Processo de improbidade administrativa: anotado e comentado / Aluizio Bezerra Filho. - 2. ed. rev., atual, e ampl. - Salvador: Editora JusPodivm, 2019.
15. CALSAMIGLIA, Albert. Eficiencia y Derecho”, in Doxa, n. 4. 1987.
16. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª ed. Coimbra: Almedina, 1993.
17. CARPES, Geraldo Cezar Torres. Da Aquisição de imóvel rural por estrangeiro uma introdução . In: Revista de direito imobiliário (São Paulo), n.16, p.22-37, jul./dez. 1985.
18. CARVALHO, Bruno Leal Pastor de. Antoine Destutt de Tracy: o “pai” do termo ideologia (artigo). In: Café História – história feita com cliques. Disponível em: <https://www.cafehistoria.com.br/o-pai-do-termo-ideologia/>. De 05.03.2018. Acesso em 14.04.2018.
19. CISCATO, Fernando Giacon. Alteração impactante do CPC: Penhora online sem a ciência do executado. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI239190,81042->

Alteracao+impactante+do+CPC+Penhora+online+sem+a+ciencia+do+executad
o . Acesso em 25.01.2017.

20. CNF Confederação Nacional das Instituições Financeiras. Entidades devem questionar bloqueio de bens no Supremo. Disponível em: <http://www.cnf.org.br/noticia/-/blogs/1987397>. Acesso em 12.01.2019.
21. CNJ Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2019/CNJ - Brasília: CNJ, 2019. Números da Central desde 01/07/2012. Disponível em: <https://indisponibilidade.org.br/autenticacao/>. Acesso em 19.07.2020.
22. _____. Penhora on-line: novo sistema será lançado no dia 25. Notícias CNJ / Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/penhora-on-line-novo-sistema-sera-lancado-no-dia-25/> Acesso em 20.08.2020.
23. COELHO, Fábio Ulhoa, Curso de direito comercial, volume 1 : Direito de Empresa / Fábio Ulhoa Coelho. 16. ed. São Paulo : Saraiva, 2012.
24. COOTER, Robert; ULEN, Thomas. Law and Economics. 6. ed. Pearson: 2016.
25. COPOLA, Gina. A desnecessária indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 169, p. 33-39, mar. 2015. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/16692>. Acesso em 22.10.2019.
26. CRUZ, Sebastião. Direito Romano. 4ªed. Coimbra : Coimbra Editora, 1984.
27. CYSNEIROS, Vicente Cavalcante. O Estrangeiro e a Propriedade Rural, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1985.
28. DE PLÁCIDO E SILVA, Vocabulário Jurídico. Ebook. Editora: Forense Edição: 32. 2016.
29. DIDIER, Fredie, Novo CPC doutrina selecionada, v. 5: execução / coordenador geral, Fredie Didier; organizadores, Lucas Buril de Macedo, Ravi Peixoto, Alexandre Freire. Salvador. Juspodivm, 2016.
30. DINIZ, Mana Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro. v. 4. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
31. _____, Código Civil anotado. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
32. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 30.ed. Rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

33. DIP, Ricardo Henry Marques. Direito Registral e o Novo Código de Processo Civil. Rio de Janeiro. Editora Forense. 2016.
34. _____ Sobre a qualificação no registro de imóveis, IN: Revista de Direito Imobiliário n. 29. IRIB, Jan – Jun de 1992.
35. EAGLETON, Terry. Ideologia. Uma introdução/Terry Eagleton, tradução Silvana Vieira, Luís Carlos Borges. - São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Editora Boitempo, 1997.
36. FARIAS, Cristiano Chaves e ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil. v.5. 8ª ed. São Paulo: JusPODIVM, 2012.
37. FERNANDES, Jean Carlos. Indisponibilidade de bens dos sócios na falência. Jusbrasil. Disponível em: <https://jeancarlosfernandes2.jusbrasil.com.br/artigos/121943848/a-indisponibilidade-de-bens-dos-socios-na-falencia>. Acesso em: 27.02. 2020.
38. FRANCO, Caio César Amaral. Execução fiscal nos Estados Unidos da América – uma abordagem comparativa com o direito brasileiro RVMD, Brasília, V. 13, nº 1, p. 178-193, Jan-Jun, 2019.
39. GANDARA, Leonardo André. Sanções Políticas e o Direito Tributário - Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2015.
40. GLENDON, Mary Ann. Rights talk: the impoverishment of political discourse. The Free Press, New York, 1991.
41. GODOY, Arnaldo Sampaio de Moraes. A execução fiscal administrativa no direito tributário comparado. Belo Horizonte; Fórum, 2009.
42. GOMES, Orlando .Direitos Reais. 1ª ed. eletrônica, Rio de Janeiro: Forense, (atualizada por Humberto Theodoro Júnior). 2001.
43. GONÇALVES, Carlos Roberto, Direito civil brasileiro, vol. 3, contratos e atos unilaterais / Carlos Roberto Gonçalves. – 11. ed. – São Paulo :Saraiva, 2014.
44. _____, Direito Civil Brasileiro. vol. 5, Direito das Coisas. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
45. _____, Direito Civil Brasileiro. vol. 3, Contratos e atos unilaterais 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
46. GUSSOLI, Felipe Klein Presunção do periculum in mora na decretação de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa: para o início

- de uma crítica à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Fórum Administrativo – FA, Belo Horizonte, ano 15, n. 176, p. 54-62, out. 2015. Disponível em: <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/19960> Acesso em 02.04.2019.
47. HARADA, Kiyoshi. Lei Complementar nº 118/05 e a indisponibilidade de bens ou direitos. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6369/lei-complementar-n-118-05-e-a-indisponibilidade-de-bens-ou-direitos>. Acesso em: 27.08. 2016.
 48. _____.O dinamismo caótico da legislação tributária fere o princípio da segurança jurídica e gera corrupção. Disponível em: <https://migalhas.uol.com.br/depeso/294220/o-dinamismo-caotico-da-legislacao-tributaria-fere-o-principio-da-seguranca-juridica-e-gera-corrupcao>. Acesso em 01.12.2020.
 49. HODGSON, Cullinan e Campbell. Land ownership and Foreigners: A comparative Analysis of regulatory Approaches to the acquisition And use of land by foreigners IN : FAO Legal Papers Online n. 6 , dec. 1999. Disponível em www.fao.org/Legal/prs-ol/lpo6.pdf. Acesso em 05.09.2004.
 50. IBGE, Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Indígenas – Gráficos e Tabelas. Disponível em: <https://indigenas.ibge.gov.br/graficos-e-tabelas-2.html>. Acesso em 11.10.2020.
 51. _____. Painel de Indicadores - PNAD Contínua Trimestral – Pesquisa completa, Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/indicadores> Acesso em 21.02.2021.
 52. INCRA, Tabela de Índices Básicos por Município 2013.- Sistema Nacional de Cadastro Rural –I NCRA. Disponível em: http://www.INCRA.gov.br/media/docs/indices_basicos_2013_por_municipio.pdf Acesso em 02.06.2020.
 53. LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. Considerações acerca do testamento conjuntivo (análise do artigo 1.863 do Código Civil). Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n.64, fev. 2015. Disponível em: https://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao064/CarlosEduardo_Lenz.html Acesso em: 28.06. 2020.
 54. LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 15. ed. ver., atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2011.

55. LISITA, Cristiane. Aquisição de Imóvel por Estrangeiros. IN: Consulex : Revista Jurídica, v.6, n.139, .p. 24-27, out. 2002.
56. LOUREIRO, Luiz Guilherme. Registros públicos: teoria e prática / Luiz Guilherme Loureiro. - 10. ed. rev., atual e ampl. - Salvador: Editora Juspodivm, 2019.
57. MAIA, Luiz Fernando. A indisponibilidade de bens do contribuinte a partir da inscrição da dívida ativa. Revista de Direito Tributário Contemporâneo. vol. 12. ano 3. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2018.
58. MALUF, Carlos Alberto Dabus, Das Cláusulas de Inalienabilidade, Incomunicabilidade e Impenhorabilidade. São Paulo, Ed. YK, 5.^a ed 2018.
59. MANNHEIM, Karl. Ideologia e Utopia. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1968.
60. MARINONI, Luiz Guilherme Novo Código de Processo Civil Comentado Luiz Guilherme Marinoni/ Sergio Cruz Arenhart/ Daniel Mitidiero. 3^a ed. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2017.
61. MARTINS, Vanessa Salmaço, Mudanças na penhora conforme novo CPC. Disponível em:
https://martinsvanessa.jusbrasil.com.br/artigos/295482333/mudancas-na-penhora-conforme-novo-cpc?ref=news_feed . Acesso em 25.01.2017.
62. MELO FILHO, João Aurino de. Sistemas de Cobrança Executiva da Obrigação Tributária no Direito Comparado: Execução Fiscal Administrativa como Modelo Moderno de Cobrança da Administração Tributária de Massas. Disponível em:
<http://www.sinprofaz.org.br/pdfs/3-colocado.pdf>. Acesso em: 04.07.2019.
63. MERONI, Rudolf e Roland Flueler . Switzerland - Acquisition of Real Estate by Foreigners. IN: Comparative Law Yearbook of International Business / Center for International Legal Studies . London : Graham & Trotman vol. 1, p. 39-54, 1992.
64. MICHELET, Jules. Execução fiscal eficiência e experiência comparada. 2016-12023 Disponível em: https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/estudos-e-notas-tecnicas/publicacoes-da-consultoria-legislativa/areas-da-conle/tema20/2016_12023_execucao-fiscal-eficiencia-e-experiencia-comparada_jules-michelet Acesso em 06.04.2020.

65. MONTEIRO, Washington de Barros. Curso de direito civil. v. 3, 37. ed. Atual, por Carlos Alberto Dabus Maluf. São Paulo: Saraiva, 2003.
66. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 22^a ed. São Paulo: Atlas, 2007.
67. MORAIS, Pedro Antony de. "Periculum in mora" presumido na medida de indisponibilidade de bens no âmbito da Lei n. 8.429/92 - Jus.com.br. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/36169/periculum-in-mora-presumido-na-medida-de-indisponibilidade-de-bens-no-ambito-da-lei-n-8-429-92>. Acesso em 20.10.2019.
68. MUDROVITSCH, Rodrigo de Bittencourt e Guilherme Pupe da Nóbrega. Indisponibilidade de bens em casos de improbidade administrativa. Revista Consultor Jurídico, 16 de agosto de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-ago-16/mudrovitsch-pupe-indisponibilidade-bens-improbidade>. Acesso em 09.11.2019.
69. NETO, Júlio Soares. Considerações sobre a Legítima. IN: Thesaurus Registral, Notarial e Imobiliário. São Paulo. Boletim Eletrônico IRIB/Anoreg-SP nº 1192, julho de 2004. Edição Eletrônica. 2004.
70. NEVARES, Ana Luiza Maia, As cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e incomunicabilidade sob a ótica constitucional. Revista Trimestral de Direito Civil-RTDC, ano 2, v. 5. 2001.
71. NOLASCO, Rita Dias, Rogério, CAMPOS. Averbação pré-executória prevista na Lei 13.606/2018 é legítima, Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-fev-05/opiniao-verbacao-pre-executoria-prevista-lei-13606-legitima>. Acesso em 16.01.2018.
72. NOZOE, Nelson. Sesmarias e apossamento de terras no Brasil Colônia. Departamento de Economia – FEA/USP. Disponível em: <http://www.anpec.org.br/encontro2005/artigos/A05A024.pdf>. Acesso em 10.03.2020.
73. OABCF. Após críticas da OAB, Câmara sepulta projeto contra contribuinte. Disponível em: <https://www.oab.org.br/util/print/28624?print=Noticia> Acesso em 24.05.2020.

74. OCDE et al. (2020), Estadísticas tributarias en América Latina y el Caribe 2020, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <https://doi.org/10.1787/68739b9b-enes..> Acesso em 15.02.2021.
75. OLHARJURIDICO. Adams defende mais agilidade na cobrança da dívida ativa para desafogar Judiciário - Notícias Jurídicas - Olhar Jurídico. 14.05.2015. Disponível em: https://www.olhardireto.com.br/juridico/noticias/exibir.asp?noticia=Adams_defende_mais_agilidade_na_cobranca_da_divida_ativa_para_desafogar_Judiciario&id=25243 . Acesso em 24.05.2020.
76. OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Curso de Direito Administrativo. 5. ed. rev., atual. e ampl. — Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.
77. PAIVA, João Pedro Lamana. Bloqueio da Matrícula Registral Indisponibilidades De Bens Imóveis Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário - Ibradim. Outubro/2018. Disponível em: http://registrodeimoveis1zona.com.br/wpcontent/uploads/2018/11/Indisponibilidades_Nov18.pdf . Acesso em 12.11.2019.
78. PAULO, Vicente, 1968 - Direito Constitucional descomplicado I Vicente Paulo, Marcelo Alexandrino. - 16. ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.
79. PEREIRA, Caio Mario da Silva, Instituições de Direito Civil. v. IV. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.
80. _____. Instituições de Direito Civil. vol. VI, 17ª edição, atualizada por MOREIRA, Carlos Roberto Barbosa, Rio de Janeiro. Editora GEN/Forense: 2009.
81. PGFN- Procuradoria Geral da Fazenda Nacional. Bens de devedores da União não poderão ser alienados - Inovação da Lei nº 13.606/2018 está alinhada às práticas da OCDE e protege compradores. 2018 Disponível em: <https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/noticias/2018/janeiro/bens-de-devedores-da-uniao-nao-poderao-ser-alienados>. Acesso em 12.03.2020
82. PHILOTHEIDIS, Theodoros. Greece - Acquisition of Real Estate by Foreigners. IN: Comparative Law Yearbook of International Business / Center for International Legal Studies, p. 83-87. London : Graham & Trotman vol. 1, 1992.

83. PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Tratado de Direito Privado – Tomo V. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2013.
84. POPPER, Karl. A sociedade aberta e seus inimigos. Belo Horizonte: Itatiaia/Edusp, vol. 2, 1974.
85. POSNER, Richard. Fronteiras da Teoria do Direito. São Paulo: Martins Fontes, 2011.
86. PROUDHON, Pierre Joseph. O que é a propriedade. Lisboa. Editora Stampa, 1975.
87. PWC World Bank Group. Paying Taxes 2018, disponível em <http://www.doingbusiness.org/~media/WBG/DoingBusiness/Documents/Special-Reports/2018-Paying-Taxes>. Acesso em 12.01.2019.
88. RIBEIRO, Gustavo Ferreira, GICO JR, Ivo, O Jurista que Calculava. Ed. CRV 2013.
89. ROCHA, Olavo A. de Lima. O Imóvel Rural e o Estrangeiro. São Paulo: Editora LTr, 2000.
90. RODRIGUES, Silvio, Direito das Sucessões. São Paulo, Ed. Saraiva, v 7º. 1979.
91. ROEMER, Andrés. Introducción al Análisis Económico del Derecho, D. R. Fondo De Cultura Económica. México, D. F. 2000.
92. ROSENWALD, Cristiano Farias e Nelson. Curso de Direito Civil. Direito Reais, vol. 5. São Paulo: Ed. Juspodivm, 2012.
93. RUBINO, Mauro e Remo Danovi. Italy - Acquisition of Real Estate by Foreigners. IN: Comparative Law Yearbook of International Business. p. 55-81. Center for International Legal Studies. London: Graham & Trotman vol. 1, 1992.
94. SAAD, Camila Chagas. A penhora de dinheiro e a penhora on-line como meio de garantia da efetividade da execução. Revista de Processo. vol. 289. ano 44. p. 191-224. São Paulo: Ed. RT, março 2019.
95. SALAMA, B. Direito, Justiça e Eficiência: A Perspectiva de Richard Posner. Latin American and Caribbean Law and Economics Association, Ago. 2008.
96. SANTA HELENA, Eber Zoehler. O estrangeiro e a aquisição de imóveis rurais no direito nacional e comparado. Revista Jurídica do Ministério da Defesa. Brasília : Ministério da Defesa, Consultoria Jurídica. ano 1, nº 1, nov. 2004.

97. _____. Princípios Registrais. Brasília: Thesaurus Editora, 2004.
98. _____. A indisponibilidade de bens como medida cautelar ou executiva. Cadernos ASLEGIS Brasília v.8 n. 26 p. 1 a 104 maio/julho 2005.
99. SARLET, Ingo. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 10ª ed. 2009.
100. SERRA, Márcio Guerra. Registro de imóveis II: atos ordinários / Márcio Guerra Serra e Monete Hipólito Serra. – 2. ed. – São Paulo : Editora Saraiva - Coleção Cartórios / coordenador Christiano Cassettari. 2016.
101. SILVA, Luiz Henrique Teixeira da. Das indisponibilidades e restrições patrimoniais preparatórias à penhora. In: Execução Fiscal Aplicada: análise pragmática do processo de execução fiscal /Coordenador João Aurino de Melo Filho, autores Augusto Newton Chucri et all. - 7. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2019.
102. SILVA, De Plácido e. Vocabulário Jurídico 3.0. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 22ª Ed. Edição Eletrônica. 2003.
103. SILVA, Raphael Ragazzoni Marques da, Aspectos Gerais da Penhora On-Line e o Pioneirismo da Justiça do Trabalho - 10 anos do BACENJUD/SISBAJUD 2.0 e o Advento do Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.) Disponível em: <http://artigoscheckpoint.thomsonreuters.com.br/a/6tb9/aspectos-gerais-da-penhora-on-line-e-o-pioneirismo-da-justica-do-trabalho-10-anos-do-BACENJUD/SISBAJUD-20-e-o-advento-do-novo-codigo-de-processo-civil-lei-n-13105-de-16-de-marco-de-2015-raphael-raga>. acesso em 04.03.2017.
104. SIMÃO, José Fernando. Repensando a noção de pacto sucessório: de lege ferenda. Jornal Carta Forense, de 02.02.2017. Disponível em: <http://www.cartaforense.com.br/conteudo/colunas/repensando-a-nocaode-pacto-sucessorio-de-lege-ferenda/17320>: Acesso em 18.09.2020
105. SIQUEIRA JR., Paulo Hamilton. Comissão Parlamentar de Inquérito. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

106. SENADO FEDERAL, PLC 5191/2020. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8925102&ts=1614266146504&disposition=inline>. Acesso em 20.02.2021.
107. SNA – Sociedade Nacional de Agricultura. Compra de terras por estrangeiros volta à pauta. 19/10/2015. Disponível em: <https://www.sna.agr.br/compra-de-terras-por-estrangeiros-volta-a-pauta/>. Acesso em 25.08.2020.
108. TALAMINI, Eduardo. ‘Penhora Online” no CPC/2015. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, n.º 120, fevereiro de 2017, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo>, acesso em 02.03.2017.
109. TARTUCE, Flávio. Direito civil, v. 3: teoria geral dos contratos e contratos em espécie / Flávio Tartuce; 12. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.
110. TAVARES Gustavo Perez, Leandro Lopes GENARO. Regulamentação não afetou ilegalidade da Lei 13.606/2018, Consultor Jurídico. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2018-fev-12/opinioao-regulamentacao-nao-afetou-ilegalidade-lei-136062018>. Acesso em 20.01.2018.
111. TEPEDINO, Gustavo. “Contornos constitucionais da propriedade privada” in DIREITO, Carlos Alberto Menezes (coordenador). Estudos em homenagem ao Professor Caio Tácito. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
112. TIMM, Luciano (Org.). Direito e Economia no Brasil. 2 Ed. São Paulo: Atlas, 2014.
113. ULPIANO Pinto de Souza, José. Das cláusulas restritivas da propriedade, São Paulo, Escola Prof. Salesianas, 1910.
114. VALENTE, Fernanda, "Execução Administrativa" Supremo começa a julgar ações contra bloqueio de bens sem decisão judicial.]. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jun-05/stf-comeca-julgamento-bloqueio-bens-decisao-judicial>. Acesso em 09.10.2020.
115. VASCONCELOS, Edjar Dias de. Explicação Ideológica do Direito Natural a Propriedade Privada. Disponível em: <http://institutoparthenon.com.br/clubedeescritores/2014/11/explicacao->

ideologica-do-direito-natural-a-propriedade-privada/, nov. 2014. Acesso em 24.05.2015

116. VAZ, Isabel. Direito econômico das propriedades, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993.
117. VENOSA. Sílvio de Salvo. Direito de Família. 9. Ed. São Paulo; Atlas, 2009. 6 v.
118. VERA, Flávia Santinoni in TIMM, Luciano (Org.). Direito e Economia no Brasil. 2 Ed. São Paulo: Atlas, 2014.
119. VILLORO, Luis. El concepto de ideología. México: Fondo de Cultura Económica, 1985.
120. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et. al. (Coord.). Primeiros comentários ao novo Código de Processo Civil: artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Ed. RT, 2016.