

O instituto da averbação premonitória e sua aplicabilidade ao rito da execução fiscal à luz das garantias processuais do executado

The institution of premonitory registration and its applicability on tax execution procedure in light of the debtor's procedural guarantees

Thiago Ribeiro Deienno*

Resumo: Apresenta as alterações feitas pela Lei nº 11.382, de 2006, no Código do Processo Civil – CPC/1973 – e incorporadas pelo Novo Código de Processo Civil que são aplicáveis ao processo da execução fiscal. Trata da história, da classificação, do conceito e da fundamentação da execução fiscal, bem como da aplicabilidade das disposições do Código Processual Civil à Lei de Execuções Fiscais. Analisa o instituto da averbação premonitória, assim como o seu cabimento no processo traçado pela Lei nº 6.830/1980 à luz das garantias processuais do executado em execução fiscal.

Palavras-chave: Execução fiscal. Novo Código de Processo Civil. Averbação premonitória. Processo executivo comum. Lei nº 11.382/2006.

Abstract: It introduces the amendments made by Law 11382, 2006, in the Code of Civil Procedure – CPC/1973 – and incorporated by the New Code of Civil Procedure, which are applicable in the tax execution procedure. It talks about the history, classification, concept and foundation of tax execution, as well as the applicability of CPC clauses to Tax Execution Laws. It analyses the institution of premonitory registration, as well as its appropriateness in the procedure set by Law 6830/1980 in light of the debtor's procedure guarantees during a tax execution.

Keywords: : Tax execution, New Code of Civil Procedure, Premonitory registration, Common executive process, Law 11382/2006.

Recebido em: 19/11/2019
Aprovado em: 30/11/2020

Como citar este artigo:
DEIENNO, Thiago Ribeiro. O instituto da averbação premonitória e sua aplicabilidade ao rito da execução fiscal à luz das garantias processuais do executado. Revista da Defensoria Pública do Distrito Federal, Brasília, vol. 2, n. 3, 2020, p. 171-190.

* Graduado em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia e pós-graduado (lato sensu) em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Defensor público do Distrito Federal desde o ano de 2016.

Introdução

A Lei nº 11.382, de dezembro de 2006, trouxe várias inovações para a sistemática do processo de execução por título extrajudicial. Essas vieram atender a um antigo anseio de celeridade e efetividade desse procedimento. Tais aplicações foram incorporadas ao Novo Código de Processo Civil em vários dispositivos, corrigindo a atecnia que vigia no código antigo. As mais importantes modificações aconteceram em três eixos principais, ou seja; o oferecimento de embargos pelo executado, o procedimento relativo à penhora e a averbação do ajuizamento do feito, para fins de se configurar a fraude à execução.

Importa ressaltar que o processo executivo fiscal, regido pela Lei nº 6.830, de 1980, não obstante tratar do processo de execução fiscal por título extrajudicial, (no caso a certidão de Dívida Ativa) traz outro procedimento que não o comum estabelecido no Código de Processo Civil (CPC), devido a três fatores basilares: a natureza da relação entre o credor e o devedor; sendo essa díspare pelo fato de o credor ser o Estado: a natureza dos créditos executados, quase sempre estes de natureza tributária e, por fim, o interesse social envolvido no processo, uma vez que os créditos exequendos pertencem ao Erário e, portanto, há interesse social de que tais sejam satisfeitos.

Em outra vertente, existe a Lei de Execução Fiscal. Logo no seu primeiro artigo traz a previsão de que as disposições do Código de Processo Civil serão aplicadas subsidiariamente ao executivo fiscal quando sejam compatíveis. Eis que surge o problema ora tratado na presente pesquisa: é nesse ponto que se procura estabelecer, dentre todas as especificidades da execução fiscal, se a averbação premonitória, instituto trazido pela novel reforma, se aplica a tal rito específico e de que forma deve ser interpretado.

Dessa feita, cinge-se o objetivo geral deste trabalho à análise da possibilidade de modificação no processo de execução em razão da Lei nº 11.382: se esta pode ser aplicada à execução fiscal, sem que haja conflito entre as normas processuais e direitos fundamentais.

Na forma do acima exposto, no desenrolar desse projeto serão abordados, como cumprimento dos objetivos específicos, a história, a classificação, os fundamentos da execução e será esboçado um conceito mais preciso do que seja o instituto da ação de execução fiscal à luz de doutrinadores processualistas, como Cassio Scarpinella Bueno, Humberto Theodoro Junior e José Afonso da Silva.

O instituto da averbação premonitória e sua aplicabilidade ao rito da execução fiscal à luz das garantias processuais do executado

Em seguida, será apresentado estudo sobre o que é a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil na Lei de Execuções Fiscais e também o que foi a reforma do processo de execução por título extrajudicial levada a cabo em 2006 pelo legislador ordinário.

Em outra seção será abordado o novel instituto da averbação premonitória, bem como sua possibilidade ou não de aplicação ao rito especial traçado na Lei nº 6.830. Na pesquisa será adotado o método dedutivo (partindo do texto da lei e dos princípios gerais de processo até chegar às minúcias do caso concreto) e comparativo de abordagem. No desenvolvimento deste trabalho realizar-se-á o exame dos diplomas legais relacionados ao tema, assim como se procederá à análise doutrinária e jurisprudencial.

Este estudo terá como base os principais manuais de Direito Processual Civil, obras e monografias específicas, periódicos, além de outras publicações, tanto impressas quanto virtuais.

1. A ação executiva fiscal: história, conceito, classificação e fundamento

Antes de se atacar o objeto do presente estudo deve-se, entretanto, conceituar o instituto da execução fiscal, analisar sua classificação no mundo jurídico, seus fundamentos bem como sua evolução histórica no Direito pátrio.

1.1 Breves considerações históricas

Faz-se mister que seja traçada a sua evolução histórica para melhor compreensão da matéria aqui discutida.

Inicialmente analisa-se o direito lusitano, de cujo ordenamento jurídico importou o conceito de executivo fiscal. Segundo Campos (1989), o primeiro registro histórico que se tem de um procedimento executivo parecido com o que se tem hoje se encontra nas leis portuguesas de 1761, também chamadas pela doutrina portuguesa de “leis fundamentais”. Tais leis esquadrihavam um procedimento executivo sumário próprio para cobrança de dívidas fiscais. Tinham como principais características: a disposição de que embargos opostos, em regra, não suspendiam o curso do processo, além da possibilidade de se aviar embargos de terceiro porém com processamento diverso dos embargos de devedor e, finalmente, a exigência de depósito em

ouro e prata e não qualquer outro bem. Porém, sua característica mais marcante e que mais se aproxima da legislação atual é a de que a ação sempre se fundava em direito líquido e certo.

Ao analisar o direito brasileiro, tal procedimento lusitano foi transplantado para o Brasil e aplicado à risca até a Constituição Brasileira de 1891.

Segundo Silva (1975), a partir da promulgação desta citada Carta Constitucional o Supremo Tribunal, (equivalente ao Supremo Tribunal Federal à época) ao interpretar a Constituição vigente e aplicando-a ao procedimento executivo fiscal, arrefeceu a natureza despótica deste, admitindo a defesa irrestrita do devedor.

Na mesma obra, Campos (1989) situa que, ao se caminhar mais um pouco na marcha histórica, em 1938, sob a égide da Constituição de 1937, foi promulgado o Decreto-Lei nº 960, que teve por principal escopo uniformizar em todo o território nacional o procedimento para a cobrança de Dívida Ativa. Além disso, o referido decreto assegurava a defesa ampla do executado, bem como limitava os créditos que podiam ser cobrados por tal procedimento àqueles definidos em lei. Tais disposições foram consideradas boas inovações em relação à legislação anterior. Todavia, o Decreto-Lei nº 960/1938 vigeu apenas até a promulgação do Código de Processo Civil de 1973. Este, por sua vez, eliminou o procedimento especial para cobrar dívidas da Fazenda Pública, sendo o Fisco equiparado a qualquer cidadão na cobrança de seus créditos. Mas tal situação não perdurou por muito tempo. Logo em 1980 foi promulgada a Lei nº 6.830, que restaurou o procedimento especial para cobrança de débitos fiscais, o qual será visto com maior minudência ao longo deste trabalho.

1.2 Conceito de execução fiscal

Após delinear-se a evolução histórica do instituto, é importante conceituar o objeto de estudo, qual seja, a execução fiscal.

A execução fiscal é “[...] um procedimento especial de que se vale a Fazenda Pública para cobrar determinados créditos agrupados sob a denominação de Dívida Ativa” (CAMPOS, 1989).

Já para Silva (1975): “execução fiscal é o processo para cobrança de créditos da Fazenda Pública (União, Estados, Distrito Federal, Territórios e Municípios) inscritos na forma da lei”.

Finalmente, Pacheco (2009) definiu que:

O instituto da averbação premonitória e sua aplicabilidade ao rito da execução fiscal à luz das garantias processuais do executado

Desse modo, a execução judicial, a que alude o art. 1º e que vai denominada de execução fiscal nos arts. 4º, 12, 25 e 26 da lei que comentamos, e a execução singular por quantia certa, com base em título executivo extrajudicial, constituído pela certidão de dívida ativa regularmente inscrita, de caráter expropriatório, que se realiza no interesse da Fazenda Pública, como tal compreendida a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias. (PACHECO, 2009, p. 10)

A última definição que Pacheco (2009) traçou em sua obra *Comentários à Lei de Execução Fiscal* parece, se não a mais correta, a mais completa, visto que traz todos os elementos importantes para uma definição precisa do instituto.

1.3 Fundamentos da execução fiscal

Há grande debate na doutrina desde a promulgação da nova lei de Execução Fiscal sobre a necessidade e até mesmo a fundamentação de se criar uma forma especial de execução apenas para cobrar créditos fazendários, com os autores como José da Silva Pacheco defendendo que não há necessidade de procedimento próprio para cobrança de créditos da Fazenda Pública.

Desta feita, posiciona-se favorável, o autor a tal instituto pelos fundamentos abaixo descritos:

O primeiro fundamento, o qual se extraiu da Exposição de Motivos da Lei nº 6830/1980, é o princípio da supremacia do interesse público. Carvalho Filho (2009) definiu o princípio da seguinte forma:

[...] as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. E completa: o indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais. (FILHO, 2009, p. 30-31)

Nessa esteira teórica pode-se dizer que a Fazenda Pública, por lidar com o interesse público, não pode se submeter aos mesmos percalços que um cidadão comum passa na cobrança de seus débitos particulares.

Do princípio da supremacia do interesse público pode-se deduzir outro fundamento da Execução Fiscal, que é o da importância e prevalência dos créditos públicos. Ora, os créditos

fazendários são destinados a realizar atividades de interesse público, tais como: programas sociais, construção de hospitais e escolas e não pode ser comparado a um crédito comercial que favorecerá a apenas um ou alguns particulares. Justamente por essa importância é que se faz indispensável dotar o Estado de instrumentos mais eficazes de cobrança.

Por fim, também corolário do princípio da supremacia do interesse público, tem-se outro fundamento que é a economia de dinheiro público. Tal fundamento se baseia na ideia de que quanto mais célere o processo, mais econômico será para os cofres públicos, evitando-se assim, desperdício de dinheiro público que poderia estar sendo usado em prol da sociedade.

Nas palavras de Loureiro (1953) *apud* Campos (1989): “[...] quanto mais eficiente for a arrecadação da Dívida Ativa, menos terá o Estado de usar o seu poder tributário para majorar ou criar novas fontes de renda”. (Loureiro, 1953, *apud* Campos, 1989)

1.4 Classificação jurídica da execução fiscal

Deve-se ainda enumerar a classificação jurídica da execução fiscal. Inicialmente, pode-se dizer que a ação executiva fiscal é uma ação executiva, pois é o poder jurídico que tem o Estado, por intermédio de suas pessoas jurídicas de direito público, de exigir uma prestação de forma material sem a necessidade de se conhecer o direito. Além de ser uma ação executiva, ela tem caráter de ação executiva de título executivo extrajudicial, pois visa a realizar um crédito constante de uma cartula extrajudicial, formado independentemente da atuação do juiz, mas apenas por livre convenção das partes, ou por um processo administrativo no qual é assegurado o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), como é o caso da Certidão de Dívida Ativa (CDA).

2. A aplicação subsidiária do Código de Processo Civil no processo de execução fiscal

Inicialmente, cabe uma pequena conceituação do que venha a ser “aplicação subsidiária” no presente estudo.

José da Silva Pacheco, em sua obra *Comentários à Lei de Execução Fiscal*, traçou uma importante definição, nestes termos:

O instituto da averbação premonitória e sua aplicabilidade ao rito da execução fiscal à luz das garantias processuais do executado

Quando a Constituição Federal, em seu art. 22, I, tipifica o direito processual, indistintamente, está se referindo ao sistema de princípios e leis disciplinadoras do processo judicial, que compreende, além do penal, o civil de cognição, de execução e cautelar, tendo em vista questões quer de direito privado, quer de direito público, inclusive tributárias ou não tributárias.

Por esse motivo, ressalta-se a teoria geral do processo, comum a todos os ramos do direito processual, que visa ao processo como instrumento para a realização do direito pela via jurisdicional, com a aplicação da lei quer penal, quer não penal.

[...] portanto, sendo o Código de Processo Civil o maior manancial de normas pertinentes aos processos de cognição, de execução e cautelar, é lógico que, ao se tratar de processo de execução fiscal, o qual se insere como subespécie da execução baseada em título extrajudicial, tem-se aquele com adinículo indispensável, necessário e expressamente determinado pelo art. 1º, *in fine*, da Lei nº 6.830/1980 (PACHECO, 2009, p. 31-32).

A Lei nº 11.382/2006, no antigo CPC, alterou importantes disposições do processo de execução do título extrajudicial, trazendo várias inovações para a seara da execução.

Tais inovações tiveram grande impacto no processo executivo fiscal, na medida em que o art. 1º da Lei de Execuções Fiscais consagra a subsidiariedade de aplicação do Código de Processo Civil às referidas inovações.

Todavia, para se entender de que forma tais alterações no rito executivo comum refletiram no rito da execução de créditos fazendários, deve-se anteriormente analisar de que forma as disposições do Código de Processo Civil interferem na aplicação da Lei nº 6.830/1980.

Dispõe o art. 1º da Lei de Execuções Fiscais (LEF):

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” (Brasil, 2013).

A lei em comento traz expressamente a aplicação do rito executório comum ao rito da execução fiscal. Desta feita, pode-se inferir que, naquilo que não contraria as disposições da LEF, é aplicado o Código de Processo Civil.

Para entender melhor o assunto, é importante que se atente ao fato de que a lei processual citada traçou um procedimento de execução próximo ao ordinário, na maior medida possível, com algumas alterações compatíveis com seus fundamentos. Aliás, na própria Exposição de Motivos à Lei nº 6.830, consta que o referido documento contém apenas “normas processuais de especialização procedimental da execução fazendária”, o que revela a nítida intenção de o legislador traçar um rito que fosse análogo ao rito de execução de título extrajudicial.

Assim, da mesma disposição legal citada acima, pode-se inferir que não é possível aplicar subsidiariamente outro rito, mas apenas o da execução comum no que não for incompatível com as disposições da lei especial.

Mas, mesmo que não houvesse tal disposição normativa no art. 1º, dever-se-ia aplicar o CPC ao rito da execução fiscal nos casos em que a lei executiva fiscal é omissa, por razões lógicas. Ora, o Código de Processo Civil é a fonte mais extensa e detalhada de normas processuais e essas, sendo gerais e principiológicas, podem ser aplicadas supletivamente a qualquer espécie de procedimento especial.

Renato de Oliveira Alves, em sua obra *Execução Fiscal: Comentários à Lei nº 6.830, de 22/9/1980*, traçou algumas regras norteadoras do procedimento de aplicação subsidiária do CPC ao rito executivo traçado pela Lei de Execuções Fiscais, *in literis*:

A execução fiscal da dívida ativa da União, Estados, Distrito Federal, Municípios e autarquias rege-se por lei própria. Contudo, adota-se, como fonte subsidiária, o CPC. A aplicação subsidiária do CPC aos executivos fiscais, contudo, há de se observar duas regras a existência de omissão na LEF e a compatibilidade das normas do direito processual civil com a execução fiscal.

Destarte, para a aplicação supletiva do Código de Processo Civil é necessário que se identifique, primeiro, a existência de omissão na LEF acerca de determinada matéria. Em um segundo momento, deve-se verificar se a norma existente no CPC a respeito daquela matéria é compatível com o procedimento traçado na LEF. Assim, “Havendo omissão e compatibilidade, aberto está o caminho para a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil às execuções fiscais” (ALVES, 2008).

2.1 As alterações operadas pela Lei nº 11.382/2006 no processo executivo por título extrajudicial do Antigo Código de Processo Civil que foram aproveitadas no Novo Código de Processo Civil

O instituto da averbação premonitória e sua aplicabilidade ao rito da execução fiscal à luz das garantias processuais do executado

Em 6 de dezembro de 2006, foi publicado no *Diário Oficial da União* o texto da Lei nº 11.382/2006 assinada pelo então presidente da República Luiz Inácio Lula da Silva. Tinha por principal escopo alterar as disposições da Lei nº 5.869/1973 no tocante às normas concernentes às execuções por títulos extrajudiciais. Tal lei, com amparo nos princípios da efetividade do processo e da economia processual, impactou profundamente e de forma benéfica o Direito Processual vigente, na medida em que o modernizou (mesmo que timidamente). A partir de agora serão tratados, em linhas gerais, quais foram essas alterações, seus fundamentos, sua importância e, mais adiante, serão analisadas quais dessas mudanças impactaram o Processo Executivo Fiscal e como.

2.2 Fundamentos da Lei nº 11.382/2006

Segundo o que se pode depreender da Exposição de Motivos à Lei nº 11.382, de 6/12/2006, o então Ministro da Justiça Márcio Thomaz Bastos, que sustentou o projeto desta lei, deixou bem claro que os princípios que nortearam as alterações no Código de Processo Civil foram os princípios **da economia processual** e da **efetividade do processo**, os quais serão analisados mais detalhadamente.

Pelo princípio da economia processual, pode-se afirmar que esse impõe à atividade jurisdicional o dever de obter o máximo possível de benefícios processuais, aplicando-se o mínimo de recursos existentes.

Cândido Rangel Dinamarco, Ada Pellegrini Grinover e Antônio Carlos de Araújo Cintra no livro *Teoria Geral do Processo* dão uma noção precisa do que é o princípio da economia processual.

Se o processo é um instrumento, não pode exigir um dispêndio exagerado com relação aos bens que estão em disputa. E mesmo quando não se trata de bens materiais deve haver uma necessária proporção entre fins e meios, para equilíbrio do binômio custo-benefício. É o que recomenda o denominado *princípio da economia*, o qual preconiza o máximo resultado na atuação do direito com o mínimo emprego possível de atividades processuais (CINTRA, 2007, p. 97).

Portanto, pode-se dizer que o processo econômico é aquele que tem o maior custo-benefício.

Pelo princípio da Efetividade do Processo, pode-se entender que é o princípio que impõe à atividade jurisdicional o dever de tornar o processo um efetivo instrumento a fim de se obter aquele bem da vida perquirido. Ora, quando um cidadão provoca o Judiciário, ele procura defender um direito seu (lesado ou na iminência de sê-lo). O processo deve servir como instrumento eficaz para que os cidadãos tenham suas demandas resolvidas e assim realizado o fim pacificador social da Justiça.

Corroborando este raciocínio Theodoro Júnior (2008):

É evidente que sem efetividade, no concernente ao resultado processual cotejado com o direito material ofendido, não se pode pensar em processo *justo*. E não sendo rápida a resposta do juízo para a pacificação do litígio, a tutela não se revela *efetiva*. Ainda que afinal se reconheça e proteja o direito violado, o longo tempo em que o titular, no aguardo do provimento judicial, permaneceu privado de seu bem jurídico, sem razão plausível, somente pode ser visto como uma grande injustiça. Daí porque, sem necessidade de maiores explicações, se compreende que o Estado não pode deixar de combater a morosidade judicial e que, realmente, é um dever primário e fundamental assegurar a todos quantos dependam da tutela da Justiça uma duração razoável para o processo e um empenho efetivo para garantir a celeridade da respectiva tramitação. (JUNIOR, 2008, p. 37)

Portanto, pode-se dizer que o princípio da efetividade está intimamente ligado à razoável duração do processo, critério este insculpido no art. 5º, LXXVIII da Constituição da República Federativa do Brasil. Tal critério se faz mais importante ainda no processo de execução, na medida em que o objetivo deste é satisfazer materialmente as partes no processo.

2.3 A averbação premonitória

A Lei nº 11.382, de 2006 que alterou os dispositivos relativos ao procedimento de execução por título extrajudicial, incluiu o art. 615-A no CPC/1973, transformado no artigo 828 do CPC/2015. Faculta ao exequente, munido da certidão de ajuizamento da execução, averbar nos registros de bens (CRIs, Detrans) a existência daquela, com vistas a facilitar a configuração da fraude à execução.

Antes de adentrar-se no estudo do novel dispositivo legal, faz-se mister que se diga algumas palavras sobre o instituto da fraude à execução.

O instituto da averbação premonitória e sua aplicabilidade ao rito da execução fiscal à luz das garantias processuais do executado

2.4 Breves apontamentos sobre a fraude à execução

Nos termos do Digesto Processual Civil, ocorre a fraude à execução quando:

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.

Deve-se delimitar o objeto do estudo ao caso de fraude de execução que se dá durante um processo de execução, qual seja a hipótese do art. 792, III. Da análise desse dispositivo, podem ser retiradas algumas características básicas do instituto.

A primeira delas é a alienação ou oneração de bens. Importa dizer que essa alienação ou oneração deve recair sobre bens de um devedor, de uma pessoa contra quem exista um débito. Exige-se que essa alienação torne o devedor insolvente ou mesmo que torne seus bens insuficientes para o pagamento da dívida. Por fim, essa alienação/oneração deve se dar durante um processo executivo, seja ele por título extrajudicial ou judicial.

Theodoro Junior (2010) lembrou no Curso de Direito Processual Civil, Volume II que:

Cumpre não confundir a fraude contra credores com a fraude de execução. Na primeira, são atingidos apenas interesses privados dos credores (arts. 158 e 159 do novo Código Civil). Na última, o ato de devedor executado viola a própria atividade jurisdicional do Estado (THEODORO JUNIOR, 2010, p. 189).

A fraude contra credores é um instituto próximo à fraude à execução, todavia não se deve confundi-los. A fraude contra credores é um instituto do direito material civil, enquanto a fraude à execução é um instituto de direito processual.

Esclarece o autor citado que: “a fraude contra credores pressupõe sempre um devedor em estado de insolvência e ocorre antes que os credores tenham ingressado em juízo para cobrar seus créditos [...]” (THEODORO JUNIOR, 2010, p. 187).

Frise-se o caráter atentatório à Justiça da fraude de execução, pois o devedor visa, com a dilapidação de seus bens, a não apenas lesar o credor, mas também embaraçar o processo executivo, o que configura de plano ato atentatório contra a dignidade da Justiça e deve ser repellido energicamente.

Neste caso, não é necessária nova ação para que se desfça o ato de devedor e se tome novamente os bens do devedor. Isso se dá no curso do próprio processo, pela simples declaração jurisdicional de ineficácia do ato fraudatório perante o exequente.

2.4.1 A Análise do caput do art. 828 do CPC

Deve-se registrar que, antes da reforma do CPC operada pela Lei nº 11382/2006, exigia-se apenas a averbação da penhora realizada durante o processo para que aquele bem específico não fosse alienado, conforme depreende-se da leitura do enunciado 375 do STJ, que, apesar de ser editado em 2009, apenas consolidou entendimento pacificado do Tribunal há muito tempo.

O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

No novo regramento do código abre-se a possibilidade de se averbar a própria execução em quaisquer registros em que se possam estar contidos os bens do devedor. Dessa forma, não é mais somente a penhora que é registrável, mas também o próprio ajuizamento da execução.

Essa certidão de que fala a lei deve ser obtida pelo exequente no próprio ato da distribuição do feito e tem por mister facilitar a configuração da fraude à execução e resguardar os interesses do credor. Cabe ao autor da execução escolher onde a execução será averbada, podendo recair sobre imóveis, veículos, ações, cotas sociais, aeronaves e quaisquer outros bens sujeitos ao registro. Tal medida tem importante viés acautelatório dos interesses do credor e da própria execução, como será visto a seguir.

2.4.2 A Análise do §1º do art. 828 do CPC

Da leitura desse parágrafo do artigo 828 do Código de Processo Civil, pode-se concluir que o legislador deu a faculdade de o exequente averbar nos registros de bens do devedor a existência da execução, mas também impôs ônus a esse, prescrevendo que o credor deve

O instituto da averbação premonitória e sua aplicabilidade ao rito da execução fiscal à luz das garantias processuais do executado

comunicar ao juízo da execução as averbações que realizou no prazo máximo de 10 dias após a sua efetivação.

Ainda sobre esse dispositivo, importa dizer que a lei não trouxe sanção alguma para o seu descumprimento, bem como nenhuma consequência, de forma que se pode considerar o prazo como impróprio. Nessa redação, nem o próprio adquirente que comprou um bem que constasse essa averbação em seu registro poderia alegar em sua defesa que o exequente não comunicou ao juízo a existência de tal averbação.

2.4.3 A análise do §2º do art. 828 do CPC

O art. 828, §2º revela uma importante característica da averbação premonitória, qual seja sua provisoriedade. Essa averbação não foi feita para durar *ad eternum*, nem é lógico que seja assim. O patrimônio do devedor não pode ficar para sempre onerado com esse tipo de cláusula, sob pena de lhe trazer graves prejuízos.

Essa cláusula retrotranscrita é importante também em face do princípio da economicidade, o qual determina que a execução tem seu limite na necessidade da expropriação.

Nas palavras de Fux (2008):

Considerando o princípio da economicidade, no sentido de que a execução deve ser levada a efeito nos limites da necessidade da expropriação, a novidade não só circunscreve a responsabilidade patrimonial pela penhora como também determina que se levantem as averbações necessárias. (FUX, 2008, p. 186)

Portanto, entende-se que o dispositivo em análise é importante garantia do devedor contra arbitrariedades do credor.

2.4.4 A Análise do §4º do caput do art. 828 do CPC

O art. 828 §4º traz uma presunção legal *juris tantum*, na medida em que determina que a alienação ou oneração de bens efetuada após a averbação é presumida como fraude à execução.

Importa dizer que os bens sobre os quais recai averbação ficam inalienáveis enquanto durar a execução ou até quando forem efetuadas penhoras sobre bens suficientes para se cobrir o montante da execução.

Anteriormente, tratou-se da fraude de execução e, na oportunidade, analisou-se que um dos requisitos para sua configuração é a alienação ou oneração de bens do devedor, de modo a frustrar a execução.

Nesta oportunidade, revela-se a norma analisada como uma garantia ao credor para a satisfação da dívida, além de ter uma função processual, qual seja a de facilitar a configuração da fraude de execução, evitando-se com isso uma dilação probatória bastante onerosa e morosa.

Na linha de Theodoro Junior (2007) pode-se definir a averbação premonitória como um mecanismo de ineficácia relativa, pois a alienação ou oneração de um bem sobre o qual existe tal averbação não torna inválido o negócio jurídico entre as partes, mas não poderá ser oposta à execução caso esse bem seja necessário para cobrir a dívida exequenda.

Em seu pressuposto axiológico, o §4º do art. 828 traz uma presunção de má-fé do adquirente pois este ao realizar o negócio jurídico, já sabia que tal bem estava gravado e, portanto, não pode alegar sua boa-fé a fim de evitar que o bem seja penhorado para satisfazer a dívida do credor.

Por suposto que se o credor mesmo alienando um bem gravado, tiver patrimônio para garantir o débito, não há o que se falar de fraude à execução, pois esta pressupõe o estado de insolvência do devedor após a execução e alienação/oneração.

O eminente Theodoro Junior sintetizou a essência do novel instituto:

Em outros termos, a averbação torna a força da execução ajuizada oponível *erga omnes*, no tocante aos bens objeto da medida registral, de sorte que sendo alienados permanecerão, mesmo no patrimônio do adquirente, sujeitos a penhora, sem que se possa cogitar de boa-fé do terceiro para impedi-la (THEODORO JUNIOR, 2007, p. 34).

Contudo, vale lembrar que o terceiro adquirente prejudicado sempre terá ação de regresso contra o alienante devedor, e pode reclamar reparação em seu patrimônio pela evicção.

2.4.5 A Análise do §5º do caput do art. 828 do CPC

A redação do dispositivo legal é bastante clara. A referida norma busca repelir abusos no uso do instrumento processual da averbação premonitória, abusos esse que são causa de prejuízos injustos ao devedor. Ademais, busca-se também punir a irresponsabilidade do credor.

O instituto da averbação premonitória e sua aplicabilidade ao rito da execução fiscal à luz das garantias processuais do executado

Frise-se também que o exequente que promover a averbação indevida ficará sujeito a mesma pena de ressarcimento prevista para a litigância de má-fé, não excedente a 20% do valor da causa. Além disso, tal pena deverá ser aplicada mediante procedimento instruído em autos separados.

2.5 O cabimento da averbação premonitória no rito da execução fiscal

Por força da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao rito executivo fiscal, deve-se analisar a aplicabilidade do novel dispositivo à execução fiscal.

Inicialmente, deve-se analisar o que dispõe o art. 185 do Código Tributário Nacional (CTN). Pela leitura da norma inserta no Diploma Tributário Nacional, pode-se perceber que o legislador garantiu privilégio ao crédito tributário e criou a presunção absoluta de fraude à execução quando houver oneração ou alienação de bens do devedor após a inscrição contra ele de débito em Dívida Ativa.

Contudo, a redação anterior do Código Tributário Nacional dispunha que:

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.

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 em fase de execução. (CTN ou Lei nº 5.172 ?, 1966, p.7)

Com base na redação antiga do referido Código, o Superior Tribunal de Justiça vinha entendendo pela parcial aplicabilidade deste dispositivo, ao dizer que só restaria provada a fraude à execução por alienação ou oneração de bens do devedor realizada após a citação do executado em execução fiscal. Pode-se ver tal entendimento no REsp 811898 da 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça (2006).

Mesmo após a mudança de redação do art. 185 do Código Tributário Nacional (CTN), o Colendo Tribunal continuava com sua posição. Dessa forma, admitida também a utilização da averbação premonitória no processo de execução fiscal. É o que se vê no julgado do STJ (2009) REsp 934530. Nesse entendimento também incorre a 2ª Turma do STJ (2011), conforme o REsp 1172419 / PR.

No entendimento pessoal, essa não parece ser a melhor exegese, na medida em que o art. 185 do CTN é lei especial que trata dos créditos tributários e de privilégios do crédito tributário. Usando a máxima de que lei especial derroga lei geral, pode-se dizer que na execução fiscal deve-se aplicar o regramento tributário, não o regramento processual civil.

Assim, pode-se concluir pela inaplicabilidade do art. 828 do Código de Processo Civil aos processos de execução fiscal por absoluta desnecessidade, vez que o Código Tributário traz a presunção de fraude à execução desde a inscrição do débito em dívida ativa, não se necessita de averbação de ajuizamento da execução nos registros onde constam bens do devedor. Entendimento contrário feriria de morte o princípio do devido processo legal, na medida que armaria o exequente (Fazenda Pública) de poderes draconianos face ao executado e seu patrimônio.

Além do acima exposto é razoável que não se tenha de averbar premonitoriamente as execuções fiscais nos registros de bens dos devedores, visto que a imensa quantidade de ações executivas fiscais que tem os procuradores das fazendas (nacional, estadual e municipal). Tal exigência traria incontáveis embaraços e atrasaria sobremaneira a cobrança do crédito tributário que, como se sabe, é de interesse público que esse seja cobrador com celeridade e eficácia.

2.6 A averbação pré-executória da Lei Federal nº 13606

A Lei 13.606, publicada em 09 de janeiro de 2018, instituiu, no âmbito da Secretaria da Receita Federal do Brasil e da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, o chamado Programa de Regularização Fundiária Rural. Ademais, também fez por inserir (através de seu artigo 25) na Lei Federal nº 10522 de 19 de julho de 2002 os artigos 20-B, 20-C, 20-D e 20-E.

Tais dispositivos de lei tem por fim de inserir à disposição da União em suas cobranças fiscais, através de inscrição em certidão de dívida ativa, uma espécie de averbação premonitória ou pré-executória.

Tal averbação, segundo o texto do artigo 20-B, §3º, II, consiste na possibilidade de a Fazenda Pública Federal averbar, inclusive por meio eletrônico, a certidão da dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos.

Não se trata de instituto idêntico, uma vez que, caso assim fosse, a previsão legal seria tão desnecessária quanto inoportuna. Mas aproxima-se bastante da averbação premonitória, eis que se trata de averbação em órgãos de registro (como o Cartório de Registro de Imóveis) que tem por fim assegurar o êxito de eventual ação executória.

O instituto da averbação premonitória e sua aplicabilidade ao rito da execução fiscal à luz das garantias processuais do executado

Todavia, há duas diferenças substanciais em relação ao instituto do artigo 828 do Código de Processo Civil: enquanto a disposição do *Codex* processualístico permite a averbação e consequente presunção de fraude à execução na alienação após tal ato apenas após a admissão da execução pelo juiz, o novel dispositivo em comento permite a averbação da Certidão de Dívida Ativa, documento produzido unilateralmente pela Fazenda Pública. Ademais, a consequência jurídica da averbação prevista no artigo 828 do CPC é a presunção de fraude à execução. Por sua vez, o artigo 20-B, §3º, II determina que, após tal averbação pré-executória, o bem sujeito a arresto ou penhora torna-se indisponível.

É justamente por esses dois pontos (e outros pontos concernentes a vícios de forma que não objeto de comentário) que foram impetradas várias Ações Diretas de Inconstitucionalidade em face desse dispositivo de lei supracitado (como as ADIs 5886, 5890, 5925 E 5931). Destas ações de controle concentrado, a que está mais próxima de uma decisão definitiva é a ADI 5932, proposta pela Confederação Nacional do Transporte – CNT.

A Confederação Nacional do Transporte, na referida ação, fundamenta o pedido na alegada inconstitucionalidade da referida averbação premonitória em razão de um dos pontos de diferença em relação à averbação premonitória prevista no Código de Processo Civil: a possibilidade de, a partir da averbação pré-executória, haver a indisponibilidade de bens do cidadão. Alega a CNT que há no dispositivo de lei cuja declaração de inconstitucionalidade pretende-se uma grave afronta ao Princípio da Separação dos Poderes, princípio esse decorrente do artigo 2º da Carta Magna, pois não é dado, por tal princípio, a nenhum dos Poderes avançar sobre o patrimônio individual sem a devida mediação do Poder Judiciário.

Ademais, sustenta a proponente que o fato de a Fazenda Pública Federal ter o poder de, por um ato unilateral (inscrição de débito em dívida ativa e consequente averbação da certidão de dívida ativa em órgãos de registros de bens e direitos), tornar indisponível um bem de qualquer pessoa viola o direito ao devido processo legal (artigo 5º, LIV da Constituição da República).

3. Conclusões

Nesta ocasião, pode-se concluir pela grande importância e relevância da Lei nº 11.382, publicada no Diário Oficial da União, em 6 de dezembro de 2006, no processo executivo fiscal.

Durante o presente projeto, analisou-se, inicialmente, a história da ação executiva fiscal no nosso país, das leis portuguesas de 1761, até a Lei nº 8.630, de 1980.

Em seguida, foram analisados diversos conceitos de execução fiscal, com base em vários autores, chegando à conclusão de ser a execução fiscal uma execução singular por quantia certa, com base em título executivo extrajudicial, constituído pela Certidão de Dívida Ativa (CDA) regularmente inscrita, de caráter expropriatório, que se realiza no interesse da Fazenda Pública, como tal compreendida a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e as respectivas Autarquias.

Em outra seção, foi analisada a natureza jurídica do processo executivo fiscal e chegou-se à conclusão de que se trata de uma ação executiva por título extrajudicial, além dos princípios próprios da ação de execução fiscal, que vem a ser o princípio da supremacia dos créditos públicos, bem como do princípio geral da supremacia do interesse público.

Posteriormente, foram citadas, de maneira propedêutica, as alterações que genericamente foram operadas no Código de Processo Civil Brasileiro de 1973 pela Lei nº 11.382/2006, além de tratar sobre aquilo que foi aproveitado no Novo Código de Processo Civil.

A seção seguinte foi destinada ao estudo de inovação importante trazida à seara do processo executivo por título extrajudicial ordinário, qual seja, a averbação premonitória. Viu-se que se trata, em resumo, da faculdade de o exequente averbar, nos registros de bens do devedor, a existência de procedimento executório para a caracterização automática da fraude à execução.

Nesta oportunidade, foi feito um estudo minucioso de todos os dispositivos do art. 828 do CPC. Concluiu-se, entretanto, pelo não cabimento do presente dispositivo na execução fiscal, inicialmente pela aplicação do art. 185 do Código Tributário Nacional que dispensa a averbação premonitória para a configuração da fraude contra credores na execução de créditos fazendários, exigindo apenas o ajuizamento de ação de cobrança.

Todavia, ainda que a conclusão acima seja pela não vulneração da aplicação do artigo 185 do Código Tributário Nacional aos direitos fundamentais do devedor, há também que se concluir que a referida presunção relativa que o referido dispositivo de lei traz, conforme a boa técnica hermenêutica, deve ser interpretada estritamente pois traz em seu bojo limitação a direitos fundamentais (mormente os direitos à propriedade e ao contraditório).

Tal conclusão leva em conta a possibilidade de que, por interpretação extensiva, os tribunais possam incorrer nas mesmas gravíssimas inconstitucionalidades do artigo 20-B, §3º, II

O instituto da averbação premonitória e sua aplicabilidade ao rito da execução fiscal à luz das garantias processuais do executado

da LEI nº 13606 (já tratadas acima), vulnerando assim direitos e garantias fundamentais do devedor como a garantia do devido processo legal.

Referências

ALVES, R. O. *Execução Fiscal: Comentários à lei nº 6.830, de 22/9/1980*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

AMARO, L. *Direito Tributário Brasileiro*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ÁVILA, R. B.; PAULSEN, L.; SLIWKA, I. S. *Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência*, 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BALEEIRO, A. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 10. ed. 1996.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. *Parecer PGFN/CRJ/Nº 1732/2007: Execução Fiscal. Alterações na execução fiscal ocorridas em virtude das recentes reformas processuais*. Brasília: PGFN, 2007.

BRASIL. *Planalto*. Brasília: Planalto, 2011. Disponível em: <<http://www2.planalto.gov.br/>>. Acesso em: 17 de nov. 2013.

BUENO, C. S. *A Nova Etapa da Reforma do Código de Processo Civil: Comentários Sistemáticos à Lei 11.382, de 6 de dezembro de 2006*. São Paulo: Saraiva, 2007. 3 v.

CAMPOS, R. C. *Ação de Execução Fiscal*. Rio de Janeiro: Aide E., 1989.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 21. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CINTRA, A. C. A.; GRINOVER, A. P.; DINAMARCO, C. R. *Teoria Geral do Processo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros: 2007.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL (CJF). *Resolução nº 524, de 28 de setembro de 2006*. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/download/res524.pdf>>. Acesso em: 15 ago. 2011.

CUNHA, L. J. C. *A Fazenda Pública em Juízo*. 8. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

DINAMARCO, C. R. *Execução Civil*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

FUX, L. *A Reforma do Processo Civil*. 2. ed. Niterói: Impetus, 2008.

FUX, L. *O novo processo de execução: o cumprimento da sentença e a execução extrajudicial*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

HORCAIO, I. *Dicionário Jurídico Referenciado*. 2. ed. São Paulo: Primeira Impressão, 2007.

LOUREIRO, R. *Processo Executivo Fiscal*. São Paulo: Saraiva, 1953.

MACHADO, H. de B. *Curso de Direito Tributário*. 22. ed. Malheiros: São Paulo, 2003.

PACHECO, J. S. *Comentários à Lei de Execução Fiscal: Lei nº 6830, de 22-9-1980*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SILVA, J. A. *Execução Fiscal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). Brasília: STJ, 2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/portal_stj/publicacao/engine.wsp>. Acesso em: 13 de nov. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *REsp 811898/CE*: Rel. Min. Eliana Calmon, 2ª Turma, julgado em 5/10/2006, DJ 18/10/2006, p. 233. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%28%22ELIANA+CALMON%22%29.min.%29+E+%28%22Segunda+Turma%22%29.org.&processo=811898&b=ACOR>. Acesso em: 13 de nov. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *REsp 934530/RJ*: Rel. Min. Luiz Fux, 1ª Turma, julgado em 18/6/2009, DJe 6/8/2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%28%22LUIZ+FUX%22%29.min.%29+E+%28%22Primeira+Turma%22%29.org.&processo=934530&b=ACOR>. Acesso em: 13 de nov. 2013.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *REsp 1172419/PR*: Rel. Min. Castro Meira, 2ª Turma, julgado em 14/12/2010, DJe 10/2/2011. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=%28%28%22CASTRO+MEIRA%22%29.min.%29+E+%28%22Segunda+Turma%22%29.org.&processo=1172419&b=ACOR>. Acesso em: 13 de nov. 2013.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (STF). Brasília: STF, 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5437860>>. Acesso em 27 de julho de 2020.

THEODORO JÚNIOR, H. *A Reforma da Execução do Título Extrajudicial: Lei nº 11.382, de 6 de dezembro de 2006*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil: Processo de Execução e Cumprimento da Sentença Processo Cautelar e Tutela de Urgência*. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. II v.

THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

THEODORO JÚNIOR, H. *Lei de Execução Fiscal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.