

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.886 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ATACADISTAS E
DISTRIBUIDORES DE PRODUTOS
INDUSTRIALIZADOS - ABAD
ADV.(A/S) : ALESSANDRO DESSIMONI VICENTE
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL
AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO - FINDES
ADV.(A/S) : LEONARDO BITTENCOURT RONCONI

CRÉDITO TRIBUTÁRIO – GARANTIA – INSTITUIÇÃO – LEI COMPLEMENTAR. Discrepa do previsto no artigo 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, no que remete a lei complementar a instituição de “normas gerais em matéria de legislação tributária”, a introdução, sob o figurino de lei ordinária, de instituto alusivo à concretização da indisponibilidade de bens e renda do contribuinte mediante simples averbação de certidão de dívida ativa, ante a ampliação do rol de instrumentos franqueados ao Fisco voltados à satisfação do crédito, conferindo-lhe nova garantia.

AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA – JURISDIÇÃO – INAFASTABILIDADE – IMPOSSIBILIDADE. Tendo em vista os princípios constitucionais do devido processo legal, da separação dos poderes e da inafastabilidade da jurisdição, surge inadequada previsão de espécie de execução administrativa dos débitos – a denominada “averbação pré-executória” – ausente intervenção do Estado-Juiz, em desarmonia com as balizas constitucionais no sentido de impedir ao máximo o exercício da autotutela pelo Estado.

TRIBUTO – COBRANÇA – AVERBAÇÃO – INDISPONIBILIDADE DE BENS – PROPORCIONALIDADE – INOBSERVÂNCIA – SANÇÃO

ADI 5886 / DF

POLÍTICA – INSUBSISTÊNCIA. Revela-se incompatível com o estatuto tributário-constitucional a tomada de empréstimo, por parte do Fisco, de meio coercitivo objetivando, por via oblíqua, a satisfação de débito tributário, com a adoção de método potencialmente inviabilizador da própria atividade econômica – a indisponibilidade de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora –, presentes meios típicos de cobrança menos gravosos aos contribuinte.

Cópia

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.886 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
REQTE.(S) : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE ATACADISTAS E
DISTRIBUIDORES DE PRODUTOS
INDUSTRIALIZADOS - ABAD
ADV.(A/S) : ALESSANDRO DESSIMONI VICENTE
INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO SENADO FEDERAL
AM. CURIAE. : FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DO ESTADO DO
ESPÍRITO SANTO - FINDES
ADV.(A/S) : LEONARDO BITTENCOURT RONCONI

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Adoto, como relatório, as informações prestadas pelo assessor Hazenclever Lopes Cançado Júnior:

A Associação Brasileira de Atacadistas e Distribuidores de Produtos Industrializados – ABAD ajuizou esta ação direta, com pedido de liminar, por meio da qual questiona a compatibilidade, com a Constituição Federal, do artigo 25 da Lei nº 13.606, de 9 de janeiro de 2018, no que inseriu os artigos 20-B, § 3º, inciso II, e 20-E na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, a versarem a possibilidade de a Fazenda Pública averbar certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora, tornando-os indisponíveis. Eis o teor da norma impugnada:

Art. 25. A Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, passa a vigorar acrescida dos seguintes arts. 20-B, 20-C, 20-D e 20-E:

Art. 20-B. Inscrito o crédito em dívida ativa da União, o devedor será notificado para, em até cinco dias, efetuar o pagamento do valor atualizado

monetariamente, acrescido de juros, multa e demais encargos nela indicados.

§ 1º A notificação será expedida por via eletrônica ou postal para o endereço do devedor e será considerada entregue depois de decorridos quinze dias da respectiva expedição.

§ 2º Presume-se válida a notificação expedida para o endereço informado pelo contribuinte ou responsável à Fazenda Pública.

§ 3º Não pago o débito no prazo fixado no *caput* deste artigo, a Fazenda Pública poderá:

I - comunicar a inscrição em dívida ativa aos órgãos que operam bancos de dados e cadastros relativos a consumidores e aos serviços de proteção ao crédito e congêneres; e

II - averbar, inclusive por meio eletrônico, a certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto ou penhora, tornando-os indisponíveis.

[...]

Art. 20-E. A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional editará atos complementares para o fiel cumprimento do disposto nos arts. 20-B, 20-C e 20-D desta Lei.

Ressalta a própria legitimidade, aludindo à condição de entidade associativa de âmbito nacional, a congregar os agentes econômicos dedicados ao comércio atacadista e distribuidor. Justifica a pertinência temática na circunstância de o ato atacado atingir diretamente a categoria empresarial representada.

Aponta a inconstitucionalidade formal da norma questionada, presente o artigo 146, inciso III, alínea "b", da Carta da República. Conforme argumenta, compete à lei complementar fixar regras gerais de legislação tributária.

Refere-se ao verbete vinculante nº 8 da Súmula do Supremo.

Assinala contrariedade aos princípios do devido processo legal e da cláusula de reserva de jurisdição. Assevera que restrições impostas à propriedade devem observar a proporcionalidade, mostrando-se imprescindível a participação equidistante e imparcial de órgão judicial no processo executivo para fins de garantir direitos dominiais e a livre iniciativa dos administrados e contribuintes.

Afirma desrespeitados os princípios da ampla defesa e do contraditório. Diz inexistir previsão constitucional a autorizar a inscrição em dívida ativa cumulada com a determinação de indisponibilidade de bens e direitos sem a interferência do Judiciário. Destaca a necessidade de, na esfera tributária, ser possibilitado, ao contribuinte, o exercício de defesa técnica.

Sustenta inobservada a separação de poderes, ante a concentração, na Administração Pública, das atribuições de constituir crédito e promover cobrança mediante restrição de patrimônio. Sublinha o cenário de insegurança jurídica revelado ante a publicação do ato impugnado. Argui ocorrida subversão da ordem constitucional. Reporta-se à indispensabilidade de ponderação entre o interesse fiscal e os direitos fundamentais do contribuinte. Discorre sobre a prevalência da perspectiva arrecadatória e a concentração de poderes, no que concerne à atividade tributária, na esfera do Executivo.

Salienta desvirtuado o sistema de cobrança da dívida ativa da União previsto na legislação infraconstitucional. Frisa, aludindo ao Código Tributário Nacional, que a Fazenda Pública dispõe de meios e instrumentos legais para efetivar a cobrança. Articula com a ilicitude da exigência de prévia satisfação do débito tributário visando impedir a averbação da dívida nos bens e direitos dos contribuintes.

Sob o ângulo do risco, menciona a imediata produção de efeitos dos dispositivos impugnados. Aduz que, levando em conta a vinculação dos atos administrativos, o cumprimento da norma questionada revela-se procedimento obrigatório aos entes públicos incumbidos da arrecadação e certificação da dívida ativa federal.

Requer, no campo precário e efêmero, a suspensão da eficácia dos trechos questionados. Busca seja confirmada a tutela de urgência, com a declaração de inconstitucionalidade dos artigos 20-B, § 3º, inciso II, e 20-E na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002.

Esta ação foi distribuída por prevenção a Vossa Excelência, tendo em vista a identidade de objeto com relação à de nº 5.881 – artigo 77-B do Regimento Interno.

Vossa Excelência, em 5 de fevereiro de 2018, acionou o disposto no artigo 12 da Lei nº 9.868/1999, determinando fossem providenciadas as informações, a manifestação da Advocacia-Geral da União e o parecer da Procuradoria-Geral da República.

A Presidência da República acentua a higidez constitucional dos preceitos atacados. Conforme assevera, a denominada “averbação pré-executória”, prevista no artigo 20-B, § 3º, inciso II, constitui instrumento essencial à implementação do novo modelo de cobrança da dívida ativa da União, assentado, argumenta, na busca pela “racionalização” e “desjudicialização”. Afirma inexistir reserva de lei complementar considerado o caráter procedimental da norma questionada, não havendo veiculação de normas gerais de Direito Tributário. Sustenta a compatibilidade dos dispositivos atacados com os princípios do devido processo legal, da proporcionalidade e da reserva de jurisdição. Esclarece que a medida em questão incide apenas sobre os créditos inscritos em

dívida ativa da União, cuja certidão se reveste da presunção de certeza, liquidez e exigibilidade, a teor do artigo 204 do Código Tributário Nacional. Diz observadas as garantias do contraditório e da ampla defesa, tendo em conta a previsão, na Portaria regulamentadora, de instrumentos, franqueados ao contribuinte, voltados à impugnação, em sede administrativa, da averbação. Pondera ausente contrariedade aos princípios da isonomia e da livre iniciativa ou violação do direito à propriedade, ante o caráter restrito e temporário da indisponibilidade dos bens e direitos, o qual, assinala, não se confunde com ato de natureza expropriatória, capaz de comprometer o desempenho da atividade empresarial do devedor.

A Câmara dos Deputados e o Senado Federal discorrem sobre o processo de tramitação legislativa do diploma, ressaltando-o hígido e regular consideradas as exigências regimentais e constitucionais.

A Advocacia-Geral da União manifesta-se pela improcedência do pedido, corroborando as razões veiculadas pelo Chefe do Executivo, nos seguintes termos:

Tributário. Artigos 20-B, § 3º, inciso II; e 20-E da Lei nº 5.222/2002. Averbação pré-executória. Preliminar. Ilegitimidade ativa *ad causam*. Mérito. Ausência de violação aos artigos 2º, 5º, *caput* e incisos XIII, XXII, LIV e LV; 146, inciso III, alínea “b”; 150, inciso IV; e 170, *caput*, inciso II e parágrafo único, da Constituição. Novo modelo de cobrança da dívida ativa da União, baseado no ajuizamento seletivo de execuções fiscais. Os dispositivos atacados não veiculam normas gerais de crédito tributário, mas apenas instituem mecanismo de concretização da garantia que lhe é conferida pelo artigo 185 do Código Tributário Nacional. Observância às garantias da segurança jurídica, do acesso à jurisdição, da

proporcionalidade, da ampla defesa e do contraditório. Objetivos de combater a fraude à execução fiscal e de reduzir a judicialização. Possibilidade de o devedor impugnar a averbação administrativamente ou em juízo. Medida de indisponibilidade restrita e temporária de bens, sem implicar expropriação do devedor ou comprometer o desempenho de sua atividade empresarial. Compatibilidade com o direito de propriedade, que não deve ser exercido de forma abusiva, bem como com os princípios da igualdade e da livre iniciativa. Manifestação pelo não conhecimento da ação direta e, no mérito, pela improcedência do pedido.

A Procuradoria-Geral da República opina pela procedência do requerido na peça primeira, com fundamentos assim resumidos:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO TRIBUTÁRIO. LEI 13.606/2018. INCLUSÃO DE DISPOSITIVOS NA LEI 10.522/2002. AVERBAÇÃO PRÉ-EXECUTÓRIA DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA NO REGISTRO DE BENS E DIREITOS. INDISPONIBILIDADE DOS BENS DO DEVEDOR. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. ART. 146-III-B DA CONSTITUIÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. RESTRIÇÃO INDEVIDA AO DIREITO DE PROPRIEDADE E AO LIVRE EXERCÍCIO DE ATIVIDADE ECONÔMICA E PROFISSIONAL. CONFIGURAÇÃO DE SANÇÃO POLÍTICA.

1. Definição de garantia do crédito tributário consubstancia norma geral, reservada à lei complementar, nos termos do art. 146-III-B da Constituição.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera como sanções políticas, inadmissíveis na ordem constitucional, as medidas legais e administrativas que

configuram meios de coerção estatal indireta com o objetivo de forçar o devedor a adimplir as dívidas tributárias, quando restrinjam indevidamente o exercício de direitos fundamentais e, portanto, sejam reprovados no teste da proporcionalidade. Precedentes.

3. A possibilidade de a Fazenda Pública tornar indisponíveis bens do contribuinte por meio da averbação da CDA em registro de bens e direitos consubstancia sanção política, porquanto vulnera indevidamente o direito de propriedade e pode inviabilizar o livre exercício de atividade econômica ou profissional.

Parecer pela procedência do pedido.

Em despacho formalizado em 19 de setembro de 2018, Vossa Excelência determinou o apensamento dos processos reveladores das ações diretas de nº 5.881, 5.890, 5.925, 5.931 e 5.932, ante a identidade de objeto, a direcionar a realização de julgamento conjunto.

É o relatório, a ser distribuído, com antecedência, aos integrantes do Colegiado.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.886 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (RELATOR) – As ações diretas de inconstitucionalidade nº 5.881, 5.886, 5.890, 5.925, 5.931 e 5.932 versam a compatibilidade, com a Constituição Federal, do artigo 25 da Lei federal nº 13.606, de 9 de janeiro de 2018, no que inseriu os artigos 20-B, § 3º, inciso II, e 20-E na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, franqueando à Fazenda Pública a possibilidade de averbar certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora, tornando-os indisponíveis. Na de nº 5.925, é impugnado também o inciso I do § 3º do mencionado artigo 20-B, a prever a possibilidade de a Fazenda Pública comunicar, aos órgãos de proteção ao crédito, a inscrição em dívida ativa, caso não adimplido o débito no prazo assinado.

Ante a coincidência de objetos, procedo à análise simultânea das ações diretas, cujos processos foram distribuídos por prevenção e apensados mediante despacho formalizado em 18 de setembro de 2018. Compete ao Supremo, na condição de intérprete final da Constituição, examinar se, quer sob o ângulo formal, quer sob o material, os preceitos impugnados observam, ou não, o figurino constitucional.

Da leitura do parecer da Procuradoria-Geral da República, depreende-se ter havido ataque genérico ao inciso I do § 3º do artigo 20-B da Lei nº 10.522/2002. Levando em conta o ônus de impugnação específica previsto no artigo 3º, inciso I, da Lei nº 9.868/1999, admito a ação direta de nº 5.925 apenas com relação aos artigos 20-B, § 3º, inciso II, e 20-E da Lei nº 10.522/2002.

Atuando em Colegiado, devo atender ao princípio da eventualidade, ou seja, a possibilidade de a maioria concluir cabível o controle concentrado de constitucionalidade quanto inciso I do § 3º do artigo 20-B da Lei nº 10.522/2002.

O exame das normas atacadas não prescinde da identificação da gênese legiferante da Lei federal nº 13.606/2018 – a Medida Provisória nº 793/2017. Enviada pelo Presidente da República ao Congresso Nacional

ADI 5886 / DF

em 31 de julho de 2017, veiculava a instituição do Programa de Regularização Tributária Rural – PRR, disciplinando normas para o parcelamento de débitos de produtores rurais junto à União. Ausente a aprovação do respectivo Projeto de Lei de conversão – autuado sob o nº 41/2017 – antes do encerramento, em 28 de novembro de 2017, do prazo assinado no § 3º do artigo 62 da Constituição Federal, a Medida perdeu a eficácia.

De imediato, reproduziu-se o conteúdo do texto em Projeto de Lei – de nº 9.206/2017 –, o qual, submetido a regime de urgência, foi aprovado em menos de 20 dias. Durante a tramitação legislativa, vieram a ser incluídos dispositivos estranhos aos contidos na proposição original, os quais, uma vez aprovados no Parlamento e sancionados pelo Presidente da República, alteraram a Lei nº 10.522/2002, a dispor sobre o Cadastro informativo dos créditos não quitados de órgãos e entidades federais – CADIN, de modo a permitir a indisponibilidade de bens e direitos, titularizados pelo contribuinte, mediante a simples averbação de certidão de dívida ativa em órgão de registro.

Não se tem quadro a configurar ofensa ao devido processo legislativo, considerado “contrabando legislativo”, na forma contrária ao entendimento do Supremo na ação direta de inconstitucionalidade nº 5.127, com acórdão redigido pelo ministro Edson Fachin e veiculado no Diário da Justiça de 11 de maio de 2016, no que assentada a necessidade de haver correlação mínima, sob o ângulo da pertinência temática, entre o conteúdo da medida provisória e o da lei de conversão, viabilizada a emenda guardados determinados parâmetros. A razão é simples: as inserções impertinentes ocorreram em projeto de lei ordinária independente, e não naquele vinculado à conversão da medida provisória.

O cenário descrito é de molde a reconhecer o ambiente de crise legislativa há tempos instalado no âmbito da frágil democracia brasileira, marcada pela frequente opção por atalhos à margem da Lei das leis, a Constituição Federal – o que, na quadra vivenciada, tem se mostrado regra, e não exceção.

ADI 5886 / DF

Cabe a observação ante o fato de, valendo-se do regime de urgência conferido ao Projeto de Lei nº 9.206/17, a disciplinar regras sobre o Programa de Regularização Tributária Rural, o Congresso Nacional, objetivando a célere aprovação de matéria estranha ao inicialmente estipulado na proposição original, descuidou dos parâmetros fixados pelo constituinte originário quanto à veiculação, em sede legislativa, de normas gerais de Direito Tributário.¹

De acordo com a cabeça e os parágrafos 1º e 2º do artigo 20-B da Lei nº 10.522/2002, inserido pelo artigo 25 do Diploma impugnado nesta ação, inscrito o crédito da União em dívida ativa, expedir-se-á notificação ao devedor para, no prazo de até 5 dias, efetuar o pagamento do valor atualizado, acrescido de juros, multa e demais encargos – presumindo-se válida se enviada ao endereço informado pelo contribuinte ou responsável à Fazenda Pública, decorridos 15 dias da expedição.

Mais adiante, nos incisos I e II do § 3º, previu-se, caso não adimplido o débito no prazo assinado, a possibilidade de a Fazenda Pública comunicar, às entidades de proteção ao crédito, a inscrição em dívida ativa, e averbar a certidão nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora, tornando-os indisponíveis.

Em sede doutrinária, o ministro Aliomar Baleeiro assim qualificou o

1 A ressaltar essa óptica, vale mencionar a tramitação, no Congresso Nacional, do Projeto de Lei nº 9.623/2018, de autoria da deputada federal Tereza Cristina (DEM/MS), a qual havia relatado o citado Projeto de nº 9.623/2018, voltado à revogação do parágrafo 3º do artigo 20-B da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Confirmam trecho da Justificação disponibilizada no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados: “Com a edição da Lei nº 13.606, de 9 de janeiro de 2018, foi introduzido um art. 20-B na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002. Em que pese o aprimoramento ao ordenamento jurídico constante do *caput* e dos §§ 1º a 2º do citado artigo, temos que reconhecer a patente inconstitucionalidade, aparentemente não notada durante a tramitação original da matéria no Congresso Nacional, do § 3º do mencionado dispositivo. [...] É preciso reconhecer que, se no passado foi preciso a edição da Lei Complementar nº 118, de 9 de fevereiro de 2005, para instituir a citada regra do art. 185-A do Código Tributário Nacional, seria preciso, no mínimo, outra Lei Complementar para instituir a regra veiculada no § 3º do art. 20-A da Lei nº 10.522, de 2002. Isso porque se trata de norma geral de Direito Tributário aplicável à União, aos Estados e aos Municípios, nos termos do art. 146, III, da Constituição.”

instituto da garantia tributária, afirmando-a “toda e qualquer medida que se destina a atribuir maior efetividade e segurança ao crédito tributário, quer existam bens ou não do devedor, quer tenha a medida caráter preventivo ou não” (BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 13ª edição, 2015, p. 1.396).

A definição é perfeitamente aplicável. Ao introduzir, sob o figurino de lei ordinária, instituto alusivo à concretização da indisponibilidade de bens e renda do contribuinte mediante simples averbação de certidão de dívida ativa, o ato atacado não se limitou a disciplinar regra de procedimento no tocante à cobrança de tributos. Antes, ampliou o rol de instrumentos franqueados ao Fisco voltados à satisfação do crédito, conferindo-lhe novo atributo mediante a garantia da indisponibilidade dos bens do devedor.

A teor do artigo 146, inciso III, alínea “b”, da Lei Maior, compete à lei complementar estabelecer “normas gerais em matéria de legislação tributária”, especialmente sobre “obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários”, tendo em vista a necessidade de haver, nas palavras de Diniz Ferreira da Cruz, “lei nacional dirigida, indistintamente, ao legislador dos entes políticos – União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios – de forma isonômica” (*Lei complementar em matéria tributária*. São Paulo: Bushatski, 1978, p. 44).

Justamente por isso, as normas concernentes ao crédito tributário e respectivas garantias – incluídos os meios e instrumentos legais de que dispõe a Fazenda Pública para efetivar a cobrança – estão inseridas no Capítulo IV – “Garantias e Privilégios do Crédito Tributário” – do Título III do Livro Segundo do Código Tributário Nacional, recepcionado pela Constituição de 1988 como lei complementar.² No artigo 185, está prevista

2 Conforme lição de Carlos Alberto de Moraes Ramos Filho, “o Livro Segundo do CTN é composto por enunciados que, no atual sistema tributário nacional, cumprem a determinação da alínea “b” do inciso III do artigo 146 da CF/1988, que atribui à lei complementar a função de estabelecer normas gerais sobre obrigação, lançamento, prescrição e decadência tributários” (O Código Tributário Nacional e sua recepção pelo sistema jurídico vigente. In: *Normas Gerais de Direito Tributário – Estudos em homenagem aos 50 anos do Código Tributário Nacional*. Curitiba: CRV, 2016, p. 31).

ADI 5886 / DF

a presunção de fraude de alienação de bens ou rendas após a inscrição do crédito tributário em dívida ativa; a redação do artigo 185-A preceitua a possibilidade de ter-se, mediante pronunciamento judicial, a decretação da indisponibilidade de bens, quando, devidamente citado, o devedor não efetiva o pagamento nem apresenta bens à penhora no prazo legal; o artigo 186, por sua vez, prescreve a preferência do crédito tributário sobre qualquer outro, com a ressalva dos decorrentes da legislação trabalhista ou de acidente de trabalho.

O inciso I do § 3º do artigo 20-B, ao facultar, à Fazenda Pública, o envio, a entidades que operam cadastros de inadimplentes, da inscrição em dívida ativa, não revela norma geral envolvendo obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários.

As disposições constantes dos artigos 20-B, § 3º, inciso II, e 20-E são incompatíveis, sob o ângulo formal, com o 146, inciso III, alínea “b”, da Constituição Federal, o qual é expresso ao submeter a quórum qualificado a fixação de normas gerais sobre o grande todo que é o crédito tributário, no qual se insere a disciplina das prerrogativas e garantias.

No âmbito material, cumpre distinguir o interesse primário da Administração Pública do secundário, considerada a inexistência de coincidência necessária entre ambos. Tem-se em jogo o interesse secundário, individual e particular, da Administração Pública, não o primário, que diz respeito à coletividade, à sociedade em geral. Nas palavras do mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, “os interesses secundários do Estado só podem ser por ele buscados quando coincidentes com os primários, isto é, com os interesses públicos propriamente ditos” (*Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 63).

Assentada a perspectiva a partir da qual há de atuar o Supremo na condição de legislador negativo, revela-se opção político-normativa razoável a faculdade de a Fazenda Pública informar, aos órgãos de proteção ao crédito, a inscrição em dívida ativa – inciso I do § 3º do artigo 20-B.

ADI 5886 / DF

Nos termos dos parágrafos 1º e 2º, a comunicação é precedida por notificação do devedor, por via eletrônica ou postal, visando pagamento, no prazo de cinco dias, do valor atualizado, acrescido de juros, multa e demais encargos.

Tem-se disciplina procedimental compatível com os princípios do contraditório e da ampla defesa, no que garantidas, ao contribuinte, ciência da eventual restrição do crédito e oportunidade ao adimplemento.

Não conduz à mesma conclusão a previsão, contida no inciso II, relativamente à averbação da certidão nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora, tornando-os indisponíveis. Enquanto manifestação do interesse secundário da Administração, discrepa, a mais não poder, do figurino constitucional. Tomando de empréstimo célebre expressão do ministro Sepúlveda Pertence, a inconstitucionalidade revela-se “chapada”.

Com a edição da norma impugnada, a instituir a denominada “averbação pré-executória”, o legislador ordinário promoveu verdadeiro desvirtuamento do sistema de cobrança da dívida ativa da União, ante a previsão de espécie de execução administrativa dos débitos, em desarmonia com as balizas constitucionais no sentido de obstar ao máximo o exercício da autotutela pelo Estado. Na precisa construção do professor Fernando Facury Scaff, em ensaio publicado na revista eletrônica *Consultor Jurídico*, de 29 de janeiro de 2018, o artigo 20-B da Lei nº 10.522/2002, inserido pelo artigo 25 do Diploma atacado, “cria uma espécie de ‘execução fiscal administrativa’, que se iniciará com a constrição dos bens, para posterior análise judicial – se isso ocorrer”, restringindo sobremaneira a garantia de acesso ao Judiciário (SCAFF, Fernando Facury. *A penhora fiscal sem Judiciário e o incentivo ao denunciismo*. Revista *Consultor Jurídico*, 29 de janeiro de 2018).

Constitui passo demasiadamente largo, incompatível com os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa – artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal –, franquear-se à Administração, na busca da satisfação de interesse público secundário – o qual, na realidade, sequer merece o epíteto de público –, o poder de bloquear

ADI 5886 / DF

unilateralmente os bens de contribuintes inscritos em dívida ativa, ausente intervenção do Estado-Juiz, levando-se em conta a necessidade de a Fazenda Pública buscar o Judiciário visando à cobrança, mediante o adequado processo executivo fiscal, do que devido.

Surge inviável, sob qualquer ângulo de análise, compatibilizar o previsto na norma questionada com o disposto no artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, segundo o qual “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”, diretriz ínsita ao regular funcionamento do Estado Democrático de Direito.

Não é outra a conclusão extraível a partir do exame do artigo 185-A do Código Tributário Nacional, inserido mediante a publicação da Lei Complementar nº 118/2005, por meio do qual o legislador federal condicionou possível indisponibilidade prévia dos bens de contribuinte, considerado débito de caráter fiscal, à formalização de decisão pela autoridade judicial competente quando, devidamente citado, o devedor “não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis”. Eis o teor do dispositivo.

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

No mesmo sentido tem-se a previsão contida no artigo 4º da Lei nº 8.397/1992, a versar a possibilidade de implemento de medida acauteladora visando a “indisponibilidade dos bens do requerido, até o limite da satisfação da obrigação”.

Verifica-se que, em absoluta consonância com os princípios

ADI 5886 / DF

constitucionais do devido processo legal, da separação dos poderes e da inafastabilidade da jurisdição, a legislação de regência fornece solução à problemática atinente à constrição de bens e direitos do contribuinte uma vez constituído o crédito tributário, condicionando-o à prévia manifestação judicial – circunstância a direcionar ao reconhecimento da incompatibilidade, com o estatuto tributário constitucional, do artigo 25 da Lei federal nº 13.606, de 9 de janeiro de 2018.

Não conduz a conclusão contrária a alegação de que o contribuinte poderá, consumado o prejuízo, recorrer ao Judiciário para afastar restrição que venha a entender indevida, sob pena de inverter-se a ordem normalmente observada, imputando ao devedor – e não ao credor – o ônus de ingressar em Juízo, arcando com o pagamento das custas devidas pelo ajuizamento da ação, quando a Fazenda não está, na forma da Lei nº 6.830/1980, compelida a realizar o preparo. Tampouco o contribuinte poderá lançar mão dos instrumentos processuais ínsitos ao executivo fiscal, em especial na via dos embargos à execução – verdadeira ação a veicular, segundo a terminologia de Enrico Tullio Liebman, a denominada “oposição de mérito” (*Embargos do Executado*. São Paulo: Saraiva, 1968, p. 156).

O sistema não fecha, revelando-se o desrespeito aos princípios da segurança jurídica, da igualdade de chances e da efetividade da prestação jurisdicional, os quais devem ser observados por determinação constitucional, em contraposição à ideia da “primazia do crédito público”.

Ante o quadro delineado, indaga-se: qual a finalidade pretendida pelo legislador ao editar os preceitos questionados senão induzir, mediante ato de império, o devedor a satisfazer o débito existente?

O que se tem é nítida sanção visando o recolhimento de tributo, discrepante do estatuto tributário-constitucional. Envolve a tomada de empréstimo, por parte do Fisco, de meio coercitivo objetivando a satisfação de débito tributário, com a adoção de método potencialmente inviabilizador da própria atividade econômica – a indisponibilidade de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora.

ADI 5886 / DF

Surge o que, no âmbito do Direito Tributário, convencionou-se chamar de “sanções políticas” ou “indiretas”, entendidas como restrições ou proibições impostas ao contribuinte, como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento do tributo, tais como a interdição do estabelecimento, a apreensão de mercadorias e o regime especial de fiscalização – raciocínio aplicável à situação sob exame, em que discutida a constrição unilateral do patrimônio do contribuinte.

O tema não é novo, tendo sido enfrentado em diferentes oportunidades pelo Tribunal. A título exemplificativo, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade nº 173, relator ministro Joaquim Barbosa, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 20 de março de 2009, fiz ver a natureza do princípio constitucional implícito da proibição do exercício de coação política para haver o recolhimento do tributo. Ressaltei a absoluta ilegitimidade dessa prática fazendária sob a égide do regime democrático inaugurado em 1988. A incompatibilidade é flagrante ante a restrição desarrazoada à liberdade fundamental de exercício de atividades profissionais e econômicas. Viola o devido processo legal, haja vista o Fisco utilizar instrumentos oblíquos para coagir o contribuinte ao pagamento.

Nessa ação direta, o Supremo, por unanimidade, confirmou jurisprudência histórica quanto à inconstitucionalidade das sanções políticas por afronta ao “direito ao exercício de atividades econômicas e profissionais lícitas (artigo, 170, parágrafo único, da Constituição)” e “violação ao devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas gravosas que se dispõem a substituir os mecanismos de cobrança de créditos tributários)”.

Mais recentemente, no julgamento do recurso extraordinário com agravo nº 914.045, relator ministro Edson Fachin, com acórdão veiculado no Diário da Justiça de 19 de novembro de 2015, submetido à sistemática da repercussão geral – Tema nº 856 –, fixou-se tese no sentido da inconstitucionalidade de “restrições impostas pelo Estado ao livre exercício de atividade econômica ou profissional, quando aquelas forem

ADI 5886 / DF

utilizadas como meio de cobrança indireta de tributos”.

Nos exemplos mencionados, prevaleceu, de forma linear, a óptica revelada nos verbetes nº 70, 323 e 547 da Súmula do Supremo:

É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo. (Verbetes nº 70, de 13 de dezembro de 1963)

É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. (Verbetes nº 323, de 13 de dezembro de 1963)

Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais. (Verbetes nº 547, de 3 de dezembro de 1969)

Subjacente aos verbetes e a toda jurisprudência está a recusa do Tribunal em reconhecer a sujeição de direitos fundamentais ao arbítrio estatal na cobrança de tributos. Formuladas com respaldo nos artigos 141, § 14, da Constituição de 1946, e 150, § 23, da Constituição de 1967, tais orientações ainda subsistem na nova ordem constitucional e no sistema de liberdades fundamentais vigente. O livre exercício de atividades profissionais e econômicas lícitas, assegurado nos artigos 5º, inciso XIII, e 170, parágrafo único, da Carta de 1988, não pode sofrer restrições desarrazoadas por parte do legislador, mesmo para o fim de satisfazer tributos, admitida a cobrança tão somente por meio consentâneo com o devido processo legal.

O abuso dos meios, com a conseqüente corrupção dos fins, é a nota essencial e autoritária das medidas cujo gênero foi rotulado de sanções políticas em matéria tributária. A falta de sintonia desses mecanismos de coação fiscal com as garantias constitucionais do Estado Democrático de Direito, inaugurado com a Constituição Cidadã, revela caráter ditatorial e perverso.

ADI 5886 / DF

Incumbe à Fazenda Pública recorrer aos meios adequados à satisfação do crédito tributário, abandonando a prática de fazer justiça pelas próprias mãos, inviabilizando o prosseguimento da atividade econômica mediante a decretação unilateral da indisponibilidade de bens e direitos titularizados pelo devedor.

Cuida-se de raciocínio a conduzir ao reconhecimento de outro fundamento a justificar a atuação do Supremo no sentido de fulminar, em sede abstrata, o ato questionado, a saber: a atuação estatal na busca pela satisfação de interesse público secundário deve ser constitucionalmente justificada, submetendo-se ao crivo da proporcionalidade, de modo a se revelar adequada, necessária e proporcional em sentido estrito.

Tratando-se de questão afeta aos domínios do Direito Tributário, cumpre observar de modo especial o princípio da razoabilidade, sob pena de chancelar-se situação jurídica de todo inaceitável, a qual o ministro Celso de Mello, com a precisão que lhe é característica, denomina “abuso do poder de legislar”. Ante o didatismo da construção, transcrevo trecho do pronunciamento formalizado por Sua Excelência quando do exame da medida cautelar na ação direta de nº 2.551, em julgamento realizado em 2 de abril de 2003:

O poder público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do poder público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do poder público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o

poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte. É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado.

Determinada medida estatal mostra-se adequada quando apta a fomentar os fins pretendidos. Tal aferição, porém, deve ser precedida da análise da legitimidade. Em outras palavras: a adequação pressupõe a adoção de meio legítimo capaz de promover objetivo também legítimo.

De acordo com as informações prestadas pela Presidência da República, a denominada “averbação pré-executória”, tida como mecanismo de concretização da garantia prevista pelo artigo 185 do Código Tributário Nacional”, “constitui instrumento essencial à implementação do novo modelo de cobrança da dívida ativa da União, baseado no ajuizamento seletivo de execuções fiscais, na desjudicialização e na racionalização dessa atividade”.

Em Direito, os fins não justificam os meios. A necessidade de fazer-se frente à avalanche de processos, no que praticamente inviabiliza a adequada atuação do Judiciário em todos os graus de jurisdição, não legitima atropelos, atalhos à margem do figurino constitucional. Descabe potencializar razões pragmáticas a ponto de desprezar a ordem jurídica, a ser preservada por todos, principalmente pelo Supremo, guarda maior da Constituição Federal.

O meio empregado, ainda que potencialmente adequado à obtenção do fim pretendido – a satisfação do crédito tributário –, revela-se ilegítimo por compelir coercitivamente, sob o ângulo político, o devedor ao adimplemento do débito existente, ao arrepio de princípios basilares da Lei Maior, tais quais o devido processo legal substantivo, o livre exercício de atividades profissionais e econômicas lícitas e o direito à propriedade.

Atentem para a desnecessidade do ato impugnado, ante a existência

ADI 5886 / DF

de meios menos gravosos, considerada a atividade econômica desenvolvida pelo contribuinte, à disposição da Fazenda Pública para o recolhimento de tributos.

Qualquer intervenção estatal excessiva implica afronta ao próprio Estado Democrático de Direito consagrado no artigo 1º da Constituição Federal. Conforme lição do professor Humberto Ávila, revelam-se desproporcionais os atos estatais, observada a adequação entre meios e fins, a imporem “obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público”, de modo que “o exame da necessidade envolve a verificação da existência de meios que sejam alternativos àquele inicialmente escolhido pelo Poder Legislativo ou Poder Executivo, e que possam promover igualmente o fim sem restringir, na mesma intensidade, os direitos fundamentais afetados” (*Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 215).

A Administração Pública dispõe de um sem-número de meios menos onerosos ao contribuinte, mas igualmente adequados ao objetivo perseguido com os preceitos questionados. A título exemplificativo, vale mencionar a formalização de ação cautelar fiscal voltada à decretação de indisponibilidade de bens do devedor – Lei nº 3.897/1992; a possibilidade de ter-se a inclusão dos dados do devedor no Cadastro informativo de créditos não quitados do setor público federal – Lei nº 10.522/2002; e o arrolamento extrajudicial de bens do devedor com dívida fiscal superior a 30% do respectivo patrimônio – Lei nº 9.532/1997.

Destacam-se, ainda, a presunção de fraude e ineficácia perante a Fazenda Pública das alienações e onerações de bens após a inscrição em dívida ativa – artigo 185 do Código Tributário Nacional –, a referida viabilidade de ter-se, mediante determinação judicial – Primado do Judiciário –, a indisponibilidade de bens no curso da execução fiscal – artigo 185-A –, além das preferências conferidas ao crédito tributário pelo artigo 186 do citado Diploma.

Conforme fiz ver no exame da ação direta de nº 5.135, relator ministro Luís Roberto Barroso, com acórdão publicado no Diário da

ADI 5886 / DF

Justiça eletrônico de 7 de fevereiro de 2018, em que assentada a compatibilidade, com a Constituição Federal do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.492/1997, inserido pela Lei nº 12.767/2012, no que incluiu as certidões de dívida ativa no rol de títulos sujeitos a protesto, “qualquer ato por parte do Poder Público, observado débito fiscal, há de repousar na proporcionalidade, e, portanto, deve ser visto com cautela”.

Na ocasião, fiquei vencido, na companhia dos ministros Edson Fachin e Ricardo Lewandowski. Ao entender que a existência de meios típicos de cobrança como o executivo fiscal não afasta a criação de instrumentos alternativos e extrajudiciais a contribuir para a efetividade da cobrança do crédito tributário, a sempre ilustrada maioria concluiu no sentido da constitucionalidade da norma questionada, uma vez não identificada, considerado o protesto, restrição desproporcional a quaisquer direitos fundamentais titularizados pelos contribuintes.

No entanto, nem mesmo o entendimento majoritário então firmado pelo Colegiado se presta a salvaguardar a higidez constitucional dos preceitos questionados, a versarem mais do que a simples possibilidade de ter-se a averbação das certidões objetivando noticiar a terceiros acerca de existência de débitos – protesto –, à medida que viabilizam a indisponibilidade de bens e direitos do sujeito passivo da relação tributária ausente prévia determinação judicial. Quanto a esse ponto, compartilho da visão adotada pela Procuradora-Geral da República, Doutora Raquel Elias Ferreira Dodge, em parecer juntado ao processo revelador desta ação direta:

A contrario sensu do que decidido no referido julgado [ação direta de nº 5.135], o mecanismo extrajudicial de cobrança que comprometa o exercício de direitos fundamentais não encontra amparo na jurisprudência do STF. A pretexto de assegurar a efetividade da cobrança de tributos inscritos em dívida ativa, a norma impugnada consubstancia tentativa de manipulação do comportamento do contribuinte, a fim de que este cumpra seus débitos. Ocorre que, nos moldes em que proposta, a medida configura indevida limitação do exercício do direito de

propriedade, da livre iniciativa e do livre exercício da profissão, de maneira que não vence o teste da proporcionalidade. Trata-se de medida coercitiva e constrictiva que se enquadra no conceito de sanção política, inadmissível pela ordem constitucional e pela jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal.

A democracia é um bem em si mesmo, regime político no qual prevalece o argumento do autogoverno – a ideia de autodeterminação coletiva como condição de uma sociedade livre. A liberdade é condição da democracia – onde não houver liberdade, imperará o arbítrio, antítese da ideia de Estado Democrático de Direito. Nas democracias modernas, de um lado, o governo é exercido por meio de representantes políticos em função de uma necessidade prática de delegação desse poder em nome dos representados (democracia representativa). De outro, o próprio sistema político limita o poder delegado a esses representantes, de forma a impedir que o governo se torne tirânico. Essa é a síntese dialética entre democracia e constitucionalismo.

Em se tratando da atividade tributária do Estado brasileiro, essas balizas foram impostas na Constituição, especialmente por meio da fixação de princípios de observância obrigatória. Assegurar o equilíbrio entre Tributação, Democracia e Liberdade requer do Supremo preocupação com esses elementos estruturais do Sistema Constitucional Tributário, tarefa a ser empreendida mediante a defesa das liberdades fundamentais contra um Estado – sócio despreocupado com os riscos do negócio – sempre em busca de arrecadar mais e mais.

A declaração de inconstitucionalidade da Lei federal nº 13.606, de 9 de janeiro de 2018, no que inseriu os artigos 20-B, § 3º, inciso II, e 20-E na Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, franqueando à Fazenda Pública a possibilidade de averbar certidão de dívida ativa nos órgãos de registro de bens e direitos sujeitos a arresto e penhora, tornando-os indisponíveis, pressupõe, por imposição lógica, o reconhecimento de inconstitucionalidade dos artigos 6º a 10 e 21 a 32 da Portaria nº 33, de 8 de fevereiro de 2018, da Procuradoria-Geral da Fazenda Pública, a versar

ADI 5886 / DF

regulamentação do mencionado inciso II do § 3º do artigo 20-B.

Admito as ações diretas de nº 5.881, 5.886, 5.890, 5.931 e 5.932 e, parcialmente, a de nº 5.925, apenas quanto aos artigos 20-B, § 3º, inciso II, e 20-E na Lei nº 10.522/2002, inseridos pelo 25 da Lei nº 13.606/2018.

Julgo procedentes os pedidos veiculados nas ações diretas de nº 5.881, 5.886, 5.890, 5.931, 5.932, e, na parte admitida, o formulado na de nº 5.925, para assentar a inconstitucionalidade, quer sob o ângulo formal, quer sob o material, do artigo 25 da Lei nº 13.606/2018, no que incluiu, na de nº 10.522/2002, os artigos 20-B, § 3º, inciso II, e 20-E, e, por arrastamento, dos artigos 6º a 10 e 21 a 32 da Portaria nº 33/2018 da Procuradoria-Geral da Fazenda Pública.

Vencido na preliminar quanto à ação direta de nº 5.925, julgo parcialmente procedente o pedido formalizado, declarando a inconstitucionalidade, sob os ângulos formal e material, do artigo 25 da Lei nº 13.606/2018, no que acrescentou, na Lei nº 10.522/2002, o 20-B, § 3º, inciso II, e o 20-E, bem como, por arrastamento, dos artigos 6º a 10 e 21 a 32 da Portaria nº 33/2018 da Procuradoria-Geral da Fazenda Pública. Declaro, ainda, a constitucionalidade do inciso I do § 3º do mencionado artigo 20-B.

É como voto.