

NATHALIA YUMI KAGE

**MEDIDA CAUTELAR FISCAL E A CONSTITUCIONALIDADE DO
INCISO VI DO ART. 2º DA LEI Nº 8.397/92**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de Pós Graduação em
Direito Tributário da Pontifícia Universidade
Católica de São Paulo

Orientadora: Marina Vieira de Figueiredo

**SÃO PAULO
2015**

RESUMO

O presente estudo consiste em uma análise da Medida Cautelar Fiscal e da hipótese de seu cabimento descrita no inciso VI do art. 2º da Lei nº 8.397/92, como instrumento de salvaguarda dos interesses fazendários em situações de risco de inadimplência das obrigações tributárias, sob a perspectiva da exequibilidade dos direitos e da importância dos provimentos cautelares no ordenamento jurídico. Para tanto, delineiam-se os instrumentos cautelares genericamente previstos pelo legislador ordinário em sede da Lei nº. 5.869/73 e faz-se um paralelo com a Medida Cautelar instituída pela Lei nº. 8.397/92. Ao final, baliza-se a norma contida no inciso VI do art. 2º da Lei nº 8.397/92 com os princípios da legalidade, do devido processo legal e da supremacia do interesse público sobre o privado, para a análise da constitucionalidade da Medida Cautelar Fiscal quando o montante de débitos do contribuinte representa percentual superior a 30% de seu patrimônio conhecido.

Palavras-chave: Segurança Jurídica. Provimento Cautelar. Requisitos da tutela cautelar. Medida Cautelar Fiscal. Lei nº. 8.397/92.

ABSTRACT

This paper intends to present Judicial Protective Measures as a necessary procedure to defend Public Treasury interests when there are risks to tax obligations execution, specially upon the situation described by article 2, line VI of the Law n° 8.397/92. Therefore, after present the Protective Measure's main specifications, the paper confront it with the prevent remedy described by Law n° 8.397/92, and analyses it underneath constitutional principles, such as effectiveness, legality and supremacy of public interests over the private ones.

Keywords: *Judicial Protective Measures. Tax Execution. Effectiveness.*

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1. DAS MEDIDAS DE NATUREZA CAUTELAR	
1.1 Delimitação do instrumento processual	4
1.2 Requisitos para concessão da tutela jurisdicional cautelar	8
2. A MEDIDA CAUTELAR FISCAL	
2.1 Delimitação do instrumento processual	12
2.2 Requisitos para concessão da tutela jurisdicional em sede de Medida Cautelar Fiscal	17
3. DA CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO VI DO ARTIGO 2º DA LEI 8.397/1992	21
CONCLUSÃO	31
REFERÊNCIAS	32

INTRODUÇÃO

Sob a égide dos preceitos constitucionais do devido processo legal e da segurança jurídica, atualmente, é consagrado, no Direito Processual Civil, o direito fundamental à efetividade ou à tutela executiva, também conhecido como a máxima da maior coincidência possível.

No cenário em que a elevação do Estado de Direito impera, a segurança jurídica transcende à mera positivação das relações, para alcançar a efetividade da norma que a rege, porquanto não basta a certeza de que determinado fato ou relação encontra guarida no ordenamento jurídico, mas sim, é cogente a certeza de que as tutelas normativa e jurisdicional tenham plena possibilidade de se concretizarem.

É dizer, assim, que a segurança jurídica das relações não mais se perfaz em sua completude com a edição de leis, ou com o rigor que se atribui a processos legislativos ou a mecanismos de sanção em caso de seu respeito.

Longe disso, a segurança jurídica concebida no seio do Direito Processual Civil, de acordo com a mais autorizada lição de Fredie Didier Jr, circunda a:

“[...] moderna compreensão do chamado ‘princípio da inafastabilidade’, que, conforme célebre lição de Kazuo Watanabe, deve ser entendido não como uma garantia formal, uma garantia de pura e simplesmente ‘bater às portas do Poder Judiciário’, mas sim, como garantia de acesso à ordem jurídica justa, consubstanciada em uma prestação jurisdicional célere, adequada e eficaz.” (DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador, 2009. p. 39)

Por essa razão, aos instrumentos processuais cautelares, preocupou-se, o legislador ordinário, a dedicar-lhes expressiva parte do atual Código de Processo Civil (Livro III da Lei nº. 5.869/1973), em razão das especificidades de seu procedimento bem como em decorrência da sua importância à tutela dos direitos.

Afinal, as relações jurídicas concebidas no âmbito das normas e materializadas no mundo dos fatos, sujeitam-se às mutações do cenário fático em que são inseridas, que ocorrem à guisa da imposição normativa e as quais, por conseguinte, potencializam a insegurança jurídica das referidas relações.

A primazia do direito fundamental da efetividade exige que, os bens e direitos sejam assegurados enquanto a tutela jurisdicional, provocada em razão de ofensa ao quadro normativo, não se concretiza.

Ao versar sobre o assunto, Humberto Theodoro Junior leciona que a medida judicial de natureza cautelar:

“corresponde ao direito de provocar a parte o órgão judicial a tomar providências para conservar e assegurar a prova ou bens, ou para eliminar de outro modo a ameaça de perigo de prejuízo iminente e irreparável ao interesse tutelado no processo principal”. (THEODORO JR, Humberto. Processo cautelar. 24 ed. São Paulo, 2008)

Por essa razão, as medidas de natureza cautelar receberam especial atenção do ordenamento jurídico, pois ao tempo em que as flutuações do cenário fático são constantes e, quiçá, incontroláveis em casos determinados, a segurança jurídica das relações estabelecidas de acordo com a lei e que, sob a égide desta última, devem ser honradas, exige a garantia de que, à despeito de eventual mutação dos fatos, a relação e o direito dela decorrente serão preservados.

Nesse sentido, Marcos Vinicius Rios Gonçalves afirma que:

“[...] tem sido grande a preocupação do legislador com as chamadas tutelas de urgências, imprescindíveis para a efetividade do processo. Elas preservam o resultado e evitam que o réu possa aproveitar-se da demora para auferir vantagens indevidas”. (GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. *Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2008)

No âmbito do Direito Tributário, a máxima da efetividade e a proteção da segurança jurídica das relações entabuladas entre o Fisco e o contribuinte, foram traduzidas pela Lei nº. 8.397 de 6 de janeiro de 1992, a qual instituiu, no ordenamento jurídico pátrio, a Medida Cautelar Fiscal como instrumento de salvaguarda do direito à satisfação de débitos tributários em prol da Fazenda Pública Nacional.

No entanto, ao tempo em que o referido instrumento espelha a materialização da máxima de efetividade e ilustra o mecanismo necessário à segurança do Fisco no tocante aos direitos creditórios que detém, há que se questionar, sob uma interpretação sistemática e, mormente, sob o manto da Constituição Federal, a legitimidade do referido instrumento nos termos em que dispostos em sede da Lei nº. 8.397/1992 em questão.

No presente estudo, portanto, propõe-se a discussão acerca da constitucionalidade da Medida Cautelar Fiscal, instituída pela Lei nº. 8.397 de 6 de janeiro de 1992, cuja origem e delimitações cunhadas pela prerrogativa de prevalência do interesse público sobre o interesse privado impõem procedimentos únicos na seara do direito tributário.

1. DAS MEDIDAS DE NATUREZA CAUTELAR

1.1 Delimitação do instrumento processual

Muito se discute sobre a gênese da medida processual de natureza acautelatória, quiçá para compreensão do contexto histórico em que se concluiu pela necessidade de providências paralelas ou precedentes ao provimento principal, em ordem a assegurar a possibilidade jurídica de um direito.

De acordo com Marcos de Araújo Cavalcanti, *“A ação cautelar, portanto, é uma tutela de urgência que tem por objetivo assegurar a eficácia do provimento jurisdicional proferido nos autos do processo principal (de conhecimento ou de execução).”* (Direito processual civil. Organizador Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes: Edvaldo Costa Barreto Júnior [et al.]. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. Advocacia pública, v.4.)

Afirma-se, portanto, que o processo cautelar é um instrumento do instrumento, por não ter um fim em si mesmo. Tem por objetivo maior garantir a aplicabilidade das decisões proferidas nos processos de conhecimento e de execução.

Sob esse conceito, é possível notar-se a diferença da medida de natureza cautelar da medida de caráter satisfativo, pois ao tempo em que aquela primeira visa tão somente a salvaguarda da eficácia de um direito ou provimento jurisdicional, a segunda intenta a realização imediata de uma pretensão.

É dizer, no momento em que se defere uma antecipação da tutela no âmbito do processo de conhecimento, o Juiz confere, à parte requerente, a satisfação antecipada do direito em si, conferindo-lhe precocemente o próprio provimento jurisdicional pretendido como forma de assegurar o direito a ser tutelado.

Diversamente, no instante em que o Juiz defere um pedido cautelar de exibição de documento, não confere à parte a tutela jurisdicional propriamente dita, mas sim a segurança de que o referido documento não se esvairá com o decurso de tempo, em prejuízo à prova que se pretenderá ao final com ela, sobre direito diverso.

Ressalta-se que tal diferença apenas distancia uma espécie da outra, sem, contudo, retirar de ambas a natureza das chamadas tutelas de urgência.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973 trouxe, desde a sua gênese, os contornos do instrumento cautelar, como reflexo do temor de inexecutabilidade dos direitos e inutilidade do provimento jurisdicional, lento e inevitavelmente burocrático.

A literalidade e a inteligência da lei, precisamente do Livro III do Diploma Processual Civil em questão, evidenciam a primeira característica peculiar que circunda a medida de natureza cautelar, qual seja, a função primordial de servir à guarda do direito de ação, e não propriamente do direito material sobre a qual esta última versa ou versará.

Significa dizer que o instrumento acautelatório não se preocupará com a salvaguarda do direito em si, mas sim com a proteção da situação jurídica que abarca esse último e que permitirá, ao final do processo exauriente de conhecimento, conferir à parte o bem da vida que se pretendeu tutelar.

Segundo Humberto Theodoro Junior:

“O acerto da tese parece-me evidente, porque, no momento em que o Estado oferece a tutela cautelar à parte, não se tem ainda condições de apurar, com segurança, se seu direito subjetivo material realmente existe e merece a tutela definitiva do processo de mérito. Esse reconhecimento só será possível depois da cognição plena que o processo principal virá ensejar. Assim, ao eliminar uma situação de perigo que envolve apenas um interesse do litigante, o processo cautelar está, acima de tudo, preocupado em assegurar que o resultado do processo principal seja, em qualquer hipótese, útil e consentâneo com a missão que se lhe atribuiu.” (THEODORO JR, Humberto. Processo cautelar. 24 ed. São Paulo, 2008)

Em termos diversos, a providência cautelar não antecipará os efeitos da tutela principal pretendida, sequer conferirá prematuramente o bem da vida que se pretende com o processo principal. Longe disso, a tutela acautelatória apenas assegurará que, no momento em que o processo principal conferir o direito que se lançou à discussão, haverá

plausibilidade e possibilidade de execução do referido direito, sem qualquer risco ou situação de perigo capaz de inutilizar o bem da vida pelo qual se litigou.

A segunda característica peculiar da medida de natureza cautelar é a instrumentalidade, que decorre da própria função de servir ao processo principal e que consta no art. 796 do Código de Processo Civil, segundo o qual “*O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente.*”.

Ao tempo em que a ação principal de natureza satisfativa tem o condão de declarar, constituir ou condenar a parte adversa para tutela jurisdicional do bem da vida, a medida cautelar é meramente o instrumento para afastar situações de perigo que põem em risco a exequibilidade daquele direito.

Por essa razão, o instrumento acautelatório está umbilicalmente relacionado a um outro processo, para perfazer a sua finalidade de conservação de direito material que, em procedimento apartado, será objeto de discussão.

Tal característica, no entanto, não prejudica a autonomia do processo cautelar, que confere independência aos seus procedimentos à guisa daqueles que são operados no bojo do processo principal.

Há que se entender que, a despeito de relacionados no plano de fundo, o deslinde processual do processo acautelatório independe de determinações no âmbito do processo principal, pois, conforme ensina Carlo Calvosa, “*todo provimento cautelar é, destarte, expressão do exercício de uma ação diversa daquela que procura a solução do litígio, embora exista obrigatoriamente, uma coordenação entre ambas*”. (THEODORO JR, Humberto. Processo cautelar. 24 ed. São Paulo, 2008)

Assim, a medida cautelar possui individualidade própria, em que a relação processual que ali se estabelece se fundamenta sobre um objeto próprio – qual seja, o provimento acautelatório – e que, por conseguinte, terá um provimento final próprio também.

É importante ressaltar que a decisão cautelar favorável não necessariamente sinaliza provimento igual em sede do processo principal, e vice-versa. Todavia a referida

autonomia somente persiste até que haja a extinção do processo principal, porquanto sem este, não há situação jurídica ou direito de ação a serem protegidos pela medida cautelar.

A provisoriedade é também característica própria das cautelares no âmbito do Direito Processual Civil, na medida em que espelham a finalidade em si de assegurarem apenas a situação jurídica que ampara a exequibilidade do direito material enquanto este não é declarado ou afastado pelo provimento jurisdicional principal.

Desse modo, o provimento cautelar será, ao final, substituído pela tutela definitiva à pretensão, uma vez que se destina a perdurar por tempo sempre limitado, até a conclusão do processo principal. Eis a razão pela qual, nas ações cautelares, a cognição é sumária e o provimento é sempre provisório.

Foi, portanto, com acerto que o legislador ordinário dispôs no art. 807 do Código de Processo Civil, que “*As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal [...]*”

Do contrário, estar-se-ia diante da insolúvel situação em que, de um lado, o processo principal não reconhece o bem da vida sobre o qual se instaurou o litígio e em que, de outro, subsiste latente e *ad eternum* o resguardo da situação fática para execução do direito já declarado inexistente.

Por fim, a incapacidade da medida cautelar fazer coisa julgada material denota, talvez, a maior peculiaridade do instituto e a melhor tradução do seu fim específico, pois evidencia, por certo, que a sua finalidade precípua é a proteção da exequibilidade de um direito, enquanto este não é definitivamente conferido ou exercido.

Em sede de provimento cautelar, o juiz não declara ou reconhece, em caráter definitivo, o direito do qual se afirma ser titular, mas limita-se a reconhecer a existência da situação de perigo, determinando as providências necessárias para afastá-lo, justamente porque não se está defronte a processo de conhecimento exauriente.

Permitir-se a formalização de coisa julgada material acerca do bem da vida que se visou acautelar, infringe o direito à ampla defesa e o devido processo legal, além de

dissipar a natureza jurídica e a própria finalidade do provimento, tal como exposto linhas acima no presente estudo.

Por esse motivo, o legislador ordinário preocupou-se em consignar, expressamente na norma, a possibilidade de mutação do provimento cautelar, ao dispor no art. 807 da Lei nº. 5.869 de 11 de janeiro de 1973, que “*As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas.*”.

Há quem defenda, no entanto, que a decisão final em sede de provimentos cautelares foi tocada pelo condão da definitividade, na medida em que a tutela cautelar, mesmo que provisória, uma vez concedida, já se torna definitiva, ao contrário do que ocorre com os efeitos práticos da medida acautelatória, os quais, com o provimento principal, se extinguem naturalmente pela substituição.

Nesse sentido, Fredie Didier Jr. esclarece que:

“essa temporariedade não exclui sua definitividade. Já dissemos e repetimos, a decisão cautelar concede uma tutela definitiva, dada com cognição exauriente de seu objeto (pedido de segurança, fundado no perigo da demora e na plausibilidade do direito acautelado) e apta a se tornar imutável.

Temporários são seus efeitos fáticos, práticos, afinal a cautela perde a sua eficácia quando reconhecido e satisfeito o direito acautelado (ou quando denegatório), mas a decisão que a concedeu, ainda assim, permanece imutável, inalterável em seu dispositivo.” (DIDIER JR, Fredie. Curso de direito processual civil. Salvador, 2009. p. 39).

Essas são, enfim, as características próprias das medidas de natureza cautelar, as quais permitem a compreensão do instrumento processual que, pautado sobre situação de urgência, é lançado pelas partes para proteção de direitos e situações jurídicas.

1.2 Requisitos para concessão da tutela jurisdicional cautelar

Como instrumento de salvaguarda, principalmente do direito de ação para tutela jurisdicional ao bem da vida, a concessão de tutela cautelar exige dois requisitos

inafastáveis, sem os quais não se delinea, perante o Juiz, a situação de risco que deve ser afastada em caráter de urgência.

O primeiro requisito, cunhado pela autorizada doutrina como pressuposto para deferimento da tutela jurisdicional cautelar, consiste no *fumus boni iuris* como a possibilidade jurídica do direito ou do quadro fático que se pretende resguardar para salvaguarda do direito material sobre o qual recairá a tutela jurisdicional.

É importante ressaltar que o *fumus boni iuris* necessário para o deferimento de medida de natureza cautelar, não tangencia o fundo de direito, ou seja, não coincide com o bem da vida sobre o qual recai a pretensão da parte em busca de tutela jurisdicional do Estado.

Isso porque, conforme dito alhures, a pretensão cautelar não visa precisamente à tutela do bem da vida, porquanto é procedimento meramente de salvaguarda em face a riscos, que não se sujeita à exaustão de processo cognitivo acerca do direito material.

Nas esclarecedoras palavras de Humberto Theodoro Junior:

“Para a ação cautelar, não é preciso demonstrar-se cabalmente a existência do direito material em risco, mesmo porque esse, frequentemente, é litigioso e só terá sua comprovação e declaração no processo principal. Para merecer a tutela cautelar, o direito em risco há de revelar-se apenas como o interesse que justifica o ‘direito de ação’, ou seja, o direito ao processo de mérito.”
(THEODORO JR, Humberto. Processo cautelar. 24 ed. São Paulo, 2008)

No mesmo compasso, Marcos Vinicius Lins consigna a diferença do provimento cautelar para justificar que o *fumus boni iuris* exigido pela medida de tal natureza, difere-se do mero interesse de agir próprio das ações de conhecimento em geral:

“Por outro lado, temos outro tipo de cognição, sendo esta utilizada nas tutelas de emergência, chamada de cognição sumária, neste caso o juiz vai deferir de acordo com um juízo de probabilidade de que aquilo que é pedido tem uma possibilidade real de ser o jsuto. Não será buscada uma certeza e

nem será aplicado todos os meios e debates necessários, sob pena do direito pretendido pela parte ser perdido por causa da demora, o juiz vai se basear na mera verossimilhança demonstrada *ab initio*...

Enfim, cabe ressaltar, que não podemos confundir o mérito do processo cautelar com o da demanda principal. Para a demanda cautelar, deve ser então analisados os requisitos por nós aqui estudados, no intuito de assegurar a prestação jurisdicional da demanda principal.” (L. LINS, Marcos Vinicius. Apostila de Processo Cautelar, 2008. p. 10)

Muito se discute acerca das hipóteses em que se considera inexistente o sobredito *fumus* para fins de concessão da tutela cautelar, pois se a análise acerca do requisito em questão não tangencia o bem da vida propriamente dito – ou seja, se existente ou não, se devido ou não – questiona-se em que hipótese haveria a rejeição do *fumus boni iuris* a ponto de inviabilizar o provimento cautelar.

Neste aspecto, é importante considerar-se que a certa autonomia entre a discussão de mérito sobre o bem da vida e o provimento acautelatório de sua exequibilidade, não implica em total independência para fins de análise acerca da possibilidade jurídica do pedido como condição da ação, seja a de natureza principal seja a de caráter meramente cautelar.

É dizer que, a despeito da análise na seara cautelar não se imiscuir na discussão do fundo de direito, deve o Juiz, para averiguação da presença do *fumis boni iuris*, ponderar se o pedido que seria feito no bojo de processo principal possui minimamente condições de procedência ou não.

Do contrário, não há que se falar em concessão de provimento cautelar para proteção do exercício de direito ou da exequibilidade de tutela jurisdicional, se nem ao menos o provimento de mérito é plausível.

Nesse sentido, novamente valendo-se da autorizada doutrina do Professor Humberto Theodoro Junior, esclarece-se que “*somente é de cogitar-se da ausência do fumus boni iuris quando, pela aparência exterior da pretensão substancial, se divise a fatal*

carência de ação ou a inevitável rejeição do pedido, pelo mérito.”. (THEODORO JR, Humberto. Processo cautelar. 24 ed. São Paulo, 2008)

No mais, o *periculum in mora* traduz o segundo requisito exigido para fins de concessão da tutela jurisdicional cautelar, e deve ser entendido, nos termos do art. 798 e do art. 800, inciso IV, ambos do Código de Processo Civil, como o fundado receio de dano grave ou de difícil reparação.

À guisa das inúmeras considerações e conceitos já conferidos pela majoritária doutrina acerca do requisito em questão, para o presente estudo, é importante destacar que, muito além do mero receio dano, há que se evidenciar ainda a imprescindibilidade da situação ou do direito que se pretende proteger, para fins de assegurar a exequibilidade do provimento principal.

Ou seja, não basta a costumeira suposição acerca dos riscos que existem ou que eventualmente poderão advir, pois, para fins de tutela cautelar, é cogente demonstrar-se a capacidade dos referidos riscos de inviabilizarem, quiçá por completo, o bem da vida sobre o qual se requisitará a tutela jurisdicional em provimento principal.

Na mesma linha, Ovídio Baptista da Silva pontua que:

"Não é propriamente, como pensava Chiovenda, o perigo de retardamento da prestação jurisdicional que justifica a ação cautelar. É o perigo em si mesmo, referido à possibilidade de uma perda, sacrifício ou privação de um interesse juridicamente relevante e não o perigo de um retardamento na prestação jurisdicional." (DA SILVA, Ovídio Baptista. *As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil*. 3a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. Pg. 28)

Feitos esses introdutórios esclarecimentos, cumpre-se trazer à baila os liames da Medida Cautelar de natureza Fiscal, instituída no ordenamento jurídico pátrio, pela Lei nº. 8.397 de 06 de janeiro de 1992, na qual se sustenta atualmente a Fazenda Pública para proteger os interesses fazendários de resguardar as pretensas receitas advindas do contribuinte em risco ou não.

2. A MEDIDA CAUTELAR FISCAL

2.1 Delimitação do instrumento processual

Como providência integrante da reforma tributária levada a efeito à época pelo governo federal brasileiro, a Lei nº. 8.397 publicada no dia 06 de janeiro de 1992, em poucos artigos trouxe ao mundo jurídico o novo instrumento de uso exclusivo do Poder Público para blindagem dos interesses fazendários em matéria tributária, qual seja, a Medida Cautelar Fiscal, objeto do presente estudo.

A ausência de conceituação legal, porém, não impede a exata compreensão do instituto, porquanto, à margem de pronúncia do legislador ordinário, a interpretação das imposições normativas contidas na Lei nº. 8.397/92 evidencia a natureza do instrumento plasmada na semântica de sua própria nomenclatura e, por conseguinte, permite seu desenho como medida de titularidade da Fazenda Pública para proteção de seus interesses fiscais.

A Medida Cautelar Fiscal, assim, é o instrumento processual de que dispõem as Fazendas Públicas Federal, Estadual, Distrital e Municipal, para resguardarem seus direitos de cobrança e propriamente de exequibilidade das dívidas tributárias e não tributárias para com si, nos casos em que a probabilidade de alienação patrimonial e a aparente conduta de sonegação fiscal do contribuinte oferecem riscos à satisfação dos referidos débitos.

Suas hipóteses de cabimento, descritas no art. 2º da Lei nº. 8.397/92 ocorrem quando o devedor 1) sem domicílio certo, intenta ausentar-se ou alienar bens que possui ou deixa de pagar a obrigação no prazo fixado; 2) tendo domicílio certo, ausenta-se ou tenta se ausentar, visando elidir o adimplemento da obrigação; 3) caindo em insolvência, aliena ou tenta alienar bens; 4) contrai ou tenta contrair dívidas que comprometam a liquidez do seu patrimônio; 5) notificado pela Fazenda Pública para que proceda ao recolhimento do crédito fiscal, deixa de pagá-lo no prazo legal ou põe seus bens em nome de terceiro; 6) possui débitos, inscritos ou não em dívida ativa, que somados ultrapassem 30 por cento de seu patrimônio conhecido; 7) aliena bens ou direito sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei; 8) tem sua inscrição no

cadastro de contribuintes declarada inapta pelo órgão fazendário; ou 9) pratica outros atos que dificultem ou impeçam a satisfação do crédito.

O contexto histórico em foi editada a mencionada Lei instituidora da Medida Cautelar Fiscal, pode ser desenhado das declarações prestadas pelo então Secretário da Fazenda Nacional que, em entrevista, evidenciou o entusiasmo para o combate à sonegação, ao expor o novo mecanismo de uso exclusivo da Fazenda Pública como a arma de combate aos devedores inescrupulosos, ao afirmar que “a cautelar fiscal que torna indisponível os bens dos sonegadores, será outro instrumento importante para elevar a arrecadação”. (Folha de São Paulo, Seção 1, p. 8 de 25.01.1992)

A gênese da referida Medida, portanto, foi motivada unicamente pela determinação de se fechar o cerco quanto à sonegação tributária para fins de majoração da arrecadação fiscal, e não propriamente como instrumento de execução das obrigações tributárias dos contribuintes devedores.

Neste quadro, os primeiros lampejos da Medida Cautelar Fiscal permitem o paralelo com os instrumentos processuais sobre os quais se versou até o momento, e que compõem o gênero no qual o mencionado mecanismo de proteção dos interesses fazendários se insere. Nesse sentido, Américo Luís Martins da Silva, citando autorizada lição de Antonio Felipe A. Gallo esclarece que:

“Examinando-se o texto dessa Lei, composto de vinte artigos, observa-se logo que se trata de lei de natureza fiscal, que se acresce à relação das cautelares específicas disciplinadas pelo Código de Processo Civil. Neste, aliás, se embasa, renovando, com necessárias adaptações ante a presença da Fazenda Pública, dispositivos pertinentes às ‘disposições gerais’ das medidas cautelares e ao ‘arresto’. Segundo ele, não é difícil concluir que a medida cautelar fiscal nada mais é do que o arresto em versão fiscal. Com efeito, através dela a Fazenda Pública visa obter judicialmente a indisponibilidade patrimonial de seus devedores, até o limite do valor exigido, por tentarem ou frustrarem o pagamento de crédito tributário ou não tributário, quer na fase administrativa ou judicial de cobrança.” (DA SILVA, Américo Luís Martins. A Execução da dívida ativa da Fazenda Pública. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 717)

Primeiramente, de acordo com o artigo 1º da Lei nº. 8.397/1992, o procedimento cautelar poderá ser instaurado após a constituição do crédito, inclusive no curso da execução fiscal e, conforme o art. 5º, a medida cautelar fiscal será requerida ao Juiz competente para a execução judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública.

Neste quadro, nota-se que a Medida Cautelar Fiscal é instrumental, na medida em que o seu manejo se presta a assegurar o provimento jurisdicional de mérito que paralelamente é posto à discussão no bojo de processo principal, ou seja, nada mais é que instrumento de proteção da exequibilidade da discussão em torno do fundo de direito que ali não é objeto de exauriente conhecimento.

A instrumentalidade da Medida Cautelar Fiscal fica ainda mais evidente pela redação original do art. 1º da citada Lei nº. 8.397/1992, que antes dispunha que “*o procedimento cautelar fiscal pode ser instaurado antes ou no curso da execução judicial da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias e dessa execução é sempre dependente*”.

Nesse sentido, Américo Luís Martins da Silva complementa:

“Vê-se bem que a medida cautelar fiscal segue as orientações ditadas pelo Código de Processo Civil (art. 796), ou seja, por se tratar de uma cautelar, deve estar sempre vinculada, por dependência, ao processo principal, que é a execução fiscal. Por isso corre ela em autos apensos ao processo de execução (art. 14).”. (DA SILVA, Américo Luís Martins. A Execução da dívida ativa da Fazenda Pública. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 719)

Por conseguinte, a competência do Juízo da Execução Fiscal para processar e julgar a Medida acautelatória em questão, evidencia a relação umbilical entre os referidos procedimentos, na medida em que exige a coincidência do Juiz natural tanto para proceder à execução do direito em prol da Fazenda Pública quanto para assegurar a exequibilidade do referido direito diante das mutações fáticas que circundam a relação jurídico tributária.

Novamente, portanto, o legislador ordinário preocupou-se com o compasso entre a Cautelar Fiscal e o seu objetivo primordial, qual seja, a segurança de que o crédito tributário cuja exequibilidade se encontra em risco, em razão de determinada situação fática, ao fim, seja integralmente extinto pelo pagamento, mormente ao se legar, ao próprio Juiz Natural que conheceu da discussão sobre o risco, a competência para processar e julgar a exequibilidade do débito em si.

A lei, ao assim dispor, aumenta o cerco em torno dos riscos de inadimplência e sonegação fiscal, pois assegura, ao Juízo da execução de dívida, a prévia ciência acerca da situação fática de risco que circunda o contribuinte devedor, o que permite, mesmo após a cessação da eficácia da Medida Cautelar Fiscal, como adiante será explorado, a adoção de providências acautelatórias no bojo do próprio feito principal, sob a égide do poder geral de cautela.

Por sua vez, o § 2º do art. 4º da Lei nº. 8.397/92, ao dispor que “*a indisponibilidade patrimonial poderá ser estendida em relação aos bens adquiridos a qualquer título [...] daqueles [...] desde que seja capaz de frustrar a pretensão da Fazenda Pública*”, reforça ainda mais a instrumentalidade da Medida Cautelar Fiscal, cuja função primordial é de servir à guarda do direito de ação, e não propriamente do direito material sobre a qual esta última versa ou versará.

Ao impor procedimentos específicos, tais como defesa, produção de provas, audiências e pedidos, a Lei nº. 8.397/92 também assegurou à Medida Cautelar Fiscal a autonomia de seus procedimentos em relação àqueles que são operados no bojo do processo principal, sem, contudo, contradizer a instrumentalidade que permeia a discussão travada pelo instrumento.

É dizer que, independentemente de deflagração de prazo para defesa no processo principal, mormente quando sequer já foi ajuizado esse último, os procedimentos específicos da Cautelar Fiscal devem ter levados a efeito em razão da independência de seus atos processuais com aqueles praticados no seio de processo principal em que o mérito é objeto da discussão.

É importante ressaltar que, a despeito do conteúdo processual da Lei nº. 8.397/1992, aplicam-se, subsidiariamente, as normas da Lei nº. 5.869/1973 – Código Processual Civil ao processo instaurado pela propositura da Medida Cautelar Fiscal, especialmente os procedimentos previstos após a prolação de sentença de mérito, quais sejam, os recursos e os próprios procedimentos de execução do julgado.

Por sua vez, a provisoriedade também foi considerada pelo legislador ordinário ao versar sobre a Medida acautelatória de natureza Fiscal, quando previu que a medida em questão “conservará sua eficácia durante o período de suspensão do crédito tributário ou não tributário” em conjunto com a descrição das hipóteses em que a eficácia da Medida cessa, quais sejam:

Art. 13. Cessa a eficácia da medida cautelar fiscal:

- I - se a Fazenda Pública não propuser a execução judicial da Dívida Ativa no prazo fixado no art. 11 desta lei;
- II - se não for executada dentro de trinta dias;
- III - se for julgada extinta a execução judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública;
- IV - se o requerido promover a quitação do débito que está sendo executado.

A perduração dos efeitos da Medida Cautelar Fiscal durante o período de suspensão do crédito tributário justifica-se, na medida em que o risco à exequibilidade da dívida e ao exercício do direito de execução fazendário somente cessa, ou quando se reconhece a inexistência do débito em si, ou quando se o extingue pelo pagamento propriamente dito.

Do contrário, a mera suspensão do crédito tributário, que implica tão somente na impossibilidade temporária da Fazenda Pública prosseguir e efetivar atos de execução, não é suficiente à blindagem dos riscos de frustração do direito de execução da dívida, para fins de por termo à eficácia do instrumento acautelatório previsto na Lei nº. 8.397/1992.

Por último, a incapacidade de a Medida Cautelar Fiscal fazer coisa julgada material foi expressamente considerada pelo legislador ordinário no bojo da Lei nº. 8.397/92, segundo o qual:

Art. 15. O indeferimento da medida cautelar fiscal não obsta a que a Fazenda Pública intente a execução judicial da Dívida Ativa, nem influi no julgamento desta, salvo se o Juiz, no procedimento cautelar fiscal, acolher alegação de pagamento, de compensação, de transação, de remissão, de prescrição ou decadência, de conversão do depósito em renda, ou qualquer outra modalidade de extinção da pretensão deduzida.

Art. 16. Ressalvado o disposto no art. 15, a sentença proferida na medida cautelar fiscal não faz coisa julgada, relativamente à execução judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública.

A inteligência das normas legais acima transcritas é de reconhecida clareza, pois se a gênese da Medida Cautelar Fiscal foi motivada pela intenção de diminuição do cerco em torno dos sonegadores, o mero indeferimento da tutela cautelar, seja por questões de mérito ou questões processuais, quedar-se-ia prejudicada caso não se permitisse o ajuizamento de processo principal de cobrança de dívida protegida pela Medida Cautelar Fiscal, caso esta última não fosse concedida.

Feitas essas considerações, os delineamentos acima permitem a conclusão de que a Medida Cautelar Fiscal, em que pesem as peculiaridades de seu objeto e a seara tributária em que foi inserida, caminha em compasso com as Medidas acautelatórias anteriormente previstas pelo legislador ordinário de forma genérica na Lei nº. 5.869/73, porquanto, a fundo, intenta precisamente o fim único dos provimentos cautelares de salvaguarda da exequibilidade dos direitos e das relações jurídicas.

2.1 Requisitos para concessão da tutela jurisdicional em sede de Medida Cautelar Fiscal

Assim como os provimentos cautelares previstos no Livro III da Lei nº. 5.869/73, a Medida Cautelar Fiscal impõe requisitos para a sua concessão, na medida em que a proteção da exequibilidade de direito ou relação jurídica, deve ser justificada para que a tutela jurisdicional acautelatória seja conferida à margem de processo cognitivo exauriente acerca do fundo de direito.

Conforme exposto linhas acima, os instrumentos cautelares previstos pelo legislador ordinário no Código de Processo Civil, são o *fumus boni iuris* e o *periculum in*

mora, entendidos, respectivamente como a aparente plausibilidade do direito e o perigo de dano, respectivamente.

Assim, a singela leitura da Lei nº. 8.397/92 sinaliza que, para fins de concessão da Medida Cautelar Fiscal, é essencial a prova literal da constituição do crédito fiscal e a prova documental de algum dos casos já mencionados no artigo 2º do referido diploma normativo, o qual prevê as hipóteses de cabimento do instrumento acautelatório de titularidade da Fazenda Pública.

Em que pese, porém, o conteúdo normativo do art. 2º da Lei nº. 8.397/1992, cujos incisos se limitam a descrever a situação hipotética cuja mera ocorrência dão azo ao ajuizamento e ao deferimento de Medidas de natureza Cautelar Fiscal, a autorizada doutrina sobre o assunto defende a necessidade de um terceiro requisito *sine qua non* para que o provimento acautelatório seja conferido por tutela jurisdicional.

Cuida-se, a bem da verdade, do risco de inadimplência da obrigação tributária que, apesar de acertadamente plasmada em alguns dos incisos do já mencionado art. 2º da Lei nº. 8.397/1992, deve estar presente em todas as hipóteses de cabimento da Medida Cautelar Fiscal para fins de justificar a concessão do provimento de salvaguarda que intenta. (DA SILVA, Américo Luís Martins. A Execução da dívida ativa da Fazenda Pública. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.).

Isso porque, ao fim, o escopo do instrumento processual trazido à lume pela Lei nº. 8.397/1992, tangencia a proteção dos interesses fazendários de executarem as obrigações de sua titularidade, por meio da segurança de exequibilidade dos débitos para com si, seja pelo congelamento da situação patrimonial do devedor enquanto não se perfaz o ato de cobrança, seja pelo expurgo dos riscos que circundam a relação jurídico tributária.

Em outros termos, somente sob a égide de efetivos riscos à exequibilidade das dívidas, foi autorizada, pelo legislador ordinário, a adoção de procedimentos de natureza processual cautelar, em ordem a se resguardarem os direitos de execução da Fazenda Pública.

Afinal, caso assim não o fosse, permitir-se-ia a deflagração de provimentos cautelares de forma injustificada e o esvaziamento do intuito da Lei nº. 8.397/1992, com

fundamento tão somente sobre o livre arbítrio da Fazenda Pública detentora dos direitos sobre as dívidas dos contribuintes.

Além disso, o *caput* do art. 1º da Lei em questão, em meio à sua redação, declinou o quarto requisito para concessão da Cautela Fiscal requerida pela Fazenda Pública, qual seja a constituição do crédito tributário, como a efetiva materialização da obrigação tributária e inquestionável existência de débitos do contribuinte para com a Fazenda Pública.

Diz-se isso, pois somente se permite a veiculação de Medida Cautelar para resguardar a exequibilidade de direito, *in casu* débitos, no ajuizamento das respectivas ações de cobrança, quando a dívida cuja execução corre risco já se aperfeiçoou no mundo jurídico com a sua constituição definitiva.

Do contrário, permitir-se-á a tutela cautelar para salvaguardar direitos que sequer existem, e que podem não vir a serem formalizados, porque o seu trajeto poderá ser interrompido pela discussão instaurada em âmbito administrativo acerca da constituição creditícia em si.

É importante ressaltar que, a ausência de um dos quatro requisitos indicados nesta oportunidade, especialmente da efetiva constituição definitiva do débito ensejador da Medida Cautelar Fiscal, não conduz a um mero indeferimento *in limine* do pedido, mas sim à improcedência do pedido cautelar em razão da flagrante ausência de interesse de agir.

Caso não haja aparente plausibilidade do direito (*fumus boni iuris*), não haverá situação hábil a justificar a necessidade de cautela com o direito em discussão, necessária à concessão de medida protetiva de um direito futuro ou paralelo.

Da mesma forma, a ausência de um perigo em se aguardar a morosa e burocrática via da solução judicial, não atrai para si a imposição de tutela jurisdicional cautelar, na medida em que, se não há risco, não há que se adotarem medidas de proteção enquanto a Fazenda Pública se vê impossibilitada de exercer o seu direito de cobrança.

Por fim, a inexistência de constituição definitiva do crédito, muito além de prejudicial ao *fumus boni iuris* da discussão, implica em flagrante ausência do binômio

necessidade-utilidade, uma vez que, se ainda não há dívida, não há necessidade de garantia da exequibilidade do débito que não existe, e ainda não há qualquer utilidade em se congelar a situação jurídica patrimonial do contribuinte que sequer é devedor.

3. DA CONSTITUCIONALIDADE DO INCISO VI DO ARTIGO 2º DA LEI 8.397/1992

Por tudo o que se expôs até o momento no presente estudo, a Medida Cautelar Fiscal encontra amparo no ordenamento jurídico, seja em razão do seu enquadramento no gênero de medidas cautelares previstas pelo legislador ordinário em sede da Lei nº. 5.869/73, seja em função do contexto que justifica a atual necessidade de provimentos cautelares.

Todavia, o ponto nevrálgico da discussão que se incendeia nesta oportunidade, circunda a constitucionalidade da hipótese de cabimento da Medida Cautelar Fiscal, descrita no inciso VI do art. 2º da Lei nº. 8.397/92, quando a situação de suposto risco existente para subsidiar o pedido cautelar, reside no elemento quantitativo da dívida tributária ou não tributária existente.

De acordo com o artigo 2º, inciso VI, da Lei nº 8.397/92:

Art. 2º A medida cautelar fiscal poderá ser requerida contra o sujeito passivo de crédito tributário ou não tributário, quando o devedor: (Redação dada pela Lei nº 9.532, de 1997) [...]

VI - possui débitos, inscritos ou não em Dívida Ativa, que somados ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido; (Incluído pela Lei nº 9.532, de 1997)

Nos termos do referido dispositivo legal, a Medida Cautelar Fiscal poderá ser requerida nos casos em que o contribuinte possuir débitos já definitivamente constituídos, cuja soma ultrapasse 30% (trinta por cento) do seu patrimônio conhecido, considerado aquele objeto de Declaração Anual de Rendimentos para fins de Imposto de Renda.

O dispositivo em comento evidencia que o critério utilizado pelo legislador ordinário pautou-se sobre quesito exclusivamente objetivo, qual seja, o percentual do patrimônio do devedor que, a princípio, estaria comprometido pela obrigação de adimplência dos débitos de natureza tributária ou não tributária com a Fazenda Pública.

Neste diapasão, o mero comprometimento do percentual de 30% do patrimônio conhecido do contribuinte devedor, autoriza, por si só, a deflagração de Medida Cautelar Fiscal com todos os seus sucedâneos.

Inicialmente, em ordem a se delimitar com precisão a norma contida no referido dispositivo legal, cumpre-se chamar atenção para a ausência de especificidade acerca da natureza dos débitos cuja soma totalizam o percentual de 30% suficiente a justificar o cabimento da Medida Cautelar Fiscal.

O legislador ordinário, ao tempo em que legou à União, aos Estados, ao Distrito Federal, aos Municípios e às respectivas autarquias, a competência para ajuizarem Medidas de natureza cautelar fiscal, por outro lado, ficou-se silente acerca da origem das dívidas computadas na soma para fins da constatação da hipótese de cabimento descrita no inciso VI do art. 2º da Lei nº. 8.397/1992.

Em outros termos, não se especificou se, para fins de apuração do comprometimento de 30% do patrimônio conhecido do contribuinte inadimplente, devem-se considerar apenas débitos de mesma origem referentes ao mesmo ente tributante, ou se é considerada a totalidade das dívidas de titularidade do devedor inadimplente.

A literalidade da lei, cuja previsão é a de que a Medida Cautelar Fiscal é cabível quando o devedor possui débitos que ultrapassem 30% do seu patrimônio conhecido, autoriza a conclusão de que todo e qualquer débito, sejam de origem ou natureza distintos, devem ser computados para fins de apuração do referido percentual.

Assim, ao todo, somam-se débitos federais, estaduais, municipais e dívidas existentes perante autarquias de todas as esferas, para fins de cômputo da porcentagem de patrimônio comprometida do contribuinte devedor.

Isso porque, se o intuito da norma é assegurar a exequibilidade de direitos, e garantir o sucesso da arrecadação fiscal por meio de instrumento acautelatório da situação fática de solvência e condições de adimplemento do contribuinte, é razoável que todas as dívidas tributárias e não tributárias para com a Fazenda Pública sejam computadas na

apuração do percentual de patrimônio conhecido do contribuinte devedor efetivamente comprometido.

Afinal, o risco de inadimplência combatido pelo instrumento Cautelar Fiscal evidencia-se conforme maior for o montante de dívidas, independentemente de sua natureza ou origem, existentes sobre um mesmo contribuinte devedor.

Com efeito, porém, a primeira reflexão que se exige da Lei nº. 8.397/1992 é a de que, ao assim prever, o legislador ordinário conferiu legitimidade ativa para que as Fazendas Públicas da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias, concomitantemente inclusive, deflagrem Medidas Cautelares Fiscais em face ao mesmo contribuinte, sob a escusa de que a totalidade de débitos que recaem sobre esse último em todas as esferas do Poder Público, superam 30% de seu patrimônio conhecido.

Reconhece-se, porém, que a legitimidade ativa concorrente dos entes públicos para tanto, permite a adoção da Medida de forma desproporcional ao seu intuito, pois um Município estará autorizado a ajuizar a Medida constritiva de natureza Cautelar e a lançar sobre o contribuinte todos os ônus decorrentes de sua própria natureza acautelatória, quando o contribuinte possuir apenas um único débito municipal cuja monta equivale a 0,1% de seu patrimônio, tão somente porque os demais débitos de outras origens equivalem aos demais 29,9%.

Permitir-se a situação hipotética apresentada tão somente com supedâneo na literalidade da lei, entretanto, não é suficiente, porquanto à luz de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, ainda imperam corolários constitucionais de razoabilidade e de proporcionalidade, os quais foram ponderados pelo legislador ordinário quando da criação da Medida Cautelar Fiscal.

Portanto, a hipótese de cabimento da Medida Cautelar Fiscal descrita pelo inciso VI do art. 2º da Lei nº. 8.397/1992, não se sustenta tão somente sobre o critério objetivo do percentual de patrimônio conhecido do contribuinte comprometido com a totalidade dos débitos existente em seu nome.

A relação percentual entre a totalidade de dívidas existentes e o patrimônio conhecido do contribuinte, não soa suficiente para que a Fazenda Pública possua o justo receio de não vir a ter satisfeito o crédito tributário, para justificadamente lançar sobre o patrimônio do devedor, até o limite da dívida, o ônus de uma constrição como se o processo principal de cobrança já tivesse sido deflagrado.

É dizer, a simples existência de uma dívida, *de per si*, mesmo que seu montante represente percentual superior a 30% em relação patrimônio do contribuinte devedor, não constitui violação a nenhum dispositivo legal, a justificar a imposição de tal gravame.

Para que a proporcionalidade da medida seja preservada sem se esvaziar o intuito da norma, portanto, é necessária a presença de outros atributos que justifiquem a adoção de Medida Cautelar antes ou no curso do processo principal de execução da dívida.

Isso porque, nos termos do que dispõe o artigo 5º, caput e incisos XXII e LIV e o artigo 170, inciso II, da Constituição Federal, o direito à propriedade é garantia constitucional, sendo assegurado que ninguém será privado de seus bens sem o devido processo legal:

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; [...]

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

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;

Assim é que, a despeito de existir fundamento legal para o requerimento de Medida Cautelar Fiscal quando o montante de débitos existente em nome do contribuinte

supera 30% de seu patrimônio conhecido, uma análise mais detida do artigo 2º, inciso VI da Lei nº 8.397/92, sobretudo à luz da Constituição Federal, permite concluir que apenas o critério objetivo quantitativo da dívida não é suficiente para se permitir a deflagração e o deferimento de Medida dessa natureza.

Nos termos do que disciplina o artigo 1228 do Código Civil “*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*”, o que significa dizer, em outras palavras, que o direito de propriedade compreende muito mais do que a simples possibilidade de usar e gozar o bem, compreendendo, sobretudo, o direito de dispor do bem. É essa capacidade, aliás, que distingue a posse da propriedade.

Sobre o tema, pertinentes são as lições de Silvio de Salvo Venosa, *in verbis*:

“Dentro do que foi examinado, o direito de propriedade é o direito mais amplo da pessoa em relação à coisa. Esta fica submetida à senhoria do titular, do dominus, do proprietário, empregando-se esses termos sem maior preocupação semântica. Traduz-se na disposição do art. 524 do Código de 1916: ‘A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem injustamente os possua.’ Ou, como descreve de forma mais atual o novo Código: ‘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’ (art. 1.228).

Trata-se do poder de senhoria de que falamos no início deste livro. O código preferiu descrever de forma analítica os poderes do proprietário (ius utendi, fruendi, abutendi) a definir a propriedade. A síntese dessas faculdades presentes na senhoria sobre a coisa fornece seu sentido global. (...)

A faculdade de usar é colocar a coisa a serviço do titular sem alterar-lhe a substância. O proprietário usa seu imóvel quando nele habita ou permite que terceiro o faça. Esse uso inclui também a conduta estática de manter a coisa em seu poder, sem utilização dinâmica. Usa de seu terreno o proprietário que o mantém cercado sem qualquer utilização. O titular serve-se, de forma geral, da coisa.

Gozar do bem significa extrair dele benefícios e vantagens. Refere-se à percepção de frutos, tanto naturais como civis.

A faculdade de dispor envolve o poder de consumir o bem, alterar-lhe sua substância, aliená-lo ou gravá-lo. É o poder mais abrangente, pois quem pode dispor da coisa dela também pode usar e gozar. Tal faculdade caracteriza efetivamente o direito de propriedade, pois o poder de usar e gozar pode ser atribuído a quem não seja proprietário. O poder de dispor somente o proprietário o possui. [...]” (VENOSA, Silvio de Salvo. Direito Civil, Volume V, Terceira Edição, Editora Atlas, pag. 160 e ss.)

Tem-se, assim, que, para que seja retirado do proprietário o poder de dispor de seus bens, nos termos do que assegura a Constituição Federal, não basta que o contribuinte possua um montante de dívidas com a Fazenda Pública que supere 30% de seu patrimônio conhecido, há que se justificar e se demonstrar o justo receio de que as referidas dívidas quedar-se-ão inadimplentes, caso não se adotem medidas acautelatórias sobre o patrimônio do devedor.

Afinal, mesmo que a literalidade da lei conduza à precoce conclusão de que o mero montante de dívidas em contraposição com o patrimônio conhecido do contribuinte devedor é suficiente para justificar a Medida de natureza Cautelar Fiscal, não se permite a presunção de que, em razão da referida quantificação, o devedor quedar-se-á inadimplente com as obrigações tributárias.

Neste quadro, depurando-se o intuito de fundo da Lei nº. 8.397/1992, percebe-se que o objetivo da norma não é a punição dos sonegadores propriamente dita, mas sim, a segurança de que as Fazendas Públicas Federal, Estadual, Municipal, Distrital ou Autárquica, tenham condições de executarem as dívidas sobre as quais fazem jus, à míngua de qualquer risco de inadimplência pela mutação da situação fática de solvência do contribuinte.

Assim é que a simples existência de débitos em montante superior a 30% do patrimônio, por si só, não justifica o cabimento da Medida Cautelar Fiscal e não ampara qualquer pretensão fazendária para a decretação de indisponibilidade dos bens do contribuinte.

Por essa razão, há quem sustente a inconstitucionalidade da Medida Cautelar Fiscal com fulcro na hipótese de cabimento prevista no inciso VI do art. 2º da Lei nº. 8.397/1992 e, por conseguinte, o próprio descompasso dessa última norma com a

Constituição Federal. Nesse sentido, a saudosa Dra. Cleide Previtalli Cais manifestou seu entendimento:

“Os incisos VI e VII do art. 2.º da Lei 8.397/92, admitem a propositura da medida cautelar fiscal: (a) na hipótese em que o devedor seja responsável por débitos inscritos ou não em dívida ativa, que, somados, ultrapassem trinta por cento do seu patrimônio conhecido (inciso VI); e (b) caso o devedor aliene bens ou direitos sem proceder à devida comunicação ao órgão da Fazenda Pública competente, quando exigível em virtude de lei (inciso VII).

Todavia, esses dispositivos, em nosso entendimento, estão eivados de inconstitucionalidade, na medida em que:

- o inciso VI cerceia o princípio constitucional da legalidade, já que inexiste disposição que, amparada pelas normas constitucionais, possa limitar o giro negocial do contribuinte em relação ao seu patrimônio;
- o inciso VII violenta o princípio constitucional que assegura o direito de propriedade.

A aplicabilidade desses incisos à míngua de qualquer demonstração da prática de ato contrário ao ordenamento jurídico não tem amparo constitucional, eis que, para interpor medida dotada de efeitos tão graves no patrimônio do contribuinte, impõe-se à Fazenda Pública demonstrar a prática de atos ilícitos para fundamentar a sua pretensão.

Não é admissível que a Fazenda Pública, pela simples alienação de bens, venha a presumir a prática de fraude ou o risco de insolvência que poderia levar ao fracasso a propositura de futura execução fiscal contra o contribuinte. Essa norma inverte o ônus da prova, e contraria as normas que vigoram em relação ao regime das medidas cautelares e à antecipação dos efeitos da tutela.”. (CAIS, Cleide Previtalli. O Processo Tributário. 7ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, pag. 633).

Ademais, a arguição de incompatibilidade material do inciso VI do art. 2º da Lei nº. 8.397/1992 com a Constituição Federal, ganha vozes sob o fundamento de que, a possibilidade de ajuizamento de Medida Cautelar Fiscal com o conseqüente bloqueio/indisponibilidade de bens do contribuinte apenas pelo fato de seus créditos tributários ultrapasarem 30% do seu patrimônio, viola o princípio constitucional da legalidade, da segurança jurídica, e os princípios que norteiam a administração, previstos no artigo 37, *caput* da Constituição Federal.

O princípio da legalidade é assegurado pelo artigo 5º, inciso II e 150, inciso I, da Constituição Federal, nos seguintes termos:

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: [...]

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Vale conferir as lições de Luciano Amaro a respeito do princípio da legalidade:

“Proclama o inciso I do art. 150 da Constituição ser vedado exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça. O princípio é informado pelos ideais de justiça e segurança jurídica, valores que poderiam ser solapados se à administração pública fosse permitido, livremente, decidir quando, como e de quem cobrar tributos.”. (AMARO, Luciano. *Direito Tributário Brasileiro*. 8ª edição, Editora Saraiva, 2002, p. 111)

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo que a lei não proíbe, a administração só pode fazer o que a lei antecipadamente autoriza. Donde, administrar é prover aos interesses públicos, assim caracterizados em lei, fazendo-o na conformidade dos meios e formas nela estabelecidos ou particularizados segundo suas disposições.”. (MELLO, Celso Antônio

Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 12ª edição, Malheiros Editores, 2000, p. 76)

Todavia, com o máximo respeito ao coro de inconstitucionalidade do dispositivo legal em comento, pondera-se, no presente trabalho, que a intenção do legislador ordinário jamais foi a de limitar a hipótese de cabimento da Medida Cautelar Fiscal com fulcro tão somente no percentual da totalidade de dívidas do contribuinte em relação ao seu patrimônio.

Conforme dito alhures, é inerente, ao instrumento cautelar, a existência do risco de inadimplência que, em conjunto com a representatividade percentual da dívida em face ao patrimônio global do contribuinte devedor, permite o ajuizamento e o deferimento do provimento Cautelar Fiscal.

Portanto, os indícios de inconstitucionalidade do inciso VI do art. 2º da Lei nº. 8.397/1992, somente vêm à baila quando se interpreta a norma de forma isolada, limitando-se à análise da literalidade da lei.

Afinal, é de comum acordo que, embora seja legítima a existência de uma ferramenta que permita aos Fiscos Federal, Estadual e Municipal assegurar a futura satisfação de crédito tributário em relação ao qual exista justo receio de insolvência, não se mostra legítima a determinação de bloqueio e indisponibilidade do patrimônio dos contribuintes única e exclusivamente em razão do fato de que seus débitos ultrapassam 30% do seu patrimônio, sob pena de violação ao princípio da legalidade, do devido processo legal e do direito de propriedade.

Não é demais lembrar, a propósito, que nas palavras de Roque Antônio Carrazza, os princípios são as “vigas mestras”, os verdadeiros “alicerces” do sistema jurídico. (CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 22ª ed., Malheiros, São Paulo, 2006, p. 38). É por isso que o referido autor, citando a clássica lição do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, afirma que:

“violar um princípio é muito mais grave do que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas

a um específico mandamento obrigatório, mas a todo sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou de inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra.”. (CARRAZZA, Roque Antônio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, 22^a ed., Malheiros, São Paulo, 2006, p. 49)

Todavia, em se tratando de instrumento de natureza cautelar cuja gênese se pautou pela necessidade de repúdio à sonegação fiscal quando há risco de sua ocorrência, a Medida Cautelar Fiscal não permite dúvidas quanto à constitucionalidade do inciso VI do art. 2º da Lei nº. 8.397/1992, porquanto, conforme exposto no presente trabalho, é próprio da natureza acautelatória da Medida a existência de risco a exigir provimento cautelar, sem prejuízo da ocorrência de uma das hipóteses de cabimento prevista pelo legislador ordinário.

Risco este que, por si só, tem o condão de atrair a razoabilidade e a legalidade ao instituto, bem como de se justificar o cumprimento do devido processo legal quando se opera a constrição patrimonial do contribuinte devedor, sob o risco que o percentual de débitos superior a 30% de seu patrimônio conhecido representa.

É dizer, assim, que, além de legítima em razão da expressa previsão legal, a possibilidade de deflagração e acolhimento da Medida Cautelar Fiscal quando o percentual de débitos existentes em nome do contribuinte superar 30% de seu patrimônio conhecido, consente com as normas constitucionais e com os corolários principiológicos antevistos pelo constituinte originário.

Afinal, os contornos das Medidas Cautelares *lato sensu* previstas pelo legislador ordinário no bojo da Lei nº. 5.689/1973, do qual o instrumento cautelar fiscal de que trata a Lei nº. 8.397/1992 é espécie, permitem a adoção de providências cautelares pautadas em cognição sumária, e sobre aquelas jamais se questionou a constitucionalidade.

Ademais, também a prevalência do interesse público sobre o interesse privado ampara a legalidade e a constitucionalidade do inciso VI do art. 2º da Lei nº.

8.397/1992, porquanto, se aos interesses privados é legada a possibilidade de deflagração de Medidas Cautelares para salvaguarda do exercício de direitos diante das mutações fáticas que os envolvem, à Fazenda Pública deve ser reconhecido o direito, tal como feito pela Lei nº. 8.397/1992, ao instrumento cautelar próprio para resguardar o direito de cobrança e a exequibilidade das dívidas para com si, quando há risco de inadimplência das obrigações tributárias por parte dos contribuintes devedores.

Como bem pontuou Américo Luís Martins da Silva, citando o pronunciamento do Senador Maurício Correa (PDT-DF), relator do projeto à época da tramitação pelo Congresso Nacional do Projeto de Lei que culminou na edição da Lei nº. 8.397/1992, deve-se haver o comprometimento com a correção futura de eventuais exageros, ponderando-se a preservação dos direitos de propriedade e de defesa (DA SILVA, Américo Luís Martins. A Execução da dívida ativa da Fazenda Pública. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009. p. 722).

O que não permite, todavia, afirmar que a Medida Cautelar Fiscal, especialmente calcada sobre a situação descrita no inciso VI do art. 2º da Lei nº. 8.397/1992, flerta com a inconstitucionalidade.

Por essas razões, a norma contida no inciso VI do art. 2º da Lei nº. 8.397/1992, a qual prevê a hipótese de cabimento da Medida Cautelar Fiscal, quando o montante de débitos do contribuinte sobejar o percentual de 30% sobre o seu patrimônio conhecido, é constitucional e perfeitamente legítima para amparar a pretensão da Fazenda Pública.

CONCLUSÃO

Conclui-se, por todo o exposto, que apesar de sucinta e ainda pouco usual, a Medida Cautelar Fiscal prevista na Lei nº. 8.397/1992, especialmente no tocante ao inciso VI do art. 2º da Lei nº. 8.397/1992, encontra-se em compasso com a Constituição Federal, e mesmo que alguns ajustes demande, não há que se questionar o direito da Fazenda Pública de deflagrar a referida Medida para salvaguardar o exercício de seu direito de cobrança e a exequibilidade das dívidas, como se provimento cautelar genérico o fosse.

REFERÊNCIAS

DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Salvador, 2009.

THEODORO JR, Humberto. **Processo cautelar**. 24 ed. São Paulo, 2008.

GONÇALVES, Marcos Vinicius Rios. **Novo curso de direito processual civil: execução e processo cautelar**. São Paulo: Saraiva, 2008.

Direito processual civil. Organizador Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes: Edvaldo Costa Barreto Júnior [et al.]. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011. Advocacia pública, v.4.

L. LINS, Marcos Vinicius. **Apostila de Processo Cautelar**, 2008.

DA SILVA, Ovídio Baptista. **As Ações Cautelares e o Novo Processo Civil**. 3a. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

Folha de São Paulo, Seção 1, p. 8 de 25.01.1992.

DA SILVA, Américo Luís Martins. **A Execução da dívida ativa da Fazenda Pública**. 2 ed. ver. atual. e ampl. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2009.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, Volume V, Terceira Edição, Editora Atlas.

CAIS, Cleide Previtalli. **O Processo Tributário**. 7ª Edição, Editora Revista dos Tribunais.

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 8ª edição, Editora Saraiva, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 12ª edição, Malheiros Editores, 2000.

CARRAZZA, Roque Antônio. **Curso de Direito Constitucional Tributário**. 22ª ed., Malheiros, São Paulo, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20. out. 2014.

BRASIL. Código de Processo Civil. Lei nº. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm>. Acesso em 03 nov. 2014.

BRASIL. Lei Ordinária Federal nº. 8.397, de 06 de janeiro de 1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8397.htm>. Acesso em 17 fev. 2015.