



AJUFE

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL

**Arrazoado Técnico.
Devedor Contumaz:
apontamentos acerca do
Projeto de Lei nº 1.646/2019.**

Arrazoado Técnico PL nº 1.646/2019

A **ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL – AJUFE**, entidade de classe de âmbito nacional representativa dos Magistrados Federais, em cumprimento de seu dever institucional de colaborar com o processo legislativo, apresenta para discussão **Arrazoado Técnico**, relacionado ao Projeto de Lei nº 1.646/2019, que trata do chamado “devedor contumaz” e traz alguns mecanismos para o combate dessa prática e fortalecimento da cobrança da dívida ativa.

Objeto: Projeto de Lei nº 1.646/2019.

SUMÁRIO

1. DEVEDOR CONTUMAZ	3
2. CAMINHO DA IMPUNIDADE	4
3. IMPACTOS DA ATUAÇÃO DO DEVEDOR CONTUMAZ NA SOCIEDADE	5
4. INTUITO DO PL Nº 1.646/2019	8
5. SANÇÕES POLÍTICAS CONTRA DEVEDORES CONTUMAZES	11
6. ALGUNS PONTOS CONTROVERTIDOS DO PL Nº 1.646/2019	17
6.1. Legitimidade da fazenda pública em pedir falência	17
6.2. Nova competência do juízo da execução fiscal	20
7. CONSIDERAÇÕES FINAIS	23

1. DEVEDOR CONTUMAZ

A figura do devedor contumaz não se confunde com a do devedor eventual. O exemplo mais comum e que ajuda na compreensão da figura do devedor contumaz é o daquele que declara as vendas realizadas em seu empreendimento, não recolhe os impostos delas decorrentes e, dessa forma, permite-se praticar preços impossíveis para os demais concorrentes.

Esses preços bem mais inferiores só são factíveis em virtude de o devedor contumaz intencionalmente não realizar o recolhimento de tributos. Não havendo esse

recolhimento, essas obrigações terminam por não entrar em sua matriz de custo e, conseqüentemente, permitem-no reduzir seus preços e promover uma concorrência altamente predatória.

O devedor contumaz, portanto, é aquele cuja atuação extrapola os limites da inadimplência, fazendo do ato de burla das obrigações tributárias circunstância primordial do próprio empreendimento. Em outras palavras, ele faz do não pagamento de impostos o seu próprio negócio, o seu diferencial competitivo ou principal estratégia de atuação no mercado. Trata-se, assim, de um inadimplemento deliberado, propositadamente intentado e, dessa forma, impossível de ser visualizado senão sob a ótica da ilicitude.

Para além da inadimplência intencional e sistemática de obrigações tributárias, a conduta do devedor contumaz se espalha também por artifícios outros como o de se valer de falsificações e uso de “laranjas” para mascarar os verdadeiros responsáveis pelo empreendimento e suas fraudes.

E como precisam de tempo para se desvencilhar da atuação do fisco, são caracterizados também pelo uso abusivo de mecanismos protelatórios e temerários no âmbito judicial — notadamente liminares sem que haja patrimônio suficiente para adimplir a obrigação tributária.

Sua atuação envolve, assim, práticas predatórias no mercado, situando-os no âmbito de uma concorrência desleal na medida em que não recolhem os impostos que seus demais concorrentes recolhem. E o fazem aproveitando-se do fato de que, de maneira diversa à sonegação, que constitui crime, o fato de dever tributos não envolve qualquer tipificação nesse sentido. O que repercute, inevitavelmente, na convicção pela prevalência da impunidade e, assim, de que o risco dessa conduta compensa.

2. CAMINHO DA IMPUNIDADE

À luz da legislação atual, a sonegação fiscal pode culminar até mesmo em prisão, já que devidamente tipificada a conduta (Lei nº 4.729/1965). Por outro lado, o mero inadimplemento de tributos não constitui crime — a despeito de repercutir resultado semelhante ao da sonegação, que é a de perda de arrecadação.

Trata-se, assim, do elemento talvez determinante para fazer suscitar a atratividade pelo inadimplemento proposital. Especialmente pela perspectiva de

inexistência de uma punição mais severa à semelhança da sonegação — e pela percepção de ser um ambiente mais fecundo à impunidade. Dessa forma, o devedor contumaz, diferentemente do sonegador, informa as operações por ele realizadas, já que desejoso de não ser enquadrado em crime de sonegação fiscal — não obstante optar por não adimplir as obrigações tributárias a elas relacionadas.

O devedor contumaz também se aproveita da morosidade em processos administrativos e judiciais. Ao longo desse transcurso temporal, o patrimônio que seria suficiente para o pagamento da obrigação tributária se esvai — e, se a fiscalização tributária logra reiteradamente êxito em sua condenação, também quase sempre se envereda na lógica do “ganha mas não leva”: o devedor contumaz dificilmente apresenta capital e/ou ativos para honrar suas obrigações tributárias.

O transcurso do procedimento administrativo para cobrança de créditos tributários é muito demorado. Inicia-se com o próprio fisco tentando a cobrança, fazendo-o mediante os diversos mecanismos que lhe são permitidos como cartas de cobrança e ameaças de multas. Entretanto, como ínsito à índole do devedor contumaz, ele não realiza o pagamento em qualquer dessas circunstâncias.

A partir do exaurimento da via administrativa, tem-se início do périplo pela via judicial, podendo passar pelas suas diversas instâncias mediante a multiplicidade de recursos cabíveis, especialmente aqueles de nítida índole protelatória. Em acréscimo ao período em que o crédito tramitou na esfera administrativa, todo esse procedimento poderá durar mais de 10 (dez) anos, algumas vezes mais de 15 (quinze) anos, ao passo que, quando de seu trânsito em julgado, já não há mais como reaver o crédito tributário.

Ao final desse longo período, é comum a Justiça descobrir que a empresa não tem patrimônio, ou que se faz representada legalmente por pessoas que atuam tão somente na condição de “laranjas” e, ainda, a constatação inequívoca de que o crédito tributário jamais será pago.

Isto porque, no transcurso de toda essa tramitação do processo de cobrança, de criação de obstáculos e de estabelecimento de chicanas processuais, o que se verifica recorrentemente é a mudança societária, migrando os antigos sócios para dar lugar a novos “sócios laranjas”. Enquanto isso, os antigos sócios se dedicam à

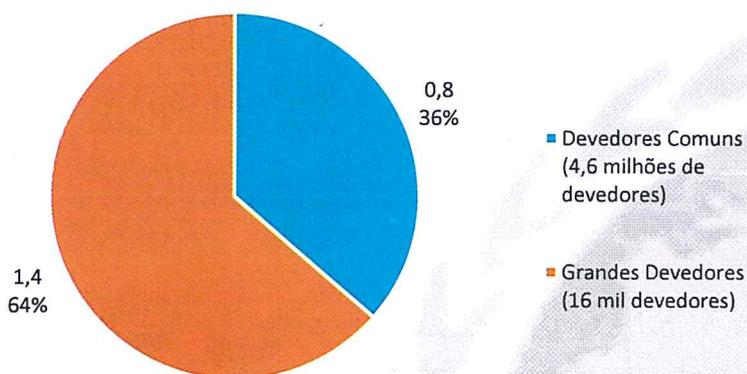
fundação de novo estabelecimento empresarial, nos mesmos termos da empresa tornada insolvente.

Trata-se, assim, de um ciclo vicioso que culmina por deteriorar cada vez mais não apenas o ambiente concorrencial de negócios mas, ainda, a própria sustentabilidade das finanças do Estado. Grassando em um contexto de responsabilização leve, sem penalizações severas à semelhança do que acontece em crimes de sonegação fiscal, a percepção de impunidade sacramenta o atrativo à prática do devedor contumaz.

3. IMPACTOS DA ATUAÇÃO DO DEVEDOR CONTUMAZ NA SOCIEDADE

Em dezembro de 2018¹ o estoque da Dívida Ativa da União girava em torno de R\$ 2,2 trilhões, correspondentes a débitos de 4,6 milhões de contribuintes. Desse total, R\$ 1,4 trilhão são devidos por apenas 16 mil grandes devedores, assim consideradas as pessoas físicas ou jurídicas cujo débito consolidado supera R\$ 15 milhões.

Grandes Devedores
Dívida Ativa da União (R\$ trilhões)



¹ PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. Projeto de Lei nº 1.646/2019: medidas de combate a devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa. Procuradoria-Geral Adjunta de Gestão da Dívida Ativa da União e do FGTS. Brasília, 22 de março de 2019. Disponível em: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-destaques/previdencia_pgfn.pdf. Acesso em 20/09/2019.

Parte considerável dessa dívida ativa provém dos devedores contumazes. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional² estima as perdas com esses devedores entre R\$ 30 bilhões e R\$ 40 bilhões por ano.

A prática de inadimplemento proposital das obrigações tributárias por parte do devedor contumaz repercute em três frentes bastante perniciosas para a sociedade: a deterioração do ambiente concorrencial do mercado, a carência de recursos para investimento e manutenção dos serviços públicos e, ainda, a necessidade de incremento da carga tributária como forma de compensação do tributo não recolhido.

Quanto ao primeiro aspecto, é notável a existência de um ciclo vicioso: a figura do devedor contumaz cria uma grave distorção no ambiente concorrencial, levando contribuintes honestos à falência em virtude da impossibilidade de competirem em nível de igualdade com o devedor contumaz. Contudo, a retirada do mercado de contribuintes honestos acaba por reduzir a arrecadação estatal — forçando a um seu incremento com vistas a manutenção das atividades do governo. Por sua vez, com a elevação dessa carga tributária, incentiva-se a própria conduta de devedor contumaz, viciosa em circunstâncias de tributação excessiva.

Quanto ao segundo aspecto, destaca-se que as perdas em termos de arrecadação repercutem na própria insuficiência de recursos para as atividades essenciais do Estado, notadamente as áreas de educação, saúde e segurança pública — algo que deteriora os indicadores sociais e de desenvolvimento humano.

Essas perdas em termos de arrecadação também repercutem na insuficiência de recursos para investimento do Estado, como para o estabelecimento de infraestrutura, a construção de obras públicas e o fomento industrial — algo que deteriora a qualidade do ambiente negocial do país e seus indicadores econômicos.

Quanto ao terceiro aspecto, visando compensar as perdas em termos de arrecadação, o Estado acaba pressionado a aumentar ainda mais a carga tributária e, conseqüentemente, termina penalizando os contribuintes honestos. Acompanhada a essa penalização dos bons pagadores, assoma-se a dificuldade do exercício da atividade econômica, até que a economia se deprima — como é o caso em circunstâncias nas quais a carga tributária é muito elevada.

² Dados disponíveis em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2019-03/dividas-com-uniao-passam-de-r-2-trilhoes-44-sao-irrecuperaveis> Acesso em 20/09/2019.

Essa atuação dos devedores contumazes mostra-se ainda mais perniciosa em setores da economia com elevada carga tributária e margens de lucro estreitas. Em razão dessa pequena possibilidade de expansão do lucro, há grande atratividade em se aderir à prática deliberada de não pagar os tributos. E, a partir desse não pagamento, reduzir o preço de produtos para aniquilar concorrência e/ou aumentar as margens de lucro do negócio.

Ilustram essa situação os setores de cigarro, gasolina, cerveja e refrigerantes. Com cargas tributárias elevadas, as margens de lucro desses setores acabam bastante estreitas — ambiente fecundo para a atuação de devedores contumazes agirem de maneira predatória nesses mercados, mediante concorrência desleal de rebaixar preços valendo-se do fato de não recolherem os tributos devidos.

Dessa forma, o não pagamento de tributos possibilita a venda a preços impraticáveis no mercado. Algo que deflui: i) no impedimento da justa competição entre os agentes econômicos, ii) na distorção grave do ambiente de negócios, iii) na inviabilização do exercício da livre concorrência e, iv) na pressão para que os contribuintes honestos acabem saindo do mercado.

Trata-se, assim, de um ciclo vicioso que se retroalimenta e redundando em um ambiente negocial cada vez mais hostil aos bons contribuintes e sedutor para a prática perpetradas pelos devedores contumazes de não pagamento das obrigações tributárias.

Há, assim, grave vulneração dos princípios constitucionais da livre concorrência (art. 170, IV, da CF/88) e da liberdade de iniciativa (art. 1º, IV, e art. 170, *caput*, ambos da CF/88), o que demanda algum tipo de instrumento capaz de refrear a atuação desses devedores contumazes — sob pena de acarretar essa multiplicidade de consequências deletérias para a sociedade. Trata-se do intento, em âmbito federal, do PL nº 1.646/2019.

4. INTUITO DO PL Nº 1.646/2019

O intuito do Projeto de Lei nº 1.646/2019 envolve o estabelecimento de mecanismos de combate ao devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da Dívida Ativa. Trata-se de um projeto de lei que busca suprir lacuna existente na legislação federal para o combate dessa prática, já bastante enfrentada por

regramentos estaduais — notadamente dedicados à prática de devedores contumazes quanto ao ICMS.

Para além da concepção teórica da figura do devedor contumaz, o PL nº 1.646/2019 estabelece, em suas disposições, balizas para seu enquadramento. Primeiramente, descreve-o como o contribuinte cujo comportamento fiscal se caracteriza pela inadimplência substancial e reiterada de tributos — complementando objetivamente o enquadramento com a discriminação do quanto seria essa inadimplência substancial e reiterada: a existência de débitos inscritos ou não em Dívida Ativa da União em valor igual ou superior a R\$ 15 milhões, mantendo-se essa irregularidade por período igual ou superior a um ano. A irregularidade é caracterizada como quando não há garantia ou exigibilidade suspensa do crédito tributário.

Projeto de Lei nº 1.646, de 2019

Art. 1º Esta Lei estabelece medidas para o combate ao devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa.

Parágrafo único. Considera-se devedor contumaz o contribuinte cujo comportamento fiscal se caracteriza pela inadimplência substancial e reiterada de tributos.

Art. 2º Os órgãos da administração tributária da União poderão instaurar procedimento administrativo para caracterização e aplicação de restrições administrativas ao devedor contumaz, quando houver:

I - indícios de que a pessoa jurídica tenha sido constituída para a prática de fraude fiscal estruturada, inclusive em proveito de terceiros;

II - indícios de que a pessoa jurídica esteja constituída por interpostas pessoas que não sejam os verdadeiros sócios ou acionistas ou o verdadeiro titular, na hipótese de firma individual;

III - indícios de que a pessoa jurídica participe de organização constituída com o propósito de não recolher tributos ou de burlar os mecanismos de cobrança de débitos fiscais; ou

IV - indícios de que a pessoa física, devedora principal ou corresponsável, deliberadamente oculta bens, receitas ou direitos, com o propósito de não recolher tributos ou de burlar os mecanismos de cobrança de débitos fiscais.

§ 1º Para fins do procedimento de que trata o caput, considera-se inadimplência substancial e reiterada de tributos a existência de débitos, em nome do devedor ou das pessoas físicas ou jurídicas a ele relacionadas, inscritos ou não em dívida ativa da União, de valor igualou superior a R\$ 15.000.000,00 (quinze milhões de reais), em situação irregular por período igualou superior a um ano.

§ 2º Considera-se em situação irregular o crédito tributário que não esteja garantido ou com exigibilidade suspensa, observado o disposto no art. 206 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966 - Código Tributário Nacional.

§ 3º O valor estabelecido no § 1º poderá ser atualizado em ato do Ministro de Estado da Economia.

Há ainda, em conformidade ao quanto descrito no art. 2º do PL n 1.646/2019, quatro circunstâncias que deverão restar caracterizadas para que se dê início ao procedimento administrativo para avaliação e aplicação de restrições administrativas ao devedor contumaz:

Inadimplência substancial e reiterada (em valor superior a R\$ 15 milhões e irregular por mais de 1 ano) deve estar acompanhada por uma das seguintes caracterizações:

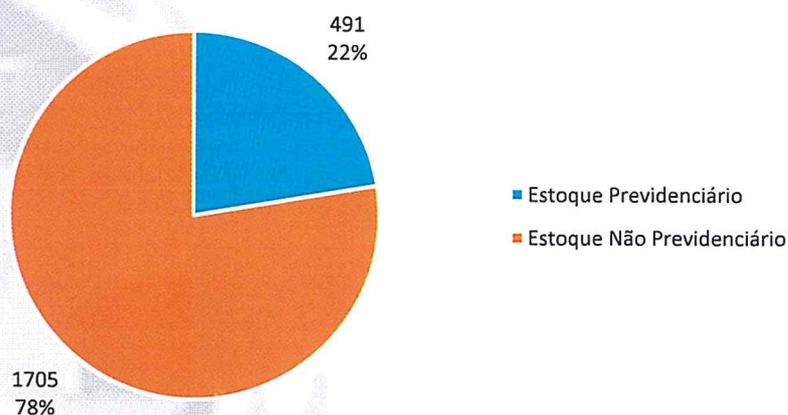
- i) Indícios de que a pessoa jurídica foi constituída com o propósito específico de realizar a fraude fiscal estruturada;
- ii) Indícios de que a pessoa jurídica tenha sido constituída por “laranjas”, e não pelos seus verdadeiros sócios ou titulares;
- iii) Indícios de participação da pessoa jurídica em organização destinada a não recolher tributos ou burlar os mecanismos de cobrança;
- iv) Indícios de que a pessoa física devedora principal ou corresponsável atue ocultando bens, receitas ou direitos, no intuito de não recolher tributos ou burlar os mecanismos de cobrança;

Coloca-se, assim, o PL nº 1.646/2019 como importante instrumento para que a União disponha de mecanismo capaz de combater a figura do devedor contumaz — algo especialmente necessário em razão dos esforços fiscais que vem sendo empreendidos para equilibrar as contas federais, notadamente para minorar os déficits crescentes nas contas previdenciárias.

Parte substancial do estoque de dívida ativa da União é decorrente das contribuições previdenciárias, conforme dados da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional³ abaixo ilustrados:

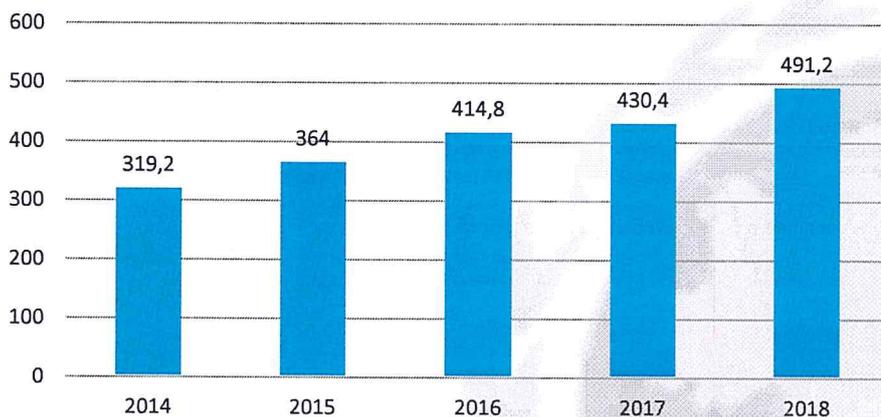
³ PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL. Projeto de Lei nº 1.646/2019: medidas de combate a devedor contumaz e de fortalecimento da cobrança da dívida ativa. Procuradoria-Geral Adjunta de Gestão da Dívida Ativa da União e do FGTS. Brasília, 22 de março de 2019. Disponível em: http://www.pgfn.fazenda.gov.br/arquivos-destaques/previdencia_pgfn.pdf. Acesso em 20/09/2019.

Estoque da Dívida Ativa da União (em R\$ bilhões)



Para além de ser fração importante do montante total de Dívida Ativa da União, o estoque previdenciário mostra-se ainda crescente nos últimos anos. Algo, portanto, que inspira a preocupação em ao menos estabilizá-lo, sob pena de crescente necessidade de se reverter em prol da previdência recursos que seriam destinados para despesas básicas (saúde, educação e segurança pública) e investimentos.

Evolução do Estoque Previdenciário na Dívida Ativa da União (R\$ bilhões)



Em consonância à preocupação crescente quanto às finanças da União, o PL nº 1.646/2019 insere-se no mosaico de medidas que almejam recolocar essas finanças do Estado brasileiro em ordem, de maneira a recobrar a capacidade do país de investimento e de prestação de serviços. E, para tanto, vale-se de mecanismos que

trazem à tona sanções políticas aplicáveis aos devedores contumazes — algo ainda controverso na jurisprudência nacional.

5. SANÇÕES POLÍTICAS CONTRA DEVEDORES CONTUMAZES

Compreendem-se como sanções políticas atos e normas que visam constranger o contribuinte a adimplir suas obrigações tributárias — fazendo-o mediante vias outras que não a do procedimento normal de cobrança dos débitos tributários, mediante ação de execução fiscal. O STF já fez uma caracterização de sanções políticas em matéria de cobrança de créditos tributários quando do julgamento da ADI nº 173:

[...] 2. Alegada violação do direito fundamental ao livre acesso ao Poder Judiciário (art. 5º, XXXV da Constituição), na medida em que **as normas impedem o contribuinte de ir a juízo discutir a validade do crédito tributário. Caracterização de sanções políticas, isto é, de normas enviesadas a constranger o contribuinte, por vias oblíquas, ao recolhimento do crédito tributário.** [...]

(STF. ADI nº 173-6/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, Data de Julgamento: 25/09/2008, Data de Publicação: 20/03/2009) (grifo acrescido)

As sanções políticas, portanto, envolvem medidas alternativas à execução fiscal intentadas como forma de pressionar os contribuintes à realização do adimplemento da obrigação tributária.

Exemplos de sanções políticas aplicadas até que o contribuinte realize o pagamento do tributo são diversas, destacando-se: interdição de estabelecimentos empresarial, condicionamento da prática de atos da vida civil e empresarial ao adimplemento do tributo, apreensão de mercadorias, impedimento de expedição de alvará de funcionamento, proibição de exercício da atividade profissional, proibição de despache alfandegário, vedação de acesso a programas de parcelamento de dívida tributária ou fruição de determinados benefícios fiscais, dentre diversos outros.

O Supremo Tribunal Federal (STF) tem uma posição historicamente consolidada quanto à proibição de sanções políticas para a cobrança de tributos. Trata-se de uma visão fundada na concepção de que as sanções políticas a contribuintes que devem ao fisco encontram-se dissonantes de princípios fundamentais como: i) a liberdade para exercício de atividades econômicas lícitas, ii) a observância do devido

processo legal substantivo (necessidade de proporcionalidade e razoabilidade das medidas gravosas que se dispõem a substituir os mecanismos de cobrança de crédito tributário) e iii) a observância do devido processo legal (necessidade de se garantir ao contribuinte o acesso às vias administrativa e judicial de discussão do débito tributário antes de qualquer tipo de sanção).

As sanções políticas, portanto, prestar-se-iam como mecanismos alternativos à ação de execução fiscal e à medida cautelar fiscal para reaver tributos de contribuintes devedores. Contudo, ao fulminar direitos dos contribuintes vistos como fundamentais (devido processo legal, ampla defesa, contraditório, presunção de inocência, liberdade de iniciativa e proporcionalidade, a qual determina que qualquer restrição a direito fundamental seja razoável), terminam por serem situadas como inconstitucionais.

Trata-se de um entendimento inclusive cristalizado por meio de três súmulas, as quais preconizam, em suma, a proibição de qualquer ato fiscal com o objetivo de inibir as atividades do contribuinte para constrangê-lo a realizar o adimplemento das obrigações tributárias devidas.

São elas: a Súmula nº 70, que impede a interdição do estabelecimento; a Súmula nº 323, que impede a apreensão de mercadorias; e a Súmula nº 547, que impede a proibição do contribuinte de adquirir estampilhas, despachar mercadorias nas alfândegas e exercer suas atividades profissionais:

Súmula nº 70 do STF

É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo.

Súmula nº 323 do STF

É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos.

Súmula nº 547 do STF

Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais.

Tratam-se de súmulas que visam, sobretudo, impedir que o Estado constranja o contribuinte ao pagamento de tributos sem que se lhe permita ao menos o contraditório e o devido processo legal. Ao vedar a adoção dessas sanções políticas por parte do fisco, impede-se que o contribuinte sofra restrição severa em sua

atividade empresarial como elemento de pressão para o adimplemento da obrigação tributária.

Entretanto, tratam-se de concepções erigidas para a figura do devedor comum, do devedor eventual — e não necessariamente para a figura do devedor contumaz, que é aquele cuja atuação alicerça-se na obtenção de vantagens econômicas a partir do inadimplemento deliberado da obrigação tributária. Algo que suscita a discussão quanto à aplicabilidade dessas súmulas para a figura desse devedor contumaz. A proteção das súmulas envolve agentes econômicos idôneos.

Assim, é preciso demarcar que essas súmulas jamais disseram que o Estado estaria impedido de adotar medidas contra empresas inidôneas e que se constituam para a prática de ilícitos. Nesta senda, por intermédio da ponderação de princípios, o STF tem entendido o seguinte: para aquelas empresas que se instalam visando, de forma reiterada e injustificada, deixar de realizar o adimplemento de obrigações tributárias, um tratamento diferenciado por parte do fisco ser-lhes-ia aplicável. Tratamento este com o intuito de inibir o comportamento dos devedores contumazes:

[...] 3. Esta Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (art. 170, par. ún., da Constituição), a violação do devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se dispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição. É inequívoco, contudo, que **a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal não serve de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária. Não há que se falar em sanção política se as restrições à prática de atividade econômica objetivam combater estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial.** Para ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não-razoável. [...]

(STF. ADI nº 173-6/DF, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Plenário, Data de Julgamento: 25/09/2008, Data de Publicação: 20/03/2009) (grifo acrescido)

A despeito de não usar especificamente a expressão “devedores contumazes”, o STF faz, nesse julgado, caracterização que delimita os aspectos essenciais do devedor contumaz que são “estruturas empresariais que têm na inadimplência tributária sistemática e consciente sua maior vantagem concorrencial”.

Visualiza-se, portanto, o permissivo para que medidas alternativas sejam postas em ação para a específica circunstância do devedor contumaz, já que sua posição não decorre de eventual incapacidade de adimplir suas obrigações tributárias — mas sim de um posicionamento intencional, deliberado para o inadimplemento.

Outro não é o posicionamento da magistratura federal, simbolizado pelo enunciado do Fórum Nacional de Concorrência e Regulação (FONACRE), o qual estabelece a inaplicabilidade dos três verbetes sumulares do STF ao devedor contumaz:

Enunciado nº 4 do I FONACRE

Nos casos de devedores contumazes, não são aplicáveis as Súmulas 70, 323 e 547 do STF (Aprovado no I FONACRE).

Destaca-se também, no âmbito de deliberações do FONACRE, a percepção de que se faz necessário um grau maior de cautela para as circunstâncias em que se concede medidas liminares tributárias, que são instrumentos essenciais para a continuidade das atividades de devedores contumazes:

Enunciado nº 23 do III FONACRE

O Poder Judiciário deve agir com cautela, se possível ouvindo a Fazenda Pública, e evitar a concessão de medidas liminares tributárias sem o devido recolhimento dos montantes questionados ou depósito em dinheiro para garantia do juízo, nas demandas judiciais em que sejam identificados indícios de:

- 1) reiterada prática evasiva pelo agente econômico demandante;
- 2) atuação do demandante em mercados que reconhecidamente possuam elevada carga tributária e baixa margem de lucro; e
- 3) risco significativo de ganho de participação de mercado pelo demandante relacionado diretamente ao não recolhimento de tributos.

Há, assim, uma tendência jurisprudencial para que se admita, em relação ao devedor contumaz, o estabelecimento de uma diversidade de opções outras que não a execução fiscal propriamente dita como meio de compeli-los ao adimplemento das obrigações tributárias.

Neste sentido perfilha-se o PL nº 1.646/2019 quando, em seu art. 3º, estabelece restrições administrativas possíveis ao contribuinte caracterizado, após procedimento administrativo próprio, como devedor contumaz. Preveem-se duas restrições: o cancelamento do seu cadastro fiscal e o impedimento de fruição de qualquer benefício fiscal pelo prazo de dez anos. Tratam-se inclusive de restrições aplicáveis a pessoas físicas e jurídicas ao devedor principal relacionadas.

Projeto de Lei nº 1.646, de 2019

Art. 3º Ao final do procedimento de que trata o caput do art. 22, comprovados os motivos que deram origem à sua instauração, o contribuinte caracterizado como devedor contumaz poderá sofrer, isolada ou cumulativamente, as seguintes restrições administrativas:

I - cancelamento do cadastro fiscal do contribuinte pessoa jurídica ou equivalente; e

II- impedimento de fruição de quaisquer benefícios fiscais, pelo prazo de dez anos, inclusive de adesão a parcelamentos, de concessão de remissão ou de anistia e de utilização de créditos de prejuízo fiscal ou de base de cálculo negativa da Contribuição Social sobre o Lucro Líquido - CSLL para a quitação de tributos. [...]

§ 2º As restrições administrativas previstas no caput poderão ser aplicadas em face do devedor principal e das pessoas físicas ou jurídicas a ele relacionadas, conforme o caso.

A disposição contida no inciso II do art. 3º desse PL nº 1.646/2019, que impede a adesão a parcelamentos para a circunstância em que caracterizado determinado contribuinte como devedor contumaz, também se encontra em sintonia do quanto deliberado no FONACRE. Conforme Recomendação nº 06, programas de parcelamento não podem acobertar ou incentivar o devedor contumaz:

Recomendação nº 6 do I FONACRE

Programas de parcelamento não podem acobertar ou incentivar o devedor contumaz. (Aprovado no I FONACRE).

Tratam-se, portanto, de disposições importantes na medida em que atingem parcialmente a viabilização do próprio empreendimento do devedor contumaz — e, assim, especialmente no que tange à previsão de que as medidas poderão atingir pessoas físicas e jurídicas, culmina por transformar a postura deliberada de não pagamento de tributos como menos atrativa e, sobretudo, mais perigosa aos interesses do devedor.

6. ALGUNS PONTOS CONTROVERTIDOS DO PL Nº 1.646/2019

Não obstante o PL nº 1.646/2019 busque instituir diversos mecanismos que proporcionem um aumento da arrecadação, especialmente em relação aos devedores contumazes, é importante pontuar que algumas disposições propostas enfrentam temas bastante controversos na seara do direito falimentar e recuperacional.

Nesse sentido, pode-se citar os seguintes dispositivos: i) o §3º do art. 5º, do PL nº 1.646/2019 — que desafia o atual entendimento majoritário acerca da legitimidade das fazendas públicas em pedir falências de devedores tributários; e ii) o novo parágrafo único do art. 5º, da Lei nº 6.830/1980 — que estabelece uma nova competência ao juízo da execução fiscal não pacificada na jurisprudência pátria.

6.1. LEGITIMIDADE DA FAZENDA PÚBLICA EM PEDIR FALÊNCIA

Em relação ao primeiro ponto controvertido, o art. 5º, §3º, do PL em questão apresenta o seguinte teor:

Projeto de Lei nº 1.646, de 2019

Art. 5º A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional do Ministério da Economia, para recuperar créditos inscritos em dívida ativa que, a critério da autoridade fazendária, sejam classificados como irrecuperáveis ou de difícil recuperação e desde que inexistentes indícios de esvaziamento patrimonial fraudulento, poderá conceder descontos de até cinquenta por cento sobre o valor total consolidado da dívida, para pagamento à vista ou em até sessenta parcelas mensais.

§ 3º O não pagamento do valor à vista ou de três parcelas devidas, consecutivas ou alternadas, implicará o cancelamento imediato dos descontos concedidos e a cobrança integral da dívida, deduzidos os valores já pagos, e a **Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional do Ministério da Economia poderá requerer a convalidação da recuperação judicial em falência ou ajuizar ação de falência, conforme o caso.**

Ainda que essa disposição seja restrita aos casos de créditos irrecuperáveis ou de difícil reparação, convém indicar que esse tema acerca legitimidade da Fazenda Pública em requerer falência é bastante controvertido.

Parte da doutrina, capitaneada, principalmente, por Fábio Konder Comparato, não vislumbra qualquer óbice no ordenamento jurídico para que as fazendas públicas possam pedir a falência de devedores tributários, além de entender que as fazendas possuem, sim, interesse econômico para tanto.

Por outro lado, a maior parte da doutrina, em síntese, defende que as fazendas públicas não têm legitimidade, nem interesse de agir para apresentar pedidos de falência — isto por causa do princípio da preservação da empresa, o qual deve ser protegido pelo Estado. Aliás, esse entendimento dominante foi sintetizado no Enunciado 56, da I Jornada de Direito Comercial do CJF. Confira-se:

Enunciado nº 56 do I Jornada de Direito Comercial do CJF

A Fazenda Pública não possui legitimidade ou interesse de agir para requerer a falência do devedor empresário.

Somado a isso, é importante ressaltar também que a jurisprudência do STJ consolidou-se nesse mesmo sentido da doutrina majoritária. Vejam-se alguns precedentes (cujos grifos foram acrescidos):

PROCESSO CIVIL. PEDIDO DE FALÊNCIA FORMULADO PELA FAZENDA PÚBLICA COM BASE EM CRÉDITO FISCAL. ILEGITIMIDADE. FALTA DE INTERESSE. DOCTRINA. RECURSO DESACOLHIDO.

I - **Sem embargo dos respeitáveis fundamentos em sentido contrário, a Segunda Seção decidiu adotar o entendimento de que a Fazenda Pública não tem legitimidade, e nem interesse de agir, para requerer a falência do devedor fiscal.**

II - Na linha da legislação tributária e da doutrina especializada, a cobrança do tributo é atividade vinculada, devendo o fisco utilizar-se do instrumento afetado pela lei à satisfação do crédito tributário, a execução fiscal, que goza de especificidades e privilégios, não lhe sendo facultado pleitear a falência do devedor com base em tais créditos.

(STJ. REsp 164.389/MG, Rel. Ministro CASTRO FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/08/2003, DJ 16/08/2004, p. 130)

Tributário e comercial. Crédito tributário. Protesto prévio. Desnecessidade. Presunção de certeza e liquidez. Art. 204 do Código Tributário Nacional. Fazenda Pública. Ausência de legitimação para requerer a falência do comerciante contribuinte. Meio próprio para cobrança do crédito tributário. Lei de execuções fiscais. Impossibilidade de submissão do crédito tributário ao regime de concurso universal próprio da falência. Arts. 186 e 187 do CTN.

I – A Certidão de Dívida Ativa, a teor do que dispõe o art. 204 do CTN, goza de presunção de certeza e liquidez que somente pode ser afastada mediante apresentação de prova em contrário.

II – A presunção legal que reveste o título emitido unilateralmente pela Administração Tributária serve tão somente para aparelhar o processo executivo fiscal, consoante estatui o art. 38 da Lei 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais).

III – Dentro desse contexto, revela-se desnecessário o protesto prévio do título emitido pela Fazenda Pública.

IV – Afigura-se impróprio o requerimento de falência do contribuinte comerciante pela Fazenda Pública, na medida em

que esta dispõe de instrumento específico para cobrança do crédito tributário.

V – Ademais, revela-se ilógico o pedido de quebra, seguido de sua decretação, para logo após informar-se ao Juízo que o crédito tributário não se submete ao concurso falimentar, consoante dicção do art. 187 do CTN. VI – O pedido de falência não pode servir de instrumento de coação moral para satisfação de crédito tributário. A referida coação resta configurada na medida em que o art. 11, § 2.º, do Decreto-lei 7.661/45 permite o depósito elisivo da falência.

VII – Recurso especial improvido.

(STJ, REsp 287.824/MG, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 20.02.2006, p. 205).

TRIBUTÁRIO E COMERCIAL. CRÉDITO TRIBUTÁRIO. FAZENDA PÚBLICA. AUSÊNCIA DE LEGITIMIDADE PARA REQUERER A FALÊNCIA DE EMPRESA.

1. A controvérsia versa sobre a legitimidade de a Fazenda Pública requerer falência de empresa.

2. O art. 187 do CTN dispõe que os créditos fiscais não estão sujeitos a concurso de credores. Já os arts. 5º, 29 e 31 da LEF, a fortiori, determinam que o crédito tributário não está abrangido no processo falimentar, razão pela qual carece interesse por parte da Fazenda em pleitear a falência de empresa.

3. Tanto o Decreto-lei n. 7.661/45 quanto a Lei n. 11.101/2005 foram inspirados no princípio da conservação da empresa, pois preveem respectivamente, dentro da perspectiva de sua função social, a chamada concordata e o instituto da recuperação judicial, cujo objetivo maior é conceder benefícios às empresas que, embora não estejam formalmente falidas, atravessam graves dificuldades econômico-financeiras, colocando em risco o empreendimento empresarial.

4. O princípio da conservação da empresa pressupõe que a quebra não é um fenômeno econômico que interessa apenas aos credores, mas sim, uma manifestação jurídico-econômica na qual o Estado tem interesse preponderante.

5. Nesse caso, o interesse público não se confunde com o interesse da Fazenda, pois o Estado passa a valorizar a importância da iniciativa empresarial para a saúde econômica de um país. Nada mais certo, na medida em que quanto maior a iniciativa privada em determinada localidade, maior o progresso econômico, diante do aquecimento da economia causado a partir da geração de empregos.

6. Raciocínio diverso, isto é, legitimar a Fazenda Pública a requerer falência das empresas inviabilizaria a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, não permitindo a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores, tampouco dos interesses dos credores, desestimulando a atividade econômico-capitalista. Dessarte, a Fazenda poder requerer a quebra da empresa implica incompatibilidade com a ratio essendi da Lei de Falências, mormente o princípio da conservação da empresa, embaçador da norma falimentar.

Recurso especial improvido.

(STJ. REsp 363.206/MG, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 21/05/2010)

Diante disso, percebe-se que o art. 5º, §3º, do PL nº 1.646/2019 desafia o entendimento preponderante acerca da possibilidade de a Fazenda Nacional pedir falência de devedores tributários — excepcionalmente, para os casos dos devedores de créditos irrecuperáveis ou de difícil recuperação que deixem de pagar os descontos concedidos com fulcro no *caput* do supracitado artigo.

6.2. NOVA COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO FISCAL

No tocante à segunda controvérsia suscitada, o art. 7º, do PL nº 1.646/2019, propõe uma nova redação ao *caput* do art. 5º, da Lei nº 6.830/1980, bem como a inclusão de um novo parágrafo único nos seguintes termos (grifo acrescido):

Projeto de Lei nº 1.646, de 2019

Art. 7º A Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 5º A competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro Juízo, inclusive o da falência, da recuperação judicial, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário.

Parágrafo único. Compete ao Juízo da execução fiscal determinar a constrição e a alienação de bens de devedor em recuperação judicial.” (NR)

O novo *caput* do art. 5º serve apenas para incluir a recuperação judicial na redação do dispositivo, visto que esse instituto não existia na data de promulgação da referida lei.

Porém, convém chamar atenção à inclusão do supracitado parágrafo único em destaque. Isso porque, embora ainda haja bastante divergência, boa parte da jurisprudência tende a entender que o juízo da execução fiscal não pode determinar a constrição e alienação de bens de devedor em recuperação judicial. A competência para tanto seria, exclusivamente, do juízo universal da recuperação judicial.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) possui diversos precedentes nesse sentido, sendo que, inclusive, esse entendimento já foi publicado na Edição nº 37, da Jurisprudência em Teses do STJ, por meio de seu enunciado nº 8 de seguinte teor:

8) O deferimento da recuperação judicial não suspende a execução fiscal, mas os atos que importem em constrição ou alienação do patrimônio da recuperanda devem se submeter ao juízo universal.

A título de ilustração, veja a ementa de um dos acórdãos que compôs esse enunciado:

AGRAVO REGIMENTAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. DEFERIMENTO DO PEDIDO LIMINAR PARA DETERMINAR QUE, NOS AUTOS DA EXECUÇÃO FISCAL, O JUÍZO DA VARA DO TRABALHO ABSTENHA-SE DE PRATICAR ATOS EXECUTÓRIOS QUE IMPORTEM NA CONSTRIÇÃO OU ALIENAÇÃO DE BENS DA EMPRESA SUSCITANTE E DESIGNAR O JUÍZO DE DIREITO EM QUE SE PROCESSA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL PARA DECIDIR, EM CARÁTER PROVISÓRIO, AS MEDIDAS URGENTES.

CONFLITO EM QUE SE DISCUTE A DESTINAÇÃO DO PATRIMÔNIO DE EMPRESA SOB RECUPERAÇÃO. COMPETÊNCIA DA SEGUNDA SEÇÃO. PRECEDENTES. DEFERIMENTO DO PROCESSAMENTO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. NÃO SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO FISCAL, DEVENDO-SE, TODAVIA, SUBMETER A PRETENSÃO CONSTRITIVA DIRECIONADA AO PATRIMÔNIO DA EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL AO JUÍZO UNIVERSAL. ENTENDIMENTO PERFILHADO PELA SEGUNDA SEÇÃO DESTA CORTE DE JUSTIÇA. EXEGESE QUE NÃO ENSEJA INFRINGÊNCIA À CLÁUSULA DE RESERVA DE PLENÁRIO. INEXISTÊNCIA DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE.

1. Considerando que a controvérsia gira em torno da destinação do patrimônio de empresa sob recuperação judicial, e não sobre a definição da competência para o processamento de execução fiscal, o conflito deve ser processado e julgado pela Segunda Seção, nos termos do art. 9º, § 2º, IX, do RISTJ. Precedentes.

2. De acordo com o entendimento jurisprudencial consolidado no âmbito da Segunda Seção desta Corte de Justiça, embora o deferimento do processamento da recuperação judicial não tenha, por si só, o condão de suspender as execuções fiscais, na dicção do art. 6º, § 7º, da Lei n. 11.101/05, a pretensão constritiva direcionada ao patrimônio da empresa em recuperação judicial deve, sim, ser submetida à análise do juízo universal, em homenagem ao princípio da preservação da empresa.

3. A exegese ora adotada de modo algum encerra violação ao Princípio da Reserva de Plenário, previsto no art. 97 da Constituição Federal, notadamente porque não se procedeu à declaração de inconstitucionalidade, mas sim à interpretação sistemática dos dispositivos legais sobre a matéria. Precedentes da Segunda Seção do STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ. AgRg no CC 136.040/GO, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/05/2015, DJe 19/05/2015)

Entretanto, convém pontuar que esse entendimento possui divergências dentro do próprio STJ, visto que turmas da Primeira Seção da Corte já proferiram decisões em sentido contrário. Veja-se:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA ON-LINE. EMPRESA EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. QUESTÕES RELEVANTES.

OMISSÃO CONFIGURADA. (...) O segundo ponto discutido nos aclaratórios também possui relevância, pois, **não obstante o entendimento da Segunda Seção do STJ, quanto à vedação à prática de atos de constrição nas Execuções Fiscais, o entendimento da Segunda Turma é de que é necessário que as instâncias de origem analisem se a Recuperação Judicial foi deferida com ou sem a exigência da prévia apresentação de Certidão Negativa de Débitos.** 7. Com efeito, diante da redação do art. 6º, § 7º, da lei 11.101/2005, e do fato de que no Plano de Recuperação Judicial não há inclusão ou negociação dos créditos tributários, a Execução Fiscal poderá ter regular prosseguimento, inclusive com penhora de bens, caso constatado que não há CND e que os débitos tributários não se encontram suspensos. Nesse sentido: REsp 1.645.655/SC, de minha relatoria, DJe 18/4/2017" (STJ, REsp 1681463/SP, Rel. ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 3/10/2017, DJe 19/12/2017)

Assim, diante dessa divergência de entendimentos, convém fazer uma análise detida sobre a conveniência da inclusão do parágrafo único do art. 5º, da Lei nº 6.830/1980 por meio do PL em questão.

Essa proposta legislativa, de fato, será positiva à cobrança da Dívida Ativa da União. Ela, certamente, aumentará a eficiência da PGFN, todavia, pode prejudicar o processo de recuperação judicial, causando danos aos credores das empresas recuperandas, inclusive, a credores trabalhistas, os quais fazem jus a créditos de natureza alimentar necessários à sua subsistência.

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todas as razões acima elencadas, demonstra-se a importância do PL nº 1.646/2019, que busca trazer mecanismos de combate à atuação do devedor contumaz e mesmo dispositivos novos que promovam o fortalecimento da cobrança da Dívida Ativa da União.

O combate à figura do devedor contumaz mostra-se imprescindível, em um mosaico de alterações legislativas visando o aprimoramento da arrecadação, para recuperar de uma maneira mais eficiente um volume de tributos hoje praticamente perdida.

Para além desse viés arrecadatário, trata-se de medida fundamental para a conservação de um ambiente propício para a atividade econômica, resguardando-se o interesse dos agentes idôneos e promovendo os valores constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência.

O aperfeiçoamento nos instrumentos de cobrança da dívida ativa também contribui de maneira positiva para o combate a esse tipo de comportamento do contribuinte, que tantos malefícios repercutem com seus atos.

Destarte, são essas as considerações que cabiam à ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES FEDERAIS DO BRASIL – AJUFE. Ressalte-se que as reflexões aqui expostas visam unicamente ao aprimoramento do processo legislativo, tornando mais plural e democrático o debate institucional. Aproveita-se o ensejo, por fim, para reiterar as expressões de estima e distinta consideração à Vossa Excelência.

Brasília/DF, 21 de setembro de 2019.

FERNANDO MARCELO MENDES
Presidente da AJUFE — Juiz Federal