

IBET – INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS

LUCAS CALAFIORI CATHARINO DE ASSIS

DA ILEGALIDADE DO PROTESTO DE CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA

Florianópolis – Santa Catarina

2014

IBET - INSTITUTO BRASILEIRO DE ESTUDOS TRIBUTÁRIOS

DA ILEGALIDADE DO PROTESTO DE CERTIDÕES DE DÍVIDA ATIVA

Monografia elaborada por Lucas Calafiori Catharino de Assis e apresentada ao Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET, como requisito parcial para a obtenção do Certificado de Especialista em Direito Tributário.

Florianópolis – Santa Catarina

2014

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, aos integrantes do Escritório Gouvêa dos Reis Advogados, em especial ao Dr. Murilo Gouvêa dos Reis o qual acreditou desde o primeiro momento em meu potencial e em meu futuro como advogado tributarista.

Aos meus professores e colegas de turma por todo o conhecimento que me proporcionaram durante esses dois anos de convívio e pelas amizades que com certeza levarei para o restante de minha vida pessoal e profissional.

Por fim, à minha família, amigos e namorada por todo o carinho, compreensão e apoio sem o qual não teria conseguido alcançar os meus objetivos.

RESUMO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso tem como objetivo tecer considerações acerca das alterações promovidas pela Lei 12.767/12 a qual incluiu a Certidão de Dívida Ativa como título passível de protesto, abordando o conceito e os efeitos do instituto do protesto e as características da certidão de dívida ativa para, finalmente, demonstrar a ilegalidade de seu protesto como meio alternativo de cobrança da dívida ativa.

Palavras-chave: Direito. Tributo. Protesto. Certidão de Dívida Ativa. Ilegalidade.

ABSTRACT

This Work aims to make observations on the changes introduced by Law No. 12.767/12 which included the Certificate of Outstanding Debt as grounds for protest title, addressing the function and meaning of the institute of the protest, the characteristics of the certificate of debt active and incompatibility of their protest with the constitutional and infra-constitutional order in force in our country.

KEYWORDS: Law, Tax, Protest, Certificate of Outstanding Debt, Illegality.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	6
2 CONCEITO E EFEITOS DO PROTESTO:	8
3 A CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA E SUAS CARACTERÍSTICAS	11
4 DA ILEGALIDADE DO PROTESTO DE CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA	14
4.1 DO DESVIO DE FINALIDADE.....	14
4.1.1 Da ausência de interesse da fazenda pública na decretação da falência	14
4.1.2 Da desnecessidade do protesto para caracterização da mora do devedor	16
4.1.3 Da desnecessidade de realização do protesto da certidão de dívida ativa para se conferir a presunção de certeza e liquidez ao título.....	16
4.1.4 Do direito de regresso contra os coobrigados (responsáveis tributários	17
4.2 OUTROS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO PROTESTO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA TRIBUTÁRIA	18
4.2.1 Do protesto de certidão de dívida ativa como sanção política.....	19
4.2.2 Da competência exclusiva dos procuradores da fazenda para a cobrança da dívida ativa..	21
4.2.3 Da quebra do sigilo fiscal.....	22
5 DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL	24
5.1 DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ANTES DO ADVENTO DA LEI 12.767/12.....	24
5.2 DA ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL OCORRIDA APÓS O ADVENTO DA LEI 12.767/12	25
6 CONCLUSÃO	29
REFERÊNCIAS	31

1 INTRODUÇÃO

A cada ano que passa somos surpreendidos com notícias informando novas quebras de recordes na arrecadação, aumento da carga tributária, criação de novas obrigações acessórias e regras de arrecadação. Enquanto isso não vemos mudanças significativas que visem melhorar serviços básicos de educação, saúde, infra-estrutura, saneamento e etc.

Tudo isso se deve em virtude de que o Estado visa sempre arrecadar cada vez mais, não importando quais atitudes devem ser tomadas para que esse objetivo seja alcançado.

Em virtude dessa voracidade fiscal diariamente nos deparamos com absurdos e desrespeitos perpetrados pela administração pública no tocante a relação com os contribuintes e na cobrança de seus tributos. O Estado ignora constantemente a constituição federal a partir da criação de leis que a ela são contrárias e que servem apenas para coagir os contribuintes a quitarem seus débitos.

Muitos exemplos podem ser citados para demonstrar os abusos aqui narrados, os quais são de conhecimento geral e notório por parte daqueles que possuem alguma relação com questões tributárias. É exatamente sobre o mais recente desses abusos que trataremos no presente Trabalho de Conclusão de Curso.

Com a entrada em vigor da Lei 12.767/2012, foi acrescentado o parágrafo único ao artigo 1º da Lei 9.492, de 10 de setembro de 1997, o qual prevê expressamente a possibilidade da realização do protesto da certidão de dívida ativa, legitimando uma prática que já era prevista na portaria nº 321 de 06 de abril de 2006 da Procuradoria Geral da Fazenda Nacional e que era repudiada pelo entendimento consolidado no Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

No entanto, como buscaremos demonstrar, o protesto da certidão de dívida ativa se consubstancia em um abuso de poder por parte do Estado Administração, caracterizando-se como uma verdadeira ferramenta de coação do contribuinte, prática essa amplamente vedada pelo E. Supremo Tribunal Federal, que inclusive é objeto das súmulas 70, 323 e 547.

Para tanto iniciaremos a exposição do tema a partir de algumas considerações básicas sobre o conceito e efeitos do protesto e da certidão de dívida ativa, passando em seguida a realização de um paralelo entre as finalidades do protesto e as características do título executivo tributário, com o intuito de demonstrar que tal prática se caracteriza em um desvio de finalidade do instituto do protesto e que, em razão disso, falta interessa à Fazenda Pública em realizar o protesto. Procuraremos demonstrar também a impossibilidade de

realização do protesto de certidão de dívida ativa e sua caracterização como sanção política com o objetivo de cobrar coercitivamente dos contribuintes os tributos em atraso.

Por fim, abordaremos algumas decisões judiciais proferidas sobre o tema antes e depois do advento da Lei 12.767/12, enfatizando a mudança de entendimento no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e demonstrando que os argumentos que embasavam as decisões contrárias ao protesto de certidão de dívida ativa ainda prevalecem mesmo após o advento da legislação supracitada.

2 CONCEITO E EFEITOS DO PROTESTO:

A palavra protesto, de acordo com a lei 9.492/97, “é um ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência ou descumprimento de uma obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”

Por ato formal, temos que o protesto deve obedecer a algumas formalidades. Dentre elas está a exigência de que o protesto só pode ser lavrado por um tabelião de protesto, sendo aquele que possui competência privativa para a prática deste ato, o qual deverá verificar as regularidades e irregularidades para que então este título, com toda a segurança jurídica, seja levado a protesto.

Além de ser um ato formal, o protesto tem a função de provar a inadimplência, ou seja, provar que não houve o pagamento de um título de crédito ou documento de dívida como, por exemplo, um contrato de alienação fiduciária, um instrumento particular de confissão de dívida, um contrato de câmbio e etc.

Mas não bastasse comprovar a inadimplência, o protesto também comprova que houve um descumprimento de uma obrigação originada no título, como exemplo podemos citar o caso da duplicata. A duplicata possui como ato obrigatório o aceite. Caso eventualmente o sacado não dê o aceite, a forma de se demonstrar o descumprimento desta obrigação é justamente a realização do protesto por falta de aceite.

Quanto a previsão legal de que o protesto tem o condão de comprovar a inadimplência, Hugo de Brito Machado (2006, p. 35 e 36) nos ensina que esta deve ser entendida em termos. Para o renomado doutrinador, fundamentando seu entendimento na teoria das provas, não se pode exigir a chamada prova negativa não devendo o protesto, portanto, ser considerado como um meio hábil de se atestar a inadimplência de uma obrigação, “a não ser que se considere que o inadimplemento só está consumado em face da inocorrência de acordo de vontades entre devedor e credor no sentido de prorrogar o prazo para o cumprimento da obrigação”.

Complementando o que foi acima exposto, Hugo de Brito Machado conceitua o protesto da seguinte maneira:

O protesto na verdade é a declaração formal feita pelo credor da obrigação, seja da devolução, do aceite ou do pagamento do título, de que o inadimplemento da obrigação contraria a sua vontade. Em outras palavras, o protesto é a declaração formal e solene do credor de que não concorda com a demora no aceite, na devolução ou no pagamento do título respectivo. (2006, p. 36)

Visto isso passemos a tratar das principais finalidades do protesto.

Como primeiro efeito do protesto temos que este se presta a interrupção do prazo prescricional, conforme preceitua o artigo 202, inciso III do Código Civil, *in verbis*:

Art. 202. A interrupção da prescrição, que somente poderá ocorrer uma vez, dar-se-á:

I - por despacho do juiz, mesmo incompetente, que ordenar a citação, se o interessado a promover no prazo e na forma da lei processual;

II - por protesto, nas condições do inciso antecedente;

III - por protesto cambial;

IV - pela apresentação do título de crédito em juízo de inventário ou em concurso de credores;

V - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

VI - por qualquer ato inequívoco, ainda que extrajudicial, que importe reconhecimento do direito pelo devedor.

Parágrafo único. A prescrição interrompida recomeça a correr da data do ato que a interrompeu, ou do último ato do processo para a interromper. (grifo nosso)

Além disso, o protesto possui como efeito o constrangimento legal do devedor, uma vez que protestado o título, o nome do devedor constará na certidão de protesto, dificultando desta forma a realização de financiamentos, crediários, realização de operações bancárias e etc.

Outra importante finalidade do instituto do protesto está prevista no artigo 40 da Lei 9.492/97, a qual prevê que “Não havendo prazo assinado, a data do registro do protesto é o termo inicial da incidência de juros, taxas e atualizações monetárias sobre o valor da obrigação contida no título ou documento de dívida”, ou seja, quando os documentos de dívida não trouxerem expressamente a data de início da contagem dos juros, taxas e atualizações monetárias, esta será a data do registro do protesto.

Outrossim, o protesto também encontra relação com o processo de falência. Na lei de falência, Lei 11.101/2005, quando o credor quer ajuizar uma ação de falência com base na impontualidade injustificada, prevista em seu art. 94, inciso I, o título executivo que irá instruir o processo de falência deverá obrigatoriamente ter sido levado a protesto, sem o qual não será possível o ajuizamento da citada ação.

Por fim, no Decreto Lei nº 911/69, o qual trata do contrato de alienação fiduciária, temos no caput do artigo 3º que “O Proprietário Fiduciário ou credor, poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida Liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor.”

Ainda de acordo com o Decreto Lei 911/96, mais precisamente em seu artigo 2º, §2º, esta comprovação pode ocorrer de duas formas, pelo encaminhamento de uma notificação emitida pelo cartório de títulos e documentos ou por meio do protesto, no tabelionato de protestos, do contrato de alienação fiduciária.

Dito isto, passemos a análise do instrumento da certidão de dívida ativa para, então, adentrarmos no tema proposto.

3 A CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA E SUAS CARACTERÍSTICAS

Para que haja uma certidão de dívida ativa, primeiramente é necessário que contribuinte tenha praticado o fato gerador previsto legalmente e que a ocorrência deste fato gerador tenha sido vertida para a linguagem jurídica através do ato de lançamento. A definição de lançamento nos é trazida pelo artigo 142 do Código Tributário Nacional como sendo:

“(...)o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

Com base no artigo supracitado, podemos concluir, nas lições de Paulo de Barros Machado (2011, p. 464) que:

“Lançamento Tributário é o ato jurídico administrativo, da categoria dos simples, constitutivos e vinculados, mediante o qual se insere na ordem jurídica brasileira uma norma individual e concreta, que tem como antecedente o fato jurídico tributário e, como conseqüente, a formalização do vínculo obrigacional, pela individualização dos sujeitos ativo e passivo, a determinação do objeto da prestação, formado pela base de cálculo e correspondente alíquota, bem como pelo estabelecimento dos termos espaço-temporais em que o crédito há de ser exigido.”

Uma vez constituído definitivamente o crédito tributário e não havendo o pagamento e nem apresentação de defesa administrativa por parte do contribuinte, ou havendo esta última, sobrevier decisão irrecorrível na esfera administrativa, este crédito tributário não quitado será inscrito como dívida ativa, conforme previsto pelo caput do artigo 201 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

“constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.”

No mesmo sentido, de acordo com o texto do art. 2º da Lei 6.830/80, a qual disciplina as Execuções Fiscais,

“constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária na Lei 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. (...)”

Essa inscrição em dívida ativa se dá justamente para que a fazenda pública possa obter o título executivo de natureza extrajudicial imprescindível para a propositura da ação executiva fiscal, qual seja, a certidão de dívida ativa, como dispõe o art. 585, VII, do CPC¹.

¹Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

Sendo assim, a inscrição em dívida ativa possibilita a Fazenda Pública a extrair um documento (certidão de dívida ativa) que comprova que aquele débito tributário está em aberto.

Citado documento deve respeitar alguns requisitos os quais nos são trazidos pelo artigo 202 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 202 - O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III - a origem e a natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV - a data em que foi inscrita;

V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Caso algum dos requisitos listados no artigo 202, do Código Tributário Nacional, não estejam presentes na certidão de dívida ativa que embasar a Ação de Execução Fiscal, movida pela Fazenda Pública em face do contribuinte devedor, este poderá requerer a nulidade da inscrição e da execução fiscal, podendo o fisco retificar e sanar o erro ou a omissão até a decisão de 1ª instância. Neste caso, deverá ser concedido novo prazo de defesa para o executado. Caso esses vícios não sejam sanados a tempo, os mesmos ocasionarão na extinção do executivo fiscal e do título eivado de vício.

Visto isso, importante destacar que Certidão de Dívida Ativa que respeitar todos os procedimentos acima descritos possui uma presunção legal de certeza e liquidez, prevista expressamente pelo §3º do Art. 2º da Lei 6.830/80, o qual traz em seu texto que:

A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito tributário e suspenderá a prescrição, para todos os efeitos de direito, por 180 dias, ou até a distribuição da execução fiscal, se esta ocorrer antes de findo aquele prazo.

Sendo assim, presume-se que aquele crédito tributário que deixou de ser quitado pelo contribuinte certamente seja devido, sendo legítima e verdadeira a cobrança. Citada presunção, no entanto, não é absoluta se consubstanciando, portanto, em uma presunção relativa ou *iuris tantum*, o que acarreta ao executado o ônus de afastar tal presunção, mediante a apresentação de prova inequívoca de suas alegações.

Neste sentido é o ensinamento do Professor Vladimir Passos de Freitas (1998, p. 78):

(...)

VII - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

Em se tratando de execução fiscal, cujo título executivo, consubstanciado na certidão de dívida ativa, é formado unilateralmente pelo credor, e, portanto, não inclui declaração de reconhecimento de débito, a regular inscrição, nos assentamentos da dívida ativa, faz incidir presunção legal de liquidez e certeza da dívida. Assim porque, traduzindo-se a inscrição em ato de controle administrativo da legalidade do crédito, a cargo da autoridade competente, formalizado através de termo, com observância dos requisitos do art. 2º, §5º (...) – entre os quais devem constar o valor originário da dívida, bem como o termo inicial e a forma de calcular os juros de mora e demais encargos (liquidez) e a origem, a natureza e o fundamento legal ou contratual da dívida (certeza) a presunção legal dos atos administrativos e a idoneidade dos procedimentos estatais, como diz Cândido Dinamarco, ‘dão ao legislador a convicção de uma razoável probabilidade da existência do crédito, razão pela qual lhe empresta a força de título executivo.

Feitas as breves considerações necessárias acerca do nascimento do crédito tributário, sua constituição e inscrição em dívida ativa, passando pelos requisitos, características e efeitos da Certidão de Dívida Ativa, passemos agora a análise do tema proposto, qual seja, a legalidade do protesto extrajudicial de débitos tributários representados pelas certidões de dívida ativa.

4 DA ILEGALIDADE DO PROTESTO DE CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA

Feitas essas breves considerações iniciais, sem as quais não estaríamos possibilitados de adentrar na temática proposta no presente estudo, passamos agora a análise dos motivos que nos levam a adotar o entendimento de que é ilegal e desnecessário o protesto de certidão de dívida ativa tributária, sempre com fundamento no texto constitucional e infraconstitucional, assim como, nos princípios norteadores do direito tributário pátrio e das relações entre fisco e contribuintes.

4.1 DO DESVIO DE FINALIDADE

Seguindo este norte, o instituto do protesto é regulado pela Lei 9.492/97 e possui suas finalidades expressamente previstas. Conforme nos ensina Hugo de Brito Machado (2006, pg. 36), o protesto tem o condão de: “viabilizar o pedido de falência do devedor; induzir o devedor em mora e preservar o direito de regresso contra coobrigados”.

No entanto, a partir de um confronto entre as finalidades do protesto e as características da CDA, também já analisados, formulamos o seguinte questionamento: Que interesse e justificativa possui a Fazenda Pública para levar a protesto uma Certidão de Dívida Ativa Tributária? Para responder tal questionamento, analisaremos cada uma das finalidades do protesto e faremos um paralelo com as características do título em análise.

4.1.1 Da ausência de interesse da fazenda pública na decretação da falência

Conforme vimos, para que seja possível a realização do pedido de falência, necessário se faz que, o título que irá instruir este pedido esteja devidamente protestado. No entanto, a Fazenda Pública carece de interesse para tanto. Ora, que benefício teria a Fazenda Pública com o encerramento de uma empresa? Certo é que esta teria apenas desvantagens caso isto viesse a ocorrer. De acordo com os ensinamentos de Hugo de Brito Machado (2006, pg. 36), nosso ordenamento jurídico traz diversas previsões no sentido de possibilitar o prosseguimento da atividade econômica do contribuinte, como a lei de recuperação judicial das empresas e os vastos programas de parcelamento de débitos. Ademais, por ser credora privilegiada, a decretação da falência só agravaria a sua situação, uma vez que conforme expressa previsão do parágrafo único do art. 186 do Código Tributário Nacional, no caso de falência:

- I – o crédito tributário não prefere aos créditos extraconcursais ou às importâncias passíveis de restituição, nos termos da lei falimentar, nem aos créditos com garantia real, no limite do valor do bem gravado;
- II – a lei poderá estabelecer limites e condições para a preferência dos créditos decorrentes da legislação do trabalho; e
- III – a multa tributária prefere apenas aos créditos subordinados.

Sendo assim, é possível perceber que na falência os créditos com garantia real passam a possuir preferência em relação aos créditos de natureza tributária. Acrescenta-se a isto o fato de que, uma vez iniciado processo de falência, as penalidades impostas pelo não cumprimento das obrigações tributárias só poderão ser cobradas após o pagamento dos demais credores, o que, como sabido, praticamente anula as possibilidades de recebimento deste montante.

Como se não bastasse o que até o momento foi colocado, sabe-se que toda a empresa possui uma função social e que o encerramento de suas atividades pode gerar diversos prejuízos para toda a coletividade. Neste sentido, é o entendimento de Paulo Salvador Frontini (1974, pg. 247), o qual considera que:

É justamente a expressão sócio-econômica de certas empresas que imprimindo-lhes verdadeiro caráter público ou de interesse público, justifica a continuação de suas atividades. Chega-se, por via desse raciocínio, ao cerne da moderna teoria da empresa, que reconhece suas responsabilidades e deveres perante a coletividade (...).

No mesmo contexto, temos os ensinamentos de Gladston Mamede (MAMEDE, 2005, p. 417):

O princípio da função social da empresa reflete-se, por certo, no princípio da preservação da empresa, que dele é decorrente: tal princípio compreende a continuidade das atividades de produção de riquezas como um valor que deve ser protegido, sempre que possível, reconhecendo, em oposição, os efeitos deletérios da extinção das atividades empresariais que prejudica não só o empresário ou sociedade empresária, prejudica também todos os demais: trabalhadores, fornecedores, consumidores, parceiros negociais e o Estado.

O que nos alerta os autores acima citados é que dependendo do porte e área de atuação da empresa devedora, seu encerramento tende a resultar na extinção de postos de trabalho, no desaquecimento da economia de uma determinada região, na redução da arrecadação tributária em todas as esferas, na diminuição da exportação de produtos e matérias primas, no aumento da inflação e diminuição da qualidade de vida em virtude do encontro de cada uma das consequências listadas.

Incontestes que tais consequências não se coadunam com os interesses do Estado e nem da sociedade, o qual a todo o momento busca meios de evitar ou amenizar tais resultados. Pensando nisso é que nossos legisladores criaram a nova lei de falências e recuperação de empresas, a qual traz em seu corpo textual possibilidades concretas que

possuem o condão de permitir a ampla recuperação da empresa, em razão da função social que esta exerce.

Portanto, resta claro que falta interesse para a Fazenda Pública buscar a decretação de falência de um contribuinte, uma vez que essa situação sempre lhe será desvantajosa, seja pela perda de preferência na cobrança dos créditos tributários, seja pela importância da função social da empresa.

4.1.2 Da desnecessidade do protesto para caracterização da mora do devedor

Resta claro, também, que não há necessidade de realização do protesto da certidão de dívida ativa tributária para que a Fazenda Pública possa configurar o contribuinte inadimplente em mora, permitindo assim o acréscimo de juros de mora a obrigação principal não adimplida.

Segundo Leandro Paulsen (2007, p. 1021), os juros de mora “compensam a falta de disponibilidade dos recursos pelo sujeito ativo pelo período correspondente ao atraso”.

Nosso Código Tributário Nacional é claro ao prever em seu artigo 161 que “o crédito não integralmente pago no vencimento é acrescido de juros de mora, seja qual for o motivo determinante da falta, sem prejuízo da imposição das penalidades cabíveis (...)”. Ou seja, conforme nos ensina Paulo de Barros Carvalho (1996, p. 306 *apud* PAULSEN, 2007, p. 1021), “ao contrário do que se dá com as obrigações de direito privado, não é preciso interpelação do devedor para que este seja constituído em mora.”.

Portanto, afastada a alegação de que o protesto extrajudicial das certidões de dívida ativa tributárias estaria embasado na necessidade de constituir em mora o contribuinte devedor.

4.1.3 Da desnecessidade de realização do protesto da certidão de dívida ativa para se conferir a presunção de certeza e liquidez ao título

Da mesma forma, também não se mostra plausível a argumentação de que o protesto de certidão de dívida ativa teria o condão de conferir ao título a presunção de certeza e liquidez necessárias para sua cobrança.

Conforme já exposto, para que o crédito tributário seja regularmente inscrito em dívida ativa, necessário se faz que tenha se esgotado o prazo para pagamento previsto em lei

ou, contestado o lançamento pelo contribuinte, haja decisão final proferida no âmbito administrativo. Este é o teor do art. 201 do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

Art. 201. Constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular.

Tendo isso devidamente esclarecido, podemos extrair da norma, conforme nos ensina Hugo de Brito Machado (2006, p.38), que “o fundamento da presunção de liquidez e certeza do crédito tributário regularmente inscrito em dívida ativa é o processo administrativo mediante o qual tenha sido aquele crédito apurado.” Isso se dá em razão de que é garantido ao contribuinte, durante o trâmite do procedimento administrativo, a ampla defesa e o contraditório, sendo certo que, ao final, o crédito apurado e inscrito em dívida ativa merece a presunção relativa de ser líquido e certo.

Como se não bastasse todos os argumentos expostos até o momento, a Lei 6.830/80, intitulada Lei de Execuções Fiscais, ou simplesmente LEF, traz expressamente em seu artigo 3º que “a Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez”. Citada previsão é corroborada pelo disposto no art. 204 do CTN, o qual estabelece que “a dívida ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez e tem o efeito de prova pré-constituída”.

E para que fique extirpado de dúvidas, passo a citar trecho de recente julgado da lavra do Des. Joel I. Pacionirk da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

O art. 3º da Lei nº 6.830/80 e o art. 204 do CTN têm por escopo conferir presunção de certeza e liquidez à certidão de dívida ativa, imputando ao executado o ônus de desconstituí-la mediante prova inequívoca. (TRF4, AG 5002795-56.2011.404.0000, Primeira Turma, Relator p/ Acórdão Joel Ilan Paciornik, D.E. 15/09/2011)

Sendo assim, o protesto se mostra novamente um meio desnecessário, uma vez que tendo o crédito tributário sido submetido a procedimento administrativo dotado das garantias do contraditório e ampla defesa, este automaticamente adquire a presunção de liquidez e certeza necessárias a sua cobrança coercitiva.

4.1.4 Do direito de regresso contra os coobrigados (responsáveis tributários)

De acordo com Luciano Amaro (2012, p. 329), “o responsável tributário é um terceiro que (‘de direito’ e não ‘de fato’) é eleito como devedor da obrigação tributária”. No mesmo sentido é a previsão que nos traz o Código Tributário Nacional em seu art. 121, parágrafo único, inciso II, ao afirmar que “o sujeito passivo da obrigação principal diz-se

responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei”.

A partir do exposto podemos extrair que o responsável tributário deve obrigatoriamente possuir algum tipo de relação com o fato gerador ou com o contribuinte da exação. Este é o entendimento de Leandro Paulsen (2007, p. 879) quando afirma que “o legislador não pode atribuir responsabilidades tributárias de modo aleatório, a quem não se relacione com o fato gerador ou com o contribuinte. A causa da responsabilidade e seus efeitos tem que se justificar”.

Visto isto, resta fácil a verificação de que a responsabilidade tributária independe da efetivação do protesto para que reste caracterizada. Para que isso ocorra basta que a Fazenda Pública, no ato de lançamento, faça constar a identificação desses responsáveis e lhes garanta, no âmbito do procedimento administrativo, o direito ao contraditório e a ampla defesa. Neste sentido é o entendimento de Hugo de Brito Machado (2006, p. 39):

(...) o importante para respeitar a responsabilidade tributária é a observância, no procedimento administrativo de apuração do crédito tributário, do direito de defesa desses sujeitos passivos. Assim, não se venha alegar que o protesto de certidão de dívida ativa teria qualquer utilidade para a preservação da responsabilidade de possíveis coobrigados.

Dito isso, esgotamos o paralelo realizado entre as finalidades legalmente previstas para a realização do protesto e as características do título executivo tributário demonstrado claramente a ausência de interesse do ente fazendário em protestar estes títulos. Para que não reste dúvidas acerca da ilegalidade e abusividade desta prática, passemos a analisar outros argumentos que fundamentam nosso posicionamento.

4.2 OUTROS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS AO PROTESTO DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA TRIBUTÁRIA

Superada a questão relativa ao desvio de finalidade e falta de interesse da administração tributária em proceder ao protesto de certidões de dívida ativa, abordaremos a partir desse pontos outros argumentos que nos levam a adotar a posição pela qual não se admite a realização do protesto dos citados títulos executivos.

4.2.1 Do protesto de certidão de dívida ativa como sanção política

Demonstrado o efetivo desvio de finalidade do instituto do protesto através do confronto entre as características da certidão de dívida ativa e do protesto, resta claro que o único objetivo da fazenda pública é criar uma situação mais gravosa ao contribuinte, coagindo-o a realizar o pagamento do crédito tributário em atraso.

Como sabido e já mencionado linhas atrás, a realização do protesto resulta no encaminhamento da dívida do contribuinte para os órgãos de proteção ao crédito. Uma vez cadastrado nesses órgãos, cria-se uma situação desconfortante e desfavorável para o contribuinte que se verá impossibilitado de contrair um empréstimo junto a uma instituição financeira, ou até mesmo descontar uma duplicata, o que por certo pode inviabilizar o livre exercício de atividade econômica, contrariando expressa previsão em contrário do artigo 170, parágrafo único da constituição Federal, o qual prevê que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei”.

Ora, privar um empresário de contrair crédito na praça para impulsionar seus negócios, é decretar o fechamento da empresa. Sabe-se que o crédito hoje é condição *sine qua non* para o funcionamento de qualquer negócio, sem o qual a empresa não consegue se manter competitiva em um mercado cada dia mais saturado. Além disso, conforme já demonstrado, o Estado não possui o menor interesse no fechamento de estabelecimentos comerciais e industriais em razão da função social exercida por essas empresas e em virtude dos graves danos e consequências que este acontecimento pode trazer para toda a sociedade.

Neste sentido, cumpre trazer a baila posicionamento do Supremo Tribunal Federal, o qual foi inclusive objeto de súmulas, pelo qual a Fazenda Pública não pode se valer de meios indiretos de coerção para garantir e “estimular” o contribuinte ao pagamento de suas obrigações tributárias em atraso. Trata-se das súmulas n^os 70, 323 e 547, as quais preveem, respectivamente que, “é inadmissível a interdição de estabelecimento como meio coercitivo para cobrança de tributo”; “é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos” e “não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.

Ainda sobre o tema, inegável que o protesto de certidão de dívida ativa se consubstancia em uma ferramenta mais célere e efetiva na cobrança dos credores inadimplentes, porém isso não é motivo para se desconsiderar o ordenamento jurídico vigente

e ignorar por completo preceitos básicos insculpidos em nossa Carta Magna. Se assim o fosse, estaríamos obrigados a aceitar a imposição de penas de tortura ou morte para aqueles que deixassem de recolher seus tributos, as quais certamente seriam muito efetivas no alcance de seus objetivos.

Certo é que a Fazenda Pública possui expedientes legalmente previstos para realizar a cobrança de seu crédito, os quais são dotados de procedimentos especiais e privilegiados, e deles deve fazer uso, por mais inefetivos que possam ser, uma vez que são os únicos que se coadunam com a legislação vigente.

Refiro-me aqui em especial ao expediente do Executivo Fiscal o qual, segundo artigo 38 da Lei 6.830/80 é o único meio cabível para a cobrança da dívida tributária expressada pela certidão de dívida ativa.

Neste ponto, peço vênua para destacar trecho do voto proferido pelo Excelentíssimo Senhor Ministro Celso de Mello no julgamento do RE nº 413.782/SC, o qual vai de encontro com os argumentos até então expostos:

Cabe acentuar, neste ponto, que o Supremo Tribunal Federal, tendo presentes os postulados constitucionais que asseguram a livre prática de atividades econômicas lícitas (CF, art. 170, parágrafo único), de um lado, e a liberdade de exercício profissional (CF, art. 5º, XIII), de outro – e considerando, ainda, que o Poder Público dispõe de meios legítimos que lhe permitem tornar efetivos os créditos tributários -, firmou orientação jurisprudencial, hoje consubstanciada em enunciados sumulares (Súmulas 70, 323 e 547), no sentido de que a imposição, pela autoridade fiscal, de restrições de índole punitiva, quando motivada tal limitação pela mera inadimplência do contribuinte, revela-se contrária às liberdades públicas ora referidas.

Citada ferramenta de cobrança é dotada de inúmeros privilégios, colocando a Fazenda Pública em ampla vantagem em relação ao contribuinte. Dentre esses benefícios podemos citar a presunção de certeza e liquidez do título, a necessidade de garantia do juízo para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário enquanto este estiver com sua legalidade sendo apreciado pelo Judiciário, existência do CADIN no âmbito federal o qual, segundo Milton Carmo de Assis Júnior (2013, p. 106) além de dar publicidade as pessoas realmente interessadas, inabilita o contribuinte para:

realizar operações de crédito que envolvam a utilização de recursos públicos; (b) obter incentivos fiscais e financeiros; (c) celebrar convênios, acordos, ajustes ou contratos que envolvam desembolso, a qualquer título, de recursos públicos, e respectivos adiantamentos.

Caso fosse possível vencer os argumentos até aqui colacionados, insta salientar ainda que o artigo 2º caput e inciso VI da Lei 9.784/1999 prevê que:

Art. 2º A administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência (...)

VI – adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (...)

Conforme salientamos anteriormente, restou cabalmente demonstrado a ausência de interesse e o desvio de finalidade perpetrado pela Fazenda Pública ao proceder ao protesto das certidões de dívida ativa.

Quanto ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, estes se mostram igualmente violados tendo em vista que através do protesto extrajudicial estará a Fazenda Pública aniquilando o direito de livre exercício de atividade econômica garantido expressamente pela Constituição Federal, uma vez que estará impondo ao contribuinte penalidades como a impossibilidade de contrair empréstimos, registrar atos societários e etc. gerando dessa forma uma situação mais gravosa do que aquela imposta pelo ajuizamento de ação cautelar e de execução fiscal.

Este também é o entendimento de Milton Carmo de Assis Júnior (2013, p. 106) ao afirmar que o protesto de certidão de dívida ativa “é desproporcional e não razoável, em vista das nefastas restrições à liberdade econômica do contribuinte superiores àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público (...)”.

Diante dos argumentos expostos, resta extenuada de dúvidas que o artigo 25 da Lei 12.767/2012 introduziu no ordenamento jurídico uma sanção política para cobrança de tributos, tratando-se portanto de imposição inconstitucional que viola os princípios da livre iniciativa, razoabilidade, proporcionalidade, finalidade e moralidade, devendo portanto ser declarada inconstitucional pelo Poder Judiciário.

4.2.2 Da competência exclusiva dos procuradores da fazenda para a cobrança da dívida ativa

Outra questão que nos leva a adotar o entendimento pelo qual a certidão de dívida ativa tributária não pode ser levada a protesto diz respeito a competência exclusiva dos Procuradores da Fazenda para a cobrança da dívida.

Nossa constituição Federal prevê em no §3º do artigo 131 que “na execução de dívida ativa de natureza tributária, a representação da União cabe à Procuradoria Geral da Fazenda Nacional”. Da mesma forma os Estados da Federação deverão ser representadas por sua procuradoria estadual enquanto que os municípios pela procuradoria municipal.

Citada prerrogativa já foi inclusive objeto de pronunciamento por parte do Supremo Tribunal Federal que, ao julgar a ADI 881-1/ES, decidiu da seguinte forma:

E M E N T A: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI COMPLEMENTAR 11/91, DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO (ART. 12, CAPUT, E §§ 1º E 2º; ART. 13 E INCISOS I A V) - ASSESSOR JURÍDICO - CARGO DE PROVIMENTO EM COMISSÃO - FUNÇÕES INERENTES AO CARGO DE PROCURADOR DO ESTADO - USURPAÇÃO DE ATRIBUIÇÕES PRIVATIVAS - PLAUSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO - MEDIDA LIMINAR DEFERIDA. - O desempenho das atividades de assessoramento jurídico no âmbito do Poder Executivo estadual traduz prerrogativa de índole constitucional outorgada aos Procuradores do Estado pela Carta Federal. A Constituição da República, em seu art. 132, operou uma inderrogável imputação de específica e exclusiva atividade funcional aos membros integrantes da Advocacia Pública do Estado, cujo processo de investidura no cargo que exercem depende, sempre, de prévia aprovação em concurso público de provas e títulos. (ADI 881 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 02/08/1993, DJ 25-04-1997 PP-15197 EMENT VOL-01866-02 PP-00238)

Peço vênia para citar trecho do acórdão proferido nos autos supramencionados:

A outorga dessas funções jurídicas à Procuradoria-Geral do Estado – mais precisamente aos procuradores de Estado – decorre de um modelo estabelecido pela própria constituição federal, que, ao institucionalizar a advocacia de Estado, delineou o seu perfil e discriminou as atividades inerentes aos órgãos e agentes que a compõem. O conteúdo normativo do art. 132 da Constituição da República revela os limites materiais em cujo âmbito processar-se-a a atuação funcional dos integrantes da Procuradoria-Geral do Estado e do Distrito Federal. Nele contem-se norma que, revestida de eficácia vinculante e cogente para as unidades federadas locais, não permite conferir a terceiros – senão os próprios Procuradores do Estado e Distrito Federal, selecionados em concurso público de provas e títulos – o exercício intransferível e indisponível das funções de representação estatal e de consultoria jurídica do Poder Executivo.

Sendo assim, resta claro ser incabível o protesto extrajudicial da certidões de dívida ativa tributária, uma vez que assim procedendo, o ente público estaria transferindo atividade de prerrogativa exclusiva dos Procuradores da União, Estados e Municípios para as mãos de notários que, como visto, não possuem essa competência.

Toda a atividade de cobrança da dívida ativa seja ela judicial ou extrajudicial compete exclusivamente às Procuradorias, se mostrando inconstitucional qualquer previsão em contrário.

4.2.3 Da quebra do sigilo fiscal

Conforme nos traz o Código Tributário Nacional em seu artigo 198, in verbis:

(...) é vedada a divulgação, para qualquer fim, por parte da fazenda pública ou de seus funcionários, de qualquer informação, obtida em razão de ofício, sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades.

Ou seja, o que prevê a legislação supra transcrita é que as informações fiscais dos contribuintes, ainda que inadimplentes, são sigilosas e assim sendo não podem ser divulgadas sob nenhum pretexto, salvo nos casos previstos na legislação criminal.

Como é de amplo e irrestrito conhecimento, sabe-se que uma vez protestada uma dívida, seja ela tributária ou não, os dados do devedor são encaminhados para os órgãos de proteção ao crédito, o qual disponibiliza essa informação para todos aqueles que desejem acessá-la.

Neste sentido é o entendimento de Edilson Jair Casagrande, o qual reforça o que acima foi exposto ao afirmar que “o protesto cartorário, estabelece a publicidade dos atos e fatos submetidos a apontamento, o que implicaria verdadeira quebra do sigilo fiscal”, em clara afronta ao que prevê o Código Tributário Nacional.

Trilhando pelo mesmo caminho, peço vênha para citar entendimento do ilustre tributarista Aurélio Pitanga Seixas Filho (1997, p. 495 *apud* CASAGRANDE, 2000, pg 49) para quem:

Possuindo a autoridade fiscal o poder de investigar o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte para o efeito de exigir o correto pagamento do imposto, deverá resguardar, conseqüentemente, as informações obtidas de qualquer publicidade, tendo em vista que os procedimentos administrativos fiscais não são afetados pelo princípio da publicidade que somente atinge matéria de interesse coletivo ou geral, nos termos do inciso XXXIII do artigo 5º da Constituição de 1988.

Ademais, incabível a alegação de que o protesto não violaria o sigilo fiscal em virtude de a dívida tributária não quitada ser encaminhada ao CADIN uma vez que este cadastro tem seu acesso restrito aos órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta e indireta, e ao próprio contribuinte devedor enquanto que o protesto pode ser consultado por qualquer interessado.

Portanto, diante do exposto, concluímos que uma vez protestada a Certidão de Dívida Ativa Tributária com o conseqüente encaminhamento dessas informações para os órgãos de proteção ao crédito como Serasa e SPC, resta flagrantemente violada a norma prevista em nosso Código Tributário Nacional, o qual possui força de lei complementar e rege a relação entre fisco e contribuinte.

5 DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL

Explicitados todos os pontos que nos levam a crer que o protesto de certidão de dívida ativa não se coaduna com nossa legislação pátria, principalmente por ofender princípios constitucionais que se consubstanciam como pilares de nosso ordenamento jurídico e estabelecer situação mais gravosa ao contribuinte, buscaremos analisar a partir desse momento a evolução jurisprudencial acerca da possibilidade do protesto de certidão de dívida ativa, destacando o posicionamento adotado por nossos tribunais pátrios, em especial o E. Superior Tribunal de Justiça, antes e depois do advento da Lei 12.767/12.

5.1 DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELO EGRÉGIO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ANTES DO ADVENTO DA LEI 12.767/12

Nosso Egrégio Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de analisar diversos casos envolvendo a questão do protesto de certidões de dívida ativa de natureza tributária.

Anteriormente à promulgação da Lei 12.767/2012, os Ministros possuíam entendimento consolidado no sentido da impossibilidade de realização do protesto das certidões de dívida ativa de natureza tributária. Neste sentido são as ementas que seguem:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. CDA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. PROTESTO. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. VERBETE N. 83 DA SÚMULA DO STJ. JULGAMENTO MONOCRÁTICO. AUTORIZAÇÃO DADA PELO ART. 557 DO CPC. AGRAVO IMPROVIDO. (STJ, AgRg no REsp 1277348/RS, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2012, DJe 13/06/2012)

E ainda:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA - CDA. PROTESTO. DESNECESSIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem afirmado a ausência de interesse em levar a protesto a Certidão da Dívida Ativa, título que já goza de presunção de certeza e liquidez e confere publicidade à inscrição do débito na dívida ativa.

2. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no Ag 1316190/PR, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 25/05/2011)

E finalmente:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. CDA. PROTESTO.

DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE MUNICIPAL. PRECEDENTES.

1. A CDA, além de já gozar da presunção de certeza e liquidez, dispensa o protesto. Correto, portanto, o entendimento da Corte de origem, segundo a qual o Ente Público sequer teria interesse para promover o citado protesto. Precedentes.

2. Agravo regimental não provido.

(STJ, AgRg no Ag 1172684/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 03/09/2010)

Conforme se extrai das ementas acima colacionadas, o fundamento jurídico que embasava as citadas decisões repousava no fato de que, aquela época, inexistia previsão legal autorizando o fisco a levar a protesto as certidões de dívida ativa. Ademais, segundo a fundamentação utilizada por este tribunal superior, faltava ao fisco interesse em levar a protesto a certidão de dívida ativa uma vez que, como já vimos anteriormente, este título já goza da presunção de certeza e liquidez, dispensando a necessidade do protesto para tanto.

Por fim, os Ministros entendiam que o instituto do protesto não se caracteriza como meio hábil para a cobrança do crédito tributário por parte da fazenda pública, a qual já possui a ferramenta da execução fiscal como meio legalmente previsto para a cobrança do seu crédito.

Sobre as decisões emanadas pelo E. Superior Tribunal de Justiça, Milton Carmo de Assis Júnior (2013, p. 107) expõe que:

A solidez do entendimento manifestado pelo STJ tem amparo em razões dos inúmeros privilégios de que goza a Fazenda Pública na execução fiscal, além da gama de ferramentas legais que dispõem os órgãos de administração tributária para constituição e cobrança dos seus créditos tributários no âmbito administrativo.

No entanto, como veremos adiante, após a promulgação da Lei 12.767/12, este entendimento foi alterado passando, portanto, a ser admitido o protesto de certidão de dívida ativa.

5.2 DA ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL OCORRIDA APÓS O ADVENTO DA LEI 12.767/12

Conforme demonstrado alhures, até o advento da Lei 12.767/12, nossos tribunais pátrios eram unânimes em afastar a possibilidade de protesto da certidão de dívida ativa por parte da Fazenda Pública em razão da (a) ausência de lei prevendo expressamente essa possibilidade (violação ao princípio da legalidade), (b) falta de interesse do ente estatal em levar a protesto a certidão de dívida ativa face aos instrumentos de cobrança que lhe são disponibilizados e (c) desvio de finalidade do instituto do protesto, o qual não se presta como meio alternativo para cobrança de tributos.

Além desses motivos, eram invocados também os argumentos de violação ao princípio da razoabilidade e proporcionalidade, em razão de impor ao contribuinte situação mais gravosa do que a necessária para a realização da cobrança do crédito tributário, além de violação ao princípio da livre iniciativa, uma vez que o protesto de certidão de dívida ativa ocasiona na inscrição do contribuinte no cadastro de inadimplentes o que lhe impede de realizar atos essenciais à manutenção de qualquer negócio jurídico.

No entanto, após o advento da Lei 12.767/12 que incluiu a certidão de dívida ativa entre os títulos passíveis de serem levados a protesto extrajudicial, o que tem se observado é uma mudança de entendimento por parte de nosso E. Superior Tribunal de Justiça que recentemente, por decisão da Segunda Turma, em análise ao REsp 1126515 / PR², de relatoria

²PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. PROTESTO DE CDA. LEI 9.492/1997. INTERPRETAÇÃO CONTEXTUAL COM A DINÂMICA MODERNA DAS RELAÇÕES SOCIAIS E O "II PACTO REPUBLICANO DE ESTADO POR UM SISTEMA DE JUSTIÇA MAIS ACESSÍVEL, ÁGIL E EFETIVO". SUPERAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. Trata-se de Recurso Especial que discute, à luz do art. 1º da Lei 9.492/1997, a possibilidade de protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA), título executivo extrajudicial (art. 586, VIII, do CPC) que aparelha a Execução Fiscal, regida pela Lei 6.830/1980.
2. Merece destaque a publicação da Lei 12.767/2012, que promoveu a inclusão do parágrafo único no art. 1º da Lei 9.492/1997, para expressamente consignar que estão incluídas "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".
3. Não bastasse isso, mostra-se imperiosa a superação da orientação jurisprudencial do STJ a respeito da questão.
4. No regime instituído pelo art. 1º da Lei 9.492/1997, o protesto, instituto bifronte que representa, de um lado, instrumento para constituir o devedor em mora e provar a inadimplência, e, de outro, modalidade alternativa para cobrança de dívida, foi ampliado, desvinculando-se dos títulos estritamente cambiariformes para abranger todos e quaisquer "títulos ou documentos de dívida". Ao contrário do afirmado pelo Tribunal de origem, portanto, o atual regime jurídico do protesto não é vinculado exclusivamente aos títulos cambiais.
5. Nesse sentido, tanto o STJ (RESP 750805/RS) como a Justiça do Trabalho possuem precedentes que autorizam o protesto, por exemplo, de decisões judiciais condenatórias, líquidas e certas, transitadas em julgado.
6. Dada a natureza bifronte do protesto, não é dado ao Poder Judiciário substituir-se à Administração para eleger, sob o enfoque da necessidade (utilidade ou conveniência), as políticas públicas para recuperação, no âmbito extrajudicial, da dívida ativa da Fazenda Pública.
7. Cabe ao Judiciário, isto sim, examinar o tema controvertido sob espectro jurídico, ou seja, quanto à sua constitucionalidade e legalidade, nada mais. A manifestação sobre essa relevante matéria, com base na valoração da necessidade e pertinência desse instrumento extrajudicial de cobrança de dívida, carece de legitimação, por romper com os princípios da independência dos poderes (art. 2º da CF/1988) e da imparcialidade.
8. São falaciosos os argumentos de que o ordenamento jurídico (Lei 6.830/1980) já instituiu mecanismo para a recuperação do crédito fiscal e de que o sujeito passivo não participou da constituição do crédito.

do Ministro Herman Benjamin decidiu pela sua possibilidade. Conforme se extrai do acórdão supramencionado, os Ministros ao analisarem o recurso interposto pelo Município de Londrina (PR), adotaram como causa de decidir os seguintes argumentos: (a) Existência de previsão legal expressa autorizando a realização do protesto de certidão de dívida ativa

9. A Lei das Execuções Fiscais disciplina exclusivamente a cobrança judicial da dívida ativa, e não autoriza, por si, a insustentável conclusão de que veda, em caráter permanente, a instituição, ou utilização, de mecanismos de cobrança extrajudicial.

10. A defesa da tese de impossibilidade do protesto seria razoável apenas se versasse sobre o "Auto de Lançamento", esse sim procedimento unilateral dotado de eficácia para imputar débito ao sujeito passivo.

11. A inscrição em dívida ativa, de onde se origina a posterior extração da Certidão que poderá ser levada a protesto, decorre ou do exaurimento da instância administrativa (onde foi possível impugnar o lançamento e interpor recursos administrativos) ou de documento de confissão de dívida, apresentado pelo próprio devedor (e.g., DCTF, GIA, Termo de Confissão para adesão ao parcelamento, etc.).

12. O sujeito passivo, portanto, não pode alegar que houve "surpresa" ou "abuso de poder" na extração da CDA, uma vez que esta pressupõe sua participação na apuração do débito. Note-se, aliás, que o preenchimento e entrega da DCTF ou GIA (documentos de confissão de dívida) corresponde integralmente ao ato do emitente de cheque, nota promissória ou letra de câmbio.

13. A possibilidade do protesto da CDA não implica ofensa aos princípios do contraditório e do devido processo legal, pois subsiste, para todo e qualquer efeito, o controle jurisdicional, mediante provocação da parte interessada, em relação à higidez do título levado a protesto.

14. A Lei 9.492/1997 deve ser interpretada em conjunto com o contexto histórico e social. De acordo com o "II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo", definiu-se como meta específica para dar agilidade e efetividade à prestação jurisdicional a "revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo".

15. Nesse sentido, o CNJ considerou que estão conformes com o princípio da legalidade normas expedidas pelas Corregedorias de Justiça dos Estados do Rio de Janeiro e de Goiás que, respectivamente, orientam seus órgãos a providenciar e admitir o protesto de CDA e de sentenças condenatórias transitadas em julgado, relacionadas às obrigações alimentares.

16. A interpretação contextualizada da Lei 9.492/1997 representa medida que corrobora a tendência moderna de intersecção dos regimes jurídicos próprios do Direito Público e Privado. A todo instante vem crescendo a publicização do Direito Privado (iniciada, exemplificativamente, com a limitação do direito de propriedade, outrora valor absoluto, ao cumprimento de sua função social) e, por outro lado, a privatização do Direito Público (por exemplo, com a incorporação - naturalmente adaptada às peculiaridades existentes - de conceitos e institutos jurídicos e extrajurídicos aplicados outrora apenas aos sujeitos de Direito Privado, como, e.g., a utilização de sistemas de gerenciamento e controle de eficiência na prestação de serviços).

17. Recurso Especial provido, com superação da jurisprudência do STJ. (REsp 1126515/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 16/12/2013)

(alterações trazidas pela Lei 12.767/2012); (b) ausência de limitação do protesto aos títulos de natureza cambial ou relações de direito privado; (c) possibilidade de utilização do protesto como meio alternativo para a cobrança de débitos por ser este um instrumento mais célere que a execução fiscal e que possibilita a cobrança de pequenos valores, os quais não compensaria realizar a cobrança mediante o executivo fiscal; (d) conformidade do protesto com o "II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo" etc.

No entanto, com exceção da tese que defende a impossibilidade do protesto de certidão de dívida ativa em razão da inexistência de previsão expressa autorizando o ente fazendária a agir de tal forma, a qual foi superada após o advento da Lei 12.767/12, e da tese que afirma só ser possível o protesto de títulos de natureza cambial, com a qual não concordamos, entendemos que permanecem todos os argumentos anteriormente utilizados pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça para rechaçar a possibilidade da cobrança via protesto extrajudicial.

Salientamos que o entendimento acima exposto diz respeito apenas à Segunda Turma do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, não tendo ocorrido ainda posicionamento por parte da Colenda Primeira Turma daquele tribunal após a alteração legislativa ocasionada pela Lei 12.767/2012.

Resta aguardar que a discussão chegue ao âmbito da Primeira Turma para que, caso esta mantenha o entendimento de não ser possível o protesto de certidão de dívida ativa, o tema seja objeto de análise pelo Pleno daquele Tribunal Superior com vistas a uniformização da jurisprudência.

6 CONCLUSÃO

A Lei 12.767/12 ao prever a possibilidade do Estado Administração realizar o protesto das certidões de dívida ativa representativas de débitos tributários não quitados, instituiu uma nova forma de cobrança do débito tributário, a qual se caracteriza como espécie de sanção política voltada a cobrança de tributos.

Por ocasionar a inscrição do contribuinte nos cadastros de proteção ao crédito, impossibilitando que este venha a obter crédito perante instituições financeiras e praticar atos essenciais a continuidade das atividades empresárias e pessoais, esta se caracteriza como forma mais gravosa na busca pelo pagamento de tributos atrasados, ferindo princípios tributários fundamentais na busca pela garantia da liberdade individual como os da razoabilidade, proporcionalidade e livre exercício de atividade lícita.

Como se não bastasse, tal prática vai de encontro com os interesses do próprio estado que, em virtude da função social exercida pela empresa, não possui a pretensão de ocasionar o encerramento das atividades da mesma, o qual pode resultar em sérios prejuízos para a economia da região e impacto negativo na qualidade de vida da população, que perderá importantes postos de trabalho.

Ademais, se mostra incompatível com a legislação que regulamenta o instituto do protesto uma vez que sua finalidade (cobrança de tributos) não se coaduna com nenhuma das hipóteses trazidas pela Lei do Protesto em seu corpo textual.

Por fim, conforme vimos, o Poder Judiciário vinha adotando corretamente o entendimento pelo qual faltava interesse à Administração Fazendária em levar a protesto a certidão de dívida ativa, tendo alterado o citado entendimento a partir da publicação da Lei 12.767/2012.

No entanto, apesar de todos os argumentos trazidos pelos Ministros do Egrégio Superior Tribunal de Justiça em seu novo posicionamento, temos que, com exceção da tese que previa a impossibilidade de protesto da CDA por ausência de previsão legal, todos os demais argumentos até aqui expostos ainda se mantêm, não havendo motivo plausível a justificar a alteração repentina de posicionamento por parte do citado tribunal.

Somos forçados a acreditar que tal mudança se deve ao desespero do Poder Público e do Judiciário em desafogar este último e agilizar a cobrança dos débitos tributários, ainda que para que isso aconteça, seja necessário ignorar por completo alguns preceitos fundamentais contidos em nossa Constituição Federal que possuem justamente o fito de trazer ao contribuinte garantias essenciais para a manutenção de sua liberdade.

Por fim, considerando a complexidade de nosso ordenamento jurídico tributário que a cada dia impõe novas obrigações acessórias aos administrados e que já pode ser considerada uma das mais complexas do mundo, somado a isso a falta de informação e educação tributária dos contribuintes, é de se reconhecer que citada prática estará punindo não só os sonegadores e aqueles que atuam de má-fé no cumprimento de suas obrigações tributárias, mas principalmente aquele contribuinte de boa-fé que não possui condições, físicas ou intelectuais, para acompanhar as constantes alterações legislativas.

Dessa forma, considerando que o protesto de certidão de dívida ativa se traduz como um meio alternativo de cobrança de tributos que pode ser equiparado a sanção política pelos efeitos negativos e devastadores que traz para os contribuintes inadimplentes, seja através do cerceamento as garantias do livre exercício de atividade empresarial, seja em razão da desnecessidade e falta de interesse em levar a CDA a protesto, temos que tal medida deve ser analisada e declarada inconstitucional por nosso Supremo Tribunal Federal, guardião da constituição e das garantias fundamentais, reestabelecendo dessa forma a segurança jurídica existente antes do advento da Lei 12.767/12.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. Protesto da cda. **Revista Dialética de Direito Tributário** São Paulo, Oliveira Rocha - Comercio e Servicos Ltda. v.41, fev. 1999, p. 7-11

AMARO, Luciano. **Direito Tributário Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 541 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Lei n. 9492, de 10 de setembro de 1997. **Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19492.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Lei n. 6.830, de 22 de setembro de 1980. **Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/16830.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Lei n. 12.767, de 27 de dezembro de 2012. **Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço e sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica; altera as Leis nºs 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, 11.508, de 20 de julho de 2007, 11.484, de 31 de maio de 2007, 9.028, de 12 de abril de 1995, 9.492, de 10 de setembro de 1997, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 12.024, de 27 de agosto de 2009, e 10.833, de 29 de dezembro de 2003; e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/Lei/L12767.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. **Institui o Código Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Lei. 5.172, de 25 de outubro de 1966. **Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15172.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973. **Institui o Código de Processo Civil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/15869compilada.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Lei n. 11.101, de 09 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2014.

BRASIL. Lei n. 9.784, de 29 de janeiro de 1999. **Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2014.

BRASIL. **Decreto Lei n. 911**, de 1º de outubro de 1969. Altera a redação do art. 66, da Lei nº 4.728, de 14 de julho de 1965, estabelece normas de processo sobre alienação fiduciária e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/De10911.htm>. Acesso em: 17 de fevereiro de 2014.

CARVALHO, Daniel Melo Nunes de. Protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa: uma abordagem à luz atinentes ao sigilo fiscal e do princípio da proporcionalidade. **Revista Fórum de Direito Tributário – RFDT**. Belo Horizonte , v.8, n.44, p. 81-98, mar./abr.2010.
BIM, Eduardo Fortunato. A juridicidade do protesto extrajudicial de certidão de dívida ativa (CDA). *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo , n.157, p.45-67, out.2008.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de Direito Tributário**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. 694 p.

CASAGRANDE, Edilson Jair. Da impossibilidade de protesto catorario de cda de origem tributária. **Revista Dialética de Direito Tributário**. Sao Paulo, Oliveira Rocha - Comercio e Servicos Ltda. v.56, maio 2000, p. 47-51

CHEVIS, Mila Alonso Gonzalez; ANDRAUS, Érica Cristina Trevizan. Da presunção de certeza e liquidez da certidão de dívida ativa. **Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo**. Vol. 6. P. 255-274. São Bernardo do Campo: Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo, 2000.

FARO, Maurício Pereira; MOREIRA, Bernardo Motta. Protesto de certidão de dívida ativa: incompatibilidade com a cobrança de créditos por meio de execução fiscal. **Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas**. São Paulo , v.3, n.18, p. 49-58, jan./fev.2010.

FREITAS, Vladimir Passos. Execução Fiscal; **Doutrina e Jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 1998

FRONTINI, Paulo Salvador. *O caso da falência da Sanderson e as tendências atuais do Direito Falimentar*. RDM 15/247. São Paulo: RT, 1974.

JANCZESKI, Célio Armando (Org.). **Constituição Federal Comentada**. Curitiba: Juruá, 2012. 767 p.

JUNIOR, Milton Carmo de Assis. As sanções políticas como meio coercitivo de pagamento de tributos e protesto da CDA. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**. Vol. 110. P. 95 – 108. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

MACHADO, Eduardo Marques. Processo de Protesto: considerações sobre a viabilidade jurídica de aplicação do postulado constitucional contraditório. **Revista Jurídica da FAMINAS**. Vol. 4. P. 69-86. Muriaé: Editora Faminas, 2008.

MACHADO, Hugo de Brito. Protesto de Certidão de Dívida Ativa. **Revista Dialética de Direito Tributário**. Vol. 130. P. 34-40. São Paulo: Dialética, 2006.

MAMEDE, Gladston. *Manual de Direito Empresarial*. São Paulo: Atlas, 2005

MAZZEI, Marcelo Rodrigues; SIGNORELLI, Alexandre Rodrigues Oliveira. **O protesto extrajudicial da certidão de dívida ativa - Meio alternativo à judicialização ou ofensa ao direito coletivo dos contribuintes?**. Interesse Público, Porto Alegre , v.15, n.80, p. 213-228, jul./ago. 2013.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário: **Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência**. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. 1366 p.