

09/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI
ADV.(A/S)	: CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS - CNM
ADV.(A/S)	: PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO - CNC
ADV.(A/S)	: RODRIGO REIS DE FARIA
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO - CONSIF
ADV.(A/S)	: RICARDO MAGALDI MESSETTI E OUTRO(A/S)

Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 9.492/1997, ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO. INCLUSÃO DAS CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA NO ROL DE TÍTULOS SUJEITOS A PROTESTO. CONSTITUCIONALIDADE.

1. O parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/1997, inserido pela Lei nº 12.767/2012, que inclui as Certidões de Dívida Ativa - CDA no rol dos títulos sujeitos a protesto, é compatível com a Constituição Federal, tanto do ponto de vista formal quanto material.

2. Em que pese o dispositivo impugnado ter sido inserido por emenda em medida provisória com a qual não guarda pertinência temática, não há inconstitucionalidade formal. É que, muito embora o

ADI 5135 / DF

STF tenha decidido, na ADI 5.127 (Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. 15.10.2015), que a prática, consolidada no Congresso Nacional, de introduzir emendas sobre matérias estranhas às medidas provisórias constitui costume contrário à Constituição, a Corte atribuiu eficácia *ex nunc* à decisão. Ficaram, assim, preservadas, até a data daquele julgamento, as leis oriundas de projetos de conversão de medidas provisórias com semelhante vício, já aprovadas ou em tramitação no Congresso Nacional, incluindo o dispositivo questionado nesta ADI.

3. Tampouco há inconstitucionalidade material na inclusão das CDAs no rol dos títulos sujeitos a protesto. Somente pode ser considerada “sanção política” vedada pelo STF (cf. Súmulas nº 70, 323 e 547) a medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário que restrinja direitos fundamentais dos contribuintes devedores de forma desproporcional e irrazoável, o que não ocorre no caso do protesto de CDAs.

3.1. Em *primeiro lugar*, não há efetiva restrição a direitos fundamentais dos contribuintes. De um lado, inexiste afronta ao devido processo legal, uma vez que (i) o fato de a execução fiscal ser o instrumento típico para a cobrança judicial da Dívida Ativa não exclui mecanismos *extrajudiciais*, como o protesto de CDA, e (ii) o protesto não impede o devedor de acessar o Poder Judiciário para discutir a validade do crédito. De outro lado, a publicidade que é conferida ao débito tributário pelo protesto não representa embaraço à livre iniciativa e à liberdade profissional, pois não compromete *diretamente* a organização e a condução das atividades societárias (diferentemente das hipóteses de interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias, etc). Eventual restrição à linha de crédito comercial da empresa seria, quando muito, uma decorrência indireta do instrumento, que, porém, não pode ser imputada ao Fisco, mas aos próprios atores do mercado creditício.

3.2. Em *segundo lugar*, o dispositivo legal impugnado não viola o princípio da proporcionalidade. A medida é *adequada*, pois confere maior publicidade ao descumprimento das obrigações tributárias e serve como importante mecanismo extrajudicial de cobrança, que estimula a adimplência, incrementa a arrecadação e promove a justiça fiscal. A

ADI 5135 / DF

medida é *necessária*, pois permite alcançar os fins pretendidos de modo menos gravoso para o contribuinte (já que não envolve penhora, custas, honorários, etc.) e mais eficiente para a arrecadação tributária em relação ao executivo fiscal (que apresenta alto custo, reduzido índice de recuperação dos créditos públicos e contribui para o congestionamento do Poder Judiciário). A medida é *proporcional em sentido estrito*, uma vez que os eventuais custos do protesto de CDA (limitações creditícias) são compensados largamente pelos seus benefícios, a saber: (i) a maior eficiência e economicidade na recuperação dos créditos tributários, (ii) a garantia da livre concorrência, evitando-se que agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos, e (iii) o alívio da sobrecarga de processos do Judiciário, em prol da razoável duração do processo.

4. Nada obstante considere o protesto das certidões de dívida constitucional em abstrato, a Administração Tributária deverá se cercar de algumas cautelas para evitar desvios e abusos no manejo do instrumento. Primeiro, para garantir o respeito aos princípios da impessoalidade e da isonomia, é recomendável a edição de ato infralegal que estabeleça parâmetros claros, objetivos e compatíveis com a Constituição para identificar os créditos que serão protestados. Segundo, deverá promover a revisão de eventuais atos de protesto que, à luz do caso concreto, gerem situações de inconstitucionalidade (*e.g.*, protesto de créditos cuja invalidade tenha sido assentada em julgados de Cortes Superiores por meio das sistemáticas da repercussão geral e de recursos repetitivos) ou de ilegalidade (*e.g.*, créditos prescritos, decaídos, em excesso, cobrados em duplicidade).

5. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. Fixação da seguinte tese: “*O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política.*”

A C Ó R D ã O

ADI 5135 / DF

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Cármen Lúcia, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em julgar improcedente o pedido formulado, nos termos do voto do Relator. Vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Fixada tese nos seguintes termos: “*O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política*”. O Ministro Marco Aurélio, vencido no mérito, não participou da fixação da tese. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki,

Brasília, 09 de novembro de 2016.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI
ADV.(A/S)	: CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS - CNM
ADV.(A/S)	: PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO - CNC
ADV.(A/S)	: RODRIGO REIS DE FARIA
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO - CONSIF
ADV.(A/S)	: RICARDO MAGALDI MESSETTI E OUTRO(A/S)

RELATÓRIO

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pela Confederação Nacional da Indústria (CNI), tendo por objeto o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.492/1997, incluído pela Lei nº 12.767/2012. Veja-se, desde logo, a redação do dispositivo impugnado:

“Parágrafo único. Incluem-se entre os títulos sujeitos a protesto as Certidões de Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas. (Incluído pela Lei nº 12.767, de 2012)”

ADI 5135 / DF

2. Em síntese, a requerente alega que a inclusão das Certidões de Dívida Ativa (CDA) no rol dos títulos sujeitos a protesto apresenta os seguintes vícios:

(i) **inconstitucionalidade formal**, por ofensa ao *devido processo legislativo* (CF, arts. 59 e 62) e à *separação de poderes* (CF, art. 2º), uma vez que o dispositivo impugnado foi inserido, por emenda, em medida provisória que versava sobre o serviço público de energia elétrica (a MP nº 577/2012, convertida na Lei nº 12.767/2012) e, logo, sem guardar pertinência temática; e

(ii) **inconstitucionalidade material**, por entender que o protesto de CDAs constitui uma “*sanção política*” que implica uma restrição ilegítima a direitos fundamentais do contribuinte para coagir o devedor ao pagamento da dívida tributária, em contrariedade às Súmulas nº 70, 323 e 547, e em violação aos seguintes princípios: (a) *devido processo legal* (CF, art. 5º, XXXV), porque não haveria justificativa jurídica para o manejo do protesto pelo Fisco, que já dispõe de sistema de proteção e privilégio na cobrança de seu crédito; (b) *livre iniciativa e à liberdade profissional* (CF, arts. 5º, XIII, 170, III e parágrafo único, e 174), porque o protesto provocaria restrições ao crédito comercial do devedor e, no limite, poderia inviabilizar o desempenho de sua atividade econômica e levá-lo à falência; e (c) *proporcionalidade*, porque o protesto de CDAs constituiria meio inadequado para alcançar as finalidades do instituto, e desnecessário, uma vez que a execução fiscal seria meio de cobrança menos gravoso para o contribuinte.

3. Submeti o feito ao rito do art. 12 da Lei nº 9.868/1999, dada a relevância da matéria. Na sequência, em cumprimento ao art. 10 da Lei nº 9.868/99, solicitei informações acerca do ato impugnado às autoridades das quais emanou o dispositivo.

4. A Presidência do Congresso Nacional afirmou a inexistência de qualquer incompatibilidade do dispositivo impugnado

ADI 5135 / DF

com a Constituição. Quanto à inconstitucionalidade formal, alegou que os artigos 59 e 62 da Lei Maior preveem expressamente a possibilidade de o Congresso apresentar emendas às medidas provisórias submetidas à sua apreciação, sem exigir pertinência com a matéria tratada no texto original. Já quanto à inconstitucionalidade material, consignou que o preceito questionado confere ao ente público a mesma prerrogativa que possuem os particulares, de modo a atender aos princípios da isonomia, da proporcionalidade e da eficiência.

5. A Presidência da República manifestou-se no mesmo sentido, asseverando que o protesto de CDA não representa sanção política e não viola quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes, harmonizando-se com os princípios da isonomia, da eficiência e da economicidade e com o dever de cobrança e arrecadação efetiva de tributos, requisito da responsabilidade na gestão fiscal. Segundo a Presidência, o protesto não configura uma forma enviesada de cobrança do crédito público, mas sim uma via direta de cobrança extrajudicial, que corresponde à exigência de que o administrador público valha-se dos meios de cobrança mais eficientes, céleres e econômicos, evitando a sobrecarga do Poder Judiciário.

6. Também a Advocacia-Geral da União defendeu a constitucionalidade do dispositivo. Em síntese, a AGU apontou que o protesto não consubstancia sanção política, não inviabiliza atividade econômica lícita, não constitui óbice ao acesso ao Poder Judiciário, nem vulnera o princípio da proporcionalidade. Destacou, ainda, que as finalidades do protesto são disciplinadas em normas infraconstitucionais, de modo que a utilização do instituto como meio para a arrecadação fiscal não seria incompatível com a Carta de 1988.

7. Por fim, a Procuradoria-Geral da República opinou pelo não conhecimento da ação direta, por entender que o requerente não impugnou, na íntegra, o complexo normativo aplicável. Segundo alega, a

ADI 5135 / DF

declaração de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/1997 não obstaría o protesto de CDA com fundamento no *caput* do mesmo artigo. No mérito, a PGR posicionou-se pela improcedência dos pedidos formulados, por entender que o protesto de CDA não é vedado pela Constituição – antes, constitui exigência que decorre dos princípios da eficiência e da economicidade –, e não configura sanção política, pois não inviabiliza a atividade econômica dos contribuintes, não impede a apreciação do Poder Judiciário, nem possui contornos desproporcionais.

8. Foram admitidos no processo, na qualidade de *amici curiae*, o Estado de São Paulo, o Estado de Minas Gerais, a Confederação Nacional dos Municípios, a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo - CNC, e a Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF. Foram inadmitidos o Município de Porto Alegre, o Município de São Paulo, a Associação Brasileira da Indústria de Máquinas e Equipamentos, o Município de Londrina, o Banco Central do Brasil, a Federação do Comércio do Rio de Janeiro, o Estado da Bahia, o Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia, e a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil. Foram, ainda, indeferidos os pedidos de ingresso como *amici curiae* formulados após a inclusão do processo em pauta por: Agência Nacional de Telecomunicações Anatel, Distrito Federal, Federação das Indústrias do Estado de São Paulo FIESP, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Associação brasileira das secretarias de finanças das capitais brasileiras – ABRASF e, em conjunto, Estados do Acre, Alagoas, Amapá, Amazonas, Espírito Santo, Maranhão, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Pará, Paraná, Piauí, Rio Grande do Sul, Rondônia, Santa Catarina, Sergipe, Tocantins.

9. É o relatório. Distribuem-se cópias aos Senhores Ministros.

03/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

I. CABIMENTO DA AÇÃO DIRETA

1. Preliminarmente, embora a questão não pareça apta a suscitar maior controvérsia, analiso o cabimento da presente ação direta. Em primeiro lugar, verifico que a Confederação Nacional da Indústria (CNI) tem legitimidade ativa *ad causam*, nos termos do art. 103, IX, da Constituição. Conforme já reconhecido por esta Corte em diversas ocasiões¹, trata-se de entidade de classe de âmbito nacional. Está igualmente presente a pertinência temática. O ato normativo impugnado versa sobre um meio de cobrança de créditos públicos, o que repercute sobre a atividade e os interesses da indústria e se relaciona diretamente com os objetivos institucionais da entidade, nos termos do art. 3º de seu estatuto social². Em segundo lugar, constato que o objeto da ação direta é idôneo para a deflagração do controle abstrato, tendo em vista que o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/1997 contém enunciado normativo, geral e abstrato, destinado a definir os títulos sujeitos a protesto.

2. Com essas considerações, conheço desta ação direta de

1 Cf. ADI 4425, Rel. Min. Ayres Britto, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux; ADI 4391, Rel. Min. Dias Toffoli, ADI 2832, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, ADI 2588, Rel. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ Acórdão Min. Joaquim Barbosa; ADI 2556, Rel. Min. Joaquim Barbosa.

2 Art. 3º - A CNI tem por objetivos: I - representar, defender e coordenar os interesses gerais da indústria, contribuindo, direta ou indiretamente, para fomentar a expansão e a competitividade do setor industrial e o desenvolvimento econômico e social do País; II - defender a livre iniciativa, a livre concorrência, a propriedade privada e o estado democrático de direito, tendo em conta a valorização do trabalho, a justiça social e o meio ambiente; (...) X - propor medidas judiciais na defesa dos interesses da indústria; (...)"

ADI 5135 / DF

inconstitucionalidade.

II. EXAME DA ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL: O “CONTRABANDO LEGISLATIVO” EM MEDIDAS PROVISÓRIAS

3. Antes de ingressar nas impugnações materiais, é necessário analisar a alegação de *inconstitucionalidade formal* do dispositivo questionado. A CNI sustenta que o parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.492/1997, inserido pela Lei nº 12.767/2012, violaria o *devido processo legislativo* e a *separação de poderes*, uma vez que foi inserido por emenda na Medida Provisória nº 577/2012, que versava sobre questões totalmente diversas, relativas ao serviço público de energia elétrica. Para a entidade, a pertinência temática entre a matéria objeto da emenda e aquela tratada na proposição original seria um limite ao poder de emenda legislativa.

4. Observo que idêntica questão foi enfrentada por esta Corte no julgamento da ADI 5.127 (Rel. Min. Rosa Weber, Rel. p/ acórdão Min. Edson Fachin, j. em 15.10.2015). Na ocasião, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a prática, consolidada no Congresso Nacional, de introduzir emendas sobre matérias estranhas às medidas provisórias constitui costume contrário à Constituição, por violação: (i) à atribuição do Chefe do Executivo para decidir sobre os requisitos de relevância e urgência e, portanto, sobre as matérias que devem ser objeto de medida provisória; (ii) ao devido processo legislativo, já que, não se tratando de questão relevante e urgente, deve-se aplicar o processo legislativo ordinário; e (iii) ao princípio democrático, uma vez que tal expediente frustra a realização de um debate amplo sobre a matéria e limita o exercício da função representativa dos parlamentares, que votam sem pleno domínio do conteúdo da emenda, sem a formação de um convencimento a seu respeito ou sem poder se opor a ela.

5. Entretanto, diante dos consideráveis efeitos adversos que

ADI 5135 / DF

adviriam da declaração de inconstitucionalidade de todas as medidas provisórias já aprovadas, ou ainda em tramitação, com vício semelhante, e do fato de se estar a afirmar um novo entendimento do STF sobre a matéria, a Corte atribuiu eficácia *ex nunc* à decisão. Ficaram, assim, preservadas, até a data daquele julgamento, todas as leis oriundas de projetos de conversão de medidas provisórias com semelhante vício, já aprovadas ou em tramitação no Congresso Nacional, incluindo o dispositivo impugnado na presente ADI.

6. Afasto, portanto, a alegação de inconstitucionalidade formal do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.492/1997.

III. EXAME DAS ALEGADAS INCONSTITUCIONALIDADES MATERIAIS NO PROTESTO DE CDAS

III.1. A caracterização das sanções políticas

7. No que se refere às impugnações materiais, a tese central defendida pela requerente é a de que o protesto da Certidão de Dívida Ativa pelo Fisco constitui uma “sanção política”, já que seria uma medida extrajudicial que restringe de forma desproporcional os direitos fundamentais dos contribuintes ao devido processo legal, à livre iniciativa e ao livre exercício profissional, imposta, de forma indireta, para pressioná-los a quitar seus débitos tributários³.

8. Esta Corte possui entendimento há muito consolidado no

3 Esta é precisamente a definição de sanções políticas adotadas pela doutrina tradicional sobre sanções políticas. Nesse sentido, v. Marciano Seabra de Godoi (Crítica à jurisprudência atual do STF em matéria tributária, 2011), Diego Ferraz Lemos Tavares e Luciano Gomes Filippo (Sanção política: a imagem refletida da extrafiscalidade. Análise da legitimidade e estudo da jurisprudência histórica e atual do STF. *Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, v. 34, set./out. 2012), Paulo Caliendo (Sanções políticas no direito tributário: conteúdo e vedação. In: Eduardo Maneira; Heleno Taveira Torres (coord.). *Direito tributário e a Constituição: homenagem ao prof. Sacha Calmon Navarro Coêlho*, 2012).

ADI 5135 / DF

sentido da inconstitucionalidade do emprego, pelo Poder Público, das denominadas sanções políticas, morais ou indiretas, *i.e.*, de meios não arrecadatórios, gravosos e desproporcionais de coerção estatal com o objetivo de forçar o contribuinte a pagar os tributos devidos. A jurisprudência histórica do Supremo sobre o tema foi expressa nas Súmulas nº 70⁴, 323⁵ e 547⁶, editadas anteriormente à Constituição de 1988, que julgaram inadmissíveis, como meios coercitivos para cobrança de tributos, (i) a interdição de estabelecimento, (ii) a apreensão de mercadorias, e (iii) a proibição de aquisição de estampilhas dos impostos e de despacho de mercadorias nas alfândega.

9. Já durante a vigência da Constituição Federal, há inúmeros julgados que consideraram inconstitucionais medidas oblíquas de arrecadação tributária, na linha de referidas súmulas. A título exemplificativo, cite-se: (i) a proibição da impressão de notas fiscais em bloco por contribuinte inadimplente, obrigando-o à expedição de nota fiscal avulsa, negócio a negócio (RE 413.782, Rel. Min. Marco Aurélio); (ii) o condicionamento da prática de atos da vida civil e empresarial (*e.g.*, transferência de domicílio para o exterior e registro de atos societários) à quitação de débitos (ADI 173, Rel. Min. Joaquim Barbosa); e (iii) a subordinação do pagamento de precatórios à comprovação da ausência de débitos inscritos em dívida ativa (ADI 3453, Rel. Min. Cármen Lúcia)⁷.

10. Analisando-se a jurisprudência deste STF sobre o tema, é

4 Súmula 70: É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo (aprovada em Sessão Plenária de 13.12.1963).

5 Súmula 323: É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos. (aprovada em Sessão Plenária de 13.12.1963)

6 Súmula 547: Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais (aprovada em Sessão Plenária de 03.12.1969)

7 Para mais exemplos, cf: Valeria Rocha da Costa. As sanções tributárias não pecuniárias e o Supremo Tribunal Federal. XIX Encontro Nacional do CONPEDI, jun., 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3761.pdf>>.

ADI 5135 / DF

possível concluir que não basta que uma medida coercitiva do recolhimento do crédito tributário restrinja direitos dos contribuintes devedores para que ela seja considerada uma sanção política. Exige-se, além disso, que tais restrições sejam reprovadas no exame de proporcionalidade e razoabilidade. Por isso, tem-se definido as sanções políticas como *“restrições estatais, que, fundadas em exigências que transgridem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, culminam por inviabilizar, sem justo fundamento, o exercício, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de atividade econômica ou profissional lícita”* (RE 374.981, Rel. Min. Celso de Mello).

11. Essa leitura é confirmada por diversos precedentes que tratam do tema. No RE 413.782, o Ministro Cezar Peluso destacou que o princípio constitucional que subjaz às Súmulas nº 70, 323 e 547 é justamente o *“princípio da proporcionalidade, porque o Estado se está valendo de um meio desproporcional com força coercitiva, para obter o adimplemento do tributo”*. Nesse mesmo julgado, o Ministro Gilmar Mendes sustentou que a definição de uma determinada medida como sanção política é *“uma questão de proporcionalidade mais do que uma questão tributária”*. No mesmo sentido, a ementa do AgR no RE 370.212, relatado pelo Ministro Joaquim Barbosa, enuncia que *“[e]sta Corte firmou uma série de precedentes fundados, entre outros pontos, no direito constitucional ao exercício de atividade econômica lícita e de livre concorrência, que impedem a adoção de medidas constritivas desproporcionais e indiretas destinadas a dar efetividade à arrecadação tributária (sanções políticas)”*. Igualmente, na ADI 173, o Ministro Joaquim Barbosa destacou que *“[p]ara ser tida como inconstitucional, a restrição ao exercício de atividade econômica deve ser desproporcional e não-razoável”*.

12. Um caso recente e especialmente ilustrativo é o do RE 550.769, no qual o Supremo Tribunal Federal apreciou a constitucionalidade do art. 2º do Decreto-Lei nº 1.593/1977, que autorizava o cancelamento do registro especial para a fabricação de cigarros de empresa tabagista, em razão de contumaz inadimplência no

ADI 5135 / DF

pagamento do Imposto sobre Produtos Industrializados – IPI. Muito embora a medida importasse graves restrições à atividade econômica da companhia, a Corte entendeu, por maioria de votos, que ela não constituía uma sanção política no caso. Concluiu-se, em um juízo de ponderação, que a restrição era proporcional à luz dos impactos negativos do reiterado inadimplemento das obrigações tributárias sobre a livre concorrência, a saúde pública e sobre a arrecadação fiscal. Novamente, nesse precedente, o STF consignou que as sanções políticas representam “*restrições não-razoáveis ou desproporcionais ao exercício de atividade econômica ou profissional lícita, utilizadas como forma de indução ou coação ao pagamento de tributos*”.

13. Tal entendimento a respeito das sanções políticas amolda-se com perfeição aos atuais princípios de interpretação constitucional⁸. Como se tem afirmado, os direitos fundamentais não são absolutos, admitindo-se eventuais restrições para a proteção de outros bens e interesses constitucionais. A validade constitucional de tais limitações estará, porém, condicionada à observância de determinados limites formais e materiais (os chamados *limites dos limites*), dentre os quais se destacam: (i) o princípio da reserva legal, (ii) o princípio da proporcionalidade, e (iii) a preservação do núcleo essencial dos direitos restringidos⁹.

14. Diante dessas considerações, entendo que a questão da constitucionalidade do protesto de Certidões de Dívida Ativa, incluído no parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.492/1997 pela Lei nº 12.767/2012 (e, logo, previsto em lei formal), pode ser resolvida por uma análise em duas etapas. Na primeira, deve-se aferir o nível de restrição dos direitos

8 Sobre o tema, cf: Marcos Bueno Brandão da Penha. *Sanções não pecuniárias no Direito Tributário: análise crítica da doutrina e da jurisprudência acerca das denominadas sanções políticas*, 2016.

9 A respeito, cf.: Virgílio Afonso da Silva. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2009; Jane Reis Gonçalves Pereira. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2006.

ADI 5135 / DF

fundamentais supostamente afetados pelo dispositivo legal impugnado, quais sejam o devido processo legal, a livre iniciativa e o livre exercício profissional, verificando-se, ainda, se a medida atinge o núcleo essencial de referidos direitos. Na segunda, deve-se aplicar o princípio da proporcionalidade em suas três dimensões, para fins de examinar: (i) se referidas restrições são adequadas aos fins perseguidos com a medida (*adequação*), (ii) se há meio alternativo menos gravoso e igualmente idôneo à produção do resultado (*necessidade/vedação do excesso*), e (iii) se os seus benefícios superam os seus ônus (*proporcionalidade em sentido estrito*). Passemos a referido exame.

III.2. Violação a direitos fundamentais dos contribuintes*a) Violação ao devido processo legal*

15. A CNI alega que o dispositivo impugnado afrontaria o *devido processo legal* (CF, art. 5º, XXXV). Segundo seu raciocínio, não haveria justificativa jurídica para o manejo do protesto pelo Fisco, que já disporia de meios judiciais especiais e próprios para a cobrança de seu crédito. Como resultado, afirma que o protesto da CDA constituiria um “superprivilégio” para a Fazenda, cujo único propósito seria o de coagir o protestado ao pagamento da dívida tributária.

16. Entendo, porém, que a utilização do instituto pela Fazenda Pública não viola referido princípio. Não ignoro que, no regime jurídico atual, a execução fiscal constitui o mecanismo próprio de cobrança judicial da Dívida Ativa. É o que se extrai do art. 38 da Lei de Execuções Fiscais (Lei nº 6830/1980), que dispõe que “[a] *discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei (...)*”¹⁰. No entanto, como evidencia a literalidade do dispositivo, a Lei nº

10 Lei nº 6830/1980, art. 38: A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

ADI 5135 / DF

6830/1980 elege o executivo fiscal como instrumento típico para a cobrança da Dívida Ativa em sede judicial, mas não exclui a possibilidade de instituição e manejo de mecanismos extrajudiciais de cobrança. Por sua vez, o protesto é justamente um instrumento extrajudicial que pode ser empregado para a cobrança de certidões de dívida, com expressa previsão legal, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 9.492/1997.

17. Não há, assim, qualquer incompatibilidade entre ambos os instrumentos. Eles são até mesmo complementares. Frustrada a cobrança pela via do protesto, o executivo fiscal poderá ser normalmente ajuizado pelo Fisco. E mais: em relação à cobrança de créditos de pequeno valor, o protesto será, muitas vezes, a única via possível. Diversas Fazendas optaram por autorizar o não ajuizamento de execuções fiscais nos casos em que o custo da cobrança judicial seja superior ao próprio valor do crédito. Mesmo na ausência de lei sobre o tema, alguns juízes e Tribunais locais passaram a extinguir execuções fiscais por falta de interesse processual na hipótese.

18. Além disso, o protesto não impede o devedor de acessar o Poder Judiciário para discutir a validade do crédito tributário ou para sustar o protesto. Tampouco exclui a possibilidade de o protestado pleitear judicialmente uma indenização, caso o protesto seja indevido. Inexiste, assim, qualquer mácula à inafastabilidade do controle judicial. Por esses motivos, não vislumbro fundamento constitucional (ou mesmo legal) que impeça o Poder Público de estabelecer, por via de lei, o protesto como modalidade extrajudicial e alternativa de cobrança de créditos tributários. Entendo, portanto, que o protesto de certidões da dívida ativa não importa em qualquer restrição ao devido processo legal.

b) Violação à livre iniciativa e à liberdade profissional

19. A requerente alega também que o dispositivo impugnado representaria transgressão à livre iniciativa e à liberdade profissional (CF,

ADI 5135 / DF

arts. 5º, XIII, 170, parágrafo único e 174). Segundo argumenta, a publicidade que é conferida ao débito tributário pelo protesto acarretaria restrições ao crédito comercial do devedor, o que, no limite, poderia inviabilizar o desempenho da atividade econômica e profissional e levá-lo à completa estagnação, provocando, por via oblíqua, a sua falência.

20. Contudo, entendo que o protesto de Certidões de Dívida Ativa não representa um efetivo embaraço ao regular exercício das atividades empresariais e ao cumprimento dos objetos sociais dos administrados. Sua principal finalidade é dar ao mercado conhecimento a respeito da existência de débitos fiscais e permitir a sua cobrança extrajudicial. Desse modo, a medida não impacta diretamente a vida da empresa. Diversamente dos casos julgados por esta Corte em que se concluiu pela violação à livre iniciativa, o protesto não compromete a organização e a condução das atividades societárias, tal como ocorre nas hipóteses de interdição de estabelecimento, apreensão de mercadorias, restrições à expedição de notas fiscais e limitações à obtenção de registros ou à prática de atos necessários ao seu funcionamento.

21. Não ignoro que o acesso ao crédito representa uma importante ferramenta para o desenvolvimento, o crescimento e, às vezes, para a própria sustentabilidade do negócio, em especial em microempresas e empresas de pequeno porte. No entanto, ainda que se pudesse admitir que o protesto de CDAs afetasse a atividade econômica, isso se daria sempre de forma eventual e indireta¹¹. É que as restrições à linha de crédito comercial da empresa não constituem uma consequência imediata da publicidade conferida ao crédito tributário pelo protesto. Eles representam, no máximo, uma decorrência indireta do instrumento, a qual, porém, não pode ser imputada ao Fisco, mas aos próprios atores do mercado creditício¹².

11 V. Marcos Bueno Brandão da Penha. *Sanções não pecuniárias no Direito Tributário: análise crítica da doutrina e da jurisprudência acerca das denominadas sanções políticas*, 2016. p. 288.

12 Id.

ADI 5135 / DF

22. A informação relativa à existência de débitos certamente poderá ser considerada pelas instituições financeiras na análise de pedidos de crédito. No entanto, isso não implicará necessariamente limitações creditícias. Como apontou Marcos Bueno, a depender das circunstâncias, valores e riscos envolvidos, a informação poderá ser considerada irrelevante para a concessão do crédito ou poderá justificar a exigência de garantias reforçadas, a elevação dos juros praticados, e, no limite, a negativa de sua concessão¹³. Porém, em todas essas hipóteses, não se pode atribuir ao credor que se vale do protesto qualquer responsabilidade. Tanto isso é verdade que pessoas físicas e jurídicas utilizam-se correntemente do protesto para reaver seus créditos privados, sem que tal prática seja objeto de questionamentos.

23. Em vista desses fundamentos, parece-me que o protesto das certidões da dívida ativa não restringe, efetivamente, a livre iniciativa e a liberdade de exercício profissional. Quando muito, ele pode promover uma pequena restrição a tais direitos (pela restrição creditícia), que, justamente por ser eventual e indireta, não atinge os seus núcleos essenciais.

24. Aferido o nível de restrição aos direitos fundamentais supostamente violados pelo dispositivo legal impugnado, cabe agora verificar se a medida atende ao princípio da proporcionalidade. Como argumentei acima, o teste da proporcionalidade da medida possui especial importância no caso, pois permitirá avaliar se o protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui ou não uma “sanção política”.

III.3. Violação ao princípio da proporcionalidade

25. A última alegação da requerente é a de que o protesto de CDAs violaria o *princípio da proporcionalidade*, porque tal instrumento

13 Ibid., p. 288/289.

ADI 5135 / DF

constituiria meio (i) inadequado para alcançar as finalidades do instituto, e (ii) desnecessário, uma vez que o Fisco teria meios especiais e menos gravosos para a satisfação do crédito tributário.

a) *Subprincípio da adequação*

26. Em relação à *adequação* da medida, é preciso verificar se o protesto de Certidões de Dívida Ativa é idôneo para alcançar os fins pretendidos. Isto é, se as restrições impostas aos direitos fundamentais dos devedores são aptas a promover os interesses contrapostos. Nesse ponto, a CNI argumenta que o instrumento violaria o subprincípio da adequação, pois nenhuma das finalidades típicas do protesto seria útil ou necessária ao Fisco. Para que se possa examinar tal alegação, parece-me imprescindível expor, ainda que brevemente, o desenvolvimento histórico do instituto.

27. É verdade que, originariamente, o protesto encontrava-se atrelado exclusivamente aos títulos de crédito de natureza cambial. Até a edição da Lei nº 9.492/1997, o instituto representava tão-somente uma declaração formal e solene do credor de que estaria em desacordo com o inadimplemento da obrigação por parte do devedor, para fins de produção de alguns efeitos legais típicos¹⁴. Entre tais efeitos, incluíam-se: (i) conferir força executiva ao título; (ii) traduzir meio de prova para a conservação e o exercício de direitos (*e.g.*, direito de regresso contra coobrigados); (iii) constituir o devedor em mora para a fluência de juros moratórios; (iv) possibilitar o pedido de falência do devedor; e (v) interromper a prescrição.

28. Diante dessa disciplina jurídica, a doutrina e a jurisprudência tradicionais afirmavam que o credor tributário não precisaria emprestar nenhum de tais efeitos às Certidões de Dívida Ativa. Afinal, o seu crédito já tem força executiva e ostenta presunção de certeza e liquidez e não há interesse na constituição em mora do devedor ou no

14 Hugo de Brito Machado. Protesto de Certidão de Dívida Ativa. *Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará*, ano 06, nº 11, jan./jun., 2002, p. 121/157.

ADI 5135 / DF

pedido de falência¹⁵. Daí porque sustentavam que o protesto, além de desnecessário, representaria um desvio de finalidade e verdadeiro abuso de direito por parte da Fazenda Pública. Esse posicionamento encontra-se claramente refletido na petição inicial desta ação direta.

29. Ocorre, porém, que o instituto assumiu novos contornos legais. Com a edição da Lei nº 9.492/1997, registrou-se sensível ampliação do rol de títulos sujeitos a protesto, que passou a incluir, além de títulos cambiais, “*títulos e outros documentos de dívida*”¹⁶. Hoje, portanto, podem ser protestados quaisquer títulos executivos, judiciais ou extrajudiciais, desde que dotados de liquidez, certeza e exigibilidade, nos termos do art. 783 do Código de Processo Civil de 2015 (correspondente ao art. 586 do CPC/1973)^{17 18}.

30. A partir dessa alteração legislativa, o protesto passou também a desempenhar outras funções além da meramente probatória¹⁹. Como já afirmou o Superior Tribunal de Justiça, trata-se hoje de instituto de natureza bifronte²⁰. De um lado, o protesto representa instrumento

15 Código Tributário Nacional, art. 204.

16 Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

17 Eduardo Fortunato Bim. A Juridicidade do Protesto Extrajudicial de Certidão de Dívida Ativa (CDA). *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 157, out./2008. p. 46.

18 CPC/2015, Art. 783: A execução para cobrança de crédito fundar-se-á sempre em título de obrigação certa, líquida e exigível.

19 É certo que uma leitura literal do art. 1º da Lei 9.492/1997 poderia conduzir à conclusão de que o protesto somente se presta à prova do inadimplemento de obrigação. No entanto, referida interpretação não se adequa à realidade. Se assim fosse, não faria sentido a inclusão da possibilidade de protesto de “outros documentos de dívida” que são justamente os títulos executivos exigíveis (*i.e.*, para os quais não há necessidade de prova do inadimplemento de obrigação). Tampouco haveria razão de ser no protesto facultativo, cujo manejo não é necessário para o exercício do direito de ação destinado à execução da obrigação.

20 V. Recurso Especial 1.126.615-PR (Rel. Min. Herman Benjamin, j. em 03.12.2013), no qual o STJ superou sua jurisprudência tradicional para admitir a possibilidade de protesto

ADI 5135 / DF

para constituir o devedor em mora e comprovar o descumprimento da obrigação. De outro, ele confere ampla publicidade ao inadimplemento e constitui meio alternativo e extrajudicial para a cobrança da dívida.

31. Portanto, a remessa da Certidão da Dívida Ativa a protesto é medida plenamente adequada às novas finalidades do instituto. Ela confere maior publicidade ao descumprimento das obrigações tributárias e serve como importante mecanismo extrajudicial de cobrança, contribuindo para estimular a adimplência, incrementar a arrecadação e promover a justiça fiscal, impedindo que devedores contumazes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos. Por evidente, a origem cambiária do instituto não pode representar um óbice à evolução e à utilização do instituto em sua feição jurídica atual.

b) Subprincípio da necessidade

32. Em relação à *necessidade* da medida, é preciso verificar se há meio alternativo ao protesto de CDAs que seja, ao mesmo tempo, menos gravoso e igualmente idôneo à produção dos resultados desejados. Para a requerente, a medida seria reprovada nesse teste, já que as Fazendas Públicas teriam à sua disposição o executivo fiscal, meio supostamente menos gravoso para a satisfação do crédito público.

33. Em primeiro lugar, ao contrário do que alega a CNI, entendo que o protesto é, em regra, mecanismo que causa menor sacrifício ao contribuinte do que os demais instrumentos de cobrança disponíveis, em especial a Execução Fiscal. Por meio do protesto, exclui-se o risco de penhora de bens, renda e faturamento e de expropriação do patrimônio do devedor, assim como se dispensa o pagamento de diversos valores, como custas, honorários sucumbenciais, registro da distribuição da execução fiscal e possibilita-se a redução do encargo legal²¹⁻²².

das certidões de inscrição em dívida ativa.

21 Eduardo Fortunato Bim. A Juridicidade do Protesto Extrajudicial de Certidão de Dívida Ativa (CDA). *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 157, out./2008, p. 59.

22 Além disso, as certidões de dívida ativa que contenham no valor consolidado do

ADI 5135 / DF

34. Em segundo lugar, ele é ainda mais eficiente para a consecução do fim pretendido de recuperação e arrecadação eficaz dos créditos pela administração tributária²³. Tal eficiência é especialmente destacada no atual cenário de crise da Execução Fiscal. Diversos dados demonstram que as execuções fiscais apresentam altos custos e reduzidos índices de recuperação dos créditos públicos, além de contribuir largamente para a lentidão e o congestionamento do Poder Judiciário.

35. De acordo com estudo do IPEA²⁴, as ações de execução fiscal promovidas pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN junto à Justiça Federal possuem custo unitário médio de cerca de R\$ 5,6 mil, tramitam por um tempo médio de 9 anos, 9 meses e 16 dias, dos quais mais de 4 anos são levados apenas para a citação. A pesquisa também demonstrou que apenas cerca de 3/5 dos processos promovidos pela PGFN vencem a fase de citação, e que a probabilidade de êxito, com a recuperação integral do crédito, é de menos de 26%. Segundo o IPEA, considerando-se tais dados, somente em relação a créditos de valor superior a R\$ 21.731,45 seria economicamente justificável promover-se a cobrança judicial por meio do executivo fiscal.

36. Já o relatório Justiça em Números 2014, do Conselho

crédito encargos legais no percentual de 20% serão levadas a protesto com redução do percentual para 10%, na forma do artigo 3º do Decreto-Lei nº 1.569, de 8 de agosto de 1977, ou 5%, nos termos da Lei nº 8.844, de 20 de janeiro de 1994, conforme o caso.

23 É certo que tal análise comparativa da eficácia das duas medidas (protesto e execução fiscal) também poderia ser transposta para a o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito, já que demanda a verificação de um número elevado de variáveis e, assim, uma ponderação de custo benefício (Jane Reis Pereira Gonçalves, *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*, 2006, p. 342-343).

24 Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Custo e tempo do processo de execução fiscal promovido pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, 2011. Disponível em:

<http://www.ipea.gov.br/agencia/images/stories/PDFs/nota_tecnica/111230_notatecnicadiest1.pdf>

ADI 5135 / DF

Nacional de Justiça, apontou que as ações de execução fiscal constituíam aproximadamente 41,5% do total de processos pendentes na justiça brasileira naquele exercício²⁵. Demonstrou também a enorme taxa de congestionamento, de mais de 90%, já que, em média, de cada 100 execuções fiscais em tramitação em 2014, apenas 9 foram finalizadas no período. Segundo o relatório, este quadro tende a ser mantido, uma vez que as novas execuções ajuizadas superaram em mais de meio milhão o total de processos baixados dessa classe no ano.

37. Diante desses fatores, não há dúvida de que o protesto é medida necessária, pois permite alcançar os fins pretendidos de modo menos gravoso e mais eficiente em relação ao executivo fiscal e demais instrumentos judiciais de cobrança do crédito público.

c) *Subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito*

38. Por fim, cabe avaliar se o protesto das Certidões de Dívida Ativa corresponde a medida *proporcional em sentido estrito*, de modo que as eventuais restrições aos direitos fundamentais dos contribuintes sejam compensadas pela promoção de interesses contrapostos. Trata-se de uma análise comparativa entre custos e benefícios.

39. Em relação aos custos da medida examinada, já se demonstrou amplamente que o protesto não produz significativa restrição a direitos fundamentais dos contribuintes devedores. De um lado, o Poder Público não fere o *devido processo legal* ao estabelecer, por via de lei, uma nova modalidade extrajudicial de cobrança de créditos tributários. De outro, o protesto de CDA não viola a *livre iniciativa* e a *liberdade de exercício profissional*. Como se viu, eventual restrição à linha de crédito comercial da empresa seria, no máximo, uma decorrência indireta do instrumento, a qual, porém, não pode ser imputada ao Fisco, mas aos próprios atores do mercado de crédito.

25

Disponível em: ftp://ftp.cnj.jus.br/Justica_em_Numeros/relatorio_jn2014.pdf

ADI 5135 / DF

40. Já em relação aos benefícios decorrentes da medida em questão, é possível apontar (i) a realização dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade na recuperação dos créditos tributários (arts. 37 e 70, CF), (ii) a garantia da livre concorrência, evitando-se que alguns agentes possam extrair vantagens competitivas indevidas da sonegação de tributos (art. 170, IV, CF), e (iii) a redução do congestionamento do Judiciário, em benefício da realização do princípio da razoável duração do processo (art. 5º, LXXVIII, CF).

41. Em *primeiro lugar*, a cobrança eficiente dos créditos estatais não atende apenas o interesse secundário do Estado, mas também interesses de toda a coletividade. Isso porque permite uma maior arrecadação de valores que custearão os serviços que irão beneficiar a todos, e evita o desperdício de tempo, recursos humanos e financeiros públicos com meios de cobrança com remotas chances de êxito²⁶. Em *segundo lugar*, o protesto de CDAs auxilia no combate à inadimplência, viabilizando a promoção da justiça fiscal e impedindo que a sonegação fiscal confira aos maus pagadores uma vantagem competitiva em relação àqueles que cumprem seus deveres tributários. Em *terceiro lugar*, ao permitir a cobrança extrajudicial dos débitos, a medida tem o condão de promover a diminuição de execuções fiscais ajuizadas e, assim, aliviar a sobrecarga de processos do Poder Judiciário, favorecendo a melhoria da qualidade e da efetividade da prestação jurisdicional.

42. Sopesando-se os custos e benefícios da medida questionada nesta ação direta, parece evidente que o protesto de Certidões de Dívida Ativa proporciona ganhos que compensam largamente as leves e eventuais restrições aos direitos fundamentais dos devedores. Daí porque, além de adequada e necessária, a medida é também proporcional em sentido estrito.

43. Concluindo-se pela inexistência de violação ao princípio

26V. Marcos Bueno Brandão da Penha. *Op. cit.* p. 285/286.

ADI 5135 / DF

da proporcionalidade, também é possível afirmar, à luz da jurisprudência desta Corte, que o protesto de Certidões de Dívida Ativa não configura uma “sanção política”, já que não constitui medida coercitiva indireta que restrinja, de modo irrazoável ou desproporcional, direitos fundamentais dos contribuintes, com o objetivo de forçá-los a quitar seus débitos tributários. Tal instrumento de cobrança é, portanto, constitucional.

IV. ALGUMAS CAUTELAS NECESSÁRIAS

44. Nada obstante considere constitucional a possibilidade de protesto das certidões de dívida tal qual estabelecido pela Lei nº 12.767/2012, reconheço que a medida deve ser cercada de alguns cuidados, de modo a garantir que a atuação administrativa que irá concretizar o instrumento seja igualmente conforme o Direito.

45. Uma *primeira cautela* que se deve ter é a utilização do protesto em conformidade com os princípios da impessoalidade e da isonomia. Veja-se que há uma impossibilidade material ou jurídica de levar todas as certidões de dívida ativa a protesto ao mesmo tempo, seja pela necessidade de um juízo reforçado de legitimidade sobre a higidez dos créditos, seja pelo risco de se receber uma enxurrada de ações judiciais individuais contestando a legalidade de cada ato de protesto. Até mesmo a eventual falta de estrutura adequada da Administração Tributária pode recomendar que a medida seja implementada de forma gradual.

46. Nesse cenário, é recomendável a edição de regulamentação, por ato infralegal e com a maior brevidade possível, que explicita os parâmetros utilizados para a distinção que será feita entre os administrados e as diversas situações de fato existentes. Entendo que a adoção desse requisito de ordem procedimental é fundamental para legitimar o instituto, ao: (i) estabelecer previamente parâmetros claros, objetivos e compatíveis com a Constituição, que permitam a identificação

ADI 5135 / DF

dos créditos que serão protestados; (ii) conferir a esses critérios a transparência inerente a toda atividade administrativa; e (iii) balizar o controle jurisdicional sobre a correta utilização dos standards previamente definidos.

47. É legítimo que se adote, por exemplo, critérios relativos ao valor, protestando-se as dívidas de valor mais baixo cujo proveito econômico não recomendaria o ajuizamento da execução; ou, então, um parâmetro que leve em consideração o nível de participação do administrado na constituição da dívida, optando-se por protestar aqueles créditos em que houver confissão de dívida por parte do devedor em detrimento dos demais. E, por óbvio, tanto os critérios eleitos pelo regulamento, quanto a sua aplicação às diferentes hipóteses estarão sujeitas ao controle do Poder Judiciário, em especial no que diz respeito à sua adequação aos princípios da igualdade e da impessoalidade.

48. Uma *segunda cautela* refere-se ao controle de legalidade e de constitucionalidade, a ser realizado pela Administração Tributária. É dizer: embora o protesto de CDA seja constitucional em abstrato, é possível que sua aplicação em concreto gere situações de inconstitucionalidade (*e.g.*, protesto de créditos cuja invalidade tenha sido assentada em julgados de Cortes Superiores por meio das sistemáticas da repercussão geral e de recursos repetitivos)²⁷ ou de ilegalidade (*e.g.*, créditos prescritos, decaídos, em excesso, cobrados em duplicidade).

49. A declaração de constitucionalidade do protesto de certidões de dívida ativa pela Administração Tributária traz como

²⁷ Nessas hipóteses, a liquidez, certeza e exigibilidade do crédito são prejudicadas de forma significativa. Por isso, é possível que a efetivação do protesto nessas situações concretas represente um grau maior de restrição aos direitos fundamentais dos devedores, e, assim, possa configurar violação ao princípio da proporcionalidade, equiparando-se a verdadeira coação ao pagamento de tributos que a Fazenda Pública já sabe indevidos ou, pelo menos, que se presumem indevidos. V. PENHA, Marcos Bueno Brandão da. Op. cit. p. 295/296.

ADI 5135 / DF

contrapartida o dever de utilizá-lo de forma responsável e consentânea com os ditames constitucionais. Assim, nas hipóteses de má utilização do instrumento, permanecem os juízes de primeiro grau e os tribunais do país com a prerrogativa de, sempre que provocados, promoverem a revisão de eventuais atos de protesto que, à luz do caso concreto, estejam em desacordo com a Constituição e com a legislação tributária, sem prejuízo do arbitramento de uma indenização compatível com o dano sofrido pelo administrado.

V. CONCLUSÃO

50. Por todo o exposto, voto no sentido de que a presente ação direta de inconstitucionalidade seja julgada improcedente. Proponho a fixação da seguinte tese: *“O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política”*.

03/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL**ANTECIPAÇÃO DO VOTO**

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, eminente Relator, eminentes Pares, principio saudando o eminente Relator, pelo voto, como sempre, acutíssimo e pela síntese que fez da aprofundada reflexão. Também saúdo os Advogados, os Procuradores que ocuparam a tribuna, o ilustre Procurador do Estado de São Paulo.

E principio, Senhora Presidente, por aquilo me coloco de acordo com o eminente Relator. Não há dúvida alguma tratar-se aqui de ação plenamente cognoscível. Também entendo inexistir qualquer dúvida sobre a legitimidade da recorrente e também expresse concordância no sentido de afastar a preliminar suscitada pela Procuradoria-Geral da República quanto à ausência de uma arguição de constitucionalidade de todo arcabouço legislativo. O dado objetivo é correto. De fato, argui-se a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 1º desta Lei de 97, alterada pela Lei de 2012, em face de emenda a projeto de lei de conversão de Medida Provisória nº 577/2012.

Nada obstante, o núcleo central da arguição está nesse parágrafo único, e não creio que se possa focalizar o eventual efeito prático de extrair, do *caput* do artigo, aquilo que se contém no parágrafo único. E, portanto, numa eventual declaração de inconstitucionalidade, poder-se-ia, portanto, imaginar uma tentativa de reconstruir o sentido da norma, em tese, declarada inconstitucional, a partir do *caput* do artigo onde se situa esse parágrafo único.

Portanto, não vejo aí problema, tal como apontado, e afasto também essa preliminar.

E, de resto, no que diz respeito à inconstitucionalidade formal, não vou me ater aos elementos que colacionei, mas o eminente Ministro-Relator, de modo mais que suficiente e arguto, bem evidenciou que, ao tratarmos dos chamados contrabandos legislativos, o pronunciamento majoritário deste Plenário foi no sentido de preservar a legislação anterior

ADI 5135 / DF

àquele julgamento. Portanto, trata-se aqui de uma decisão de 15 outubro de 2015. E não há dúvida alguma cogitar-se de legislação anterior a esta data. Assim, insere-se naquela modulação que não implica em reconhecimento de inconstitucionalidade.

Desse modo, até aqui, Senhora Presidente, estou de acordo com o eminente Relator.

03/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Ministra Presidente, trata-se de ADI aforada pela Confederação Nacional da Indústria - CNI na qual se impugna, sob o prisma da inconstitucionalidade formal e material, o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/1997, acrescido pelo art. 25 da Lei nº 12.767/2012, decorrente de emenda parlamentar quando da tramitação do projeto de lei de conversão da Medida Provisória nº 577/2012 no Congresso Nacional.

Tal dispositivo explicita incluírem-se entre os “(...) títulos sujeitos a protesto as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações públicas”.

Consigno, de início, **reputar a presente ação plenamente cognoscível.**

A legitimidade da Recorrente nos termos do art. 103, IX, CRFB, já foi reconhecida por esta Corte em outras oportunidades (exemplificativamente a ADI 4481, Tribunal Pleno, Rel. Min. Luís Roberto Barroso, DJe 18.05.2015). A pertinência temática com o objeto da ação deflui dos objetivos da CNI de “representar, defender e coordenar os interesses gerais da indústria (...)” (Art. 3º, I, de seu Estatuto; eDOC 4, p. 3), pessoas que teriam “(...) débitos, ou supostos débitos e, portanto, passíveis de discussão, com os entes tributantes declinados na norma” (eDOC 2, p. 3).

De outra banda, há que ser afastada a preliminar arguida pelo PGR quanto a não impugnação da “integralidade do arcabouço normativo relevante” (eDOC 92, p. 6-9).

Isso porque não se está aqui diante de caso em que, ignorando o efeito repristinatório das decisões de inconstitucionalidade em ação direta, deixa o Requerente de impugnar os dispositivos normativos maculados pelo mesmo vício e que seriam repristinados pela eventual decisão de inconstitucionalidade. Nessa hipótese, como é sabido, na

ADI 5135 / DF

esteira da jurisprudência da Corte, careceria o provimento de utilidade, devendo a ação não ser conhecida

O que aqui se alega é que ainda que o dispositivo normativo fosse declarado inconstitucional, seria possível extrair a mesma norma a que este dá substrato (a possibilidade de protesto de certidão de dívida ativa) diretamente do *caput* do art. 1º da Lei nº 9.492/1997, dada a natureza de título executivo extrajudicial que ostentam as CDAs, nos termos da legislação processual civil.

Sem prejuízo de futuramente revisitar o tema com maior vagar, compreendo, neste caso concreto, que diante de eventual decisão da Corte nesta ADI que repute o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/1997 inconstitucional, qualquer tentativa de reconstruir norma de idêntico teor com base em outros dispositivos normativos federais, afrontaria, a um só tempo e diretamente, a eficácia *erga omnes* e a autoridade da coisa julgada decorrentes deste julgamento.

Por essa razão, afasto a preliminar e conheço da ação.

A fim de melhor sistematizar os fundamentos deste voto, tratarei separadamente das inconstitucionalidades formais e materiais aduzidas nos autos.

I – INOCORRÊNCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL: “CONTRABANDOS LEGISLATIVOS” E A DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADI 5127.

Quanto à alegação de inconstitucionalidade formal, circunscreve-se a presente ação à ocorrência dos doutrinariamente nominados “*contrabandos legislativos*”, ou seja, a prática congressional de inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória.

Em 15.10.2015 esta Corte veementemente rechaçou tal prática por violar a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, *caput*, parágrafo único, 2º, *caput*,

ADI 5135 / DF

5º, *caput*, e LIV, CRFB), em acórdão assim ementado:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI. CONTEÚDO TEMÁTICO DISTINTO DAQUELE ORIGINÁRIO DA MEDIDA PROVISÓRIA. PRÁTICA EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO).

1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, *caput*, parágrafo único, 2º, *caput*, 5º, *caput*, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória.

2. Em atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantém-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos”. (ADI 5127, Tribunal Pleno, Rel. Min. Rosa Weber, **Rel. P/ Acórdão Min. Edson Fachin**, DJe 10.05.2016; grifei)

Da leitura da própria ementa do acórdão, extrai-se nitidamente que atenção ao princípio da Segurança Jurídica, decidiu o STF pela *“cientificação do Poder Legislativo de que o Supremo Tribunal Federal afirmou, com efeitos ex nunc, não ser compatível com a Constituição a apresentação de emendas sem relação de pertinência temática com medida provisória submetida a sua apreciação”*, **mantendo-se hígidas, portanto, todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até 15.10.2015.**

Dessa forma, tendo sido a Lei nº 12.767/2012, objeto desta ação,

ADI 5135 / DF

promulgada em 27.12.2012 (eDOC 5, p. 1), não há que se falar em inconstitucionalidade formal no presente caso.

Ressalto, ademais, que na assentada de 01.07.2016, ao rejeitar à unanimidade os declaratórios opostos na ADI 5127, evidenciou-se o equívoco da compreensão de que naquela ocasião teria o Tribunal reconhecido a inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados e, ao mesmo tempo, deixado de julgar procedente aquela ação.

Consignei no voto lá proferido:

“Da leitura da decisão, especialmente dos votos e da transcrição dos debates ocorridos, ficam bastante claras as razões da ilustrada maioria que votou pela improcedência da ação, sem que, no entanto, se reconhecesse a inconstitucionalidade da lei impugnada.”

O que a Corte fez foi reconhecer que não obstante o seu entendimento de que é incompatível com a Constituição a apresentação de emendas parlamentares sem relação de pertinência temática com Medida Provisória submetida à apreciação do Congresso Nacional, **isso não significa o reconhecimento da inconstitucionalidade de toda e qualquer lei de conversão promulgada sob tais condições até a data daquele julgamento, o que evidentemente está a incluir a lei impugnada.**

Consigno, por oportuno, que ao abrir a divergência com a ilustre Ministra Rosa Weber, busquei evidenciar expressamente as razões pelas quais tal importante **sinalização da Corte** ao Congresso Nacional não acarretaria, no caso concreto, juízo de procedência de ação direta. Consta de meu voto:

“Isso se dá por razões de duas ordens distintas. Primeiramente, pois se trata da primeira oportunidade em que esta Corte teve para enfrentar o tema e fixar, enquanto órgão a que compete a guarda da Constituição, o seu entendimento. Compreender de modo distinto seria subtrair do debate institucional a possibilidade de diálogo entre

ADI 5135 / DF

os diversos braços do Estado brasileiro sobre o tema. Em segundo lugar, a manifestação desta Corte ocorre após tal prática, no plano fático, encontrar-se arraigada, resultando na aprovação de um grande volume quantitativo de leis de conversão em que foram realizadas emendas parlamentares tratando de objetos distintos daqueles das Medidas Provisórias em análise.

Tais elementos conjugados indicam a necessidade de que se fixe entendimento sobre o tema a fim de que a decisão da Corte não promova insegurança jurídica. Como consequência da tese aqui defendida, ficam preservadas, inclusive esta, no que diz respeito a esta inconstitucionalidade formal, as demais leis fruto de emendas em projetos de conversão de Medida Provisória em lei. (eDOC 111, p. 65/66)

Esses fundamentos pelo não reconhecimento da inconstitucionalidade - diálogo institucional, olhar atento para o mundo fático e a segurança jurídica - foram submetidos ao Colegiado, tendo a maioria que lá se formou a eles sido sensível.

É o que se vê nos votos do **Min. Luís Roberto Barroso** (eDOC 111, p. 80/85 e 102), do **Min. Teori Zavascki** (eDOC 111, e p. 114), da **Min. Cármen Lúcia** (eDOC 111, p. 96/97), do **Min. Gilmar Mendes** (eDOC 111, p. 98/99 e) e do **Min. Celso de Mello** (eDOC 111, p. 107/113 e 114).

Ressalto, porém, que o **Min. Luís Roberto Barroso**, muito embora convergente no resultado (improcedência) e, em grande medida, na fundamentação, secundando minha preocupação com o mundo fático, e o olhar para o diálogo institucional e para a segurança jurídica, propôs, de um lado, o reconhecimento incidental de inconstitucionalidade de costume, e, de outro, de constitucionalidade de Resolução do Congresso Nacional que regulamenta a matéria.

De outro lado, o **Min. Dias Toffoli**, votou pela improcedência a ação, por não vislumbrar no texto constitucional a exigência de pertinência temática” (eDOC 111, p. 67/79).

Diante do exposto, Ministra Presidente, **afasto a alegação de inconstitucionalidade formal.**

ADI 5135 / DF**II – DAS INCONSTITUCIONALIDADES MATERIAIS**

Sem descer às minúcias da legislação infraconstitucional de regência dos processos administrativos de onde provém os créditos inscritos em dívida ativa, no que se refere às alegadas inconstitucionalidades materiais do dispositivo impugnado, a Requerente alega que “(...) a utilização do protesto [de CDA] pela Fazenda teria o único propósito de funcionar como meio coativo de cobrança da dívida tributária, procedimento esse que revela verdadeira sanção política” (eDOC 2, p. 9), o que, em sua compreensão violaria o devido processo legal (Art. 5º, XXXV, CRFB).

Ademais, sustenta que “(...) em razão da publicidade de uma suposta impontualidade no cumprimento da obrigação, geradora, como notório, de uma restrição do crédito comercial (...)” (eDOC 2, p. 10) haveria violação à liberdade profissional (art. 5º, XIII, CRFB) à livre atividade econômica lícita (art. 170, parágrafo único, CRFB) e, consequentemente, à função social da propriedade (art. 170, III, CRFB) e aos fins do Estado como agente normativo e regulador da atividade econômica (art. 174, CRFB). A síntese de seus argumentos pode ser reduzida a afirmação de que, sendo desnecessário o protesto da certidão de dívida ativa para o ajuizamento da execução fiscal, é abusivo o uso do instrumento cambiário para a cobrança de débitos tributários.

A jurisprudência desta Corte assentou, em outras oportunidades, que as chamadas “sanções políticas” não podem ser utilizadas para a cobrança de débitos tributários, como se colhe, exemplificativamente, das súmulas 70 (“É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”), 323 (“É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”) e 547 (“Não é lícito à autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”).

Na linha de raciocínio desses precedentes, subjaz o argumento de que “a fazenda há de procurar o Judiciário visando à cobrança, via executivo fiscal, do que devido, mostrando-se impertinente recorrer a métodos que acabem inviabilizando a própria atividade econômica” (RE

ADI 5135 / DF

413. 782, Rel. Ministro Marco Aurélio, Pleno, DJ 03.06.2005).

Noutras palavras, eventual incompatibilidade com o texto constitucional decorreria da existência de outros meios adequado e menos gravoso para atingir o fim almejado pela cobrança de tributos. Registre-se, ainda, que onerosidade é aferida em relação à restrição da atividade econômica, não em relação ao Fisco.

Neste ponto, é preciso reconhecer que o protesto da certidão de dívida ativa não é instrumento indispensável para o ajuizamento da ação fiscal. Isso porque a certidão já é um título extrajudicial (art. 784, IX, do Código de Processo Civil) que atesta a certeza e liquidez do crédito tributário, suspendendo a prescrição e lhe dando publicidade (art. 2º, § 3º, da Lei 6.830/1980). Ademais, o crédito tributário tem também privilégios que lhe garante preferência na execução.

Sendo dispensável o protesto para o ajuizamento da execução, a utilidade do protesto restringe-se aos efeitos que não decorrem expressamente da lei, mas das práticas do mercado. É, portanto, à luz dessa restrição nas atividades privadas que se examine se o protesto da certidão poderia estender seus efeitos para além da execução fiscal.

A resposta afigura-se negativa. As restrições opostas à obtenção de crédito poderiam, não raro, equiparar-se à indevida restrição nas atividades comerciais dos contribuintes. O crédito é, com frequência, um dos instrumentos da atividade empresarial, tanto quanto as mercadorias ou o próprio exercício da atividade profissional. Na linha dos precedentes suscitados nesta Corte, há, neste ponto, sanção desproporcional nas atividades privadas: a execução fiscal é instrumento menos oneroso para, ao tempo em que autoriza ação fiscal, não restringir desproporcionalmente a atividade empresarial. Há, portanto, inegável inconstitucionalidade na instituição de modalidade de cobrança mais onerosa ao desempenho da atividade econômica.

Em síntese, Ministra Presidente:

a) Considerando a **decisão proferida por esta Corte na ADI 5127**, bem como que a Lei nº 12.767/2012 foi promulgada em 27.12.2012, ou seja, em data anterior à 15.10.2015, **não há que se falar em**

ADI 5135 / DF

inconstitucionalidade formal no presente caso;

b) O protesto de certidão de dívida ativa configura ilegítima sanção política violadora da livre atividade econômica lícita (art. 170, *parágrafo único*, CRFB), razão pela qual, ante a incompatibilidade com o texto constitucional, **há inconstitucionalidade material**.

Diante do exposto, voto pela **procedência** da presente ação direta.

É como voto.

03/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO TEORI ZAVASCKI - Senhora Presidente, peço todas as vênias ao Ministro Fachin para acompanhar o Ministro-Relator integralmente. E o faço com base nas razões exaustivas e profundas por ele colocadas no seu voto.

Apenas a título de resumo dessas ideias, tenho as seguintes anotações:

1. A natureza da CDA. A CDA é um título executivo extrajudicial, portanto, com presunção de liquidez, certeza e exigibilidade semelhantes a outros títulos, com a diferença, em favor do devedor, de que é formado mediante um processo administrativo contraditório, com a faculdade da parte de nele intervir e se defender.

A certidão de dívida ativa só é formada depois de um processo administrativo e contraditório; não é uma iniciativa discricionária da Administração Pública. E, ao cabo desse processo administrativo, há a formação de um título executivo, que tem essa presunção de legitimidade, certeza e liquidez, idêntica a outros títulos ou até, em algumas situações, com uma transparência de certeza e liquidez muito maior do que outros títulos executivos arrolados no Código de Processo.

2. Quanto ao protesto. O protesto - parece-me este que seria o argumento mais importante no meu entender - não inibe o amplo direito de acesso ao Judiciário, que, provocado pelo devedor, certamente saberá conter os excessos porventura praticados pelo Fisco, inclusive, mediante provimentos de antecipação de tutela de caráter inibitório, se for o caso.

Aliás, da tribuna, deixou-se isso claro na última manifestação, de que o devedor sempre poderá ajuizar até mesmo ação ordinária, como, aliás, ocorre com qualquer devedor. Os próprios embargos à execução têm essa natureza de ação autônoma, em que o devedor se opõe à execução. Isso ocorre não apenas em relação à CDA, como em relação a todos os demais títulos. Não vejo nenhuma inibição de acesso ao

ADI 5135 / DF

Judiciário. Isso realmente seria um vício grave, mas não há isso. Isso, evidentemente, não ocorre aqui.

3. Sanção política, por ser um meio de exigir o pagamento.

Não vejo por que seria uma sanção política exigir o pagamento. Se isso fosse um meio ilegítimo para o Fisco, seria também em relação a qualquer contribuinte. Penso que o Ministro-Relator colocou bem: o Estado tem não apenas a faculdade, mas o dever de cobrar as suas dívidas. A execução fiscal, sob esse aspecto, seria a maior sanção política, porque ela tem justamente esta finalidade: a de coagir o devedor de pagar. Então, sob esse aspecto, não vejo nenhum caráter de ilegitimidade.

A pergunta que o Relator colocou é adequada: por que esse meio seria legítimo para o particular, e não o seria para o Fisco nas mesmas condições? Eu penso que aqui o protesto está sendo atacado por sua eficiência e não pela sua ineficiência. Quer dizer, quando se fala aqui - ouvi da tribuna - sobre adequação, especialmente sobre o princípio da adequação, na verdade, nós tínhamos que falar da inadequação da execução fiscal, que é um meio de cobrança provavelmente inadequado. Essa estatística de que quarenta por cento do estoque de processos judiciais se referem à execução fiscal é estarrecedora. Essa é a verdade. Hoje a execução fiscal não funciona, porque ela permite estratégias de demora por parte do devedor, que geralmente se dá por falta de um substrato patrimonial do devedor para arcar com a dívida. Lamentavelmente, o Judiciário arca com esse ônus, o que acho injusto, de ter essa estatística e de se dizer - que é uma verdade, embora não seja uma verdade que deva ser carregada contra o Judiciário - de que a execução fiscal não funciona. Os processos ficam parados nas prateleiras do Poder Judiciário.

Está mais do que na hora de tomar medidas de desjudicialização da cobrança da dívida ativa. Aliás, se formos olhar com cuidado, perceberemos que a formação do título executivo seria o equivalente ao processo de conhecimento. O processo de conhecimento é um processo destinado a formar um título. Portanto, o processo de conhecimento, em relação a tributos, já está feito extrajudicialmente, é um procedimento

ADI 5135 / DF

administrativo que leva à CDA. Não vejo nenhuma razão, pelo contrário, acho que se deveria caminhar celeremente para isso, por que não se possa promover atos de cobrança, que seria também equivalente à execução, extrajudicialmente, sempre garantindo, obviamente, o direito de se defender. Quer dizer, inverter-se-ia a iniciativa de provocar o Judiciário. Em vez de o credor, titular de um título executivo, provocar o Judiciário, ele, baseado na presunção de certeza e legitimidade, poderia tomar algumas medidas de cobrança, como é o caso do protesto, sem prejuízo de o devedor tomar a iniciativa de provocar o Judiciário.

Aliás, na famosa execução extrajudicial prevista no Decreto-Lei nº 70, o Supremo já enfrentou essa questão e julgou, em jurisprudência antiga e tradicional, que esse tipo de medida é perfeitamente legítimo, não inibe o acesso ao Judiciário.

De modo que eu não vejo, com todas as vênias do Ministro Fachin, nenhuma inconstitucionalidade nessa medida. Pelo contrário, penso que medidas como essas, que são equivalentes às medidas asseguradas a todas as pessoas particulares, devem ser não apenas criadas, mas até incentivadas para que se dejudicializem o máximo possível as controvérsias que podem ser resolvidas extrajudicialmente.

Acompanho o Relator, Senhora Presidente.

03/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, na linha do que este Plenário decidiu na ADI nº 5.127 quanto ao chamado contrabando legislativo, no sentido de emprestar eficácia *ex nunc* à inconstitucionalidade formal que lá reconhecemos, acompanho o eminente Relator, julgando improcedente a ação no que diz com a inconstitucionalidade formal.

Quanto à inconstitucionalidade material, peço todas as vênias ao Ministro Fachin, mas também não visualizo, no protesto das CDAs, a natureza ou a qualificação de sanção política na acepção que a jurisprudência desta Corte emprestou às sanções chamadas políticas nas Súmulas nºs 70, 323 e 547. Não vejo violação à livre iniciativa, nem à liberdade profissional, menos ainda, com todo respeito, ao devido processo legal.

Reporto-me igualmente às achegas trazidas pelo Ministro Teori para concluir por um juízo de improcedência, acompanhando, como sempre, o brilhante voto do eminente Relator.

03/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, egrégia Corte, ilustres representantes das partes que assumiram a tribuna.

Senhora Presidente, pedindo vênua ao Ministro Edson Fachin, gostaria de incorporar ao meu voto tudo quanto foi exposto pelo Ministro Luís Roberto Barroso, Ministro Teori e, agora, a Ministra Rosa Weber, para, digamos assim, extrapolar um pouco os fundamentos que foram aqui suscitados. Lembraria - porque nós julgamos com muita reiteração no Superior Tribunal de Justiça até um dado momento - que, dispondo a Fazenda Pública de execução fiscal, seria desnecessário o protesto e, portanto, que não é necessário; no processo, é proibido, falta interesse de agir, então, não admitimos, assim, o protesto. Sucede que esse protesto agora já não se discute mais, porque ele veio através de uma norma primária. E o artigo 183 do Código Tributário Nacional dispõe que:

"Art. 183. A enumeração das garantias atribuídas neste Capítulo ao crédito tributário não exclui outras que sejam expressamente previstas em lei,..."

Então, na verdade, isso aqui é mais uma garantia ao crédito tributário. Nós temos a cautelar fiscal, temos uma série de medidas de proteção do crédito tributário como uma revelação da supremacia do interesse público. E não é possível fazer uma equiparação isonômica, porque o credor particular pretende obter o seu crédito *pro domo sua*, ao passo que o Estado pretende obter o seu crédito *pro populo*, para satisfazer as necessidades coletivas. A contrapartida do particular, à luz do princípio da igualdade, é exatamente aquilo que o Ministro Barroso destacou: a possibilidade de impugnar o protesto judicialmente, até mesmo obter uma reparação por danos pelo protesto indevido. Então, a grande inconstitucionalidade aqui parece ser a eficiência desse protesto judicial.

ADI 5135 / DF

Mas eu queria trazer também uma pequena análise de que hoje se tem feito o processo judicial à luz de uma análise econômica. O Professor Loïc Cadiet, da Universidade de Sorbonne, o Professor Steven Shavell, de Harvard, analisam hoje o processo como sendo um fenômeno importante para a economia. O próprio Banco Mundial faz um *ranking* de países que assimilam bem os negócios de acordo com o seu sistema processual. E hoje, na análise econômica do processo, um dos meios que se observa é como um país trata da solução dos litígios através de meios alternativos que não os meios judiciais. Esse protesto veio exatamente com esta finalidade de fazer com que se resolva extrajudicialmente aquilo que cotidianamente se resolvia judicialmente. E tanto assim o é que o próprio Superior Tribunal de Justiça já mudou a sua jurisprudência, chancelando esse protesto judicial. Nós aqui estamos analisando sob o ângulo constitucional.

E, sob esse ângulo constitucional, incorporando às razões que já foram expostas, eu lembraria algo extremamente importante, que está intimamente ligado à efetividade da prestação jurisdicional e à eficiência do sistema de exigibilidade das dívidas como um todo. É que, no II Pacto Republicano, assinado agora em 2009, cuidou-se, dentre outros objetivos, da efetividade da prestação jurisdicional. E, no Anexo das Matérias Prioritárias, consta no item 2:

"2 - Agilidade e efetividade da prestação jurisdicional

(...)

2.11 - Revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo."

De sorte que, na verdade, não há inconstitucionalidade. Pelo contrário, há um prestígio à supremacia do interesse público e à eficiência na atuação da Fazenda Pública, que deve exigir os seus débitos com muita celeridade e agilidade, na medida em que ela o faz para satisfação das necessidades coletivas.

Eu acompanho o eminente Relator.

03/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Presidente, também eu peço vênias ao Ministro **Fachin** para acompanhar o Relator e os Ministros que com ele somaram.

Não há mais o que acrescentar. Penso que os votos proferidos nesse sentido contemplam todo o meu pensamento, mas não poderia deixar de louvar as sustentações orais aqui realizadas. Aliás, não só neste caso, como no caso anterior da ADPF, tivemos uma tarde bastante primorosa no que diz respeito às orações apresentadas da tribuna e também da bancada pelo Procurador. Um dia muito interessante para acompanhar os temas, muita qualidade nas sustentações.

Eu acompanho o Relator, com a vênias, dado seu belíssimo e bem-fundamentado voto, do Ministro **Fachin**.

03/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, quanto à improcedência do vício formal, já há maioria absoluta de seis votos, e, no tocante ao vício material, tem-se cinco votos julgando improcedente o pedido formulado na inicial desta ação direta de inconstitucionalidade.

Os resultados práticos mencionados da tribuna, a meu ver, provam em demasia. Aludirei, daqui a pouco, ao princípio do determinismo: nada surge sem uma causa, uma motivação.

Longe de mim cogitar da prolação de um voto a partir da autodefesa, considerada a avalanche de processos. Tenho que votar segundo o figurino constitucional, uma vez que estamos diante de um processo que revela o controle concentrado de constitucionalidade.

Distingo sobremaneira o interesse primário da Administração Pública do interesse secundário. No caso, tem-se em jogo o interesse secundário da Administração Pública, não o primário, que diz respeito à coletividade, à sociedade em geral.

Vou à Lei do Protesto para constatar o que é essa figura, esse instituto denominado protesto. Está em bom português:

Art. 1º Protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

Procedo à interpretação sistemática, tendo em conta esse dispositivo, o artigo inicial da Lei nº 9.492/1997, e o artigo 3º da Lei de Execução Fiscal – nº 6.830/1980, a revelar que, no caso, tem-se um vazio quanto à previsão do parágrafo único do artigo 1º da Lei definidora do protesto – introduzido só agora esse parágrafo. Em síntese, descobriram que a Fazenda pode protestar? A certidão da dívida já é uma certidão, gozando de presunção relativa – admito – de veracidade da dívida ativa. Só agora, em 2012, descobriram a possibilidade desse protesto.

O que está no artigo 3º – a que me referi – da Lei nº 6.830/1980? A presunção de veracidade da certidão da dívida, a publicidade da certidão

ADI 5135 / DF

da dívida, ao preceituar que:

Art. 3º - A Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

Vou a "O problema da verdade – teoria do conhecimento", de um armênio que cito sempre, porque adotei as lições para o exercício do ofício judicante, Jacob Bazarian e colho noções sobre o princípio do determinismo – nada surge sem uma causa.

Surgiu o protesto da certidão da dívida ativa para alcançar o disposto no artigo 1º da Lei nº 9.492/1997: "Protesto é o ato formal e solene, pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida"? Não, Presidente. O objetivo não foi esse. O objetivo foi único – e tem-se que dizer com todas as letras: induzir, mediante coerção política a mais não poder, o devedor a satisfazer o débito.

Diz-se que, havendo protesto, pode aquele, que já se defronta com algumas dificuldades para liquidar o débito com o Poder Público, ingressar em Juízo. Também, se não pudesse, estar-se-ia vivendo dias terríveis no imenso Brasil.

Mas o que ocorre se placitado o protesto? Inverte-se a ordem normalmente observada. Revela o ingresso não do credor em Juízo para haver o que devido, mas daquele que já está em momento difícil, para sustar o protesto e as consequências que foram ressaltadas quanto à livre iniciativa, tal como prevista na Carta da República, pelo ministro Luiz Edson Fachin. Terá ele de ingressar em Juízo, invertendo-se a ordem natural inclusive com o pagamento de custas, com o preparo da ação a ser ajuizada, quando sabemos que a Fazenda não está, pela própria Lei nº 6.830/1980, compelida a esse preparo.

Na situação do protesto, apenas tem o devedor este caminho: o ingresso no Judiciário. No caso do executivo fiscal, não. Pode ajuizar – reputo ação – os embargos à execução, a ação de impugnação à execução movida contra si. Não posso, sob pena de adotar o vezo popular, segundo o qual a corda estoura do lado mais fraco, inverter essa ordem, decorrente

ADI 5135 / DF

do arcabouço normativo nacional.

Há mais, no caso, inaugurarei a divergência – muito embora já haja maioria de seis votos – quanto à procedência do vício formal.

O que houve? Foi encaminhada medida provisória tratando sobre extinção de concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço, a intervenção para a adequação do serviço público de energia elétrica com dispositivos versando essa matéria – matéria única. O que ocorreu no âmbito do Congresso? E não sei em qual Casa, visto que as Casas devem atuar, examinando a medida provisória, separadamente. Houve a inserção, na Lei de conversão – e não sei qual conversão ocorreu, porque não havia nada sobre protesto da CDA –, do artigo 25.

No projeto de lei, de iniciativa do Presidente da República, qualquer emenda deve guardar pertinência. O que posso dizer quanto a medida provisória, presente o devido processo legal normativo ou legislativo? Que é cabível, reconheço, aprovação de emenda, mas que tenha sintonia, sob pena de o Congresso substituir-se ao Presidente da República no ato primeiro do processo legal-legislativo. Há de haver pertinência temática mínima, porque, caso contrário, dá-se a substituição, e não se estará observando o devido processo, uma vez que a tarefa do Congresso é converter, ou não, a disciplina normativa, submetida a condição resolutiva – a não aprovação pelo Congresso –, em lei. De duas uma: ou há a conversão do existente – não do inexistente, sob pena de inaugurar-se a normatividade, o que contraria o devido processo –, ou a não conversão admitida, a possibilidade de emenda que se mostre em sintonia mínima, ante o ângulo da pertinência temática, com o pontapé inicial dado pelo Chefe do Poder Executivo, no que editou a medida provisória.

E é de clareza solar que o que surgiu – uso o vocábulo usado pelo ministro Luís Roberto Barroso – foi um jabuti. Pegou-se carona – não sei onde esteve essa inspiração dos representantes do povo brasileiro, que despiram-se, a meu ver, dessa representação – na medida provisória que tratava – repita-se – da extinção das concessões de serviços públicos de

ADI 5135 / DF

energia elétrica, a prestação temporária dos serviços e intervenção para a adequação dos serviços públicos de energia elétrica. Dispôs-se sobre algo totalmente novo, inaugural, estranho a mais não poder aos parâmetros da medida provisória, ou seja, a possibilidade de protesto da CDA – Certidão da Dívida Ativa.

Acolho o pedido formulado quanto ao vício formal. E insistirei nessa tecla – sempre e sempre: há de haver correlação mínima entre o conteúdo da medida provisória e o da Lei de conversão, viabilizada a emenda, desde que guardados parâmetros.

Relativamente ao vício material, sabemos que o protesto é um instituto bilateral: aquele que hoje protesta, amanhã pode ter título protestado. Então, tem-se a observância de algo salutar, considerados os ares democráticos da Carta de 1988, a isonomia de tratamento.

Foi ressaltado da tribuna: o contribuinte que for credor da Fazenda não pode levar título a protesto. O sistema não fecha.

Mas há mais: o protesto, tradicionalmente, em nosso ordenamento jurídico, sempre esteve ligado a relações jurídicas comerciais e sempre visou a publicidade, e o reforço de certeza e liquidez, o inadimplemento daquele que conste do título como obrigado. A Lei já prevê, como tive de ressaltar, levando em conta o artigo 3º – Lei nº 6.830/1980 –, a certeza e a liquidez, a presunção relativa – reafirmo – de legitimidade da CDA.

O protesto é algo muito nefasto e que alcança a credibilidade junto ao mercado de quem tem o título protestado.

No caso concreto, ante o parágrafo único da Lei em comento, a finalidade – como ressaltei, a partir do princípio determinismo – do protesto foi única: não foi tornar conhecida, do devedor, a dívida, porque teria a Fazenda o executivo fiscal, com a intimação do devedor, podendo ele exercer os direitos alusivos à defesa previstos na Lei nº 6.830/1980. A finalidade foi única: a coação – como reconhecido, com honestidade intelectual, da tribuna – do devedor, porque, evidentemente, tendo em conta as repercussões nefastas tende a correr, nessa indução imprópria, liquidando o débito.

A jurisprudência, e, no caso, tem-se que essa jurisprudência,

ADI 5135 / DF

conforme citado em memorial apresentado pela requerente Confederação Nacional da Indústria – CNI em papel timbrado – não estou fazendo propaganda – do escritório de advocacia Dias de Souza, apresenta base maior, tendo em conta a segurança jurídica – e o Direito deixa de ser uno no território brasileiro se as decisões variarem de acordo com o órgão julgador –, é no sentido de reclamar que qualquer ato por parte do Poder Público, observado débito fiscal, há de repousar na proporcionalidade, e, portanto, deve ser vista com cautelar.

Começo citando o precedente no recurso extraordinário nº 550.769/RJ, da lavra do ministro Joaquim Barbosa, quando Sua Excelência – e houve o endosso pelo Plenário – consignou:

Entende-se por sanção política as restrições não razoáveis ou desproporcionais ao exercício de atividade econômica ou profissional lícita, utilizadas como forma de indução ou coação ao pagamento de tributos.

Precisava, para outra coisa, a Fazenda Pública do protesto, a não ser para induzir e coagir? Não, Presidente! Não, porque a CDA está bem definida, em termos de força jurídica, na Lei nº 6.830/1980.

Prossigo, e chego também, pegando a cola desse memorial – volto aos bancos escolares –, a precedente da lavra do ministro Celso de Mello, que está na folha 2 do memorial, alusivo ao agravo de instrumento nº 579.452. Sua Excelência, com a mestria de sempre, fez ver:

“Suscitou-se, na causa de que se originou o presente agravo de instrumento, controvérsia impregnada do mais alto relevo jurídico, refiro-me” – disse – “à discussão em torno da possibilidade constitucional de o Poder Público impor restrições, ainda que fundadas em lei, destinadas a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo e que culminam, quase sempre, em decorrência do caráter gravoso e indireto da coerção utilizada pelo Estado, por inviabilizar” – e, aí, prossegue – “a atividade econômica. Prossegue Sua Excelência: o Estado não pode valer-se de meios indiretos de coerção.

ADI 5135 / DF

Tem-se meio que passa a ser até direto: ou paga ou levo a CDA a protesto, escancarando a inadimplência, em vez de ingressar-se em Juízo com o executivo fiscal.

O ministro Luiz Edson Fachin, nesta assentada, mostrou qualidade de juiz, porque adotou postura coerente com o que já mencionado anteriormente na repercussão geral – no recurso extraordinário com agravo nº 914.045, quando proclamou – e subscrevo a proclamação de Sua Excelência, como devo ter subscrito no caso concreto:

"[...] é inconstitucional restrição imposta pelo Estado ao livre exercício da atividade econômica ou profissional" - claro que não se colocou o devedor da CDA no xilindró, não foi isso -, "quando aquelas forem utilizadas como um meio de cobrança indireta de tributos".

Volto à passagem do tempo. Somente em 2012 – não sei por quê, se em razão da deficiência de caixa, ou não –, num passe de mágica, pensou-se no protesto da CDA. Para quê? Para alcançar-se a satisfação do tributo.

Os exemplos citados da tribuna quanto à liquidação de débitos levados a protesto provam, em demasia, o objetivo visado. O objetivo não foi outro senão compelir – coercitivamente –, sob o ângulo político, o devedor a satisfazer o débito existente.

Julgo procedente o pedido formulado, quer sob o ângulo formal, quer sob o material, sem impor custas à Fazenda.

03/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Senhores Ministros, nós deveríamos continuar colhendo ainda o voto do Ministro Celso e o meu, mas o Ministro-Relator me indica que haveria uma necessidade de ausência - indago de Sua Excelência -, o que nos demandaria ter que indicar o adiamento da finalização deste processo, uma vez que não se admite a continuidade sem o Relator.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Eu peço todas as desculpas, Presidente, mas, como normalmente terminamos às 18 horas, eu tenho um compromisso acadêmico agendado no Rio de Janeiro e preciso pegar um voo. Eu, da minha parte, não me importaria que o julgamento continuasse. O Ministro Teori e o Ministro Fux me acompanharam.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Uma vez que se tem um obstáculo, como anunciado pela Presidente, regimental.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -
Regimental.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Então, eu peço desculpas, mas eu, de fato, preciso me retirar, Presidente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É compreensível, há uma tradição.

De toda sorte, então, se os Ministros concordarem, no início da segunda parte da Sessão de quarta-feira - porque a primeira parte é dedicada à homenagem ao Ministro Cezar Peluso pela sua aposentadoria -, começaríamos tomando os votos do Ministro Celso e o meu e finalizaríamos este julgamento, até porque o Ministro que estará ausente já votou. Com isto, teríamos o quórum completo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Obrigado.

ADI 5135 / DF

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: O eminente Ministro Relator **afirma** que, *de sua parte, não se oporia a que o julgamento continuasse*, **anotando** que os eminentes Ministros TEORI ZAVASCKI e LUIZ FUX o acompanharam **na declaração** de improcedência da presente ação direta.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Da minha parte, não teria problema. O problema é que há uma tese, inclusive. Eu acho que não haveria prejuízo em deixar por uma razão, Ministro, porque nós estamos hoje com ausência de dois, um deles poderá votar na próxima Sessão.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Perfeitamente...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Como for melhor para todos.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI

ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES (0020016/DF, 20016/DF, 91152/RJ) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS - CNM

ADV.(A/S) : PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA (33940/RS)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO - CNC

ADV.(A/S) : RODRIGO REIS DE FARIA (1394B/RJ)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO - CONSIF

ADV.(A/S) : RICARDO MAGALDI MESSETTI (30373/DF) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), julgando improcedente o pedido formulado, no que foi acompanhado pelos Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli, e os votos dos Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio, que julgavam o pedido procedente, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Ricardo Lewandowski, que participa da abertura do VI Encontro Nacional de Juízes Estaduais - ENAJE, em Porto Seguro, na Bahia. Falaram, pelo requerente, Confederação Nacional da Indústria - CNI, o Dr. Cassio Augusto Muniz Borges; pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, a Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral da União; pelo *amicus curie* Estado de São Paulo, o Dr. Elival da Silva Ramos, Procurador do Estado, e, pelo *amicus curiae* Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF, o Dr. Daniel Corrêa Szelbracikowski. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 03.11.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Dias Toffoli, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário

09/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eu recebi, com muita satisfação, o voto do eminente Ministro Luís Roberto Barroso, em meu gabinete, ontem à noite. Li, com bastante verticalidade, o belíssimo pronunciamento de Sua Excelência, mas eu vou pedir vênica para discordar. E discordo de Sua Excelência porque tenho uma antiga posição, que vem desde os meus tempos de desembargador no Tribunal de Justiça de São Paulo, em que me posicionei contra o protesto de certidões de dívida ativa.

E, sem me alongar muito no voto, eu entendo que, de certo modo, a posição que o Supremo Tribunal Federal aparentemente vai tomar daqui por diante é uma decisão que, de certa maneira, discrepa dos posicionamentos anteriores da Corte. A Corte sempre entendeu que é inconstitucional compeler os contribuintes a pagar os impostos, sem o devido processo legal, por tratar-se de uma sanção política.

Eu exemplifico a minha posição com as Súmulas 21 e 28, ambas de caráter vinculante, embora não tratem exatamente da mesma matéria. Elas dizem o seguinte - Súmula Vinculante 21:

"É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo".

A Súmula 28:

"É inconstitucional a exigência de depósito prévio como requisito de admissibilidade de ação judicial na qual se pretenda discutir a exigibilidade de crédito tributário".

Eu trago, e peço escusas tanto aos eminentes Pares quanto àqueles que nos honram com a sua presença neste Plenário da Suprema Corte do País - um voto de improviso. Aqui reuni, rapidamente, o material, antes de me dirigir para a Sessão, mas quero invocar também o RE 565.048, do Rio Grande do Sul, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, em que Sua Excelência assenta na ementa o seguinte:

ADI 5135 / DF

“TRIBUTO – ARRECADAÇÃO – SANÇÃO POLÍTICA.

Discrepa, a mais não poder, da Carta Federal a sanção política objetivando a cobrança de tributos - aí faz menção aos Verbetes 70, 323, 547, exatamente, aqui o Ministro está me subsidiando esses três Verbetes da Súmula do Supremo Tribunal Federal - Verbetes nº 70, 323 e 547 da Súmula do Supremo”.

Sua Excelência então diz:

“(…) IMPROPRIEDADE. Consubstancia sanção política visando o recolhimento de tributo condicionar a expedição de notas fiscais a fiança, garantia real ou fidejussória por parte do contribuinte. Inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 42 da Lei nº 8.820/89, do Estado do Rio Grande do Sul”.

Eu entendo, portanto, primeiro, tratar-se de uma sanção política, no sentido amplo da palavra. Penso que se está vulnerando o devido processo legal substantivo, o direito à ampla defesa e ao contraditório. É um ato unilateral da Administração, sem qualquer participação do contribuinte, numa medida que constrange aquele que sustenta o poder público com o pagamento dos tributos. O protesto de uma certidão de dívida ativa, como todos nós sabemos, como qualquer protesto, mesmo na vida privada, causa inúmeros constrangimentos. Não fosse isso, acho também que se está ferindo o Princípio da Universalidade da Jurisdição ou da Inafastabilidade da Jurisdição, porque aquele que é cobrado pela Administração Pública, num executivo fiscal, tem o direito de se defender perante um juiz togado e, mesmo finda a execução, pode apresentar embargos para contestar os cálculos. E o que acontece com o protesto? Numa ação absolutamente unilateral e sem qualquer participação do contribuinte, ele se vê execrado perante a sociedade porque pretensamente teria deixado de pagar um tributo. Isto ocorre, e pode ocorrer com qualquer um de nós, inclusive nós que ostentamos com muita honra, uma toga sobre nossos ombros, nós todos estamos sujeitos a uma execução fiscal, muitas vezes abusivas até. E imaginem um juiz ou qualquer outra figura eminente, do ponto de vista do cargo que ocupa, na Administração Pública, ser colocado numa situação vexatória como esta, de forma unilateral.

ADI 5135 / DF

Portanto, por entender, em resumo, que se trata de uma sanção política, proibida pela jurisprudência histórica do Tribunal; em segundo lugar, por entender que fere sobretudo o direito ao *due process of law* substantivo, por vulnerar a Inafastabilidade da Jurisdição, que é um princípio talvez basilar da nossa Carta Magna; e, mais ainda, dentro desse mesmo contexto, a reserva de jurisdição, eu peço vênias para divergir do eminente Relator, inclusive concordando com as ressalvas que Sua Excelência pôs, porque Sua Excelência foi extremamente cuidadoso, ele julga improcedente, mas coloca uma série de condicionantes que, de certa maneira, reflete a minha preocupação. É possível até que, se essas condicionantes que foram estabelecidas por Sua Excelência, o Ministro Barroso, forem implementadas, minhas preocupações cessam ou ficam mitigadas. Então, pedindo vênias a Sua Excelência e àqueles que o seguiram, acompanho a divergência para julgar procedente a ação.

09/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL**DEBATE****O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)**

- Presidente, Vossa Excelência me concede?

Ouvi o Ministro Lewandowski com o prazer que sempre ouço. Apenas para pontuar que a divergência essencial aqui é a definição de sanção política. A Jurisprudência do Supremo, como observou Sua Excelência, e eu havia observado no meu voto, considera sanção política, nos termos de súmulas já editadas, aquelas situações em que a atuação do Poder Público para a cobrança do tributo impede o funcionamento normal da empresa. Portanto, a interdição da empresa, a apreensão da mercadoria, a não emissão de um selo necessário a operar. Portanto, se o protesto de CDA gerasse uma impossibilidade de operação na empresa, eu não teria dúvida em qualificar como sanção política. Mas, com todas as vênias ao Ministro Lewandowski e à divergência, em geral, eu penso que o protesto não interfere com a possibilidade de a empresa operar normalmente. Além do que, eu tenho dúvida sobre o argumento de violação do devido processo legal. Quer dizer, a Fazenda tem um mecanismo judicial de cobrança, que é a execução fiscal, de modo que ela, então, não tem a possibilidade de cobrar ou receber extrajudicialmente? Portanto, eu não acho que a existência de uma via alternativa viola o devido processo legal. E, com todas as vênias, eu entendo que, no momento em que a desjudicialização é um pouco a palavra de ordem, a redução do número de execuções fiscais deve fazer parte de uma visão de qual seja o papel do Judiciário, inclusive para contribuir para a desjudicialização. Até mesmo porque, Ministro Lewandowski, como Vossa Excelência bem sabe, foi sob a Presidência de Vossa Excelência que o CNJ produziu a informação de que aproximadamente quarenta por cento dos processos em curso no país são execuções fiscais.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Vossa Excelência me permite apenas um aparte?

ADI 5135 / DF

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Claro. Sempre.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu ouvi com muito interesse, e Vossa Excelência, como sempre, brilhante na sua argumentação, traz realmente aportes novos a essa questão da sanção política. Mas eu me permitiria observar o seguinte, e insisto nesse aspecto de que se trata de uma sanção política, porque, no momento em que essa CDA é submetida a um protesto, a pessoa jurídica, ou mesmo a pessoa física, se vê limitada nas suas atividades do dia a dia. Por exemplo, cerceamento do crédito, tanto com relação aos créditos bancários, como o cerceamento de créditos com relação aos seus fornecedores quando se tratar de uma empresa. Ademais, pode deixar de receber algum repasse oficial que constitua um subsídio.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

(Cancelado)

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois é.

Quando se trata da inscrição de estados-membros da Federação, ou mesmo de Municípios, naqueles cadastros de inadimplentes da União, cessa imediatamente qualquer repasse para as unidades federativas...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Reclama-se a oportunidade de defesa.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Exato. De defesa.

Essa jurisprudência é tão assentada entre nós - é o CAUC e o SIAFI, que são aqueles dois cadastros negativos de créditos - que nós, sistematicamente - é uma jurisprudência do Plenário -, temos conferido as liminares para retirar o estado desse cadastro negativo. E, tanto é consolidada essa jurisprudência, que nós a aplicamos monocraticamente.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu acho que a situação é um pouco diferente. Eu acho que esse embaraço todo do crédito, não é pelo protesto, é pelo fato de ser devedor.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- É isso. O protesto dá publicidade à existência da dívida.

ADI 5135 / DF

Agora, a instituição de crédito, quando ela vai conceder ou não o crédito a alguém, ela também pede certidão de distribuição de execuções fiscais. Então, também não se poderia ajuizar execução fiscal porque igualmente atrapalha o crédito.

Mas há um argumento que me parece mais poderoso aqui. É que esta lógica vale também para o protesto entre partes privadas, porque todo o protesto traz algum constrangimento para o devedor.

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Mas o privado não tem execução fiscal.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Aliás, a finalidade do protesto é exatamente fazer com que o devedor, diante desta forma de pressão, saia da inércia e salde a sua dívida.

De modo que eu teria dificuldade de considerar inconstitucional o protesto da dívida pública, se eu considero legítimo o protesto da dívida privada.

Vossa Excelência queria falar, Ministro Fachin?

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Apenas para lembrar - eu já votei e expus os argumentos em síntese -, eu levei em conta as três súmulas (70, 323 e 547) e o precedente da lavra do Ministro Marco Aurélio, no Recurso Extraordinário 413.782, julgado neste Plenário, em 13 de junho de 2005, nesta precisa linha, qual seja: é sanção política quando, ao invés de utilizar-se da via do executivo fiscal, o estado credor realiza ou implementa medida que constranja o devedor. E, nesse caso, constrange a atividade econômica.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Mas, então, a penhora cai na mesma situação. Porque, na execução fiscal, você começa com a penhora.

As súmulas dizem o seguinte: A 70, "É inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo." Estou de acordo. Se você interdita o estabelecimento, o sujeito não pode operar.

Depois, tem a 323: "É inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos." Se o sujeito não pode vender a mercadoria, ele não pode operar. Então, acho que é sanção

ADI 5135 / DF

política.

A terceira: "Não emitir o selo necessário para ele operar". Também estou de acordo.

Agora, o protesto - como disse o Ministro Fux - dá publicidade à existência de uma dívida. O problema é a dívida, não é o protesto.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - A discussão, na verdade, Ministro, é o entendimento que está, entre os Ministros do Supremo, se isto configura ou não uma sanção política. E, quanto à sanção política, a jurisprudência é pacífica. O que há é que alguns de nós não consideram como sanção política, e outros de nós assim consideram. Este que é o dado essencial.

09/11/2016**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Quando votei – não estava presente, ausente justificadamente, o ministro Ricardo Lewandowski –, ressaltai alguns aspectos.

O primeiro deles foi o caráter bilateral do protesto. Aquele que protesta pode, posteriormente, ter título protestado. Isso não ocorre na relação jurídica cidadão/Estado; o cidadão não protesta qualquer título em relação ao Estado. Segundo aspecto: o protesto visa a publicidade, mas a publicidade quanto a um negócio jurídico entre partes individualizadas. O negócio jurídico quase sempre é de natureza comercial. Terceiro aspecto: a lei disciplinadora do protesto data de 1997. Apenas em 2012, houve aditamento a essa lei para prever a possibilidade de um título que goza de presunção, por lei, de legitimidade, quanto à liquidez, à certeza, que é a Certidão de Dívida Ativa – CDA, ser levado a protesto, desconhecendo-se o disposto na Lei de executivos fiscais, no artigo 3º da Lei nº 6.830/1980, a revelar que "a Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez". Essa presunção, mesmo assim, mostra-se relativa.

Ouvi colegas apontando que o devedor pode ingressar em Juízo, numa inversão, para suspender o protesto da CDA, no que terá que contratar advogado para fazê-lo, que preparar a ação penal, quando poderia simplesmente defender-se deixando de pagar, não embargar a execução, observados os parâmetros da Lei nº 6.830/1980.

Têm-se os princípios do determinismo e da causalidade. Os advogados públicos, ao assomarem a tribuna, foram de absoluta honestidade intelectual, no que, em bom português, disseram o objetivo do protesto, que passou a ter conotação política: pressionar o devedor – isso foi dito pelos advogados públicos, com todas as letras – a satisfazer o débito.

Há, nos verbetes nº 70, nº 323 e nº 547, alusão a posturas do Estado no sentido de inviabilizar, até mesmo, a atividade econômica, protegida pela Carta da República. Os três verbetes referem-se à posição de coerção

ADI 5135 / DF

para que haja – desconhecendo-se, portanto, a liquidez e a presunção de certeza, previstas na Lei nº 6.830/1980 –, mediante escândalo, mediante algo que alcança, em termos de publicidade, o perfil do devedor, a satisfação do tributo.

Não vejo como fugir a reiterados pronunciamentos, e até mesmo aos mais recentes, no que envolvem entidades da Administração Pública. Para ter-se o lançamento do Estado como inadimplente, preconiza-se a observância do devido processo legal, a tomada especial de contas. O lançamento provoca, por força de lei, consequências muito gravosas, alcançando inclusive serviços essenciais.

Reconheço que se está em fase de potencialização da autodefesa, de colocação em segundo plano de garantias constitucionais e legais. Mas este Tribunal, principalmente em época de crise, como a vivenciada hoje, tem compromisso maior com princípios. Descabe eleger critério de plantão, ainda que seja para atender a interesses da Administração, os quais tenho como secundários e não primários, pois ligados ao caixa. Não potencializo o resultado prático. Importa a observância de parâmetros, e, levando em conta esse contexto, o dito, com honestidade intelectual da tribuna pelos advogados públicos, não posso dizer que estão errados. A carona tomada na lei disciplinadora do protesto, uma lei de 1997, objetivou apenas ter um trunfo, mas um trunfo discrepante da ordem jurídica para o cidadão satisfazer débito tributário estampado em CDA. A CDA, por si só, sem protesto, sem outra publicidade, é suficiente a respaldar o executivo fiscal. Que se atente ao mecanismo da Lei nº 6.830/1980; que não se dê esse passo agora, infirmando jurisprudência tradicional do Supremo, no que sempre alijou do cenário jurídico essas posturas do Estado, voltada, mediante uma coação política, a ter a satisfação de débitos.

Falei – e está no voto, não costumo cortar o que falo em Plenário – não ser possível colocar a matéria na fogueira da autodefesa. Há limite no tocante à autodefesa: a ordem jurídica.

09/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Senhora Presidente, pela ordem. Como estamos revisitando o tema que já foi votado, sem querer tomar muito tempo da Corte...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Acabei falando, porque poderiam imaginar, na visão leiga, que estaria consentindo.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Mas o Regimento diz "vistos, relatados e discutidos". Então nós temos que discutir para decidir, está certo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Então vou pedir para discutir de novo, Senhora Presidente.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas Vossa Excelência discute pouco!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, eu discuto pouco.

O protesto, segundo a lei, é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência. E o próprio Código Tributário Nacional esclarece que várias garantias podem ser conferidas ao crédito tributário, ou não tributário, a CDA, em si. Então, temos cautelar fiscal, temos depósito judicial. Por exemplo, no plano privado, sob a égide do código de 73, quando o credor privado protestava, cabia exatamente ao devedor sustar o protesto mediante depósito judicial. Era ele que tinha iniciativa de criar um contraditório eventual. É claro que não há inversão nenhuma aqui, primeiro.

Em segundo lugar - eu acho importantíssimo isso -, aqui já foi dito, e as estatísticas do CNJ comprovam, que a execução fiscal abarrotava os tribunais, o maior número de execuções fiscais é que atravança os juízos. Então, no II Pacto Republicano de Estado, no Anexo de Matérias Prioritárias, constou textualmente:

"2.11 - Revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização

ADI 5135 / DF

dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo."

Isso está no Pacto Republicano, é um consectário dessa promessa que se fez no Pacto Republicano. E o direito não pode ficar apartado da realidade. O que a realidade demonstra? Que, realizado o protesto, que é um meio alternativo de solução, os devedores vão lá e pagam a dívida, mas não pagam por estarem coagidos a nada, eles estão coagidos é pela inadimplência deles.

É direito do Estado poder protestar à CDA sem que isso gere nenhum constrangimento. Para não criar constrangimento, não deva, porque, quando o devedor está em débito, no mercado, os outros partícipes sabem que ele está devendo. E as certidões tiradas são certidões que acabam denunciando a existência desse débito.

E também nós frisamos que hoje há uma gama de estudos, no sentido da análise econômica do direito, de que deve haver o quanto possível a desformalização. Tanto assim o é que o novo Código de Processo Civil, pela vez primeira, permite o protesto de sentença.

De sorte que, a meu ver, o Estado está agindo de acordo com o que há de mais moderno em termos de exigibilidade de suas dívidas.

09/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL

ADITAMENTO AO VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eu vou pedir mais um minuto, porque encontrei a transcrição da Súmula 392 do egrégio Superior Tribunal de Justiça, que me servirá de apoio.

Todos nós sabemos que a CDA, que é a Certidão de Dívida Ativa, possui presunção de constitucionalidade, legalidade e certeza, mas o STJ, que é o tribunal máximo em matéria de harmonização da jurisprudência infraconstitucional e lida com centenas de milhares de casos tributários, abala essa certeza, essa presunção de constitucionalidade e legalidade, enfim, de rigor, de correção da CDA quando assenta, neste Verbete 392, o seguinte:

"A Fazenda Pública pode substituir a certidão da dívida ativa - CDA - até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, (...)."

Portanto, essa CDA é algo que pode cambiar, pode se alterar, pode mudar até a sentença de embargos.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - E que, por si só, goza de legitimidade, imposta por lei. Se os Colegas que formam a corrente admitindo o protesto condicionarem a legitimidade da CDA ao protesto, a coisa muda um pouco.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - É só isso Senhora Presidente. Muito obrigado.

09/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Senhora Presidente, com os apartes, eu queria expor a minha posição em proposições objetivas.

Eu, na condição de Relator, não considero o protesto de CDA uma sanção política, porque o protesto não impede o funcionamento da empresa e, portanto, não recai nas súmulas.

Eu considero que não há violação ao devido processo legal, porque cobrar uma dívida extrajudicialmente não viola, a meu ver, o devido processo legal.

Acho que o protesto de CDA é relevante porque desjudicializa a cobrança da dívida ativa, que tem sido um problema para o funcionamento do Judiciário. E também penso que o mecanismo tem se revelado eficaz, como apontam os números fornecidos da tribuna tanto pela eminente Advogada-Geral da União quanto pelo Procurador do Estado de São Paulo.

E por último, *last but not least*, sou convencido de que o protesto é menos invasivo do que a instauração da execução fiscal, com a penhora de bens. Portanto, não consigo entender por que se considera que um registro público dar ciência ao público de que há uma dívida seja mais gravoso para o devedor do que ter, por exemplo, o maquinário do seu estabelecimento apreendido numa penhora.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Para que essa ciência ao público, senão para implementar uma coação, visando o pagamento? Uma coação política.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Coação eu não diria, mas é precisamente para motivar o devedor a pagar, tal como faz o credor privado.

Portanto, Presidente, estou mantendo o meu voto, agradecendo a interferência de todos os Colegas.

09/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL**VOTO**

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênica para, acompanhando o eminente Relator, **julgar improcedente** a presente ação direta de inconstitucionalidade, **confirmando, em consequência, a plena validade jurídico-constitucional** do art. 1º, **parágrafo único**, da Lei nº 9.492/97, **na redação** dada pela Lei nº 12.767/2012, **que incluiu as certidões de dívida ativa (CDA) na relação dos títulos impregnados de protestabilidade.**

Não vislumbro presente a configuração, *na espécie*, da denominada “sanção política”, **que tem sido rejeitada, por inconstitucional, por esta Suprema Corte, como resulta claro não só das Súmulas 70, 323 e 547/STF, mas, também, de diversos precedentes deste Tribunal (RE 413.782/SC, v.g.).**

A norma legal em causa **não representa** imposição ilegítima ou restrição irrazoável, **muito menos** limitação desproporcional ao livre exercício da atividade empresarial ou profissional, **ou, ainda**, de **quaisquer** direitos fundamentais **assegurados** aos contribuintes em geral.

A inconstitucionalidade de ordem formal, *por sua vez*, **não** se verifica no caso ora em exame, **tendo em vista** o que o Plenário desta Corte **estabeleceu** no julgamento da ADI 5.127/DF, Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN, **no qual** o Supremo Tribunal Federal, **embora acentuando** a inconstitucionalidade da introdução, **no curso** do processo legislativo (que também **abrange** a conversão de medidas provisórias em lei), de emendas **veiculadoras de matéria estranha** ao conteúdo da proposição legislativa (**ADI 973-MC/AP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ADI 1.050-MC/SC**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ADI 2.681-MC/RJ**,

ADI 5135 / DF

Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **ressalvou**, *no entanto*, as leis **resultantes** de conversão de medidas provisórias, **afetadas** pelo **mesmo** vício jurídico, **mas já** aprovadas **até** o dia 15/10/2015, **data** em que foi julgada **a referida** ação direta:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI. CONTEÚDO TEMÁTICO DISTINTO DAQUELE ORIGINÁRIO DA MEDIDA PROVISÓRIA. PRÁTICA EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO).

1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, ‘caput’, parágrafo único, 2º, ‘caput’, 5º, ‘caput’, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória.

2. Em atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantêm-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos.”

(ADI 5.127/DF Red. p/ o acórdão Min. EDSON FACHIN – grifei)

No caso, a regra legal ora impugnada **foi introduzida, mediante emenda parlamentar**, em projeto que se converteu em lei **no ano de 2012, antes, portanto, do marco temporal** estabelecido **no julgamento plenário da ADI 5.127/DF, ocorrido, como anteriormente salientado, em 15/10/2015.**

É o meu voto.

09/11/2016**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL****ANTECIPAÇÃO AO VOTO**

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Também vou pedir vênia à divergência para acompanhar o Ministro-Relator, considerando improcedente a presente ação, quer do ponto de vista da inconstitucionalidade formal alegada do parágrafo único do art. 1º da Lei 9.429, quer sob o ponto de vista material, porque partilho da convicção daqueles que já explanaram no sentido de não se configurar, no caso, uma sanção política de coerção, que seria desarrazoada e, portanto, contrária aos princípios constitucionais. Mas, ao contrário, parece-me que aqui se tem, como já foi amplamente discutido e posto pelos Ministros desta corrente a que dou a minha adesão, uma forma de cobrança perfeitamente legítima muito mais em face das novas normas que prevalecem no Brasil já validando a possibilidade da adoção do protesto.

Por essas razões - vou fazer a juntada de voto -, pedindo vênia àqueles que pensam em sentido contrário, acompanho o Ministro-Relator quanto ao seu voto no sentido de julgar improcedente, tanto a inconstitucionalidade formal quanto a material, o pedido formulado na presente ação.

09/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A Senhora Ministra Cármen Lúcia (Vogal):

1. Ação direta de inconstitucionalidade, com requerimento liminar, contrária ao parágrafo único do art. 1º da Lei nº 9.492/1997 que *"define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida"*, acrescentado pelo art. 25 da Lei nº 12.767/2012.

2. A Autora alega, em síntese, que:

a) o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 9.429/97 foi introduzido pelo art. 25 da Lei n. 12.767/2012, fruto da conversão da Medida Provisória n. 577/2012.

Nessa conversão, *"foi incluída matéria estranha àquela tratada no corpo da Medida Provisória originária, a qual se destinava a tratar da extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica"*.

b) *"o artigo 25 da lei nº 12.767/12, como de resto se pode considerar todo seu corpo normativo, é manifestamente inconstitucional desde o seu nascimento, porquanto inquinado de insuperável vício formal, por ofensa ao devido processo legislativo (CF, artigos 59 e 62), bem como por atentar contra o princípio da separação de poderes (CF, artigo 2º), por conta de sua explícita falta de sintonia e pertinência temática como tema da Medida Provisória - MP nº 577/2012"*;

Quanto à inconstitucionalidade material, aduz:

ADI 5135 / DF

c) *"o protesto da Certidão de Dívida Ativa - CDA não tem qualquer afinidade com os institutos dos protestos comum e falencial. A CDA não traduz, em seu bojo, figuras de coobrigados e, por outro lado, já tem força executiva, derivada da própria lei, razão pela qual o protesto ser-lhe-ia inócuo para uma dessas finalidades";*

d) *"a utilização do protesto pela Fazenda teria o único propósito de funcionar como meio coativo de cobrança da dívida tributária, procedimento esse que revela verdadeira sanção política". Dessa forma, afirma que "usar o protesto com tal escopo, então, é mera forma de execução indireta, à margem do devido processo legal, à revelia, portanto, do artigo 5º, XXXV, da CRFB";*

e) *"o caso do protesto do CDA, com o escopo de dele extrair a sua sabida consequência de restringir o crédito (mola a impulsionar o mundo empresarial) a atividade econômica lícita por ele desempenhada, conspira contrariamente com aqueles fins definidos nos artigos 174 e 170, III da CF".*

3. Adotou-se o rito do art. 12 da Lei nº 9.868/99.

4. A Presidente da República prestou informações defendendo a constitucionalidade do art. 1º da Lei nº 9.492/1997, acrescentado pelo art. 25 da Lei nº 12.767/2012, pois *"o protesto de CDA se harmoniza com os princípios da isonomia, eficiência e economicidade, e que não representa sanção política, isto porque eles e o próprio artigo 11 da LRF exigem que o administrador público valha-se dos mais efetivos e céleres e menos custosos meios de cobrança dos créditos fiscais, sendo que o protesto extrajudicial reúne todas essas características, sendo mais rápido e barato que a execução fiscal".*

5. O Congresso Nacional manifestou-se alegando que *"o dispositivo impugnado não viola os dispositivos constitucionais invocados pela Requerente, tendo em vista que confere ao ente público a mesma prerrogativa quem tem os particulares para também protestar o título que respalda seu crédito, atendendo assim, ao princípio da isonomia, da proporcionalidade e da eficiência, e, também,*

ADI 5135 / DF

ao interesse público da coletividade em ter um instrumento adequado e eficiente para resguardar o recebimento de seu crédito”.

6. O Ministro Relator admitiu o ingresso, na condição de amicus curiae, dos seguintes interessados: o Estado de São Paulo, o Estado de Minas Gerais, a Confederação Nacional dos Municípios, a Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo - CNC, e a Confederação Nacional do Sistema Financeiro – CONSIF.

7. O Procurador-Geral da República opina pelo não conhecimento da ação ou, caso conhecida, pelo improcedência do pedido:

“CONSTITUCIONAL. ART. 1º, PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI N. 9.492/1997 INTRODUZIDO PELA LEI 12.767/2012. INCLUSÃO EXPRESSA DE CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA DO PODER PÚBLICO ENTRE TÍTULOS DE DÍVIDA PASSÍVEIS DE PROTESTO EXTRAJUDICIAL. NÃO CONHECIMENTO DA AÇÃO DIRETA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO AO COMPLEXO NORMATIVO. MÉRITO. OBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO. SANÇÃO POLÍTICA. NÃO CARACTERIZAÇÃO”

Esse o relatório.

8. A Medida Provisória n. 577/2012 (D.O.U. De 30.8.2012) tratava, originariamente, da *“extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço, sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica”*.

9. Quando da apreciação do Projeto de Lei de Conversão da Medida Provisória 577/2012, na Lei n. 12.767 de 27.12.2012, emendas parlamentares incluíram matéria estranha ao objeto da medida provisória, qual seja, a autorização para protesto de certidão de dívida ativa (CDA) da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e das respectivas autarquias e fundações.

ADI 5135 / DF

10. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica quanto à necessidade de pertinência temática entre o *“objeto original de iniciativa normativa submetida à cláusula de reserva (iniciativa privativa), como se vê no precedente fixado na (ADI 1050 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 21.09.1994, DJ 23.04.2004) e em caso similar recentemente julgado na ADI 4.433 (de relatoria da Min. Rosa Weber, julgada em 18/06/2015, DJe 01.10.2015)”*.

Nesse sentido, proferi decisões, por exemplo, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1333/RS (Tribunal Pleno, DJe 18.11.2014) ou na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2583 (Pleno, DJe 26.08.2011), ambas de minha relatoria.

11. Na espécie, como asseverado pela Procuradoria-Geral da República *“trata-se de projeto de lei de conversão de medida provisória, mas a iniciativa referente a normas que tratem de protesto extrajudicial e títulos da dívida não é reservada e não houve aumento de despesa ou descaracterização da proposição originária”*.

12. Ocorre que em 15.10.2015, o Plenário deste Supremo Tribunal avançou ainda mais, reconhecendo (como razões de decidir) a inconstitucionalidade formal dessa prática ao analisar um dispositivo dessa mesma Lei n. 12.249/2010 (art. 76) que extinguiu a profissão de técnico em contabilidade. A matéria também havia sido incluída por emenda parlamentar em projeto de conversão de medida provisória, estanha ao seu objeto inicial, e sem reserva de iniciativa a qualquer chefes de Poder.

13. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.127, relator para o acórdão Ministro Edson Fachin (Dje 11.5.2016), assentou-se, com força vinculante:

“viola a Constituição da República, notadamente o princípio

ADI 5135 / DF

democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, caput, parágrafo único, 2º, caput, 5º, caput, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória”.

Todavia, por imposição do princípio da segurança jurídica, decidiu-se pela manutenção de *“todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação”*.

É o que se tem na ementa do julgado:

“DIREITO CONSTITUCIONAL. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE. EMENDA PARLAMENTAR EM PROJETO DE CONVERSÃO DE MEDIDA PROVISÓRIA EM LEI. CONTEÚDO TEMÁTICO DISTINTO DAQUELE ORIGINÁRIO DA MEDIDA PROVISÓRIA. PRÁTICA EM DESACORDO COM O PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E COM O DEVIDO PROCESSO LEGAL (DEVIDO PROCESSO LEGISLATIVO). 1. Viola a Constituição da República, notadamente o princípio democrático e o devido processo legislativo (arts. 1º, caput, parágrafo único, 2º, caput, 5º, caput, e LIV, CRFB), a prática da inserção, mediante emenda parlamentar no processo legislativo de conversão de medida provisória em lei, de matérias de conteúdo temático estranho ao objeto originário da medida provisória. 2. Em atenção ao princípio da segurança jurídica (art. 1º e 5º, XXXVI, CRFB), mantém-se hígidas todas as leis de conversão fruto dessa prática promulgadas até a data do presente julgamento, inclusive aquela impugnada nesta ação. 3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos.

3. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente por maioria de votos” (ADI 5127, relator para o acórdão Ministro Edson Fachin, Pleno, Dje 11.5.2016).

14. Embora a Relatora daquela Ação Direta (n. 5127), Ministra Rosa Weber, tenha igualmente se manifestado pela inconstitucionalidade

ADI 5135 / DF

formal da prática sob análise¹, prevaleceu o voto do Ministro Edson Fachin quanto à parte dispositiva, em que, a despeito de asseverar a inconstitucionalidade formal em suas razões de decidir, preservou os diplomas legais publicados até aquela decisão do Supremo Tribunal Federal.

15. Tem-se no voto condutor do Ministro Fachin:

“No que se refere ao segundo aspecto em discussão – a possibilidade de, em processo legislativo de conversão de Medida Provisória em lei, ser apresentada emenda parlamentar com conteúdo temático distinto daquele objeto da Medida Provisória – faz-se necessária análise com mais vagar.

Tem-se que a Medida Provisória é espécie normativa primária (art. 59, V), de caráter excepcional (em casos de relevância e urgência – art. 62), sujeita à condição resolutiva (art. 62, §3º) e de competência exclusiva do Presidente da República (art. 62, todos da CRFB).

Se a Medida Provisória é espécie normativa de competência exclusiva do Presidente da República e excepcional, pois sujeita às exigências de relevância e urgência – critérios esses de juízo político prévio do Presidente da República –, não é possível tratar de temas diversos daqueles fixados como relevantes e urgentes. Uma vez estabelecido o tema relevante e urgente, toda e qualquer emenda parlamentar em projeto de conversão de Medida Provisória em lei se limita e circunscreve ao tema definido como urgente e relevante. Vale dizer, é evidente que é possível emenda parlamentar ao projeto de conversão, desde que se observe a devida pertinência lógico-temática.

De outro lado, editada a Medida Provisória, compete ao Poder Legislativo realizar o seu controle. Frise-se que este último é, a um só tempo, político e jurídico, pois se debruça sobre a análise das circunstâncias (urgência e relevância) exigidas pela própria Constituição para a sua edição.

A importância do controle pelo Poder Legislativo do exercício da atípica função legislativa do Poder Executivo – robustecido pelo

1 A Ministra Rosa Weber julgou “procedente a presente ação direta para declarar a inconstitucionalidade formal do art. 76 da Lei nº 12.149/2010, por ofensa aos arts. 2º, 62 e 84, XXVI, da Constituição da República”.

ADI 5135 / DF

trabalho da comissão estabelecida pelo art. 62, § 9º, CRFB - foi objeto de aprofundada análise e debate por este Plenário no julgamento da ADI nº 4.029 (ICMBio), de relatoria do Min. Luiz Fux (julgada em 08/03/2012, DJe 26.06.2012), em que também foi ressaltado o papel desta Corte na defesa do regular processo legislativo constitucional.

Na ocasião, julgada improcedente a ADI, declarou-se incidentalmente a inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Os efeitos da decisão, no entanto, foram modulados a fim de se evitar que o pronunciamento da Corte pudesse semear insegurança jurídica em relação às medidas provisórias já convertidas em lei, bem como sobre aquelas então em tramitação no Poder Legislativo.

Não obstante a discussão posta nestes autos não tenha sido objeto de análise na mencionada ADI, diversos Ministros manifestaram-se nos debates pela importância do tema ora posto em análise, como se vê nas falas do Min. Gilmar Mendes - ao tratar dos notórios abusos que constituem as “caldas legislativas” penduradas nas leis de conversão – e na fala da Min. Cármen Lúcia – ao consignar que o tema também é relevante para as assembleias legislativas estaduais.

A decisão, de todo modo, teve um sentido claro: não é possível o mutismo desta Corte diante de, repito, desrespeitos sistemáticos e reiterados à moldura constitucional.

O uso hipertrofiado de instrumento excepcional – Medida Provisória -, ordinarizando-o, deturpa diuturnamente o processo legislativo desenhado pela Constituição, gerando distorções ilegítimas na arena democrática.

Nessa quadra, a prática das emendas parlamentares no processo de conversão de medida provisória em lei com conteúdos temáticos distintos dos nela versados apresenta fortes complexidades democráticas. Pode, até mesmo, ser vista e explicada como uma possível resposta à atuação do Executivo diante do trancamento das demais deliberações da pauta do Legislativo (art. 62, §6º) em razão das diversas Medidas Provisórias editadas.

Sob essas lentes, trata-se de oportunidade para que esta Corte fixe entendimento que solucionará um sem número de controvérsias,

ADI 5135 / DF

em respeito não apenas ao desenho institucional dado pela Constituição, mas igualmente ao princípio constitucional da segurança jurídica, arts. 1º e 5º, XXXVI.

Ressalte-se que na jurisprudência da Corte a discussão sobre a pertinência temático-material é pacificada no que se refere ao objeto original de iniciativa normativa submetida à cláusula de reserva (iniciativa privativa), como se vê no precedente fixado na (ADI 1050 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 21.09.1994, DJ 23.04.2004) e em caso similar recentemente julgado na ADI 4.433 (de relatoria da Min. Rosa Weber, julgada em 18/06/2015, DJe 01.10.2015).

Como é sabido, o procedimento de conversão em lei da Medida Provisória tem no processo legislativo de conversão o seu instrumento de realização. Neste, o poder Legislativo pode aprovar emendas à medida provisória, sejam elas aditivas, modificativas ou supressivas (CLÈVE, Clèmerson Merlin. Medidas Provisórias. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 249 e p. 252).

Nesse quadrante, ao Poder Legislativo é cabível não apenas o controle de edição da Medida Provisória, mas também a modificação de seu texto normativo.

Por outro lado, porém, o fato de a Constituição não ter expressamente disposto no art. 62 a impossibilidade de se transbordar a temática da Medida Provisória, não significa que o exercício da faculdade de emendar pelo Congresso Nacional seja incondicionado.

É o que se vê, por exemplo, ao se constatar que as demais limitações previstas ao poder de emenda (exemplificativamente as previstas nos arts. 61, §1º, 84, 63, I, II, 166, §§3º e 4º) também se aplicam àquelas apresentadas ao projeto de conversão de medida provisória.

Assim, a menção à ausência de vedação expressa no texto da Constituição sobre a possibilidade de emenda com conteúdo diverso daquele que originou a Medida Provisória não afasta qualquer processo de cotejo interpretativo que abranja parâmetros implícitos, decorrentes de sua interpretação sistemática e unitária.

Ou seja, não é apenas porque o texto constitucional não veda expressamente essa possibilidade que ela seja permitida, especialmente

ADI 5135 / DF

à luz do princípio democrático e do regular processo legislativo por ele desenhado (estampados, entre outros, nos arts. 1º, caput, parágrafo único, 2º, caput, 5º, caput, LIV, CRFB).

*Em uma democracia constitucional as condutas reguladoras da vida dos cidadãos devem ser definidas pelo povo e por seus representantes, por meio de um processo específico de discussão, amadurecimento de posições e decisão (GODOY, Miguel Gualano de. *Constitucionalismo e Democracia: uma leitura a partir de Carlos Santiago Nino e Roberto Gargarella*. São Paulo: Saraiva, 2012). Isso se dá, como regra geral, mediante o processo legislativo ordinário, seja sobre o regime de tramitação tradicional ou conclusivo (art. 58, §2º, II, CRFB).*

Quando uma Medida Provisória, ao ser convertida em lei, passa a tratar de diversos temas inicialmente não previstos - não raras vezes de modo precoce -, o seu papel de regulação da vida comum vê-se enfraquecido no que diz respeito à legitimação pelo procedimento democrático.

Gera-se, com tal prática, insegurança justamente por submeter ao rito de discussão e aprovação excepcionais e céleres, sem sequer se fazer necessária a alegação dos requisitos constitucionais da relevância e da urgência necessários para a edição de Medida Provisória.

Ressalte-se, assim, que os temas inseridos na lei de conversão que não guardam pertinência com a Medida Provisória se veem privados de passar pelas Comissões temáticas de ambas as casas do Congresso Nacional e sua consequente especialização. Tais temas são, dessa forma - e a um só tempo -, privados da submissão a um escrutínio mais aprofundado no âmbito do próprio Congresso Nacional, bem como de um debate público que permita a maturação das reflexões sobre eles, em prejuízo com o diálogo com a comunidade ampla de intérpretes da Constituição. Perceba-se: a realização de audiências públicas não se afigura compatível com os exíguos prazos do procedimento legislativo de conversão.

Frise-se que a compreensão do texto constitucional que visualiza a incompatibilidade da prática ora analisada se materializa na própria Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional que dispõe sobre a apreciação das Medidas Provisórias. Isso porque o seu art. 4º

ADI 5135 / DF

estabelece a possibilidade de apresentação de emendas perante a Comissão Mista prevista no art. 62, §9º, CRFB, sendo, todavia, vedada a apresentação de emendas que versem sobre matéria estranha àquela tratada na Medida Provisória (§4º), cabendo, então, ao congressista Presidente da Comissão Mista o seu indeferimento liminar.

Vê-se, assim, que a prática aqui descrita não é desejável e muito menos salutar. É evidente que um processo legislativo democrático, público e transparente pode e deve primar por uma uniformidade temática que o torne sempre mais acessível, passível de um debate mais robusto, conhecimento e controle pelos outros Poderes, órgãos e pelo próprio povo.

Há, inclusive, discussão em marcha a fim de deixar expreso no texto aquilo que já decorre de seus princípios. A Proposta de Emenda à Constituição nº 70-A busca alterar o procedimento de apreciação das Medidas Provisórias pelo Poder Legislativo, com a previsão de dispositivo que veda a inclusão, em projeto de lei de conversão, de matéria estranha ao objeto da medida provisória.

Na seara infraconstitucional, já há disposição legal que veda a possibilidade de uma lei tratar de temas diversos – Lei Complementar nº 98/1998, art. 7º, II. Tal norma, no entanto, conforme entendimento consolidado desta Corte, não pode servir de parâmetro para a análise de inconstitucionalidade em sede de controle abstrato de constitucionalidade, devendo o dispositivo impugnado confrontar diretamente a Constituição, e não norma infraconstitucional (ADI 2626, Rel. Min. Sydney Sanches. Relatora para o Acórdão: Min. Ellen Gracie. J. 18/04/2004).

Em sede doutrinária, a prática ora analisada não passou despercebida em razão de seu caráter pernicioso para a democracia, já tendo sido denominada de “contrabando legislativo”:

“Ao analisar o processo legislativo em sentido sociológico, observa-se que há grande liberdade e liberalidade do Congresso Nacional em emendar o texto original de uma MP posta pelo Presidente da República e incluir a regulação de temas inexistentes no texto original da MP – o ‘contrabando legislativo’.

Essa ampla liberdade concede grande poder para a maioria do

ADI 5135 / DF

Congresso Nacional, que vota os ‘excertos legislativos’ de maneira rápida e sem discussão, criando um novo espaço de intervenção majoritária nesse processo. Com isso, vozes dissidentes são emudecidas e as regras e os princípios constitucionais são desrespeitados, vilipendiando, assim, o modelo de democracia pluralista.

Outro agravante de relevo, já há muito denunciado no Senado Federal, diz respeito ao esgotamento de todo o tempo de tramitação do PLV [Projeto de Lei de Conversão de Medida Provisória] na Câmara dos Deputados. Desse modo, o PLV entra em regime de urgência e trava as discussões existentes na Casa Alta do Congresso Nacional, fazendo com que a maioria simplesmente aprove essas emendas sem pertinência temática.

Sabe-se que o controle do tempo no processo legislativo é prática corriqueira. Contudo, não é admissível que temas relevantes, que deveriam ser intensamente discutidos pelos parlamentares, passem por uma tramitação ultra célere no Congresso Nacional, impossibilitando um maior debate democrático.” (MARRAFON, Marco Aurélio; ROBL FILHO, Ilton Norberto. Controle de Constitucionalidade no Projeto de Lei de Conversão de Medida Provisória em face dos ‘Contrabandos Legislativos’: Salvaguarda o Estado Democrático de Direito. In: NOVELINO, Marcelo; FELLET, André (Orgs.). Constitucionalismo e Democracia. Salvador: Editora JusPodivm, 2013. p. 238-239)

Supor que o entendimento aqui formulado fortalecerá o Poder Executivo - promovendo uma nefasta manifestação de hiperpresidencialismo - é partir do equivocado pressuposto de que o Parlamento é - e deva ser - sempre subserviente e submisso às proposições do Executivo. Em outras palavras, é ignorar a importante função de controle a ser exercida pelo Parlamento no que se refere aos pressupostos autorizadores da edição de medidas provisórias. Como dito no início deste voto, não se podem aprisionar as potencialidades democráticas do futuro a partir de uma compreensão equivocada da própria democracia. Esta não deve ser refletida à luz dos problemas e dificuldades circunstanciais que hoje a caracterizam, mas sim pensada, de modo dialogado, a partir do problema. Ou seja, tendo em

ADI 5135 / DF

vista a resolução das dificuldades que ora se põem, superando as circunstâncias a partir do que foi construído, pela Constituição, como arena democrática.

Reconhecer que a prática sistemática da edição de emendas em processo legislativo de conversão em lei com conteúdo temático distinto daquele da Medida Provisória sob o escrutínio do Congresso Nacional demonstra desobediência sistemática à moldura institucional construída pela Constituição, não significa, necessariamente, o reconhecimento da inconstitucionalidade de todas as leis de conversão promulgadas até a presente data, incluindo a Lei objeto desta ADI.

Isso se dá por razões de duas ordens distintas. Primeiramente, pois se trata da primeira oportunidade em que esta Corte teve para enfrentar o tema e fixar, enquanto órgão a que compete a guarda da Constituição, o seu entendimento. Compreender de modo distinto seria subtrair do debate institucional a possibilidade de diálogo entre os diversos braços do Estado brasileiro sobre o tema. Em segundo lugar, a manifestação desta Corte ocorre após tal prática, no plano fático, encontrar-se arraigada, resultando na aprovação de um grande volume quantitativo de leis de conversão em que foram realizadas emendas parlamentares tratando de objetos distintos daqueles das Medidas Provisórias em análise.

Tais elementos conjugados indicam a necessidade de que se fixe entendimento sobre o tema a fim de que a decisão da Corte não promova insegurança jurídica. Como consequência da tese aqui defendida, ficam preservadas, inclusive esta, no que diz respeito a esta inconstitucionalidade formal, as demais leis fruto de emendas em projetos de conversão de Medida Provisória em lei.

Dispositivo

Diante do exposto, voto pela improcedência dos pedidos formulados na presente Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.127, tendo como pressuposto que o reconhecimento da inconstitucionalidade formal decorrente da impossibilidade de se incluir emenda em projeto de conversão de Medida Provisória em lei com tema diverso do objeto originário da Medida Provisória, deve, em

ADI 5135 / DF

obediência ao princípio da segurança jurídica, preservar, até a data deste julgamento, as leis fruto de emendas em projetos de conversão de Medida Provisória em lei, inclusive esta” (voto condutor do Ministro Edson Fachin, da ADI .

16. Naquela assentada, acompanhei a divergência assentando que

“em primeiro lugar, também acho ser esta uma matéria de maior relevo, uma vez que a Constituição estabelece regras, que não vêm sendo cumpridas nos termos em que interpretadas, pelo menos, numa boa parte da jurisprudência, e até da doutrina.

Quanto à inconstitucionalidade material, acompanho a Ministra Rosa no sentido de não haver realmente nada a macular a Lei nº 12.249. Entretanto, a parte que se refere especificamente à introdução de emendas não pertinentes, tenho que a interpretação haverá de ser rigorosamente no sentido de considerá-las contrárias ao Texto Constitucional, até porque, apenas para citar, por exemplo, Carlos Maximiliano: “o que é excepcional interpreta-se restritivamente”.

E também, em respeito ao princípio do devido processo legislativo, há que se respeitar a natureza de cada qual das espécies legislativas. Aqui haveria até uma contradição nos termos, porque a Constituição dispõe que a medida provisória será convertida, e, por isso, adotou-se a lei de conversão. Ora, não se converte o que não veio na medida provisória; converte-se aquela matéria tratada, como medida adotada, em lei. Por isso é que se chama lei de conversão.

Então, essa introdução de emendas com temas que nada tem a ver com o posto inicialmente na medida provisória esbarram não apenas na natureza, mas até mesmo na qualificação que emana do que estabelecido na Constituição. Converte-se o que existe. Essa matéria é inteiramente nova e realmente seria contrária, portanto, ao devido processo legislativo.

Entretanto, como já foi debatido aqui amplamente, essa é uma interpretação que se acolheu, em determinado momento, como possível, pertinente, adequada, mesmo contra normas expressas no Regimento das Casas, e, por isso mesmo, não tenho como considerar, como posto no voto, especialmente, do Ministro Fachin nesta parte. E é nesta parte que peço vênias, portanto, à Ministra Rosa, para julgar

ADI 5135 / DF

[im]procedente esta Ação, porque, neste caso, estaria invalidando o que foi feito nos termos nunca declarados inconstitucionais, sequer sinalizado antes pelo Supremo Tribunal como não podendo ocorrer.

Por isso, Presidente, concluo no sentido de julgar improcedente a ação, assinalando também, como já foi feito pela maioria, ressalva feita ao Ministro Dias Toffoli, a não continuidade dessa prática, quer dizer, valemo-nos dos precedentes que temos, e que foram lembrados pelo Ministro Gilmar Mendes, para considerar ainda constitucional essa norma e fazer com que, com essa sinalização, o Congresso Nacional não possa daqui para frente adotar a mesma prática.

É como voto, Presidente”.

17. Na espécie, a mesma solução jurídica se impõe, considerando-se que Lei nº 12.767 data de 27.12.2012, tendo sido publicada antes do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.127, ocorrido em 15.10.2015 (Dje 11.5.2016). Afasta-se, portanto, a declaração de sua inconstitucionalidade.

Improcede ainda a alegação de inconstitucionalidade material da norma.

18. Como evidenciado em decisão do Conselho Nacional de Justiça, no pedido de providências n. 0004537-54.2009.2.00.0000, *“inexiste qualquer dispositivo legal ou regra que vede ou desautorize o protesto de créditos inscritos em dívida ativa em momento prévio à propositura da ação judicial de execução, desde que observados os requisitos previstos na legislação correlata. Reconhecimento pela Corregedoria Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro”.*

19. A questão, que é infralegal, não importa em ofensa direta à Constituição da República, afeta que está aos mecanismos processuais e cobrança extrajudicial de dívidas, pelas Fazendas Públicas. Como aduzido pela Advocacia-Geral da União

“o instituto do protesto de títulos não detém contornos constitucionais, de modo que a sua disciplina é integralmente extraída de diplomas normativos infraconstitucionais, os quais devem

ADI 5135 / DF

observância à Carta Magna. Destarte, não merece prosperar a conclusão da autora no sentido de que o propósito visado pelo legislador, ao permitir o protesto de certidão de dívida ativa, não se compatibiliza com a natureza tradicional do instituto.

De feito em sede de ação direta de inconstitucionalidade, deve-se avaliar a conformidade entre a norma hostilizada e o Texto Constitucional, sendo descabida a utilização de disposições legais como parâmetro para tentar demonstrar inconstitucionalidade de determinada norma”.

20. O Supremo Tribunal Federal 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”* (ADI n. 173, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Pleno, Dje 20.3.2009).

Todavia, é igualmente inequívoco que *“a orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal não serve de escusa ao deliberado e temerário desrespeito à legislação tributária”* (ADI n. 173, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Pleno, Dje 20.3.2009).

Foi o que se definiu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 173, no qual acompanhei o voto do Ministro Joaquim Barbosa, segundo o qual, *“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”*

ADI 5135 / DF

(ADI n. 173, Relator Ministro Joaquim Barbosa, Pleno, Dje 20.3.2009).

21. Como pontuou a Procuradoria-Geral da República

“a maior eficiência e menor custo (princípio da economicidade) na atuação do poder público são mandamentos constitucionais, derivados dos arts. 37 e 70 da Constituição da República, a recomendar a adoção de expedientes legais e simplificados para a satisfação da dívida ativa pública.

Em suam, de acordo com os estudos realizados pelo IPEA e as recomendações advindas do TCU e do CNJ, além dos princípios constitucionais indicados, o protesto de CDA's é medida cabível e necessária à recuperação mais célere de créditos públicos e à manutenção de receitas que dão concretude às políticas públicas”.

22. Pelo exposto, voto pela improcedência do pedido, nos termos do que decidido, com força vinculante, na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5127 (Dje 11.5.2016).

É o meu voto.

09/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL

PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Como é uma ação direta de inconstitucionalidade e tem efeito vinculante, a tese é importante.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - É apenas para esclarecimento mesmo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- O protesto das certidões de dívida ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo de cobrança do crédito tributário por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Ministro Barroso, como recebi um memorial e também recebi o voto de Vossa Excelência, a CDA sempre vai consubstanciar título de dívida líquida, certa e exigível. Então, a execução vai ser definitiva, equiparável à sentença transitada em julgado, mas ela não é limitada só ao crédito tributário. Eu recebi uma petição nesse sentido: se Vossa Excelência poderia, eventualmente, excluir a categorização tributária, porque CDA é CDA, e, aí, valeria para todas as CDAs, o protesto de CDAs.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) - Como de certidões.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Portanto, Vossa Excelência propõe substituir crédito tributário?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -

Não, não fazer a referência, só a certidão de dívida ativa.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Nas CDAs... Vossa Excelência pararia em CDAs.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Perdão, Ministro! Eu, apesar de ter sido vencido, como sempre, reservo-me o direito e, com muita satisfação, de participar da discussão da tese final,

ADI 5135 / DF

porque ter sido vencido não impede que eu adira à formulação da tese.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Aliás, para dar o crédito a Vossa Excelência, na questão da execução de segundo grau, que Vossa Excelência votou vencido no Plenário Virtual, Vossa Excelência aquiesceu à decisão majoritária do Plenário, que é a demonstração do que está dizendo de ceder à colegialidade.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Muito grato pela gentileza da observação.

Eu queria ponderar que o objeto dessa Ação Direta de Inconstitucionalidade é muito específico, diz respeito apenas às CDAs. Eu tenho um pouco de receio que nós ampliemos essa nossa tese e acabemos por abranger outras situações, eventualmente, não desejadas pelo Plenário.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Não, mas estamos de acordo. Só protesto das CDAs.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Não, é que o Ministro Fux, como sempre, contribuindo para melhorar a redação, está sugerindo que nós falássemos apenas "CDA".

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - As CDAs.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Ficássemos apenas nesta...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Mas fica assim, olha, a proposta do Ministro Fux produziria...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (PRESIDENTE) -

Porque a nossa linha tem sido, exatamente, restringir ao objeto específico.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Minimalista. É isto.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - *Restringenda, e não amplianda.*

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- A proposta do Ministro Fux produziria, Presidente, eu penso, a seguinte redação:

O protesto das certidões de dívida ativa constitui mecanismo

ADI 5135 / DF

constitucional e legítimo por não restringir, de forma desproporcional, quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política. Eu tirei a referência a "crédito tributário". Está bem assim? Ok.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhora Presidente, eu estou de acordo, gostaria apenas de fazer uma observação, inclusive à luz desta Súmula 392, do STJ, que demonstra que a CDA é muito mutável e podem ocorrer erros por parte da Administração Pública. Eu imagino que um protesto indevido de uma CDA pode acarretar uma ação de danos morais contra a...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) – Presidente, embora não conste da tese, eu, no final do meu voto, fiz questão de criar um capítulo de orientação à Administração Pública quanto às cautelas que deve tomar em relação à impessoalidade, à moralidade administrativa e à igualdade. No final, Ministro Lewandowski, eu até conclamo a uma regulamentação que torne o protesto impessoal e marcado por moralidade e igualdade, para que a Administração não escolha arbitrariamente quais os créditos irá protestar sem um critério prévio e objetivo. Portanto, a Lei é constitucional, mas é de todo conveniente que haja esse tipo de regulamentação. Eu só não coloquei na tese, porque não é o objeto da discussão.

Muito obrigado, Presidente.

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Pois, não. Muito obrigado, Ministro Barroso.

Estou de acordo.

09/11/2016**PLENÁRIO****AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL**

RELATOR	: MIN. ROBERTO BARROSO
REQTE.(S)	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI
ADV.(A/S)	: CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: PRESIDENTE DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: CONGRESSO NACIONAL
ADV.(A/S)	: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
AM. CURIAE.	: ESTADO DE SÃO PAULO
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO
AM. CURIAE.	: ESTADO DE MINAS GERAIS
PROC.(A/S)(ES)	: ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS - CNM
ADV.(A/S)	: PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISMO - CNC
ADV.(A/S)	: RODRIGO REIS DE FARIA
AM. CURIAE.	: CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO - CONSIF
ADV.(A/S)	: RICARDO MAGALDI MESSETTI E OUTRO(A/S)

EXPLICAÇÃO

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, não é preferência, é o ditado da minha consciência. Porque se, no mesmo julgamento, participar da eleição da tese, estarei sendo – sob a minha óptica, respeitando as alheias – incongruente. Eu, que votei no sentido de entender inconstitucional, passaria, agora, a proclamar tese contrária a essa conclusão. Por isso, não participo da votação.

Não me eximindo simplesmente de votar, porque evidentemente atuo com desassombro e, no ofício judicante, pronuncio-me, uma vez que também não tenho cadeira voltada a relações públicas.

09/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/PROPOSTA

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN - Senhora Presidente, mesmo vencido, eu tenho participado dos debates e, excepcionalmente, tenho divergido da tese quando, com a devida vênia, entendo que a tese espelhada não seria coerente com o entendimento majoritário. Neste caso, entendo que a tese formulada na redação final é coerente com o entendimento majoritário. Nada obstante, tal como o Ministro Lewandowski, também assinalo, obviamente, a divergência na matéria de fundo na qual fomos vencidos.

A tese vencedora está espelhada no texto proposto, portanto estou de acordo nessa medida.

09/11/2016

PLENÁRIO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135 DISTRITO FEDERAL

VOTO S/PROPOSTA

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhora Presidente, eu integrei a corrente que acompanhou o Ministro Luís Roberto. Eu estou de acordo com a tese.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.135

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REQTE.(S) : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DA INDÚSTRIA - CNI

ADV.(A/S) : CASSIO AUGUSTO MUNIZ BORGES (0020016/DF, 20016/DF, 91152/RJ) E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

INTDO.(A/S) : CONGRESSO NACIONAL

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

AM. CURIAE. : ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DE SÃO PAULO

AM. CURIAE. : ESTADO DE MINAS GERAIS

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DO ESTADO DE MINAS GERAIS

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DOS MUNICÍPIOS - CNM

ADV.(A/S) : PAULO ANTÔNIO CALIENDO VELLOSO DA SILVEIRA (33940/RS)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO COMÉRCIO DE BENS, SERVIÇOS E TURISCO - CNC

ADV.(A/S) : RODRIGO REIS DE FARIA (1394B/RJ)

AM. CURIAE. : CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO - CONSIF

ADV.(A/S) : RICARDO MAGALDI MESSETTI (30373/DF) E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto do Ministro Roberto Barroso (Relator), julgando improcedente o pedido formulado, no que foi acompanhado pelos Ministros Teori Zavascki, Rosa Weber, Luiz Fux e Dias Toffoli, e os votos dos Ministros Edson Fachin e Marco Aurélio, que julgavam o pedido procedente, o julgamento foi suspenso. Ausentes, justificadamente, o Ministro Gilmar Mendes e o Ministro Ricardo Lewandowski, que participa da abertura do VI Encontro Nacional de Juízes Estaduais - ENAJE, em Porto Seguro, na Bahia. Falaram, pelo requerente, Confederação Nacional da Indústria - CNI, o Dr. Cassio Augusto Muniz Borges; pelo Presidente da República e pelo Congresso Nacional, a Ministra Grace Maria Fernandes Mendonça, Advogada-Geral da União; pelo *amicus curie* Estado de São Paulo, o Dr. Elival da Silva Ramos, Procurador do Estado, e, pelo *amicus curiae* Confederação Nacional do Sistema Financeiro - CONSIF, o Dr. Daniel Corrêa Szelbracikowski. Presidência da Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 03.11.2016.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou improcedente o pedido formulado, vencidos os Ministros Edson Fachin, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski. Fixada tese nos seguintes termos: "O protesto das Certidões de Dívida Ativa constitui mecanismo constitucional e legítimo, por não restringir de forma desproporcional quaisquer direitos fundamentais garantidos aos contribuintes e, assim, não constituir sanção política". O Ministro Marco Aurélio, vencido no mérito, não

participou da fixação da tese. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes e Teori Zavascki, participando em missão oficial do Programa de Eleições dos Estados Unidos (USEP) e da 7ª Conferência da Organização Global de Eleições (GEO-7), em Washington, Estados Unidos, e o Ministro Dias Toffoli, acompanhando as eleições norte-americanas a convite da *International Foundation for Electoral Systems (IFES)*. Presidiu o julgamento a Ministra Cármen Lúcia. Plenário, 09.11.2016.

Presidência da Senhora Ministra Cármen Lúcia. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Luiz Fux, Rosa Weber, Roberto Barroso e Edson Fachin.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. José Bonifácio Borges de Andrada.

p/ Doralúcia das Neves Santos
Assessora-Chefe do Plenário