

Da inadequação do artigo 185 do Código Tributário Nacional aos postulados constitucionais



José Antônio Lomonaco

Doutor em Ciências Jurídicas e Sociais pela UMSA, Buenos Aires. Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Franca. Professor. Analista Judiciário. Subseção de Barretos, SP.

RESUMO: O presente artigo pretende estimular o debate sobre a presunção absoluta de fraude em caso de alienações de bens por sujeito passivo de crédito tributário inscrito em dívida ativa, bem como a inadequação da norma do artigo 185 do Código Tributário Nacional que afronta o artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição.

PALAVRAS-CHAVE: Tributário. Fraude. Alienação. Constituição. Violação.

ABSTRACT: This article aims to stimulate the debate regarding the absolute presumption of fraud allegedly perpetrated by taxpayers related to a annotated tax debt, and the inadequacy of the rule of article 185 of the National Tax Code, which collides with article 5º, subsection XXXV, of the Constitution.

KEYWORDS: Tax. Fraud. Sale. Constitution. Violation.

SUMÁRIO: 1 Introdução. 2 A edição da norma do artigo 185 do Código Tributário Nacional no ordenamento jurídico nacional. 2.1 A constituição sigilosa do crédito tributário em relação a terceiros. 3 Imperativo de interpretação restritiva. 4 Interpretação jurisprudencial que “acrescenta” elemento conceitual inexistente na norma. 5 Inadequação da norma frente aos direitos e garantias individuais. 6 Movimentação dos legitimados em provocar o STF para apreciar o tema. 7 Conclusão. Referências.

1 Introdução

As questões tributárias sempre foram objeto de inúmeros estudos, e diversas manifestações doutrinárias, ora reforçando o caráter de seu imenso interesse público, ora entabulando versões interpretativas versadas para o interesse particular, em especial no que se refere à proteção de direitos e garantias individuais.

Nesta seara, há variadas tendências hermenêuticas que levam em conta a natureza restritiva da norma, e, por isto, enveredam pela interpretação restritiva, bem como, em sentido oposto, inúmeras outras que se deixam levar pela orientação *pro societatis*, e versejam por interpretação não tão restritiva assim.

O que se pretende fazer, aqui, é colocar à luz do debate a orientação constitucional garantista, em especial no que se refere à negação de um dos principais postulados do texto maior, qual seja, o de que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, tal como insculpido na norma do artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Cidadã.

E assim o é porque pouco ou quase nada se debate sobre o assunto, sendo raras as oportunas manifestações quanto ao tema. Ao contrário, o que há, em profusão, é a miríade de decisões que enveredam pela presunção absoluta da fraude, e afastam a análise jurisdicional do tema, dando ensejo às mais variadas e cruéis decisões.

Daí a importância deste *paper*.

2 A edição da norma do artigo 185 do Código Tributário Nacional no ordenamento jurídico nacional

Sempre houve na comunidade brasileira a ideia de que, a fim de proteger patrimônio, o ideal seria “tirar do nome” imóvel, ou outros bens, a fim de que não fossem alcançados

pelas constrições judiciais, mormente as inseridas no universo das Execuções Fiscais.

Em razão disso, o texto originário do artigo 185 do Código Tributário Nacional previa 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.

Esse texto foi modificado pela Lei Complementar nº 118/2005, que suprimiu a expressão “em fase de execução”. Assim, resultou na seguinte redação:

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.

A supressão da expressão “em fase de execução” passou a considerar fraudulenta toda alienação promovida por pessoa em débito com a Fazenda desde que esteja inscrito em dívida ativa.

E a alteração se deu em face da necessidade de se impor à Fazenda o ajuizamento de ação pauliana para revogar alienação supostamente com fraude a credores, o que demandaria custos e tempo.

Entretanto, a forma escolhida, a nosso ver, não foi a mais adequada, diante do quanto a seguir se expõe.

Vale dizer, a atividade legislativa apurou o normativo para o fim de preservar a atividade jurisdicional tributária *pro Fisco*, em detrimento das garantias e direitos individuais, ao lançar sobre os atos dos particulares, relativamente a seu patrimônio, a incerteza da fraude, o epíteto da desonestidade e a mácula dos atos dos ímpios.



Fonte: www.amazonasatual.com.br

A elaboração de tal norma deriva do momento peculiar por que passava a sociedade brasileira, submetido o Fisco as mais variadas elaborações e construções jurídicas com vistas a eliminar o risco de perda de patrimônio por conta de dívidas tributárias. O *zeitgeist* de então era o de impedir, eliminar ou diminuir o risco de calote tributário.

O normativo merece reparos na medida em que parte da equivocada premissa da fraude dos atos translativos da propriedade quando celebrados após a inscrição dos créditos tributários no sistema de dívida ativa, de forma absoluta, sem permissivo de produção de prova em contrário, suprimindo, por norma infraconstitucional, os direitos civis assegurados pela Carta Magna.

E aí reside o perigo.

2.1 A constituição sigilosa do crédito tributário em relação a terceiros

Como sabido, a inscrição em dívida ativa pressupõe a existência de um Procedimento Administrativo Fiscal (PAF), em relação ao qual tem acesso somente o interessado devedor e a Fazenda, não sendo possível a terceiro obter informação sobre tal procedimento, sob o fundamento da proteção ao sigilo fiscal.

Assim é que, ao consultar os serviços informativos dos Tribunais, os Federais inclusive, o terceiro interessado recebe a in-

formação, pela certidão de distribuição, que não há ações fiscais contra o alienante, muito embora exista, ou possa existir, contra ele, PAF constitutivo de crédito tributário.

Da mesma forma ocorre em relação aos Tribunais Estaduais, com a emissão ou expedição de certidões negativas, em especial as obtidas por meio eletrônico, nas hipóteses em que sejam “negativas”, ou, pior, quando indicado que as “informações fiscais impedem a emissão da certidão”, sem especificação da existência ou não de restrições.

Ao ensejo da consulta junto às Procuradorias, o terceiro não tem qualquer acesso. Solicitada a certidão negativa, não há informação sobre a existência, ou não, de procedimento de constituição de crédito tributário. Há, entretanto, a informação, seca e lacônica, de que a certidão não pode ser emitida pelo *site*, devendo o interessado comparecer a uma das unidades da Fazenda.

Ainda que lá compareça, a ele é informado que não são fornecidas informações sobre regularidade fiscal do objeto da pesquisa, protegidas pelo sigilo fiscal.

Neste ponto, embora possua certidões negativas de distribuição de feitos fiscais, o terceiro interessado ainda assim fica à mercê do sigilo fiscal do alienante, tornando impossível a pesquisa necessária ao negócio.

3 Imperativo de interpretação restritiva

A norma de restrição tal como estampada ao longo do artigo 185 do Código Tributário Nacional exige, como posta, interpretação restritiva segundo o que ensina a mais abalizada doutrina hermenêutica, pois, em se tratando de norma restritiva de direitos, a interpretação deve ser também restritiva.

Ao considerar fraudulenta a alienação de bens por sujeito passivo de obrigação tributária inserida em dívida ativa, a norma expande os horizontes de sua subsunção,

lançando todas as alienações na vala comum da fraude.

Neste sentido, culminou a jurisprudência em afastar a incidência dos termos da Súmula nº 375 do STJ, com raríssimas posições contrárias. O texto da referida Súmula aponta na direção de que:

Súmula nº 375. O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.

No entanto, há vozes divergentes, tal como a que exsurge dos termos do voto de Napoleão Nunes Maia Filho, pela impossibilidade de se atribuir a presunção absoluta:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FRAUDE À EXECUÇÃO. DESPICIENDA A DISCUSSÃO ACERCA DA BOA-FÉ DO TERCEIRO ADQUIRENTE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 375/STJ. RESP 1.141.990/PR, REL. MIN. LUIZ FUX, DJE 19.11.2010, JULGADO PELO RITO DO ART. 543-C DO CPC/1973. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. AGRAVO INTERNO DOS PARTICULARES A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Ao julgar o REsp. 1.141.990/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 19.11.2010, representativo da controvérsia, esta Corte assentou o entendimento de que não se aplica à Execução Fiscal o Enunciado 375 da Súmula de sua jurisprudência, segundo o qual o reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente. Sendo assim, há presunção absoluta da fraude à execução quando a alienação é efetivada após a inscrição do débito tributário em Dívida Ativa, ou, em sendo a alienação feita em data anterior à entrada em vigor da LC 118/2005, presume-se fraudulenta quando feita após a citação

do devedor, sendo desnecessária, portanto, a discussão acerca da má-fé ou não do adquirente.

2. *Faço a ressalva do meu entendimento pessoal, para afirmar a impossibilidade de presunção absoluta em favor da Fazenda Pública. Isso porque nem mesmo o direito à vida tem caráter absoluto, que dirá questões envolvendo pecúnia.* No entanto, acompanho a jurisprudência, porquanto já está consolidada em sentido contrário.

3. Agravo Interno dos Particulares a que se nega provimento.

(STJ, Primeira Turma, AIEDARESP - Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Agravo em Recurso Especial 1370989/SP, 2018.02.55710-1, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJE 27/09/2019.)

E assim o é, inclusive, por orientação dos Tribunais Superiores, que consideram a presunção absoluta, *jure et de jure*, impossível de desconstituição por prova contrária.

Ao tornar absoluta a presunção, a norma e a jurisprudência impedem que o Poder Judiciário se debruce sobre o tema, avaliando as circunstâncias de alienação, transferindo ao particular o ônus de provar que *agiu de boa-fé*.

Como cediço, a presunção absoluta dos negócios jurídicos é, sem sombra de dúvidas, a *boa-fé*, constituindo-se a *má-fé* em exceção a ser verificada, e provada nos autos.

Nestes termos é a iterativa jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ALIENAÇÃO DE BEM IMÓVEL. ADQUIRENTE DE BOA-FÉ. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. FRAUDE À EXECUÇÃO. PRESUNÇÃO ABSOLUTA. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 375/STJ. IMPENHORABILIDADE DE BEM

DE FAMÍLIA. NULIDADE DO NEGÓCIO JURÍDICO ANTERIOR. VÍCIO DE FORMA DA INSCRIÇÃO NA DÍVIDA ATIVA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. O tema afeto ao alegado vício de forma da inscrição do débito na dívida ativa, que os agravantes entendem não poder caracterizar a nulidade do negócio, não foi objeto de debate pelo Tribunal *a quo*, carecendo do indispensável prequestionamento e atraindo o óbice das Súmulas 282 e 356 do STF.

2. Para hipótese ocorrida antes da vigência da Lei Complementar n. 118, de 9/6/2005, considerava-se absoluta a presunção de fraude à execução quando a alienação do bem se dava em momento posterior à mera citação da alienante nos autos de execução fiscal contra ela movida.

3. Com o advento da Lei Complementar n. 118/2005, que conferiu nova redação ao art. 185 do Código Tributário Nacional, convencionou-se que a mera alienação de bens pelo sujeito passivo com débitos inscritos na dívida ativa, sem a reserva de meios para a satisfação dos referidos débitos, pressupõe a existência de fraude à execução ante a primazia do interesse público na arrecadação dos recursos para o uso da coletividade.

4. *Registre-se, por oportuno, que a Primeira Seção deste Superior Tribunal, no julgamento do Recurso Especial n. 1.141.990/PR, de relatoria do Ministro Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008, consolidou entendimento segundo o qual não se aplica à execução fiscal a Súmula 375/STJ: “O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente.”*

5. Quanto à impenhorabilidade do bem de família, a jurisprudência do STJ é firme no sentido de que, mesmo quando o devedor aliena o imóvel que lhe sirva de residência, deve ser mantida a cláusula de impenhorabilidade, visto que

imune aos efeitos da execução e, caso reconhecida a invalidade do negócio, o imóvel voltaria à esfera patrimonial do devedor ainda como bem de família. Todavia, essa não é a hipótese dos autos, pois o imóvel somente passou a ostentar a qualidade de bem de família porque os últimos adquirentes, que são os ora agravantes, deram-lhe destinação de moradia, não sendo oponível para validar negócios jurídicos anteriores.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

(STJ, Segunda Turma, AIEDRESP - Agravo Interno nos Embargos de Declaração no Recurso Especial 1420488/SC, 2013.03.88395-3, Relator Ministro OG Fernandes, DJE 27/03/2019.)

Ao impedir que se possa produzir prova para a prova da boa-fé, prova diabólica por excelência, a norma viola frontalmente as disposições contidas na norma do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal.

A respeito do tema debate a respeitável doutrina, tal como a da lavra de Hugo de Brito Machado e Ricardo Alexandre, adiante:

O primeiro ensina que:

Basta, portanto, que o sujeito passivo da obrigação tributária esteja em débito para com a Fazenda Pública, para que se presuma que a alienação ou oneração de bens ou rendas por ele praticada ocorre com o propósito de frustrar a execução que a Fazenda poderá contra ele promover.¹

E o segundo:

Apesar de a exigência de comunicação formal da inscrição não constar expressamente no artigo, ela decorre do bom senso, não sendo razoável presumir que obrou em fraude sujeito passivo que não

1 MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2005, v. 3, p. 672.

sabia que seu débito estava inscrito em dívida ativa.

O raciocínio aqui defendido está em consonância com a maneira como o STJ sempre enxergou o dispositivo, somente reconhecendo a presunção de fraude quando o devedor tinha ciência oficial do ato ou fato definido em lei como marco inicial da possibilidade da aplicação da presunção. Se no passado era necessário a ciência oficial do processo de execução (citação), *hoje de ver ser considerada indispensável a comunicação formal da inscrição em dívida ativa. Comprovada a ciência, a presunção será de natureza absoluta, não se aceitando qualquer prova em sentido contrário*².

4 Interpretação jurisprudencial que “acrescenta” elemento conceitual inexistente na norma

É salutar, ainda, que a norma em comentário, tal como inserida no universo do Código Tributário Nacional, em momento algum indica ser a tal presunção “relativa” ou “absoluta”, de sorte que a “presunção absoluta de fraude” é, a nosso ver, inconcebível criação jurisprudencial a partir de estatuto normativo inexistente.

Ao estabelecer que a fraude é presumida, a norma não indicou fosse esta presunção “absoluta” ou “relativa”, de sorte que as decisões que rejeitam os pedidos de produção de prova sob este fundamento praticamente criam o obstáculo “do nada”, construção mental inadequada se levados em conta os conceitos nucleares da norma.

Importante salientar que a norma referida nasceu de Proposta de Lei Complementar nº 72/2003, de autoria de Antônio Carlos Magalhães Neto, em 23/07/2003, e que, em sua versão original, propunha a alteração do

artigo 185, e dentre as justificativas, era o pedido inicial omissivo quanto ao intento de se modificar a norma.

Da proposta original extrai-se a seguinte passagem:

Subjacente à questão da proteção dos credores, está a ordenação das preferências no tocante à partilha do patrimônio da empresa falida ou em processo de recuperação. Nesse sentido papel fundamental jogam os créditos públicos, mais especificamente, os créditos tributários. A participação do setor público, com prioridade na partilha dos bens da massa, encontra justificativa na defesa do bem-estar social, financiado, em regra, por recursos públicos.

Não obstante, outros efeitos desta participação prioritária acabam geralmente alijados do debate. A posição preferencial dos créditos públicos geram (i) menor probabilidade de recuperação do capital dos credores privados (aumento do risco e do custo do capital), (ii) aumento da probabilidade de falências em cascata dos credores e, conseqüentemente, (iii) perda de bem-estar social. De outra parte, a experiência demonstra que os custos do Poder Público com a cobrança judicial de créditos públicos de massas falidas relativamente à condenação de honorários e verbas de sucumbência em sede de embargos do devedor são significativos, e, não raro, superam as quantias efetivamente recuperadas na falência.

De tudo, conclui-se que a preferência legal ao crédito tributário, hoje em vigor, prejudica a formação de um ambiente econômico que propicie o desenvolvimento. Assim, vê-se a necessidade de modificação desse quadro, redefinindo o papel do crédito fiscal no processo de quebra de empresas e agentes econômicos³.

2 ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011, p. 512.

3 Tal como redigido na apresentação de Projeto de Lei Complementar pelo Deputado Antônio Carlos Magalhães Neto (PFL-BA), em sessão plenária de 23/07/2003. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposico>

Como se observa, não havia – pelo menos originariamente – a intenção de tornar absoluta a presunção.

Por ocasião da elaboração do Parecer quando da tramitação pela Comissão de Economia, Indústria e Comércio da Câmara dos Deputados, da relatoria do Deputado Fernando de Fabinho, não se vislumbra qualquer comentário, ou manifestação, no sentido de tal “presunção absoluta”, tal como se observa da seguinte passagem:

O Brasil vem empreendendo substancial esforço de modernização institucional nos últimos anos. Há os exemplos da Lei de Responsabilidade Fiscal, das Emendas Constitucionais que alteraram o regime da Administração Pública, o sistema de previdência social, os monopólios públicos, entre outros assuntos. Na agenda modernizadora do momento, o Congresso Nacional discute a nova legislação falimentar, paralelamente relacionada às proposições em epígrafe. Os Projetos de Lei Complementar nº 72 e 73, de 2003, têm o objetivo de adaptar o Código Tributário a essa nova legislação falimentar. O PLP nº 72, em particular, traz importante inovação, pois, como atualmente em vigor, o Código Tributário representa um empecilho à realização de negócios. A preferência absoluta ao crédito tributário na falência e recuperação judicial pode, à primeira vista, parecer medida de preservação do interesse coletivo e do bem comum, pois, afinal, o Estado representa a coletividade. O resultado prático, entretanto, é oposto⁴.

Há que se observar, pela ótica da inter-

pretação autêntica, que em momento algum o legislador pretendeu dar à presunção mencionada qualquer caráter absoluto, e, não tendo assim especificado, de rigor admitir-se seja ela, então, relativa.

E, sendo relativa, haverá de possibilitar prova em contrário, o que não acontece em função do caráter que lhe emprestou, de forma inadequada, a jurisprudência tal como atualmente adotada.

Vale dizer, em momento algum o criador da norma pretendeu a ela emprestar a força jurídica que tem sido atribuída pelos Tribunais, motivo forte o bastante para sua modificação.

5 Inadequação da norma frente aos direitos e garantias individuais

Tal como contida no artigo 185 do Código Tributário Nacional, a norma em referência impende discussão quanto à sua adequação ao comando constitucional, eis que, de uma pena só, equipara todos os cidadãos a meros operadores de fraudes contra o Fisco, além de impedir seja produzida prova das circunstâncias da realização do negócio, para, inclusive, demonstrar a boa-fé do adquirente (prova de que realizou as diligências necessárias, por exemplo).

De fato, impor a presunção de fraude a todos os negócios realizados com devedor tributário que esteja inserido em dívida ativa é fazer *tabula rasa* da ordinariedade das coisas.

Em primeiro lugar, porque impõe ao cidadão obrigação impossível, já que não pode verificar a existência ou não de PAF que tenha por objetivo a apuração de crédito tributário e sua inscrição em dívida ativa, o que evidenciaria a inscrição, e, com isto, a possibilidade de atuar em sentido e direção diversos.

Em segundo lugar, porque a inscrição em dívida ativa é procedimento interno da Receita Federal, ao qual os terceiros não de-

esWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=9616E949DDFA3E2AF38F98A827D0051D.proposicoesWebExterno2?codteor=149794&filename=PLP+72/2003. Acesso em: 24 jan. 2020.

4 Parecer ao Projeto de Lei Complementar nº 72/2003, exarado pelo Relator Fernando de Fabinho. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=153582&filename=Tramitacao-PLP+72/2003. Acesso em: 24 jan. 2020.

vedores não tem qualquer tipo de acesso, o que inviabiliza seu exame.

Em terceiro lugar, porque a Receita Federal, se destinatária de requerimento neste sentido, suporta sua negativa em prestar informações no sigilo fiscal do pesquisado.

Daí por que, ainda que o cidadão requeira à Receita Federal para pesquisar situação tributária de algum outro, estará impedido de acessar as informações justamente por conta do sigilo fiscal.

Em assim sendo, a norma – na prática – exige do cidadão que opere e negocie com outros cidadãos sem ter acesso a eventuais procedimentos fiscais de inscrição de dívida ativa, de modo que a presunção estabelecida pela norma é flagrantemente inconstitucional.

Demonstro.

A Constituição Federal adota, como princípio, já em sua inscrição preambular, que:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, *destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais*, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Vale dizer, o elemento preambular da norma constitucional é núcleo em que a Carta então promulgada está baseada: na harmonia, respeito ao exercício dos direitos sociais e individuais.

Em assim sendo, o Estado Democrático, como pilar da sociedade moderna, não pode

impor ao cidadão obrigação impossível, sob pena de imputar fraude aos atos por ele celebrados, pois isto é a negação mesma do direito, violação direta e frontal do Direito constitucional ao patrimônio decentemente adquirido.

A presunção de fraude, então, em se tratando de negócio celebrado por devedor da Receita, ainda que seja impossível ao comprador tal verificação, é maliciosa e malévola manifestação de discutível gosto republicano, eivada que está da má-fé legislativa, impondo-se, neste particular, seja rejeitada pela ordem jurídica nacional, por sua manifesta inconstitucionalidade.

E tal presunção (absoluta) tem sido o *leitmotiv* de algumas das decisões da E. Corte Federal Superior com jurisdição sobre a Terceira Região (SP e MS), a se levar em conta a decisão que segue:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. EMBARGOS DE TERCEIRO. CONSTRIÇÃO SOBRE BEM IMÓVEL. FRAUDE À EXECUÇÃO. REDAÇÃO ATUAL DO ART. 185 DO CTN. ALIENAÇÃO POSTERIOR À INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. OCORRÊNCIA DE FRAUDE À EXECUÇÃO.

1. O Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento, em sede de recurso representativo de controvérsia, que a simples alienação ou oneração de bens ou rendas, ou seu começo por quantia inscrita em dívida ativa pelo sujeito passivo, sem reserva de meios para quitação do débito, *gera presunção absoluta de fraude à execução, mesmo diante da boa-fé do terceiro adquirente e ainda que não haja registro de penhora do bem alienado*. Estabeleceu-se que a alienação engendrada até 08/06/2005 exige que tenha havido prévia citação no processo judicial para caracterizar a fraude de execução. Posteriormente a tal data, consideram-se fraudulentas as alienações efetuadas pelo devedor fiscal após a inscrição do crédito tributário em dívida ativa.

2. No caso dos autos, os débitos foram

inscritos em dívida ativa em 14/06/2013 (CDAs nºs 39.994.483-4 e 39.994.484-2 - fls. 43 e 50). E todas as alienações engendradas ocorreram após esta data, sendo que: a) a primeira alienação, da empresa devedora para Estevão João Coutinho ME, foi realizada em 24/10/2014 (fl. 05); b) a segunda alienação, de Estevão João Coutinho ME para o Sr. Márcio Leandro Camargo, foi realizada em 02/03/2015 (fl. 14); c) a terceira alienação, do Sr. Márcio Leandro Camargo para o Sr. Luiz Gustavo Casoni, foi realizada em 07/03/2015 (fls. 13/14); d) a quarta alienação, do Sr. Luiz Gustavo Casoni para o embargante, Sra. Angelita Canônico Casoni, foi realizada em 19/01/2016 (fl. 13). Por conseguinte, sendo as alienações posteriores à inscrição em dívida ativa, de rigor reconhecer a fraude à execução, *ex vi* do disposto no artigo 185, do Código Tributário Nacional, em sua redação atual. Ocorrendo alienação patrimonial nesses moldes, o ato realizado é ineficaz perante a Fazenda Pública, de modo que os bens alienados podem ser arrestados ou penhorados no processo de execução fiscal.

3. O argumento da segurança jurídica não pode acobertar fato atentatório contra a própria dignidade da justiça, porquanto princípios e direitos constitucionais não são aptos a justificar, por sua própria essência axiológica, atos ilegais (Cf. STF, RHC 115983/RJ).

4. Ademais, tratando-se de execução fiscal, é inaplicável à hipótese a súmula nº 375 do Superior Tribunal de Justiça, pois a lei especial prevalece sobre a lei geral, consoante pacificado no recurso especial julgado sob a sistemática dos recursos representativos de controvérsia, acima transcrito (REsp 1141990/PR).

5. Quanto à questão de se tratar de segunda alienação realizada por quem não constava como parte executada nos autos da execução fiscal, ressalte-se que o próprio Superior Tribunal de Justiça assentou que o fato de haver alienações

sucessivas não obsta a aplicação do recurso repetitivo supramencionado. Nesses termos, a veiculação de qualquer matéria relativa a eventuais prejuízos provocados aos Embargantes, em virtude da perda do bem adquirido, não se mostra cabível em face da Fazenda Pública, somente podendo ser deduzida contra o executado, em sede de ação própria, com fulcro nas normas que regem a disciplina da evicção.

6. Apelação desprovida. Honorários majorados.

(TR3, Primeira Turma, Apelação Cível 5000822-31.2018.4.03.6117, Relator Desembargador Federal Helio Egydio de Matos Nogueira, DJF3 10/01/2020.)

Vale dizer, a presunção de tal monta próxima do absoluto normativo a ponto de atingir não somente o alienante original, mas também terceiros de boa-fé, ainda que o último a figurar em cadeia de alienações sucessivas.

De outra senda, a norma do artigo 5º garante a todos o direito de propriedade, calcada na manutenção do patrimônio livremente adquirido, de forma clara, pública, e sem a indevida intromissão dos órgãos de arrecadação, evidenciando-se descabido taxar todos os negócios de nulos e fraudulentos, sem levar em conta as particularidades de casos concretos.

Tendo jogado todos os negócios na lama da fraude e da ilicitude, a norma em comento (art. 185 do CTN) não pode, sob pena de inversão dos postulados vinculados ao direito de propriedade, bem como sob pena de frontal violação aos princípios adotados pela Constituição, produzir efeitos absolutos, sem possibilitar contraprova quanto à licitude do ato.

Neste particular, a norma em questão afronta, também, os postulados e princípios vinculados à cidadania, porquanto presume que todos os cidadãos são fraudadores do Fisco e afasta, repele e nega a cidadania por

ela mesma, sendo de aceitação impossível no bojo do ordenamento jurídico nacional.

Como pode a norma infraconstitucional considerar como bandidos todos os cidadãos, impedindo a produção de prova em contrário, e, com isso, obstando a demonstração do caráter lícito de sua conduta?

A institucionalização do crime, da fraude, dos atos ilícitos, pela norma do artigo 185 do Código Tributário Nacional, nega, ela mesma, o direito à cidadania, pela adoção de conceito inverso dos cidadãos, considerando todos, sem distinção, como fraudadores, já que faz presumir como fraudulentos os atos praticados e negócios realizados com pessoas devedoras do Fisco, sem que o adquirente tenha qualquer possibilidade de obter tal informação.

É que, repita-se, instaurado o procedimento de inscrição em dívida ativa, a ela não tem acesso qualquer cidadão, tornando impossível ao adquirente qualquer tipo de pesquisa neste sentido.

Nem se alegue que o cidadão tenha acesso às certidões pela consulta ao sítio da Procuradoria, pois nele não estão inseridos, para pesquisa, os processos em andamento, mas apenas aqueles já terminados.

E, findo o processo de inscrição em dívida ativa, o crédito tributário é lançado com data da instauração do processo (data retroativa), e não a data da decisão de inscrição.

Assim é que, em PAF findo em 04/10/2011, por exemplo, relativamente a créditos cujos fatos geradores tenham ocorrido em 2009, a inscrição considerará a data de 2009 para fins de configuração de fraude.

Dessa forma, a consulta ao sítio da PGFN implica em obter hoje certidão negativa (se o PAF não estiver findo), e, amanhã, crédito tributário inscrito com data de alguns anos atrás.

De outro lado, a norma referida (art. 185 do CTN), tal como redigida e aplicada,

infiere violação ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Carta Constitucional, porque o ato celebrado (compra e venda) configura-se ato jurídico perfeito, segundo as leis do País, e não pode, pela impossibilidade de manutenção de normas conflitantes, de um lado, declarar pleno e acabado o negócio, e, de outro, negar-lhe eficácia sob a imputação genérica de fraude.

A inconstitucionalidade reside, justamente, no fato de que a presunção absoluta da fraude impede que o Poder Judiciário aprecie a lesão, ou sua ameaça, o que exige imediata reformulação dos postulados vinculados ao tema.



Crédito: Mazé Leite

6 Movimentação dos legitimados em provocar o STF para apreciar o tema

Posto assim, é imprescindível a intervenção dos órgãos legitimados a provocar o Supremo Tribunal Federal para a avaliação

da constitucionalidade da norma do artigo 185 do Código Tributário Nacional, a fim de que, atendidos os requisitos da Súmula nº 10 do Pretório Excelso, se atente para a violação frontal a texto constitucional, conferindo-se interpretação conforme, para dirimir dúvidas quanto ao alcance de sua eficácia.

Neste particular, os órgãos legitimados, tais como elencados na norma do artigo 103 da Constituição – o Presidente da República, as Mesas do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, o Procurador Geral da República, o Conselho da Ordem dos Advogados do Brasil, partido político com representação no Congresso Nacional e confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional (incisos I a IV) –, têm guardado (incompreensível) silêncio quanto ao tema.

De fato, as movimentações neste sentido, quando originadas de órgãos fracionários, infringem o texto sumular, que expressa que “viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte”, sendo absolutamente necessária a intervenção por meio da respectiva ação direta.

7 Conclusão

A norma do artigo 185 do Código Tributário Nacional, por ser norma restritiva

de direitos, deve ser interpretada de forma restritiva.

A presunção absoluta nela contida impede que o Poder Judiciário se debruce sobre o tema, e avalie as circunstâncias particulares de cada negócio de alienação de bens por particulares com créditos tributários inseridos em dívida ativa.

A criação legislativa em momento algum pretendeu dar o caráter absoluto à presunção de fraude nas alienações referidas, de sorte que tal atributo é fruto de criação jurisprudencial, que acrescentou elemento com força normativa onde não havia.

A presunção absoluta viola, portanto, a norma constitucional que impede a edição de leis, ou normas, que impeçam a apreciação pelo Poder Judiciário de lesão, ou ameaça de lesão, a direito.

A interpretação restritiva da norma em conjunto com a interpretação da norma constitucional exigem que o Poder Judiciário movimente a orientação no sentido de relativizar a presunção, e permita que se obrigue ao Fisco a prova da *má-fé*, e não o contrário.

É absolutamente necessário que os entes legitimados intentem junto ao Supremo Tribunal Federal a ação respectiva para que o plenário da E. Corte avalie a adequação da norma ao texto constitucional, dando-lhe interpretação conforme, nos termos da Súmula nº 10 do STF.

Referências

ALEXANDRE, Ricardo. *Direito tributário esquematizado*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

MACHADO, Hugo de Brito. *Comentários ao Código Tributário Nacional*. São Paulo: Atlas, 2005, v. 3.