



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

VITOR INOMATA FERREIRA

**PROTESTO EXTRAJUDICIAL DE CDA PELA FAZENDA
PÚBLICA**

Salvador
2014

VITOR INOMATA FERREIRA

**PROTESTO EXTRAJUDICIAL DE CDA PELA FAZENDA
PÚBLICA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador
2014

TERMO DE APROVAÇÃO

VITOR INOMATA FERREIRA

PROTESTO EXTRAJUDICIAL DO CDA PELA FAZENDA PÚBLICA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2014

RESUMO

A presente monografia objetiva abordar a prática do protesto pela Fazenda Pública quando de crédito inscrito em Dívida Ativa.

Inicialmente se examina o que consiste um título de crédito, de forma a diferenciar o título comum – ou seja – o título quando no Direito Empresarial do Cadastro de Dívida Ativa.

Examina-se em seguida no que consiste a prática do protesto de títulos extrajudiciais, diferenciando ainda o protesto extrajudicial do judicial, o qual não será objeto de estudo. Ademais, determina-se a natureza e efeitos decorrentes do protesto extrajudicial.

Verifica-se quais seriam as pessoas com interesse no protesto extrajudicial, bem como o procedimento para que este seja efetuado.

Após, são enumerados os princípios que viriam a garantir relativa proteção ao contribuinte, haja vista a Fazenda Pública, para a prática do protesto, invoque o interesse público, no sentido de suprimir o direito do contribuinte. Desta forma, a balança começa a pesar no sentido de ser indevido o protesto extrajudicial de CDA pela Fazenda Pública, já que, além destes mecanismos constitucionais que impedem a supressão do direito do contribuinte, quais sejam o princípio do devido processo legal; da efetividade judicial; e da menor onerosidade executiva, existe também procedimento especial e necessário à obtenção do crédito de natureza tributária.

Desta forma, a conclusão aponta no sentido da desnecessidade da Fazenda Pública em praticar o protesto, como instrumento à coação ao pagamento dos créditos inscritos em Dívida Ativa, sendo a conduta abusiva e indevida, já que todos os efeitos decorrentes do protesto já são garantidos pela inscrição na Dívida Ativa, e o processo executivo fiscal é mais eficaz que o ato extrajudicial para a finalidade que se pretende.

Palavras-chave: Protesto extrajudicial, Cadastro de Dívida Ativa, Fazenda Pública, Abuso de Direito.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	artigo
CC	Código Civil
CRFB/88	Constituição da República Federativa do Brasil
CPC	Código de Processo Civil
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça da Bahia

Sumário

1 INTRODUÇÃO	1
2 PRINCÍPIOS DO DIREITO CAMBIÁRIO	2
2.1 CARTULARIDADE	2
2.2 LITERALIDADE	3
2.3 AUTONOMIA	5
2.4 ABSTRAÇÃO	6
3 TÍTULOS DE CRÉDITO	7
3.1 CONCEITO DOUTRINÁRIO	7
3.2 CONCEITO LEGAL	8
3.3 NATUREZA JURÍDICA DO TÍTULO DE CRÉDITO	8
4 TÍTULO DE CRÉDITO CAMBIÁRIO X TÍTULO DE CRÉDITO FISCAL	11
4.1 BILATERALIDADE X UNILATERALIDADE NA CONSTITUIÇÃO DO TÍTULO DE CRÉDITO	11
5 PROTESTO DE TÍTULOS DE CRÉDITO EXTRAJUDICIAIS	15
5.1 CONCEITO DOUTRINÁRIO DE PROTESTO	15
5.2 CONCEITO LEGAL	18
5.3 PROTESTO EXTRAJUDICIAL E PROTESTO JUDICIAL	19
5.4 NATUREZA JURÍDICA DO PROTESTO	20
5.5 EFEITOS DECORRENTES DO PROTESTO	21
5.5.1 PUBLICIDADE DO PROTESTO	22
6 LEGITIMADOS AO EXERCÍCIO DO PROTESTO	23
6.1 LEGITIMAÇÃO PASSIVA	23
6.2 LEGITIMIDADE ATIVA	24
7 PROCEDIMENTO E COMPETÊNCIA DO TABELIÃO DO CARTÓRIO DE PROTESTO DE TÍTULOS	25
8 PROCEDIMENTO DE COBRANÇA DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PELAS FAZENDAS PÚBLICAS	28
8.1 PROCEDIMENTO DE COBRANÇA DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PELAS FAZENDAS PÚBLICAS (ASPECTOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO EXECUTIVO FISCAL)	29
8.2 PROCEDIMENTO EXECUTIVO FISCAL	32
8.3 LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA NA EXECUÇÃO FISCAL	37
9 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	39
9.1 ORIGEM DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	39
9.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL NA CRFB/88	40
9.3 PERSPECTIVAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL	43
9.3.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL GENÉRICO	43
9.3.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL (SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW)	43
9.3.3 DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCESSUAL (PROCEDURAL DUE PROCESS OF LAW)	46

10 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE JUDICIAL	47
11 DA ADEQUAÇÃO E EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL	49
11.1 CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA ADEQUAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL	52
12 PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE EXECUTIVA	52
13 JUSTIÇA TRIBUTÁRIA E CONTRAPOSIÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO EM FACE DO INTERESSE PRIVADO.	55
14 DO ABUSO DE DIREITO	60
15 CONCLUSÃO	62

1 INTRODUÇÃO

É comum na prática jurídica deparar-se com os problemas decorrentes da relação entre a administração fazendária e o contribuinte, de forma que o operador do direito deve enfrenta-lo considerando o complexo ordenamento jurídico brasileiro, e sempre considerando a organização constitucional deste.

Inobstante o interesse da Fazenda Pública na arrecadação, invocando assim o interesse público nas causas em que esta é parte, deve haver também a celebração das garantias constitucionais do contribuinte, haja vista os princípios constitucionalmente assegurados.

Desta forma, existe a problemática relativa ao conflito de normas, sendo estas de natureza constitucional e infra constitucional, as quais deverão integrar as lides que do conflito de interesse decorram.

É que, malgrado a prática do protesto pela Fazenda Pública seja permitida por força de lei, haja vista a previsão legal constante na Lei n.º 9.492/1997, o ordenamento jurídico deve ser interpretado conforme a constituição, e não apenas com base não regramento legal.

Desta forma é que a conduta da Fazenda Pública é questionada, haja vista o instrumento específico para cobrança de crédito decorrente de relação tributária e já inscrito em Dívida Ativa.

É que o protesto de CDA inicialmente parece tangenciar a prática do protesto em determinados pontos, resta saber se estes pontos comuns não deixam de legitimar a conduta da Fazenda Pública no que concerne ao protesto da hipótese trazida, sob pena de tratar-se de conduta equivocada por parte da administração fazendária.

Questiona-se se o protesto não seria medida excessiva para a cobrança do crédito tributário, um constrangimento desnecessário e abusivo para que seja havido o crédito, e assim sendo, torna-se um instrumento cuja aplicabilidade pela Fazenda Pública se torna incoerente com os ditames constitucionais.

2 PRINCÍPIOS DO DIREITO CAMBIÁRIO

2.1 CARTULARIDADE

Da leitura do conceito de Vivante, vislumbra-se inicialmente, que o título de crédito é documento, desta forma, torna-se indispensável que exista um escrito em algo material, palpável, impedindo que haja qualquer forma de título oral ou gravada em meios alternativos que possam ser reproduzidos¹.

Por ser o título de crédito um instrumento materializador do exercício de direito, este tem necessariamente – com principal característica – ser um documento.

O princípio da cartularidade seria uma referência à segurança jurídica das relações empresariais, sendo necessário haver a posse do título de crédito para que o agente figurante de polo devedor se submeta às exigência(s) nele mencionada(s)².

É a obrigatoriedade da documentação de direitos, sendo este mesmo documento apresentado ao devedor para que haja o adimplemento da obrigação ali prevista, a qual será lida conforme o princípio da literalidade.

Não é necessário, contudo, que hajam todas as declarações constantes no título escritas de próprio punho do declarante, mas em qualquer circunstância, deve haver um escrito lançado em documento corpóreo, em regra coisa móvel, a qual servirá de instrumento à circulação dos direitos, já que ao estarem incorporados com o título, circulam com o mesmo³.

O documento no qual estaria materializado o direito seria um pressuposto para a existência do próprio direito cambiário ali expressado, já que não haveria como referir-se à pretensão, a transmissão ou transferência e exigibilidade do título⁴.

¹ MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 13ª ed. p. 5

² GLICÉRIO FILHO, João. **Direito Empresarial III: títulos de crédito e contratos empresariais**. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 24

³ MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 13ª ed. p. 5

⁴ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2010. *Apud* Glicério Filho, João. **Direito Empresarial III: títulos de crédito e contratos empresariais**. – São Paulo: Saraiva, 2013, p.24

É neste sentido que o legislador ordinário também se refere à cartularidade, já que, ao art. 887 do CC/2002 previu:

Art. 887. O título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos da lei.

O emprego da palavra “necessário” tem o sentido próprio de ser indispensável à existência do documento para que os direitos nele mencionados sejam exercidos⁵.

É invocando o princípio da cartularidade que se percebe a relação imediata entre os direitos de crédito positivados no título e a apresentação necessária do documento, para que aqueles sejam não apenas exigíveis, mas existentes. Aqui, para o regular exercício do direito ao crédito – objeto decorrente da relação obrigacional – é imprescindível que o título seja observado, sendo um imprescindível à existência do outro⁶.

2.2 LITERALIDADE

Quando pertinente aos efeitos obrigacionais creditícios, estes serão apenas os que estiverem contidos no instrumento do título de crédito, tanto o seu conteúdo, como a extensão, devendo estar literalmente expressa a obrigação ali representada, a qual será exigida futuramente pelo credor⁷.

Para que haja a boa leitura do direito ao crédito, deve ser aplicada a literalidade às palavras presentes no título, não cabendo qualquer viés interpretativo que venha a aumentar ou reduzir o conteúdo ou extensão dos direitos postos no documento.

A literalidade presente no ordenamento jurídico – relativa aos títulos de crédito – é espécie de taxatividade de direitos e deveres empresariais, de forma que, está o devedor obrigado apenas ao adimplemento do que o título previu como devido.

⁵ MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 13ª ed. p. 5

⁶ GLICÉRIO FILHO, João. **Direito Empresarial III: títulos de crédito e contratos empresariais**. – São Paulo: Saraiva, 2013, p.24

⁷ GLICÉRIO FILHO, João. **Direito Empresarial III: títulos de crédito e contratos empresariais**. – São Paulo: Saraiva, 2013, p23

Ainda, malgrado tenham sido praticados atos válidos e/ou eficazes, se estes não estiverem contidos no título de crédito, mas em documento diverso, qualquer que seja a sua natureza, não produzirão quaisquer efeitos para o portador do título⁸.

Desta forma, o portador do título tem o direito resguardado, já que não sofrerá efeitos que venham a prejudicar a sua pretensão ao crédito, mesmo que os atos que por ventura venham a atingi-lo sejam praticados de boa fé pelo devedor.

Vale afirmar, portanto, que tudo aquilo escrito no título tem valor, e conseqüentemente, tudo que por ventura não estiver constante nele, não pode ser alegado por qualquer das partes, tanto credora como devedora. Desta forma, havendo a assinatura deste documento, a parte aderiu ao mesmo e dele não se separará por simples alegações de que firmou o mesmo sem a intenção de obrigarse⁹.

A vontade das partes quando no início do título de crédito tem forte repercussão futura, a qual não poderá ser desfeita por alegações simplórias, já que este ato jurídico pertinente ao Direito Cambiário depende de solenidades específicas para que seja materializado por documento.

Se o devedor for obrigado ao pagamento a maior, mas assume no título obrigação por menor; ou se for obrigado ao pagamento a maior, mas assume no título obrigação por menor, à época da exigência ao adimplemento, ficará o devedor vinculado ao valor que menciona o título¹⁰.

A literalidade relativa à letra do título de crédito é aplicada categoricamente, motivo pelo qual faz-se mister a análise cuidadosa do crédito firmado em documento.

A razão pela qual existe esse princípio é o balizamento do exercício do direito cambiário pelo credor, bem como o adimplemento devido pelo seu devedor, consagrando assim – mais uma vez – a segurança jurídica necessária às relações

⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, *apud*, FILHO, João. **Direito Empresarial III: títulos de crédito e contratos empresariais**. – São Paulo: Saraiva, p.23, 2013.)

⁹ MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 13ª ed. p. 7

¹⁰ MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 13ª ed. p. 8

empresariais, conferindo limite para as exigências feitas por ambas as partes. É o rigor exigido para que também haja a proteção relativa a terceiros de boa-fé¹¹.

2.3 AUTONOMIA

No Direito Cambiário, bem como no Direito Tributário, observa-se a existência da exclusão da máxima lógico-jurídica pertinente ao Direito Civil, qual seja a obrigação acessória seguir a obrigação principal. Existem obrigações cambiárias que não seguem outras, uma obrigação não precisa necessariamente preceder ou ser precedida, não existindo conexão desta natureza em todos os atos cambiários/empresariais.

O princípio da autonomia caracteriza os títulos de crédito, por ser essencial à estes, já que promove – com a devida segurança jurídica – a circulação de direitos emergentes dos mesmos. Significa afirmar que, quem não está assumindo o cumprimento de obrigações constantes em título, não está a ele vinculado, mesmo que haja negócio que deu lugar ao nascimento do título¹².

Isso é justificado porque a obrigação, em princípio, é originária de verdadeiros títulos de crédito, em ato unilateral de vontade daquele que optou por obrigar-se, o qual não está implicado em também adimplir quaisquer outras obrigações por acaso já existentes no título¹³

Nesse esteio, ao referir-se à autonomia, deve ser entendido que as obrigações que resultam do título de crédito são autônomas. Uma obrigação não depende de outra para que tenha validade.¹⁴

A construção doutrinária do Direito Empresarial, incorporada posteriormente ao ordenamento jurídico, obteve *status* de ramificação autônoma do direito, já que haveria relação originária de título de crédito, visto que seria uma relação cartular, de acordo com o princípio da autonomia, podendo ser aduzido que a obrigação cambiária é decorrente de uma declaração unilateral de vontade daquele que subscreveu o título. O princípio da autonomia determinou uma

¹¹ GLICÉRIO FILHO, João. **Direito Empresarial III**: títulos de crédito e contratos empresariais. – São Paulo: Saraiva, 2013, p 24

¹² MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 13ª ed. p. 8

¹³ MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 13ª ed. p. 8

¹⁴ MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 13ª ed. p. 8

mudança história no Direito, trazendo um novo paradigma, de forma que, antes do seu surgimento, todos os títulos de crédito eram considerados meras cédulas probatórias de reação jurídica que lhe deu origem. (confuso, reler o trecho)¹⁵

A doutrina elege o princípio da autonomia como elementar, caracterizado pela maior relevância, já que confere maior grau de segurança jurídica nas relações cambiais. É o sustentáculo das principais características do título de crédito, quais sejam, a negociabilidade e circularidade. O princípio da cartularidade determinou uma mudança história, trazendo os título de crédito eram consideradas meras cédulas probatórias de relação jurídica que lhe deu origem(refazer, MUITO CONFUSO)

Existe ainda, parte da doutrina que relaciona o princípio da autonomia aos chamados “subprincípios”, malgrado não haja qualquer tipo de hierarquia ou grau de importância que discrimine cada um, como a abstração e inoponibilidade de exceções pessoais ao terceiro de boa-fé.

2.4 ABSTRAÇÃO

Significa afirmar que os direitos decorrentes do título são abstratos, não dependendo necessariamente do negócio jurídico que deu lugar ao nascimento do título.¹⁶

Após formado o título, este circula livremente na sociedade, estando desvinculado da razão pela qual foi formado, não interessando ao portador o motivo pelo qual este veio a ser documentado.

¹⁵ EMYGIO. Luiz F. da Rocha Jr. **Títulos de crédito**. 3. Ed. São Paulo. Renovar.2004, *apud*, Glicério Filho, João. **Direito Empresarial III**: títulos de crédito e contratos empresariais. – São Paulo: Saraiva, 2013 p.24.

¹⁶ MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 13ª ed. p. 10

3 TÍTULOS DE CRÉDITO

3.1 CONCEITO DOUTRINÁRIO

De todas as definições que foram dadas aos títulos de crédito, Cesare Vivante formulou o que – sem dúvida – é o conceito mais completo, por abranger de forma simples e direta, todas as características presentes no título, de forma que “Título de Crédito é o documento necessário para o exercício do direito, literal e autônomo, nele mencionado¹⁷”.

A definição doutrinária de título de crédito construída pelo doutrinador é de completude inegável, sendo desnecessário qualquer apêndice que objetive complementá-lo.

O nível de detalhamento do conceito abrange os princípios básicos referentes à disciplina do documento, que são fundamentais ao Direito Empresarial, sendo eles a cartularidade, literalidade e autonomia¹⁸, não obstante ainda hajam outros também relevantes às relações cambiárias.

Cesare Vivante, ao afirmar que o título de crédito é documento, quer dizer que este é a materialização de direito cuja natureza é necessariamente cambiária, sendo que, apesar do conceito de documento ser de amplitude considerável, para que os títulos de crédito tenham validade e eficácia, cada qual deve seguir um rito específico em lei, devendo haver a análise concreta da formação de cada uma das espécies.

A referida necessidade documental evidenciada é relativa à cartularidade do título de crédito, enquanto que a literalidade e autonomia já estão expressas no próprio conceito.

Ainda, o título é documento que serve à prova de existência de relação jurídica, mais precisamente de relações de obrigacional, constituindo assim, prova que determinada pessoa é credora de outra.

É o título, perfeito instrumento para que haja a circulação dos direitos de créditos, facilitando as atividades econômicas e mobilizando o crédito, para que

¹⁷ MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 13ª ed. p. 5

¹⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p.373

seja possível a sua utilização por inúmeras pessoas. Isso só foi possível à partir da admissão daqueles princípios já referidos, os quais se incorporaram à natureza dos próprios títulos, caracterizando-os.¹⁹

3.2 CONCEITO LEGAL

Evidente que, o legislador pátrio tratou de tomar como referência a produção doutrinária de Cersare Vivante, dada a sua competência, sendo possível, ao ler o art. 887 do CC/02, observar que: “o título de crédito, documento necessário ao exercício do direito literal e autônomo nele contido, somente produz efeito quando preencha os requisitos de lei.

Malgrado seja o conceito legal de título de crédito mera reprodução de produção doutrinária, no caso não existe demérito, já que a construção é perfeita em sua extensão e profundidade, abrangendo os sentidos necessários para que seja entendido o fenômeno jurídico.

O legislador abarca o alcance intelectual do referido doutrinador, prevendo a necessariedade do documento, bem como a literaridade e autonomia nele presentes.

Desta forma, foi acertada a postura do legislador ordinário, o qual resolveu por incorporar conceito amplamente aceito e correto.

3.3 NATUREZA JURÍDICA DO TÍTULO DE CRÉDITO

É antiga a polêmica acerca da natureza jurídica dos títulos executivos extrajudiciais, em especial na doutrina italiana. O problema surgiu e logo chamou atenção para a função desempenhada pelo título executivo e para as consequências que dele advinham, ou seja, seus efeitos decorrentes de sua apresentação na fase executória²⁰

¹⁹ MARTINS, Fran. **Títulos de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 13ª ed. p. 7

²⁰ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, vol 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 435

O doutrinador Italiano Carnelutti considerava que o título seria uma *prova de crédito*, puramente. De forma que, prioritariamente, o título executivo evidenciaria a existência do direito à prestação, estando autorizado o credo, de pronto, a utilizar-se diretamente de execução judicial, sem que houvesse prévia demonstração de qualquer existência do direito inicialmente exigido. O documento seria uma espécie de *prova legal do crédito*, o qual iniciaria o processo de execução²¹, hoje considerada a fase executória no processo judicial.

Ocorre contudo, que esta construção doutrinária foi objeto de crítica de Liebman, que entendia não ser possível confundir a forma com a substância contida na forma, neste sentido, o título de crédito seria mais do que mero documento representativo do crédito – forma representativa da substância – mas o *ato* representado, atribuindo-lhe efeitos de lei, que permitiria a aplicação de sanção.²²

E independentemente de qualquer demonstração da existência do crédito, quem por ventura viesse a ostentar título executivo, teria assegurado o direito de acessar a via de execução, bastando apenas a apresentação daquele título.²³

Desta forma, ao ser apresentado o título, seria abstraída qualquer discussão sobre a existência ou não do direito exigido judicialmente.

O processo executivo, por sua vez, seria autônomo, desenvolvendo-se sem que houvesse qualquer questionamento acerca da existência ou não do direito demandado, por conta da simples apresentação do título, o qual a lei permitiu instaurar processo de execução²⁴.

No que concerne à doutrina atual, existe a tendência em considerar que nenhuma das posições dos doutrinadores clássicos estão aptas à explicação integral e essencial e funcional do título executivo²⁵.

²¹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, vol 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.,p. 436

²² MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, vol 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.,p. 436

²³ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, vol 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.,p. 436

²⁴ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, vol 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.,p. 436

²⁵ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, vol 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.,p. 436

Considera-se que o que evidencia integralmente a eficácia própria do título é a somatória das duas teorias, prevalecendo – por vezes – um dos aspectos, malgrado os dois se somem para que seja formada a realidade do título²⁶.

Seria portanto, o Cadastro da Dívida Ativa, um título executivo extrajudicial que atenderia à definição de ambas as doutrinas clássicas, o que implicaria dizer haveria a prova legal do crédito, bem como a representação do ato, atribuindo-lhes efeitos de lei.

O que concerne à questão da prova legal do crédito, a CDA se assemelha com os outros títulos de créditos constituídos extrajudicialmente, sendo a apresentação da CDA, bastante para que seja iniciada a execução fiscal, já que conforme o art. 3º da Lei n.º 6.830/80:

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

No que tange à validade do título pelo ato representado, o Cadastro de Dívida Ativa é um pouco diferente do título executivo extrajudicial “comum”, na medida em que neste existe a vontade do devedor em constituí-lo, enquanto que a CDA independe da vontade do contribuinte, basta apenas que este figure no polo passivo de uma demanda administrativa e que sejam apurados créditos de natureza tributária pela Fazenda Pública.

Apesar de possuir natureza de título executivo extrajudicial, o ato que constitui a CDA não é ligeiramente, mas diametralmente oposto – se possível ser dito assim – dos títulos extrajudiciais “comuns”, o que é passível de gerar efeitos diversos.

Os títulos executivos extrajudiciais por si só já são condição bastante para que se inicie a execução, não sendo necessária fase de conhecimento, para apurar o validade do crédito, sendo que o suposto credor pode acessar diretamente a via executiva, independentemente de qualquer indagação sobre o conhecimento o crédito, sobre a sua existência²⁷.

²⁶ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, vol 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.,p. 436

²⁷ MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, vol 3. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.,p. 436

4 TÍTULO DE CRÉDITO CAMBIÁRIO X TÍTULO DE CRÉDITO FISCAL

4.1 Bilateralidade x unilateralidade na constituição do título de crédito

A questão é pertinente à capacidade cambiária e à vontade manifestada para a constituição definitiva do título de crédito, sendo que, apesar da lei considerar a CDA como título de crédito, esta difere dos outros no que tange à sua constituição, o que a torna passível de nuances no seu processamento.

Existe no Direito brasileiro a capacidade de direito e capacidade de exercício. A capacidade ou é de gozo, sendo chamada de capacidade de direito ou de titularidade, consistindo na possibilidade haver a titularização de direitos e obrigações, ou capacidade civil, sendo a que faz-se possível praticar, por si mesmo, os atos jurídicos, chamada mais precisamente de capacidade de exercício²⁸.

O título cambiário pode conter somente a declaração de vontade do que nele consta, podendo haver nele contido duas ou mais declarações de vontade. A capacidade há de ser verificada a respeito de cada um daqueles que houveram por declarar a sua vontade, sendo regido pelo direito que a ele concerne.²⁹

Com efeitos, sejam nas obrigações de cunho civil ou comercial, para que alguém figure na condição de devedor de título executivo extrajudicial, deve haver a sua participação expressa, sendo esta a única hipótese de se firmar qualquer espécie de título de crédito extrajudicial.³⁰

Esta participação concerne ao rigor considerado cambiário, distinguindo-o das outras relações jurídicas, inclusive de outros negócios jurídicos comerciais. Tanto o rigor material e rigor formal, em que se última certa evolução para a perfeição técnica, para a maior segurança do público e para satisfação das necessidades estáveis, precisas do comércio.³¹

²⁸ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito cambiário**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 111

²⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito cambiário**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 111

³⁰ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 24

³¹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito cambiário**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 86

A pessoa fica obrigada quando da constituição da cédula ou contrato, sendo que este documento deve reunir condições bastantes para a sua exequibilidade, ou seja, que haja liquidez.³²

A unilateralidade do título executivo decorre do esforço praticado pela Administração Pública no que tange aos créditos de natureza tributária, formalizados pelo lançamento, o que possibilita a “inscrição em dívida ativa”, sendo este o título executivo hábil para que seja aparelhada a execução forçada.³³

Especifica-se aqui, de maneira contundente, a diferença patente na formalização do título executivo extrajudicial comum – instrumentos do Direito Civil – e o Cadastro de Dívida Ativa.

Subsiste na constituição de título extrajudicial cambiário a representação de um ato de vontade.

É no exato momento em que se cria o título cambiário que o elemento pessoal é somado ao elemento real, de forma que, prevalece este o que constitui traços em comum entre os títulos negociáveis³⁴.

Qualquer título de natureza cambiária, para existir, pressupõe declaração cambiária originária, a qual seria a criadora do título, sujeita à necessidade de capacidade cambiária, bem como vontade cambiária suficiente, bem como outros requisitos de validade intrínseca³⁵

É a vontade cambiária que se exprime dentro dos moldes intrínsecos, materializando-se nos moldes que prefiguram vontade suficiente. Porém a vontade cambiária só se exprime dentro de moldes extrínsecos, moldes que prefiguram vontade suficiente³⁶ para que esteja completo o título executivo extrajudicial.

³² MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 24

³³ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 24

³⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito cambiário**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 74

³⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito cambiário**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 74

³⁶ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito cambiário**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 74

À diferença de outras declarações de vontade cambiária, como a vontade do sacador da letra de câmbio, ou do emitente da nota promissória cria o título, além de criar, como aquelas, as obrigações cambiárias do declarante³⁷.

O Cadastro da Dívida Ativa independe da vontade do contribuinte, o que implica afirmar que estes são formalizados de maneira unilateral pela Administração Pública.

Ao contrário de outros títulos executivos extrajudiciais que venham a se formar, e que ocorrerão ou bilateralmente ou por iniciativa do devedor, no caso da CDA, dá-se através de iniciativa da Fazenda Pública, a credora interessada³⁸.

É diferente de outros títulos executivos onde existe expressa manifestação da vontade do devedor (títulos extrajudiciais civis ou comerciais) ou ao menos o pronunciamento do Poder Judiciário que veio a condenar o devedor ao pagamento (títulos judiciais), a CDA é manifestação da autotutela do Estado em matéria tributária

Malgrado tenha sido oferecido o contraditório e a ampla defesa no procedimento administrativo, estes são insuficientes – para não dizer completamente antagônicos à vontade de formalizar o título executivo – haja vista serem apenas meio de defesa à constituição do crédito tributário, ou seja, a vontade de não ter o crédito constituído.

Possível argumentar que ao menos existiria a vontade na constituição do crédito, mesmo que esta seja no sentido de resistir à sua constituição, contudo, percebe-se pragmaticamente, que esta é a vontade de não ter o crédito constituído, e que ao ser a mesma conduta trazida ao Direito Empresarial, esta ensejaria a não formação de título executivo pelo devedor.

Destarte, entende-se que, a resistência à constituição do crédito não configura vontade legítima para a formalização do título executivo extrajudicial tributário nos moldes do Direito Empresarial.

Considera-se a resistência à constituição do crédito como a expressa não vontade de ter o crédito constituído, apenas, impossibilitando qualquer indução

³⁷ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito cambiário**. Campinas: Bookseller, 2001, p. 74

³⁸ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 657

de pensamento no sentido de haver por desconfigurada a unilateralidade na formalização do título executivo extrajudicial decorrente de crédito de natureza tributária.

Tanto o lançamento como a inscrição em dívida ativa podem ser feitos unilateralmente pela administração pública, de forma que esta apenas notifica o contribuinte da existência do lançamento, sem a sua participação efetiva no ato, o que torna a CDA uma espécie *sui generis* de título executivo extrajudicial.³⁹

Na hipótese, prescinde a participação do devedor obrigado, haja vista este apenas é notificado acerca da existência do lançamento, o qual concerne a crédito de natureza tributária.

Existe ainda, hipótese mais evidente no que concerne à não participação do contribuinte na formação do título de crédito fiscal, a hipótese do art. 21 do Decreto 70.235/72, onde:

Art. 21. Não sendo cumprida nem impugnada a exigência, a autoridade preparadora declarará a revelia, permanecendo o processo no órgão preparador, pelo prazo de trinta dias, para cobrança amigável

O artigo revela a possibilidade do contribuinte sofrer os efeitos da revelia no procedimento administrativo fiscal, de forma que, quando este não vier a satisfazer o suposto crédito exigido ou não impugnar a exigência da Fazenda Pública, será considerado revel.

E como sabido, o revel – no que atine aos efeitos da revelia – terá contra sí, a presunção de veracidade do crédito alegado, impedindo que estes sejam discutidos na seara administrativa, que evidencia ainda mais a não participação na constituição do crédito tributário constante no título de crédito.

Mais fácil vislumbrar a hipótese *sui generis* da constituição do título executivo quando aplicada a *praxis* da administração pública às relações comerciais. Considerando a hipótese, mantém-se árdua a tarefa de vislumbrar a possibilidade do credor civil constituir unilateralmente seu título, de forma que, a este seria desnecessário invocar a tutela jurisdicional do Estado para que o ato praticado – qual seja a constituição do crédito – fosse dotado de certeza e liquidez do crédito,

³⁹ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 24

sendo assim exigível de pronto, tornando-se apto à cobrança à partir da materialização deste apenas pela vontade única do credor da obrigação comercial.

Contudo, a hipótese trazida não parece absurda quando considerada a Fazenda Pública como credora da obrigação tributária, haja vista a legislação especialíssima que trata da matéria, sendo o fenômeno aceito pelo ordenamento jurídico brasileiro.

Somente se concebe a criação de um título executivo extrajudicial exclusivamente pelo credor devido à presunção de legitimidade que alcança os atos do Poder Público⁴⁰.

É por conta de presunção de legitimidade da Certidão de Dívida Ativa que se originam os requisitos necessários para que seja o título executivo líquido e certo, permitindo que estes requisitos sejam necessários ao ingresso no poder executivo⁴¹.

Desta forma, não pode o credor civil constituir unilateralmente seu título, mas apenas a Fazenda Pública, de forma que, lhe compete invocar a tutela jurisdicional do Estado, para que seja reconhecida pelo Estado-juiz a certeza, liquidez e exigibilidade de seu crédito, tornando-o apto, à partir daí, para a cobrança executiva de um *título executivo judicial*,⁴² quando este não possuir qualquer título executivo extrajudicial.

5 PROTESTO DE TÍTULOS DE CRÉDITO EXTRAJUDICIAIS

5.1 CONCEITO DOURTINÁRIO DE PROTESTO

Malgrado exista, para o vocábulo “protesto” um significado comum e outro significado específico, estes não estão completamente apartados, pelo contrário. Com relação ao sentido no qual este é mais utilizado, qual seja o comum,

⁴⁰ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 657

⁴¹ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 657

⁴² MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 25

o vocábulo estará sempre ligado à ideia de inconformação declarada publicamente, formalmente manifestada.⁴³

Com relação aos sentidos atribuídos juridicamente ao vocábulo, este possui vários significados específicos, apesar de todos tangenciarem um núcleo em comum, existindo sutilezas que pouco influenciam à prática jurídica, mas ao estudo acadêmico do instituto.

Tecidas as referidas considerações, a doutrina considera o protesto como o ato formal pelo qual se salvaguardam os direitos cambiários, solenemente praticados perante funcionário público. Liga-se ele ao exercício e à cautela dos direitos de natureza cambiária. Nos atos jurídicos cambiários, não é só interessado o *ego*, mas também, o *alter*, a generalidade⁴⁴.

No que tange à generalidade, é comum – observada a complexidade das relações empresariais contemporâneas – que direitos cambiários previstos *inter parte* possuem a capacidade de gerar efeitos que influenciem terceiros.

A relativa segurança jurídica presente nos títulos de crédito concerne apenas ao adimplemento destes, não estando presente necessariamente na sistemática de todas as espécies de relações empresariais.

É pelo protesto extrajudicial que será dado o conhecimento ao público do que está a acontecer a título cuja vocação é caminhar, ligando a si, pessoas que talvez não tenham tido qualquer relação anterior, mas que correm o risco da mesma sorte⁴⁵.

Desta forma, aqueles que estão a sofrer com os efeitos daquele título de crédito hão de tomar as devidas providências jurídicas para salvaguardar os seus direitos face ao devedor, o qual pode manter relação jurídica semelhante.

O protesto é a declaração formal feita pelo credor da obrigação, sendo o inadimplemento contrário à sua vontade⁴⁶. É por meio deste ato formalizado pela

⁴³ MACHADO, Hugo de Bruto. **Protesto de Certidão de Dívida Ativa**. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, vol. 130, p. 35.

⁴⁴ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito Cambiário**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 500

⁴⁵ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito Cambiário**. Campinas: Bookseller, 2001. p. 500

⁴⁶ MACHADO, Hugo de Bruto. **Protesto de Certidão de Dívida Ativa**. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, vol. 130, p. 35.

autoridade cartorária que o credor pode constituir prova de ato jurídico, tanto que a ocorrência deste traz implicações às relações creditícias das quais o protestante participa⁴⁷.

Pelo ato é que será dada ciência de situação inequívoca para aqueles alienígenas à relação cambiária do que ocorre com esta obrigação principal do devedor.

O protesto se apresenta como requisito fundamental para que seja materializada prova da falta de pagamento do devedor, garantindo conseqüentemente a efetuação da cobrança em desfavor dos também coobrigados do título⁴⁸, para que o crédito devido seja satisfeito.

Desta forma, este ato é praticado pelo credor da obrigação constante no título, sempre frente ao cartório competente para tal, objetivando haver a incorporação do título de crédito à prova daquele fato relevante para as relações cambiárias⁴⁹.

Vale ainda salientar que, quem pratica juridicamente o ato do protesto extrajudicial é o credor da obrigação, o cartório apenas reduz a termo o que é de vontade expressada pelo titular do crédito⁵⁰.

O Direito Cambiário exige – conforme importância de determinados fatos – que na ocorrência destes, haja a sua formalização, para que não reste qualquer dúvida sobre o acontecimento, haja vista os efeitos produzidos à partir destes⁵¹.

O protesto, portanto, é ato unitário e protegido pela fé pública cartorária, a qual seria imprescindível, haja vista os efeitos cambiários decorrentes do mesmo, motivo pelo qual exista a necessidade desta possuir determinada solenidade praticada perante aquela autoridade cartorária.

⁴⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 18 ed. São Paulo: saraiva, 2007, p. 489

⁴⁸ FARIAS, Rui Barros Leal. **A Inconstitucionalidade do Protesto de Certidões da Dívida Ativa**. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário n.º 126. 2006. p. 56

⁴⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 18 ed. São Paulo: saraiva, 2007, p. 489

⁵⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 18 ed. São Paulo: saraiva, 2007, p. 489

⁵¹ ROSA JUNIOR, Luiz Emygio Franco da. **Títulos de crédito**. 7.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p 386

O protesto é a declaração formal feita pelo credor da obrigação, seja por devolução, pelo aceite ou pagamento do título, o qual inadimplemento da referente obrigação contraria a sua vontade. O protesto é a declaração formal e solene que o credor não concorda com a demora no aceite, na devolução ou pagamento do respectivo título.⁵²

5.2 CONCEITO LEGAL

Está expresso no art. 1º da Lei n.º 9.492/97 que o protesto é “ato formal solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.”

Fica evidente, pela letra da lei, que o protesto é um ato necessariamente solene, devendo específica concatenação de atos procedimentais ser respeitada, para que seja possível vislumbrar o resultado final, sendo a conduta imprescindível para que o ato cartorário seja válido.

Quando a lei destaca o caráter de meio de prova, esta se refere em verdade à natureza do protesto, quer será objeto de estudo posterior.

A definição legal não se destina a abranger apenas o protesto quando referente aos títulos de crédito, mas também outros documentos de dívida⁵³.

Não existe aqui, qualquer taxatividade acerca de qual documento estaria submetido ao fenômeno jurídico do protesto. Torna-se amplo o horizonte de relações obrigacionais documentadas que o protesto de títulos pode alcançar, sendo um ato que serve à comprovação de qualquer inadimplência creditícia abstratamente considerada.

Portanto, *a priori*, qualquer título ou documento de dívida poderá ser protestado, independentemente das pessoas que venham a figurar os polos da relação.

⁵² MACHADO, Hugo de Bruto. **Protesto de Certidão de Dívida Ativa**. Revista Dialética de Direito Tributário. São Paulo, vol. 130. p. 36

⁵³ ROSA JUNIOR, Luiz Emygio Franco da. **Títulos de crédito**. 7.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p 386

5.3 PROTESTO EXTRAJUDICIAL E PROTESTO JUDICIAL

O protesto cambial não se confunde com o protesto judicial. O primeiro é praticado em âmbito extrajudicial, não dependendo de autorização judicial, sendo exercido, como identificado em seu nome, fora do juízo⁵⁴; o segundo é um ato praticado na seara processual, o qual inclusive está previsto no art. 867 do CPC, vejamos:

Art. 867. Todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que do mesmo se intime a quem de direito.

No primeiro, não é o juiz o autor do protesto, embora seja tido com o agente do ato jurisdicional; enquanto que, no segundo, não é o tabelião o autor do protesto, mas o agente administrativo que pratica ato para que haja a tutela do interesse privado quando este restou por demandado⁵⁵.

Enquanto o protesto cambial é um ato praticado pelo tabelião, tutelando interesse privado⁵⁶, protegendo crédito constante em título de crédito, o protesto judicial é petição direcionada a juiz, que deve se manifestar sobre o pedido de prevenção de responsabilidade, conservação e ressalva de direitos ou necessidade de expor intenção de modo formal.

São dois institutos distintos, os dois não se tocam, não possuindo a mesma natureza, não produzindo os mesmos efeitos, e não sendo praticados nas mesmas condições.

⁵⁴ ROSA JUNIOR, Luiz Emygio Franco da. **Títulos de crédito**. 7.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 387

⁵⁵ GLICÉRIO FILHO, João. **Direito Empresarial III: títulos de crédito e contratos empresariais**. – São Paulo: Saraiva, 2013

⁵⁶ GLICÉRIO FILHO, João. **Direito Empresarial III: títulos de crédito e contratos empresariais**. – São Paulo: Saraiva, 2013 p.61

5.4 NATUREZA JURÍDICA DO PROTESTO

O protesto nada mais é que ato cambiário público praticado para se comprovar a apresentação de título para aceite ou pagamento⁵⁷. O protesto tem – necessariamente – natureza de meio de prova, a qual se aproveita o credor de obrigação cambiária inadimplida, conforme o já citado art. 1º da Lei n.º 9.492/97, em seu *caput*.

Sendo público o ato do protesto, já que é praticado por meio de cartório competente, pelos serventuários dotados de fé pública, é que se imprime autenticidade ao meio de prova pertinente à recusa do aceite ou pagamento do sacado.⁵⁸

Por estas razões é que se fazem necessárias determinadas formalidades exigidas por lei, as quais devem ser atendidas, sob pena de nulidade do ato jurídico. A prática do protesto pelo Tabelião de Protesto de Títulos dá autenticidade ao referido meio de prova.

O procedimento relativo ao protesto extrajudicial encontra-se previsto na Lei n.º 9.492/97, o qual tratou de regular as formalidades para que o ato seja válido, produzindo os efeitos desejados.

Observa-se na Lei 9.492/97 que:

Art. 3º Compete privativamente ao Tabelião de Protesto de Títulos, na tutela dos interesses públicos e privados, a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados, na forma desta Lei.

O protesto é ato solene cuja prática perante o Tabelião competente – dotado de fé pública – serve à comprovação de falta de adimplemento de obrigação cambiária, tendo natureza de meio de prova.

⁵⁷ ROSA JUNIOR, Luiz Emygio Franco da. **Títulos de crédito**. 7.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 387

⁵⁸ ROSA JUNIOR, Luiz Emygio Franco da. **Títulos de crédito**. 7.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 387

Ainda, o protesto não é, e nem pode ser interpretado como meio extrajudicial de cobrança e nem de coação ao pagamento de obrigações inadimplidas, malgrado hajam determinados efeitos relativos ao descrédito do devedor.⁵⁹

Ao protesto não se pode imputar natureza de meio extrajudicial à cobrança de dívida, muito menos coação ao pagamento de obrigações, sendo que estes são institutos completamente distintos.

À partir daí é possível concluir que, se o protesto não tem sequer natureza de meio extrajudicial de cobrança e nem coação ao pagamento de obrigações, nunca haverá de possuir natureza de meio indireto de execução de natureza extrajudicial, como uma espécie de autotutela ao adimplemento da obrigação descumprida.

5.5 EFEITOS DECORRENTES DO PROTESTO

É pertinente ao protesto determinados efeitos que objetivam a garantia da proteção do Credor do título protestado, sendo este um instrumento do Direito Cambiário que serve aos interesses particulares, mantendo a sanidade do ordenamento jurídico, não permitindo que o Credor venha a ser prejudicado pela falta de pagamento daquele que se comprometeu ao adimplemento do título de crédito.

O protesto extrajudicial produz efeitos tanto cambiários como extracambiários, a exemplo, retira-se do art. 43 da Lei de Uniforme de Genebra que o protesto por recusa de aceite do título de crédito dá direito ao ingresso com ação cambiária pelo portador até mesmo antes do vencimento, contra os devedores obrigados⁶⁰

Com relação à segurança dada ao portador dos diretos cambiários dos devedores indiretos, ao protesto por falta de pagamento – com observância na

⁵⁹ ROSA JUNIOR, Luiz Emygio Franco da. **Títulos de crédito**. 7.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 388)

⁶⁰ ROSA JUNIOR, Luiz Emygio Franco da. **Títulos de crédito**. 7.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 387 *apud* GLICÉRIO FILHO, João. **Direito Empresarial III: títulos de crédito e contratos empresariais**. – São Paulo: Saraiva, 2013, p24

leitura do texto da Lei Uniforme de Genebra – será imputado o efeito de comprovação de recusa de pagamento pelo sacado ou aceitante do título de crédito.

Percebe-se, portanto, que quando há o protesto extrajudicial, efeitos dele decorrem, de forma que todos os devedores – sejam eles de crédito cambiário ou tributário – estarão sempre sujeitos aos mesmos, haja vista estes decorrerem do que se lê da Lei.

Os efeitos emanados do protesto extrajudicial de título de crédito são: a possibilidade de se requerer a falência do devedor⁶¹; a interrupção da prescrição⁶²; a indução do devedor em mora⁶³ e preservação do direito de regresso contra coobrigados⁶⁴.

Como dito, o protesto da CDA - por ser este um título de crédito extrajudicial – também possui o condão de gerar os efeitos elencados, contudo, seriam estes necessários ao adimplemento do crédito? Haveria, a Fazenda Pública, interesse nos efeitos que do protesto decorre?

5.5.1 PUBLICIDADE DO PROTESTO

Ainda da leitura da mesma Lei n.º 9.492/97, em seu art. 2º, quando é posto que, no que tange aos serviços concernentes ao protesto, relativos à garantia de autenticidade, publicidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, estes ficam sujeitos a regime estabelecido em lei, percebe-se a função primordial do protesto, qual seja a de dar publicidade ao crédito não adimplido⁶⁵.

Uma das finalidades práticas ao instituto do protesto é justamente a publicidade que é dada a crédito inadimplido, de forma que os outros credores também terão ciência do fato.

Não apenas isso, mas a publicidade dada ao crédito também serve para oferecer chance ao próprio devedor ter ciência acerca do inadimplemento.

⁶¹ Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, art. 94, inciso I e parágrafo 3º.

⁶² Código Civil de 2002, art. 202, inciso III.

⁶³ Lei n.º 9.492, de 10 de setembro de 1997, art. 1º *caput*.

⁶⁴ Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, art. 867 *caput*.

⁶⁵ Os serviços concernentes ao protesto, garantidores da autenticidade, publicidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta Lei.

Ocorre, contudo, que a Certidão de Dívida Ativa já possui a função de dar publicidade ao título, conforme julgados abaixo:

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.

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

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL - CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA - PROTESTO PRÉVIO - DESNECESSIDADE - PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ - AUSÊNCIA DE DANO MORAL - DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO - SÚMULA 284/STF.

1. Não demonstrada objetiva, clara e especificamente pelo recorrente a violação a dispositivo de lei federal, não há como se conhecer do recurso especial interposto pela alínea "a" do permissivo constitucional, a teor do disposto na Súmula 284/STF.

2. A Certidão de Dívida Ativa além da presunção de certeza e liquidez é também ato que torna público o conteúdo do título, não havendo interesse de ser protestado, medida cujo efeito é a só publicidade.

3. É desnecessário e inócuo o protesto prévio da Certidão de Dívida Ativa. Eventual protesto não gera dano moral in re ipsa.

4. Recurso especial do BANCO DO BRASIL S/A conhecido parcialmente e, nessa parte, provido.

5. Prejudicado recurso especial do MUNICÍPIO DE DUQUE DE CAXIAS.

(REsp 1093601/RJ, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 15/12/2008

RDDT vol. 162, p. 109)

É desta forma que se questiona a real necessidade do protesto de CDA pela Fazenda Pública, haja vista a própria CDA já conferir os efeitos de publicidade à dívida.

6 LEGITIMADOS AO EXERCÍCIO DO PROTESTO

6.1 LEGITIMAÇÃO PASSIVA

Conforme se observa da leitura do artigo 1º da Lei n.º 9.492/97, o protesto é ato formal e solene, pelo qual seria provada a inadimplência e

descumprimento de quaisquer obrigações originadas em títulos e outros documentos de dívida⁶⁶.

Desta forma, torna-se legitimado para figurar no polo passivo da prática do protesto, sendo aquele que sofre os efeitos dele decorrente, qualquer um que por ventura venha a inadimplir obrigações firmadas em título de crédito.

O legislador prevê ainda, no parágrafo único – o qual foi incluído pela Lei n.º 12.767/2012 – que estão incluídos entre os títulos sujeitos a protesto, as certidões de dívida ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e suas respectivas autarquias e fundações públicas⁶⁷.

Desta forma, parecem legitimados a sofrer os efeitos do protesto aqueles devedores tributários inscritos em Dívida Ativa por simples previsão legal.

A conduta parece devida – considerada a previsão legislativa – contudo, deve ser observada a finalidade no que tange ao interesse do protesto, se o instituto fora previsto inicialmente para abranger determinada hipótese.

6.2 LEGITIMIDADE ATIVA

Assim como o parágrafo único do art. 1º da Lei n.º 9.492/97, institui o legitimado passivo à prática do protesto, bem como sofrer os efeitos dele decorrente, também institui os legitimados ativos.

Como o *caput* do art. 1º da citada lei indica que o ato comprova inadimplência e descumprimento de obrigação originada em títulos, o portador do título – sendo este o credor do mesmo – é legitimado para a sua prática, haja vista ser o interessado *a priori*, haja vista os seus efeitos.

No que tange à legitimidade da Fazenda Pública à prática do ato, esta é instituída pelo comando normativo seguinte, o parágrafo único do art. 1º da mesma Lei, já que o credor das obrigações decorrentes de títulos inscritos em Dívida Ativa, de quaisquer órgãos públicos é quem está legitimado para protestar o crédito.

Fica instituído, por lei, a faculdade da Fazenda Pública em protestar a CDA.

⁶⁶ 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.

⁶⁷ 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.

7 PROCEDIMENTO E COMPETÊNCIA DO TABELIÃO DO CARTÓRIO DE PROTESTO DE TÍTULOS

O tabelião é o oficial público determinado por lei como o responsável pela condução do registro do protesto, de forma que, este irá conduzir o procedimento, praticando atos que – respeitada a solenidade prevista na lei, conforme a sua competência – induzirão à validade e eficácia pertinentes.

Os atos que o Tabelião é competente para praticar são aqueles previstos no art. 3º da Lei n.º 9.492/97, vejamos:

Art. 3º Compete privativamente ao Tabelião de Protesto de Títulos, na tutela dos interesses públicos e privados, a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados, na forma desta Lei.

O referido artigo está contido no “Capítulo I Da Competência e das Atribuições” da Lei 9.492/97, sendo este o limite das atribuições do Tabelião, o qual está obrigado apenas à prática do previsto.

Pela leitura daquele artigo, se observa que ao Tabelião não é dada a competência para analisar questões de mérito. Deve ser feita uma ressalva com relação aos atos praticados pelo Tabelião do Cartório de Protesto de Títulos, conforme a este não possui qualquer capacidade de

Cediço que o protesto é ato extrajudicial público e solene, determinando o art. 28 do Decreto n.º 2.044/1908 que a letra protestada deve ser entregue ao oficial competente, para que seja legitimado o ato no primeiro dia útil que se seguir ao vencimento⁶⁸

⁶⁸ ROSA JUNIOR, Luiz Emygio Franco da. **Títulos de crédito**. 7.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 403

O oficial competente para a prática do ato do protesto, bem como quaisquer atos relativos a este ou concernentes a outros documentos de dívida é o Tabelião de Protesto de Títulos, cuja competência é privativa⁶⁹, conforme se lê no art. 3º da Lei n.º 9.492/97.

É o Tabelião que irá dar validade ao protesto extrajudicial, sendo desnecessária a demanda judicial para obter o feito.

É da sua competência a tutela dos interesses públicos e privados, a protocolização, a intimação, o acolhimento da devolução ou do aceite, o recebimento do pagamento, do título e de outros documentos de dívida, bem como lavrar e registrar o protesto ou acatar a desistência do credor em relação ao mesmo, proceder às averbações, prestar informações e fornecer certidões relativas a todos os atos praticados, na forma da Lei.

Desta feita, é pelos termos postos no art. 9º da Lei n.º 9.492/97 que cabe ao Tabelião de Protesto de Título efetivar a protocolização de todos os títulos e documentos de dívidas, devendo haver o exame apenas dos seus caracteres formais, não cabendo a ele, contudo, investigar qualquer ocorrência de prescrição ou caducidade do direito⁷⁰

Em seguida, se observa do art. 14 da Lei n.º no art. 14 da Lei 9.492/97, que deverá ser expedida a intimação do devedor, para que este pague a quantia antes de ser efetuado o protesto. O prazo para que seja efetuado o protesto é de 3 (três) dias úteis, conforme o art. 12 da Lei 9.492/98, contados da protocolização do título ou documento de dívida.

Exclui-se da contagem do prazo o dia da protocolização, incluindo o do vencimento, devendo todos estes serem úteis, não computando os feriados bancários e quando não houver expediente normal no Tabelionato⁷¹

Ademais, sempre que houver – de forma excepcional – a intimação no último dia do prazo ou além deste, sempre que por motivos de força maior, o

⁶⁹ ROSA JUNIOR, Luiz Emygio Franco da. **Títulos de crédito**. 7.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 394

⁷⁰ ROSA JUNIOR, Luiz Emygio Franco da. **Títulos de crédito**. 7.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 403

⁷¹ ROSA JUNIOR, Luiz Emygio Franco da. **Títulos de crédito**. 7.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 403

protesto será tirado no primeiro dia útil subsequente, também conforme art. 13 da Lei 9.492/97.

Deve ser conferido ao devedor o prazo de 3 (três) dias a contar da sua intimação, e não da protocolização do documento de dívida ou título de crédito, para que o devedor tenha tempo hábil para tomar as medidas que entender cabíveis, inclusive vim a requerer a sustação do protesto pendente à efetuação⁷²

Com relação à comprovação da entrega da intimação, este poderá ser feita por portador do próprio Tabelião ou qualquer outro meio equivalente, sempre que estiver garantida a prova do recebimento, sendo assegurado e comprovado o protocolo, aviso de recepção (AR) ou documento que venha a ser equivalente de acordo com o art. 14 § 1º da Lei 9.492/97⁷³

O art. 15 da Lei 9.492/97 determina que, nos casos em que ocorrer a intimação do devedor do título ou documento de dívida, esta será feita por edital, especialmente nos casos onde não se conheça a pessoa que está indicada para o pagamento da dívida; sua localização seja incerta ou também desconhecida; esta esteja residente ou domiciliada fora da competência territorial do Tabelionato; ou, ainda, se ninguém se dispuser ao recebimento da intimação no endereço fornecido pelo apresentante⁷⁴

Com relação à lavratura do registro do protesto, o art. 20 da Lei n.º 9.492/97 indica que este será também de competência do Tabelião devendo conter neste a) data e número de protocolização; b) nome do apresentante e endereço; c) reprodução ou transcrição do documento ou das indicações feitas pelo apresentante e declarações nele inseridas; d) certidão das intimações feitas e das respostas eventualmente oferecidas; e) indicação dos intervenientes voluntários e das firmas por eles honradas; f) a aquiescência do portador ao aceite por honra, uma vez que a intervenção voluntária pode ser recusada pelo portador, conforme o art. 56, al. 3ª da LUG; g) nome, número do documento de identificação do devedor e endereço; h)

⁷² ROSA JUNIOR, Luiz Emygio Franco da. **Títulos de crédito**. 7.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 405

⁷³ ROSA JUNIOR, Luiz Emygio Franco da. **Títulos de crédito**. 7.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 405

⁷⁴ ROSA JUNIOR, Luiz Emygio Franco da. **Títulos de crédito**. 7.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 405

data e assinatura do Tabelião de Protesto, de seus substitutos ou de Escrevente autorizado⁷⁵.

Não podemos esquecer que, assim como o Tabelião de Protesto de Título é competente para registrar o ato jurídico, o art. 26 da Lei n.º 9.492/97 também da competência para que ele o cancele.

Desta feita, se pode o Tabelião cancelar o protesto de título, este também poderá ratificar os erros materiais presente no seu ato, conforme o art. 25 da mesma Lei⁷⁶. O legislador resolveu por tratar os equívocos praticados como sanáveis, apesar do caráter solene do ato.

8 PROCEDIMENTO DE COBRANÇA DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PELAS FAZENDAS PÚBLICAS

Acerca do procedimento para a cobrança de tributos, existe no ordenamento pátrio lei específica o regula, qual seja a Lei n.º 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais). Destarte, considera-se o referido diploma legal o instrumento capaz de determinar as condutas necessárias à obtenção do crédito, conforme o seu primeiro artigo, vejamos:

Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

Na lei predita é que encontramos a ordem lógica o sistemática dos procedimentos a serem adotados por parte das Fazendas Públicas, quando estas houverem por executar os créditos não adimplidos pelos contribuintes⁷⁷.

⁷⁵ ROSA JUNIOR, Luiz Emygio Franco da. **Títulos de crédito**. 7.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 405

⁷⁶ ROSA JUNIOR, Luiz Emygio Franco da. **Títulos de crédito**. 7.ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. P. 403.

⁷⁷ FARIAS, Rui Barros Leal. **A Inconstitucionalidade do Protesto de Certidões de Dívida Ativa**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 126, p 55.

Ademais, a Lei de Execuções Fiscais, conforme o próprio nome já diz, detém natureza eminentemente processual, disciplinando a execução fiscal quando proposta pela Fazenda Pública⁷⁸.

Daí se observa que, na ocorrência de qualquer disposição divergente entre a Lei de Execuções Fiscais e o Código de Processo Civil, aquela irá prevalecer, não havendo qualquer problema de antinomia com este, o qual será aplicado de forma subsidiária⁷⁹.

É da leitura das disposições presentes na Lei de Execuções Fiscais que extraímos o regramento que irá nortear todo o processo de adimplemento forçado dos tributos inscritos em Dívida Ativa.

8.1 PROCEDIMENTO DE COBRANÇA DOS DÉBITOS TRIBUTÁRIOS PELAS FAZENDAS PÚBLICAS (ASPECTOS FUNDAMENTAIS NO PROCESSO EXECUTIVO FISCAL)

Colimando maior eficiência na cobrança dos créditos sob titularidade da Fazenda Pública, é que o legislador veio a positivar o regime da Lei n.º 6.830/80, para que seja substituído o antigo procedimento celebrado no Código de Processo Civil⁸⁰, haja vista a especificidade da matéria tratada.

Para que o procedimento já consagrado no Código de Processo Civil seja substituído serão necessárias algumas considerações a respeito do processo executivo, considerado em abstrato na sua parte geral e nas especificidades do processo para a cobrança de *dívida ativa*, com sua ampla gama de acepções.⁸¹

A execução de créditos tributário estão situados genericamente na categoria de execuções por quantia certa, fundadas em título executivo extrajudicial. De forma que há o tratamento especial da matéria por lei específica, devendo ser as

⁷⁸ FARIAS, Rui Barros Leal. **A Inconstitucionalidade do Protesto de Certidões de Dívida Ativa**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 126, p 55.

⁷⁹ FARIAS, Rui Barros Leal. **A Inconstitucionalidade do Protesto de Certidões de Dívida Ativa**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, n. 126, p 55.

⁸⁰ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 652

⁸¹ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 652

disposições do Código de Processo Civil apresentadas como fonte subsidiária, não raro, também integradora.⁸²

A exemplo, a execução fiscal será iniciada por meio de uma petição inicial simplificada, indicando, apenas o juízo a quem é dirigida, o pedido e o requerimento para citação do executado, sendo que a forma de produção de provas pela Fazenda Pública independentemente de requerimento na própria petição inicial, considerando que o valor da causa é o que consta na CDA, observando os acréscimos legais dela decorrentes, sendo o valor da causa da dívida constante da certidão, com os acréscimos legais⁸³.

Para que seja satisfeito o crédito, à Fazenda Pública são conferidas prerrogativas decorrentes da especialidade do tema a matéria irá permanecer sob o influxo dos dispostos no CPC no que tange à execução em geral. É que os princípios gerais que regem o tema são válidos porque a especialidade não supera o princípio geral. Subsiste aqui não outra espécie de procedimento, mas *subespécie*.⁸⁴

Por sua vez, o procedimento previsto no Código de Processo Civil estará sempre submetido às normas constitucionais, sendo este o norte de todo o ordenamento jurídico.

Além de garantir o interesse do credor, a execução fiscal, como realidade a ser compreendida dentro da execução em geral, particularmente após a promulgação da Constituição de 1988, também deverá levar em consideração a incondicional defesa dos direitos do devedor, sob pena de se tornar arbítrio. Mais, em se tratando de processo de execução, deverão ser garantidas todos os direitos processuais executivos, haja vista serem garantias constitucionais,⁸⁵ como o contraditório e ampla defesa, menor onerosidade executiva.

A execução fiscal é orientada para a satisfação eficiente do crédito, de forma que a Fazenda Pública é dotada de meios eficazes para que seja feita a cobrança, sem perder de vista a menor onerosidade da execução fiscal.⁸⁶

⁸² MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 652

⁸³ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 5, 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 768

⁸⁴ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 652

⁸⁵ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 652-653

⁸⁶ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 653

Como dito, a Fazenda Pública já é titular de inúmeras prerrogativas para que o crédito fiscal seja satisfeito e não haja qualquer prejuízo ao erário público, o que implica dizer que torna-se ainda mais necessário o cuidado com o polo passivo da demanda, enaltecendo as garantias constitucionais que lhe são de direito, evitando qualquer arbitrariedade que possa ser praticada processualmente.

Assim como existe a necessidade de se buscar satisfazer o crédito fazendário, existe a necessidade de se buscar o respeito incondicional ao sistema de garantias da relação jurídica tributária entre a Fazenda Pública e o contribuinte. Sendo assim, por mais que se propugne pelo interesse público da satisfação do crédito fazendário, não pode exceder a execução fiscal.⁸⁷

É que a execução fiscal não se justifica apenas como meio de cobrança de crédito de natureza fiscal, mas por haver o dever de respeitar a hierarquia das normas, esta também deve celebrar as garantias constitucionais, materializando norma jurídica de acordo com os preceitos previstos pelo constituinte.

A Lei n.º 11.382/06 trouxe diversas e significativas alterações no Código de Processo Civil, no que concerne ao processo de execução fundado em título de crédito extrajudicial, sendo que estas modificações fazem parte de uma pluralidade de reformas que operam no processo civil, cuja finalidade explícita seria a de conferir maior celeridade ao processo de execução, de forma a prestigiar o princípio constitucional da duração razoável do processo.⁸⁸

As novas regras que vieram por decorrência da supracitada Lei podem repercutir na execução fiscal na exata medida em que o art. 1º da Lei n.º 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais) prevê expressamente a aplicação subsidiária do Código de Processo Civil. Para que seja possível compreender em que medida as referidas mudanças refletem na execução fiscal – que nada mais é do que espécie do gênero de execução de título extrajudicial – algumas premissas importantes devem ser, desde logo, estabelecidas.⁸⁹

Mas antes, vale salientar que, relativo ao peculiar contexto normativo que se apresenta, o intérprete não pode utilizar-se dos critérios ordinários para a solução de antinomias. Não se aplica o critério hierárquico, haja vista o CPC e a Lei

⁸⁷ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 653.

⁸⁸ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 653.

⁸⁹ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 653.

de Execuções Fiscais serem leis ordinárias; bem como o critério cronológico, já que a Lei n.º 11.382/06, ebra seja a mais nova, é a lei geral, enquanto que a Lei n.º 6.830/80 é a mais antiga apesar de ser a lei especial o que promove a oposição entre dois critérios: *lex posterior derogat legi priori* em aberta colidência com *lex specialis derogat legi generali*.⁹⁰

No que tange ao estudo do protesto de título executivo extrajudicial pela Fazenda Pública prescindirá adentrar nos pormenores das questões relativas às antinomias legais, mas apenas às garantia de direitos fundamentais, da necessidade serem celebrados os direitos constitucionais dos contribuinte, não apenas a satisfação do crédito.

De fato, inegável que a execução forçada dos bens do devedor tributário representa o ponto culminante na conflituosidade presente na relação jurídica entre o Estado e contribuinte. Justamente por tal motivo, o regime jurídico processual tributário deve obedecer ao que é chamado de princípio da diferenciação da lide tributária – devidamente cotejado em face da Constituição – o qual estabelece que o processo executivo dos títulos tributários deve ser apto a promover a especial segurança constitucional em matéria tributária, sem que sejam esquecidos os princípio da garantia jurisdicional.⁹¹

8.2 PROCEDIMENTO EXECUTIVO FISCAL

Toda execução deve fundar-se em título executivo que represente uma obrigação certa, líquida e exigível. Os títulos executivos podem ser judiciais ou extrajudiciais⁹².

Observa-se inicialmente que já na peça inicial existe a manifesta tendência de simplificar o processo de execução, de forma a tornar mais simples a petição inicial, facilitando o processamento da ação⁹³.

A petição inicial é inovadora no que tange aos seus requisitos, estando apartada do disposto no Código de Processo Civil, e haja vista o disposto no art. 6º

⁹⁰ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 654.

⁹¹ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 654

⁹² DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 5, 4ª ed. 2012, Jus Podivm, p. 759

⁹³ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 681

da Lei n.º 6.830/80, é claro o intuito de dispensar a inicial de uma série de requisitos previstos pelo CPC⁹⁴.

A possibilidade de haver por dispensados uma série de requisitos da petição inicial se dá, em grande parte, por integrar a petição inicial, a própria CDA, que traz fundamentos jurídicos suficientes para que se exerça o direito de ação e a ampla defesa em sede judicial⁹⁵.

Não há dispensa dos requisitos necessários para que bem se apreenda a pretensão deduzida em juízo, o que ocorre apenas, é que esses elementos passam a integrar a CDA, dispensando repetição na petição inicial⁹⁶, trazendo economia processual e manifesto interesse na celeridade processual.

É que a simplificação da petição inicial atende à economia processual, sem que haja o descuido pelo devido processo legal e ampla defesa, de forma que as prerrogativas postas em favor da Fazenda Pública são capazes de cumprir a necessidade de celeridade e eficiência na cobrança tributária⁹⁷.

A execução fiscal propriamente dita caracteriza-se como forma de constrição patrimonial, devendo necessariamente se fundar em título executivo de valor jurídico reconhecido, o qual pode derivar de sentença condenatória que a ela esteja equiparada por lei, sendo célebre a metáfora de ser o título “bilhete de ingresso” para a execução. O mesmo modelo se aplica à execução fiscal, contudo, nesta hipótese, cabem algumas considerações a respeito do título que aparelha a execução, a Certidão de Dívida Ativa, observadas as suas peculiaridades.⁹⁸

Como já exposto, para que seja iniciada o processo executivo fiscal, faz-se necessário apenas que a Fazenda Pública apresente petição simplificada, a qual deve indicar o juízo competente para julgar a demanda, o pedido e requerimento para citação do executado, conforme consta no art. 6º da Lei n.º 6.830/80.

⁹⁴ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 682

⁹⁵ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 682

⁹⁶ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 682

⁹⁷ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 682

⁹⁸ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 656-657

Ainda, a produção de provas pela Fazenda Pública independe de requerimento, sendo que a CDA irá instruir a inicial, como se observa no § 1º do art. 6º da Lei n.º 6.830/80.

A dívida ativa da Fazenda Pública é constituída por qualquer valor definitivo como de natureza tributária ou não tributária pela Lei Federal n.º 4.320/64. A dívida ativa, tributária ou não tributária, compreende, além do principal, a atualização monetária, os juros, a multa de mora e os demais encargos previstos em lei ou contrato⁹⁹.

O valor devido à Fazenda Pública, de natureza tributária ou não tributária, deve ser inscrito na dívida ativa, tal inscrição é feita por meio de um procedimento administrativo destinado a apurar a liquidez e certeza do crédito. Assim, instaurando o procedimento administrativo, o devedor será notificado para pagar o valor devido ou apresentar suas razões de defesa. Não efetuando o pagamento, não apresenta defesa ou vindo esta a ser rejeitada, sobrevirá o ato administrativo de inscrição do valor na dívida ativa¹⁰⁰.

Esta CDA é o título que lastreia a Execução Fiscal, sendo que é o seu principal meio de prova, o motivo pelo qual o procedimento fora constituído.

Não havendo certidão de dívida ativa, não será possível o ajuizamento da execução fiscal. O título executivo que autoriza a propositura da execução fiscal é a certidão de dívida ativa. E, como todo e qualquer título executivo, a certidão de dívida ativa deve certificar uma obrigação que tenha os atributos da certeza, liquidez e exigibilidade¹⁰¹.

O título não se origina de comando sentencial condenatório, não existindo, inclusive, execução de crédito tributário fundado em título judicial¹⁰².

Regra-geral, existe a presunção da existência do crédito e de todos os elementos necessários à sua cobrança antes de se iniciar a execução forçada.¹⁰³

Portanto, um ônus ao devedor contribuinte – aquele que sequer participou da formação do crédito tributário com a sua vontade, no sentido de dever

⁹⁹ DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 5, 4ª ed. 2012, Jus Podivm, p. 759

¹⁰⁰ DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 5, 4ª ed. 2012, Jus Podivm, p. 759

¹⁰¹ DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 5, 4ª ed. 2012, Jus Podivm, p. 760

¹⁰² MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 657

¹⁰³ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 657

ao Fisco – é o de provar que as presunções relativas à Fazenda Pública e o crédito tributário estão equivocados, não representando a realidade.

O CPC determina que o crédito seja apresentado líquido, certo e exigível. Na demanda executiva fiscal, contudo, o que garante tais requisitos não é a sentença de mérito ou vontade manifesta do devedor, mas a simples regularidade do ato de lançamento tributário que autoriza a presunção de legitimidade relativo à Fazenda Pública

Esta *liquidez, certeza e exigibilidade* no instante do aforamento da ação executiva fiscal são fruto de simples presunção legal, que poderá vir a ser infirmada através dos meios processuais de defesa de que dispõe o executado, inclusive, em certos casos, por meio da exceção ou objeção de pré-executividade.¹⁰⁴

Existe a necessidade desta presunção de requisitos, para que surja a execução, a qual irá excluir discussões de mérito. Eis o motivo pelo qual não existe contestação na execução, mas oposição de *embargos*. A execução serve apenas para a expropriação de bens e valores, sendo este o objeto da discussão, o que torna estranha qualquer consideração quanto ao mérito no bojo da execução.¹⁰⁵

Desta forma, na execução de crédito previamente constituído pela CDA, esta é tomada de presunção de certeza, liquidez e exigibilidade, de forma que não se discute o conhecimento dos créditos tributários, mas são opostos embargos à execução fiscal, sendo este o meio mais adequado à defesa do contribuinte.

E o mérito desta execução fiscal será sempre limitado ao que for aferido no procedimento de formação do crédito, de forma que a presunção toca apenas o que estiver constante na CDA, limitando a execução.

A Administração Pública deverá sempre buscar o seu crédito após obter título executivo válido, o qual possui o condão de gerar presunção de liquidez e certeza, espelhando fielmente o que tiver sido apurado no procedimento administrativo – o qual deve ter sido realizado em absoluta adstrição à lei, material, formal e processual – sob pena de ineficácia da execução e nulidade absoluta do título¹⁰⁶.

¹⁰⁴ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 657

¹⁰⁵ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 657

¹⁰⁶ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 657

O Cadastro de Dívida Ativa deverá sempre refletir de forma idônea o que houve por apurado no procedimento administrativo, sob pena de haver a impossibilidade de se presumir qualquer certeza ou liquidez, impedindo qualquer pretensão executória fiscal.

De acordo com a Lei n.º 6.830/80, o conceito de dívida ativa é amplo, servindo para assegurar aos entes públicos os instrumentos céleres à satisfação dos seus créditos. Resta, contudo, saber quais seriam os entes públicos que possuem legitimidade ativa para a cobrança fiscal e quem se sujeita a esta cobrança, para que sejam dados os contornos precisos à execução fiscal¹⁰⁷.

As prerrogativas inerentes à Fazenda Pública na execução fiscal é dada em atenção à figura do credor, apenas, já que este representa supostamente o interesse público, gozando de determinados instrumentos específicos à satisfação do seu crédito. O que qualifica o crédito é a titularidade, e não o crédito propriamente dito¹⁰⁸.

A ação executiva fiscal é dotada de rito próprio, sendo o regime instituído por lei, sendo inafastável a legitimidade da Fazenda Pública para dar feição ao procedimento específico¹⁰⁹.

É o que se verifica ao examinar o do art. 1º da Lei de Execução Fiscal¹¹⁰, que regula quais os entes públicos a quem assiste a titularidade, acompanhado pelo parágrafo 1º do art. 2º da referida Lei¹¹¹, que fixa como sujeitos à cobrança pelo rito especial quaisquer valores sob titularidade dos credores definido no art. 1º¹¹².

Surgem ainda, os legitimados para figurar no polo ativo da demanda fiscal, no dizer do art. 1º “Estados, Distrito Federal, Municípios e respectivas autarquias”.

Não existem maiores problemas no que tange à fixação da legitimidade ativa, que decorre diretamente dos contornos da lei. São legitimados a figurar no

¹⁰⁷ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 657

¹⁰⁸ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 661

¹⁰⁹ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 661

¹¹⁰ Art. 1º - A execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

¹¹¹ § 1º - Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o artigo 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda Pública.

¹¹² MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 661

polo ativo, além dos entes de Direito Público propriamente ditos, também suas autarquias e, a partir da Constituição de 1988, as Fundações Públicas¹¹³.

Diferente do que acontece com a hipótese do protesto extrajudicial de CDA pela Fazenda Pública, onde esta aplica instituto de forma análoga, não possuindo legitimidade para a prática do ato em regramento específico, *a priori*

8.3 LEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA NA EXECUÇÃO FISCAL

É interessante ao Fisco que seja ampla a gama de sujeitos legitimados passivos à execução fiscal, contudo, existe a previsão de quais são estes no art. 4º da Lei n.º 6.830/80¹¹⁴, sendo o contribuinte (devedor), fiador, espólio, massa falida, representante legal e sucessores¹¹⁵.

Exatamente por decorrer de letra de lei expressa, é que o rol dos sujeitos passivos deve ser visto de forma taxativa, não se admitindo quaisquer analogias que venham a permitir o Fisco de ampliar a quantidade de responsáveis pelo adimplementos do crédito tributário¹¹⁶.

A execução fiscal pode ser ajuizada pela Fazenda Pública, ou seja, pela União, pelos Estados, Municípios, Distrito Federal, suas respectivas autarquias e fundações públicas. Com efeito, a execução fiscal é privativa da Fazenda Pública, não podendo ser utilizada pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, as quais não estão abrangidas no conceito de Fazenda Pública, não podendo ser utilizadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista¹¹⁷.

É possível, contudo, haver a celebração de convênio entre o ente público e uma empresa pública ou sociedade de economia mista para que esta possa promover execução fiscal. Tome-se como exemplo a legitimidade da Caixa Econômica Federal, que é uma empresa pública, para intentar execução fiscal, como substituto processo do Fundo, com vistas a cobrar valores não recolhidos ao FGTS¹¹⁸.

¹¹³ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 662

¹¹⁴ Art. 4º - A execução fiscal poderá ser promovida contra: I - o devedor; II - o fiador; III - o espólio; IV - a massa; V - o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e VI - os sucessores a qualquer título.

¹¹⁵ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 662

¹¹⁶ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 662

¹¹⁷ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 5, 4ª ed. 2012, Jus Podivm, p. 760-761

¹¹⁸ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 5, 4ª ed. 2012, Jus Podivm, p. 761

É por decorrer a condição de sujeito passivo, nos termos da Lei de Execução Fiscal, de obrigação instituída também por lei, é que não pode a Fazenda Pública buscar responsáveis não previstos no rol legal¹¹⁹.

Estando o nome do responsável no Termo de Inscrição de Dívida Ativa, ele figura como parte legítima a integrar o polo passivo da execução fiscal, havendo a presunção de liquidez e certeza de ser ele responsável, podendo, simplesmente, ser intentada execução fiscal em face dele. Caso, todavia, não esteja consignado na Certidão de Dívida Ativa o nome do responsável, nada impede seja a execução contra ele redirecionada, desde que haja a comprovação de sua responsabilidade pela dívida¹²⁰.

Vale salientar ainda, a necessidade de ser haver prévio accertamento, apurando-se a situação de devedor de crédito tributário, quando referente a responsável tributário, para que seja possível a cobrança judicial. Este accertamento do crédito e regular inscrição da dívida ativa são condições necessárias para que haja a cobrança do responsável.¹²¹

A presunção de existência e validade dos requisitos necessários à proposição da execução só irão existir caso tenham sido objeto do procedimento administrativo adequado.

Vê-se portanto, que para a cobrança judicial dos créditos tributário é necessário que seja observada a adequação do processo administrativo. No que tange à prática do protesto, este não é necessária qualquer adequação, de forma que apenas a ocorrência da possibilidade de se praticar o ato, este poderá ser praticado, não havendo qualquer filtro, mas apenas a hipótese legal a ser observada.

Os sujeitos da execução fiscais e os créditos que se submetem ao rito especial devem ser aferidos de forma cuidados, encontrando-se seus contornos no limite da lei e Constituição. Deve ser buscada, na integridade do texto legal e constitucional, os critérios claros para que sejam fixados os limites de execução fiscal, não sendo permitidas analogias que estendam os privilégios da Fazenda

¹¹⁹ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 662

¹²⁰ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 5, 4ª ed. 2012, Jus Podivm, p. 763

¹²¹ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 662

Pública no processo de execução fiscal¹²², bem como em qualquer outra fase da cobrança de crédito.

A hermenêutica ensina a interpretar privilégios sempre de maneira restritiva, não sendo possível tomar o interesse público no adimplemento de créditos tributários como meio de alargar as possibilidades da execução fiscal¹²³, bem como outros meios de cobrança de crédito pela Fazenda Pública.

9 PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

9.1 ORIGEM DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

O famigerado princípio possui origem no Direito Inglês, de forma sendo muito frequente a simples referência ao texto da Carta Magna, o texto jurídico inglês promulgado em 1215, e que costuma ser considerado a primeira Constituição escrita que se tem notícia na história do Direito¹²⁴.

Pela simples leitura do texto constitucional, observa-se que não existe referência alguma ao que hoje é chamado de devido processo legal. Na Carta Magna existe uma norma que deu origem ao princípio e não a sua transcrição perfeita¹²⁵.

A Carta Magna objetivou assegurar inicialmente que houvesse o julgamento dos barões pelos seus pares, para que a sua classe dominante estivesse protegida de abusos, e só após a evolução do instituto é que este foi aplicado à toda sociedade do Reino Unido.¹²⁶

Percebe-se claramente o intuito protetivo classista, onde os mais poderosos apenas poderiam ser julgados e sentenciados pelos seus iguais, no caso,

¹²² MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 662

¹²³ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 663-664

¹²⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol I. 21 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p 36

¹²⁵ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol I. 21 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p 36

¹²⁶ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol I. 21 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p 36

outro Barões, de havendo portanto a empatia entre os semelhantes, garantindo determinado nível de proteção ao cidadão face ao Estado-juiz.¹²⁷

A doutrina que traduziu o princípio e o intitulou como “devido processo legal”. Princiologicamente, a garantia do devido processo legal surgiu como sendo de índole exclusivamente processual. Com o amadurecimento doutrinário e jurisprudencial é que também se considerou o aspecto de direito material, de forma que se construiu a vertente do *substantive due process of law* ao lado de um *procedural due process of law*.¹²⁸

9.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL NA CRFB/88

O princípio do devido processo legal é expresso no inciso LIV do art. 5 da Constituição Federal: “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”¹²⁹.

O legislador constituinte, ao indicar, *expressamente*, o conteúdo *mínimo* do “devido processo legal”, tratou do conteúdo mínimo, não permitindo que qualquer intérprete ou aplicador do direito reduzisse o seu alcance ou sua amplitude sem que isto incida necessariamente em direta inconstitucionalidade quando da aplicação da norma.¹³⁰

Por ter havido apenas a previsão do mínimo em matéria de princípio do devido processo legal é que a tarefa de delimitar a sua incidência e definir o seu conteúdo é absurdamente complexa.

O devido processo legal (*due process of law*) é a matriz principiológica de onde emanam todos os demais princípios do processo civil na CRFB/88¹³¹.

¹²⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol I. 21 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p 36

¹²⁸ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol I. 21 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p 36-37

¹²⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107

¹³⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 108

¹³¹ NERY JR., Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 3 ed. São Paulo: RT. 1996, p. 25

Como houve a mudança paradigmática da reflexão jurídica contemporânea, considerando que todos estes não repousa suficientemente e necessariamente na *lei* mas, bem diferentemente, na Constituição, alguns autores vêm sugerido o emprego de nome que melhor descreva este fenômeno ao tratar do princípio.

Assim, sugerem a substituição de um devido processo *legal*, já que este daria ensejo a ser destacado o papel da lei na conformação da atuação do Estado¹³², ou seja, o tratamento prioritário da sistemática processual, onde esta bastaria por si só, absolutamente considerada.

Teria então preferência na nomenclatura o chamado devido processo *constitucional*, para enfatizar que a pauta de reflexão sobre o direito, em um modelo de Estado como o brasileiro, tem que partir da Constituição e não da lei.¹³³

Desta forma, estaria melhor representado o verdadeiro significado do princípio.

Trata-se, pois, de conformar o método de manifestação de atuação do Estado-juíz, ou seja, de um melhor julgar, adaptando-se a um padrão de abstrato de adequação aos valores que a própria Constituição Federal impõe à atuação do Estado como julgador e em conformidade com aquilo que, consideradas as características jurídicas do Estado brasileiro, esperam os jurisdicionados. O princípio é correlacionado à atuação do Estado num modelo de agir.¹³⁴

Considera-se que o princípio de devido processo legal, neste contexto, deve ser entendido como o princípio regente na atuação do Estado-juíz, desde o momento em que ele é provocado¹³⁵, quando haverá a formação do processo judicial, da lide, até o seu término.

E o seu âmbito finda quando o Estado-juíz, reconhecendo o direito lesionado ou ameaçado, criando condições concretas de sua reparação ou

¹³² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109

¹³³ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 109

¹³⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107

¹³⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107

imunização correspondente¹³⁶, sendo o procedimento celebrado com base nas premissas concernentes à aplicação do processo devido.

O processo deve ser devido porque, em um Estado Democrático de Direito, não basta que o Estado atue de qualquer forma – e caso este atue neste sentido, incorrerá em arbitrariedades – mas de forma específica, de acordo com as normas preestabelecidas constitucionalmente e reproduzidas nos diplomas legais, que asseguram amplamente o direito do cidadão¹³⁷, bem como a garantia substancial da razoabilidade das leis, sob pena destas não serem aplicadas.

A palavra “processo” sempre deverá estar compreendida em seu sentido mais amplo ou seja, no modo de produção de norma jurídicas, sem esquecer que o devido processo legal aplica-se, também, às relações jurídicas privadas¹³⁸, e não apenas no que concerne às relações públicas.

O princípio do devido processo legal não pode e não deve ser entendido como mera forma, como mera *procedimentalização* do processo, isto é, considerar a atuação do Estado-juiz em determinados modelos, estando estes dotados de nenhuma valoração, considerados como vazios de qualquer sentido ou finalidade mas, muito além disto, o princípio diz respeito à forma de atingimento dos fins do próprio Estado.¹³⁹

Por ser aplicado de forma ampla, é que o princípio do devido processo legal é considerado por boa parte da doutrina e jurisprudência, como um “princípio-síntese” ou “princípio de encerramento”¹⁴⁰.

Considerando a Constituição brasileira pela “moldura axiológica” a qual se encaixa – de índole eminentemente intervencionista e social – é que se admite a ampla vinculação dos particulares aos chamados direitos fundamentais nela

¹³⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107

¹³⁷ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107

¹³⁸ DIDIER JR. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. 12 ed, Salvador: Jus Podivm. 2010, p. 30

¹³⁹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107

¹⁴⁰ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 107

erigidos, não sendo considerado apenas o Estado, mas toda a sociedade de forma objetiva como sujeitos passivos deste direito.¹⁴¹

9.3 PERSPECTIVAS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL

9.3.1 DEVIDO PROCESSO LEGAL GENÉRICO

O devido processo legal é considerado como a garantia que o ordenamento jurídico confere à *vida, à liberdade e à propriedade* e que está expressa no art. 5º, *caput*, da CF/88.¹⁴²

As três palavras não se destacam por acaso, estas aglutinam todo e qualquer bem juridicamente protegido, havendo o intuito de demonstrar que sua aquisição, fruição e preservação são sim, objeto e objetivo do ordenamento jurídico, que o regula a partir de normas constitucionais e infraconstitucionais¹⁴³.

9.3.2 DEVIDO PROCESSO LEGAL SUBSTANCIAL (SUBSTANTIVE DUE PROCESS OF LAW)

O devido processo legal substancial (ou material) significa a garantia do trinômio “vida-liberdade-propriedade”, de forma que assim se assegura a existência de um projeto de sociedade que apenas seja submetida a leis dotadas de razoabilidade, que deveriam atender ao anseios da própria sociedade, de forma a demonstrar assim a sua finalidade de cunho social.¹⁴⁴

O *substantive due process of law* corresponde à incidência da cláusula genérica do devido processo legal na elaboração do direito¹⁴⁵. Desta forma é que, considerada a razoabilidade das leis – tendo como norte a CRFB/88 - questiona-se a aplicabilidade de um instituto de Direito Empresarial, analogicamente ao Direito

¹⁴¹ DIDIER JR. **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. 12 ed, Salvador: Jus Podivm. 2010, p. 30

¹⁴² BASTOS, Antônio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. **Manual de processo civil**. 2ª ed., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 40

¹⁴³ BASTOS, Antônio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. **Manual de processo civil**. 2ª ed., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 40

¹⁴⁴ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol I. 21 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p 37

¹⁴⁵ BASTOS, Antônio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. **Manual de processo civil**. 2ª ed., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 40-41

Tributário, e se o protesto é passível de aplicação, na perspectiva substancial do devido processo legal.

Segundo o Ministro aposentado do STF, Carlos Velloso, o “*Due process of law*, com conteúdo substantivo – *substantive due process* – constitui limite ao Legislativo, haja vista as leis devem ser elaboradas com justiça, sendo também dotadas de razoabilidade (*reasonableness*) e racionalidade (*rationality*). O entendimento de que se refere ao direito material, que regula as relações sociais segundo marcos pré-fixados e lastreados nos valores preconizados pela CF/88¹⁴⁶.

E assim como o *substantive due process* limita o poder legislativo, devendo este elaborar leis com justiça, o Estado-juiz também está limitado, haja vista possuir a principal função de interpretar as leis e aplicá-las, construindo normas concretas.

E se, *a posteriori*, o Estado-juiz ao aplicar as normas abstratamente consideradas – e já limitadas pelo devido processo legal substantivo – cria normas concretas, este também deve agir com base no princípio.

Ainda, a garantia substancial do devido processo legal pode ser considerada como o próprio princípio da razoabilidade das leis¹⁴⁷, sendo que, desta forma atende de maneira ampla e suficiente todas as questões as quais o legislador constituinte objetivava.

Considera-se portanto, a finalidade material das leis, para que seja observada a justiça social que o legislador é obrigado a buscar no cumprimento da sua função legislativa, bem com o Estado-juiz, o qual há de criar normas concretas pelo exercício da sua função jurisdicional.

Nesse sentido, deve ser celebrada a finalidade do instituto do protesto, de forma que deve ser considerada sua natureza, haja vista os efeitos que dele são decorrentes, já que o protesto não objetiva ou materializa qualquer tipo de cobrança eficaz da exação não paga quando, praticado pela Fazenda Pública, mas apenas coage indevidamente ao pagamento.

¹⁴⁶ BASTOS, Antônio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. **Manual de processo civil**. 2ª ed., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 40-41

¹⁴⁷ CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**, vol I. 21 ed, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p 36-37

A coação ocorre no momento em que o protesto é praticado, já que os efeitos dele decorrente são passíveis de serem produzidos imediatamente. Estes efeitos oneram o contribuinte e não correspondem à finalidade prática do instituto, muito menos à finalidade de cobrança de tributo.

Basta perceber que os efeitos decorrentes do protesto são possibilidade de se requerer a falência do devedor¹⁴⁸; a interrupção da prescrição¹⁴⁹; a indução do devedor em mora¹⁵⁰ e preservação do direito de regresso contra coobrigados¹⁵¹, para perceber que não existe aqui qualquer intenção de cobrar judicialmente o crédito tributário, mas apenas embaraçar a atividade do contribuinte.

O protesto foi criado tendo em vista a necessidade de dar publicidade ao crédito empresarial, de forma a proteger as pessoas na relação jurídica creditícia, bem como terceiros que possam ser tocados por esta, e não como meio de coação ao pagamento por haverem efeitos indesejados aos contribuinte.

E menor razão haverá a Fazenda Pública se utilizar do protesto como suposto meio de cobrança de tributo, já que esta não é a sua finalidade em abstrato, de forma a desvirtuar o instituto, aplicando-o equivocadamente, sem qualquer substrato jurídico para tal, agindo com abuso de direito.

No que tange à imprecisão técnica quando da prática do protesto de título extrajudicial, existe inclusive jurisprudência atualíssima, no sentido de que o protesto quando praticado fora do prazo, é indevido, gerando dano moral, conforme se observa abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS - DANO MORAL - CONFIGURAÇÃO - JUROS MORATÓRIOS - TERMO INICIAL - MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA - INCIDÊNCIA - EVENTO DANOSO - QUANTUM INDENIZATÓRIO FIXADO COM RAZOABILIDADE - DECISÃO AGRAVADA MANTIDA - IMPROVIMENTO.

1.- Esta Corte já firmou entendimento que "nos casos de protesto indevido de título ou inscrição irregular em cadastros de inadimplentes, o dano moral se configura *in re ipsa*, isto é, prescinde de prova, ainda que a prejudicada seja pessoa jurídica." (REsp 1059663/MS, Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, DJe 17/12/2008).

2.- Os juros de mora constituem matéria de ordem pública e a alteração de seu termo inicial, de ofício, não configura *reformatio in pejus*. (Precedentes:

¹⁴⁸ Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, art. 94, inciso I e parágrafo 3º.

¹⁴⁹ Código Civil de 2002, art. 202, inciso III.

¹⁵⁰ Lei n.º 9.492, de 10 de setembro de 1997, art. 1º *caput*.

¹⁵¹ Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, art. 867 *caput*.

AgRg no Ag 1114664/RJ, Rel. Min. Aldir Passarinho Júnior, Quarta Turma, DJe de 15/12/2010; EDcl nos EDcl no REsp 998935/DF, Rel. Ministro Vasco Della Giustina, Terceira Turma, DJe 04/03/2011).

3.- Os juros de mora incidem desde a data do evento danoso, em casos de responsabilidade extracontratual, hipótese observada no caso em tela. O entendimento foi consolidado com a edição da Súmula 54/STJ.

4.- A intervenção do STJ, Corte de caráter nacional, destinada a firmar interpretação geral do Direito Federal para todo o País e não para a revisão de questões de interesse individual, no caso de questionamento do valor fixado para o dano moral, somente é admissível quando o valor fixado pelo Tribunal de origem, cumprindo o duplo grau de jurisdição, se mostre teratológico, por irrisório ou abusivo.

5.- Inocorrência de teratologia no caso concreto, em que foi fixada a indenização no valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), a título de dano moral.

6.- Agravo Regimental improvido.

(AgRg no AREsp

468.256/PR, Rel. Ministro SIDNEI BENETI, TERCEIRA TURMA, julgado em 20/03/2014, DJe 14/04/2014)

Lê-se que o STJ inclusive já firmou entendimento que, quando houver protesto indevido de título de crédito, configura-se o dano moral presumido, prescindindo prova que reitere suas razões.

Fica claro, portanto, o desrespeito ao princípio do devido processo legal substancial, sempre que houver a prática indevida do protesto, já que a conduta não coaduna com a razoabilidade necessária ao ordenamento jurídico, sendo apenas um abuso de direito passível de anulação, bem como restituição dos prejuízos causados, sendo este inclusive, o entendimento Superior Tribunal de Justiça,

9.3.3 DEVIDO PROCESSO LEGAL PROCESSUAL (PROCEDURAL DUE PROCESS OF LAW)

Trata-se da vertente processual do devido processo legal, é a sua incidência no campo do Direito Processual.

As garantias constitucionais do processo civil são todas emanações – diretas ou indiretas – do devido processo legal processual, a exemplo do princípio do juiz natural, da publicidade, etc. No que tange a essas garantias, são essas que

constituem formas básicas do direito processual, conferindo segurança e previsibilidade nas condutas processuais.¹⁵²

E não sendo estes observados, sempre haverá configurado um desrespeito às normas constitucionais, gerando assim, invalidade processual, desde que do erro decorra prejuízo.¹⁵³

O *devido processo legal processual* deve ser observado, com muita atenção quando pertinente aos processos administrativos e particulares, e não só nos jurisdicionais, sendo muito como que o Judiciário, ao analisar atos administrativos de entes privados, os invalide por desrespeito a esse princípio. ADONIAS P, 41

Na hipótese de necessidade de cobrança de créditos tributários, estes deverão ser exigidos na forma da Lei n.º 6.830/80, que dispõe especificamente sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, de forma que o procedimento especial nele encontra-se regulado.

Desta forma, para que seja celebrado o *procedural due process of law*, no que tange à cobrança de créditos tributários pela Fazenda Pública, esta deve utilizar-se do que está disposto na Lei n.º 6.830/80, sob pena de violação do ordenamento jurídico constitucional, haja vista a aplicação equivocada de outros institutos.

10 PRINCÍPIO DA EFETIVIDADE JUDICIAL

O grande norte a ser seguido pelo legislador e, conseqüentemente pela *técnica* processual é o do princípio da *efetividade* da jurisdição, constante do art. 5º, XXXV, da CRFB/88, sempre *equilibrado* e dosado, como bom princípio que é, pelos princípios do devido processo legal e do contraditório e da ampla defesa (art. 5, LIV, LV, da Constituição Federal).¹⁵⁴

¹⁵² BASTOS, Antônio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. **Manual de processo civil**. 2ª ed., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 41

¹⁵³ BASTOS, Antônio Adonias; KLIPPEL Rodrigo. **Manual de processo civil**. 2ª ed., atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 41

¹⁵⁴ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 152

À partir do momento em que for alcançado o equilíbrio entre estes princípios é que será possível verificar as seguintes características fundamentais dos processos no plano infraconstitucional.¹⁵⁵

Um processo só pode ser efetivo quando houver a predisposição à externalização suficiente e adequadamente de seus resultados, isso é a mais pura efetivação do processo judicial.

Não é nova a necessidade de se repensar o processo judicial civil sob outra perspectiva, sendo sempre necessário que se enfatize o princípio da efetividade, haja vista o contexto atual de abarrotamento do poder judiciário.

O processo civil deve gerar resultados práticos e concretos para aqueles que procuram o Estado-juiz para resolução de seus conflitos de interesses. Aquele que irá convencer o Estado-juiz que a sua razão é a que melhor coaduna com os ditames da justiça é que deve observar, adequadamente, o contraditório e o “devido processo legal”.¹⁵⁶

A não observância dos princípios assegurados constitucionalmente dará ensejo a injustiça social, de forma que a decisão judicial produzirá efeitos contrários aos que o legislador previu na Carta Magna.

No que tange ao protesto extrajudicial de CDA com intuito de cobrança de crédito tributário, questiona-se a eficácia do procedimento, haja vista a aplicação de instrumento análogo, proveniente de outro ramo do Direito, malgrado não exista separação necessária da matéria em abstrato.

Ainda, o protesto serve para dar publicidade ao crédito fazendário, o que já ocorrera, graças ao Cadastro da Dívida Ativa, de forma que perde-se o objeto em questão, servindo em verdade – o protesto – como um instrumento ao abuso de direito, haja vista os efeitos decorrentes deste, como a possibilidade de se requerer a falência do devedor¹⁵⁷; a interrupção da prescrição¹⁵⁸; a indução do devedor em mora¹⁵⁹ e preservação do direito de regresso contra coobrigados¹⁶⁰, não tocando a

¹⁵⁵ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 152.

¹⁵⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p 151

¹⁵⁷ Lei n.º 11.101, de 9 de fevereiro de 2005, art. 94, inciso I e parágrafo 3º.

¹⁵⁸ Código Civil de 2002, art. 202, inciso III.

¹⁵⁹ Lei n.º 9.492, de 10 de setembro de 1997, art. 1º *caput*.

matéria no que tange à cobrança judicial do crédito, não sendo o ato eficaz para que a Fazenda Pública obtenha qualquer proveito, mas que apenas embarace a atividade do contribuinte.

A observância da efetividade não é sinônimo de ineficácia dos direitos reconhecidos pela lei e pelo juiz; é seguir um trâmite previsto, em que ambos os interessados (credor e devedor) possam ser ouvidos na medida de seus direitos.¹⁶¹

Ademais, não apenas ouvidos na medida dos seus direitos, mas ouvidos da melhor forma, sendo possível influenciar materialmente na produção do resultado final, qual seja a decisão final do judiciário.

Observa-se aqui, uma necessidade do próprio direito positivo; das opções políticas e culturais que foram materializadas pelo legislador constituinte em 1988, não apenas doutrina, pura e simplesmente; não é uma corrente filosófica que propõe ler, entender e aplicar o processo civil *constitucionalmente*. Não é teoria, desavisada da prática judicial, muito pelo contrário.¹⁶²

11 DA ADEQUAÇÃO E EFETIVAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

O princípio da adequação pode ser entendido, de acordo com a doutrina brasileira em dois momentos, qual seja o pré-jurídico, ou seja, o legislativo, como informador da produção legislativa do procedimento abstratamente considerado; e o processual, em sendo aquele que permite ao juiz, no caso concreto, que seja adaptado o procedimento de modo a conferir melhor afeição às peculiaridades da causa.¹⁶³

Toda a construção do procedimento pertinente deve ser feita tendo-se em vista a natureza do objeto do processo que será servido. A minúcia do legislador deve observar estas circunstâncias, já que um procedimento inadequado ao direito

¹⁶⁰ Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, art. 867 *caput*.

¹⁶¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p 151

¹⁶² BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**, 3 ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p 151-152

¹⁶³ DIDIER JR, **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. 12 ed, Salvador: Jus Podivm. 2010, p. 68

material irá implicar necessariamente em negativa de tutela jurisdicional devida, eficaz.¹⁶⁴

O intérprete do direito deverá sempre que averiguar se a medida empregada representa o meio certo para levar a cabo um fim almejado; já que se adequar o meio ao fim que se busca alcançar

Sempre que for observada qualquer aplicação errônea de instituto que não coaduna com os ditames do procedimento executivo fiscal, haverá certo grau de injustiça, haja vista o rico detalhamento de condutas permitidas ao ente público ser o primeiro escudo de proteção do contribuinte.

No que tange ao princípio da adequação, este não se refere apenas ao procedimento. Qualquer que seja ele (administrativo ou judicial). A tutela jurisdicional há de ser sempre adequada; o procedimento será sempre apenas uma forma de materialização deste fenômeno jurídico.¹⁶⁵

A adequação portanto, é um princípio aberto, abrangendo inúmeras relações jurídicos-processuais, as quais deverão ser sempre adequadas, para a melhor satisfação do crédito e possibilitando sempre a melhor defesa possível ao executado – neste caso, fiscal.

Existe aqui uma observação à finalidade do processo, considerando necessariamente a função que será exercida por determinado procedimento judicial uma vez iniciado¹⁶⁶ pela Fazenda Pública.

Tal procedimento tem que se adequar àquele direito, sendo a melhor forma de buscá-lo¹⁶⁷. Observa-se a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material.¹⁶⁸

No que concerne à prática do protesto pela Fazenda Pública, deixa de ser observada a finalidade do instrumento de Direito Cambiário, haja vista este servirá de manobra coativa ao pagamento dos tributos exigidos pelo Estado.

O cidadão, para que lhe seja garantido aquilo que realmente tem direito de obter, precisa que sejam determinadas certas medidas, previamente

¹⁶⁴ DIDIER JR, **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. 12 ed, Salvador: Jus Podivm. 2010, p. 69

¹⁶⁵ DIDIER JR, **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. 12 ed, Salvador: Jus Podivm. 2010, p. 69

¹⁶⁶ DIDIER JR, **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. 12 ed, Salvador: Jus Podivm. 2010, p. 69

¹⁶⁷ DIDIER JR, **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. 12 ed, Salvador: Jus Podivm. 2010, p. 69

¹⁶⁸ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3ed. São Paulo: Malheiros, 1999. P 204

estabelecidas pelo legislador, dentre as quais avulta a criação de um procedimento adequado às particularidades da situação jurídica substancial submetida à apreciação do órgão jurisdicional¹⁶⁹, assim como ocorreu com a Execução Fiscal, a qual possui lei específica que a regula, a Lei n.º 6.830/80, especialíssima.

Desta forma, entende-se que o interessado deverá saber escolher qual o procedimento mais adequado para que seja alcançado o objeto da demanda judicial, mesmo que, no ordenamento jurídico brasileiro hajam inúmeras possibilidades de se buscar a satisfação do credor, este deverá escolher pelo procedimento mais eficaz.

Para que haja a cobrança dos créditos tributários faz-se necessário que seja observado o procedimento executivo fiscal, haja vista a legislação específica pertinente.

Pois, a Fazenda Pública, munida de lei específica para a cobrança de créditos tributários (Lei n.º 6.830/80) deve se valer desta para que sejam os mesmos devidamente satisfeitos.

Não importando a existência no ordenamento jurídico brasileiro inúmeras outras possibilidades de cobrança de crédito de natureza tributária, em sendo a Execução Fiscal – regulada pela Lei n.º 6.380/80 – um procedimento específico à satisfação destes, dificilmente haverão outros meios mais eficazes e adequados, haja vista a sua especialidade, a qual se adequa às nuances relativas à natureza do crédito.

No que tange à aplicação substancial de instituto de Direito Empresarial, preterindo a famigerada Execução Fiscal, com legislação pertinente e específica ao caso, é conduta pouco adequada e pouco eficaz à satisfação do crédito tributário.

Ainda, o princípio da adequação é o que viria a justificar a existência da teoria geral do processo, já que, sabendo-se que as regras processuais devem ser adequadas ao objeto final da prestação jurisdicional, que servirá como meio de tutela, é que será possível aceitar a existência de uma série de conceitos que devem

¹⁶⁹ MARINONI, Luiz Guilherme. **Novas linhas do processo civil**. 3ed. São Paulo: Malheiros, 1999. P 214

ser utilizados para a compreensão de qualquer fenômeno processual (seja ele jurisdicional, legislativo, administrativo ou privado).¹⁷⁰

11.1 CRITÉRIOS OBJETIVOS PARA ADEQUAÇÃO DA TUTELA JURISDICIONAL

Primeiramente, considera-se a natureza do direito material, já que a importância e relevância impõe uma modalidade de tutela mais efetiva; o segundo, a forma como se apresenta o direito material no processo judicial; o terceiro critério é a situação de urgência da tutela jurisdicional.¹⁷¹

No que tange ao primeiro critério objetivo, qual seja a consideração da natureza do direito material, no que concerne à natureza dos créditos tributários, estes têm necessariamente um procedimento pertinente, vinculado à Lei n.º 6.830/80, sendo este obrigatório para que seja satisfeito o crédito da Fazenda Pública, desta forma, limita-se o procedimento mais adequado para o ato, já que a LEF garante sejam as nuances referentes ao procedimento de execução fiscal sanadas da forma mais eficaz, haja vista a sua especificidade temática.

O segundo critério objetivo pouco diverge do primeiro, já que “a forma como se apresenta o direito material no processo judicial” é um direito material tributário num processo executivo judicial tributário.

Com relação ao terceiro critério, inexistente a situação de urgência da tutela jurisdicional concernente à cobrança de créditos tributários inscritos em CDA, desta forma, é aplicável a lei específica, qual seja a Lei n.º 6.830/80.

Conclui-se portanto, a legítima aplicação do procedimento executivo fiscal na hipótese de cobrança de créditos decorrentes de relação tributária, valores estes inscritos em Dívida Ativa.

12 PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE EXECUTIVA

O art. 620 do CPC consagra o princípio da execução menos onerosa ao executado ao delimitar que sempre que o credor possa promover a execução forçada de crédito por vários meios, o juiz deverá mandar que se faça pelo menos gravoso ao devedor.¹⁷²

¹⁷⁰ Didier Jr, **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. 12 ed, Salvador: Jus Podivm. 2010, p. 69

¹⁷¹ DIDIER JR, **Curso de Direito Processual Civil**. Vol 1. 12 ed, Salvador: Jus Podivm. 2010, p. 70

¹⁷² DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 5, 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 56

Não quer o CPC defender o mau pagador, mas apenas garantir o mínimo de coerência ao ordenamento jurídico, entendendo que nem todo ato – mesmo que eivado de licitude – será admitido processualmente, devendo haver o resguardado o mínimo de boa fé na execução do crédito.

É preciso compreender corretamente a norma, esta refere-se à opção pelo meio menos gravoso, pressupondo, contudo, que os diversos meios considerados sejam igualmente eficazes¹⁷³.

A exemplo, princípio autoriza o entendimento que, é lícito ao executado pedir a substituição do bem penhorado por dinheiro, a qualquer tempo. Não havendo qualquer justificativa jurídica que possa impedir esse tipo de providência procedimental, desde que, sempre seja igualmente ou mais favorável ao exeqüente e que, no caso concreto, pode revelar-se como menos onerosidade ao executado.¹⁷⁴

Assim, sempre que houverem vários meios executivos que sejam igualmente aptos à tutela adequada e efetiva do direito de crédito, escolhe-se a via menos onerosa ao executado. O princípio visa impedir a *execução desnecessariamente onerosa ao executado*; ou seja, a *execução abusiva*¹⁷⁵.

O princípio aplica-se em qualquer hipótese de execução, seja esta fundada em título judicial ou extrajudicial, seja a execução direta ou indireta, e em qualquer que seja a prestação a ser (fazer, não-fazer, dar coisa ou dar quantia)¹⁷⁶.

Trata-se, como se vê, de norma que protege a boa-fé processual, de forma que impede o abuso de direito pelo credor, o qual – sem qualquer vantagem – se valesse de meio executivo mais danoso ao executado¹⁷⁷.

Esse princípio visa a necessária proteção da ética processual, a lealdade, impedindo o comportamento abusivo do exeqüente. Trata-se de aplicação evidente do princípio da boa-fé processual¹⁷⁸.

O art. 620 do CPC é uma *cláusula geral*, servindo para impedir o *abuso do direito* pelo exequente, e em vez de enumerar situações em que a opção mais

¹⁷³ MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais**. Temas de direito processual – sétima série. São Paulo: Saraiva, 1989. P 221.

¹⁷⁴ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 5, 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 58

¹⁷⁵ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 5, 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 56

¹⁷⁶ ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de processo Civil**. 2ª Ed. São Paulo: RT, 2003, v. 8, p.400.

¹⁷⁷ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 5, 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 56

¹⁷⁸ DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 5, 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 56

gravosa revelar-se-ia injusta, o legislador valeu-se, corretamente, de uma cláusula geral para reputar abusivo qualquer comportamento do credor que pretender valer-se de meio executivo mais oneroso do que o outro igualmente eficaz à satisfação do seu crédito.

Para melhor ilustrar, considerando a garantia posta para o adimplemento do crédito – forçado – das obrigações tributárias com o Poder Público, ganham relevo as discussões jurídicas concernentes à garantia do crédito fazendário¹⁷⁹.

Haja vista as inovações da Lei de Execução Fiscal, com vistas a dar maior agilidade ao processo executivo, conferindo novas garantias à Fazenda Pública, necessariamente deve-se lançar olhar crítico ao regime. Cotejar as prerrogativas do Fisco com relação às garantias do executado é a única forma de se fixar qual seria a real amplitude dos privilégios da Fazenda Pública.¹⁸⁰

Não basta apenas fazer um estudo do sistema legal, mas também constitucional, sendo esta a maior proteção que o contribuinte teria no sistema fiscal.

Desta forma, levando em consideração o objeto da substituição da penhora, tanto se requerida pela exequente, quanto se suscitada pela executada. Se de um lado se permite ao executado somente substituir a penhora já realizada por dinheiro ou fiança bancária, de outro pretende a Lei de Execuções que a mero requerimento do exequente seja reforçada a garantia, sem que sequer se fundamente este pedido.

É que o legislador objetivou o reconhecimento de um poder de natureza evidentemente discricionária, de forma a escolher os bens do devedor que lhe forem convenientes ou oportunos.

E apesar da Lei de Execuções Fiscais determinar o procedimento a ser aditado pela Fazenda Pública, ainda se aplica a menor onerosidade, de forma que o crédito não pode ser satisfeito a todo custo, pior, por meios de igual eficácia, mas que prejudicam em maior grau o devedor.

Embora se justifiquem as restrições impostas à substituição movida pelo executado, que estão em harmonia com a segurança exigida pela execução

¹⁷⁹ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 695

¹⁸⁰ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 695

fiscal, não se justifica buscar criar para o Fisco o poder de substituir a penhora injustificadamente, haja vista o dever de onerar o devedor de forma devida, sem excessos.

A aplicação do princípio pode dar-se *ex officio*¹⁸¹. Desta forma, se o credor vier por optar pelo meio mais danoso, pode o juiz determinar que a execução se faça pelo meio menos oneroso.

Contudo, autorizada a execução por determinado meio, se o executado intervier nos autos e não impugnar a onerosidade abusiva, demonstrando que há outro meio igualmente idôneo, haverá a preclusão do direito.¹⁸²

O princípio serve à proteção da boa-fé processual, contudo, não se pode dispensar a preclusão se o executado não impugnar a opção indevida do exeqüente no primeiro momento que lhe couber falar nos autos.¹⁸³

13 JUSTIÇA TRIBUTÁRIA E CONTRAPOSIÇÃO DO INTERESSE PÚBLICO EM FACE DO INTERESSE PRIVADO.

Na hipótese, deve haver a solução de natureza estritamente jurídica, mesmo que o fenômeno da tributário esteja ligado umbilicalmente à atividade estatal, de forma que mantém-se no pedestal em que existe a noção de interesse geral e necessidades públicas a serem sanadas¹⁸⁴.

Inicialmente, a em sentido contrário do senso comum, faz-se necessário que não seja admitido que polo passivo da relação tributária fique desamparada, ou seja, um regime de cobrança de crédito deve estar sintonizado com os reclames do Estado Democrático de Direito, devendo ser levado em consideração a necessidade de custear o Estado e o respeito à integridade do contribuinte¹⁸⁵.

Existe ainda a condição referente às situações onde surge determinada identidade incoerente, paradoxal, onde o Estado é autor do comando de natureza

¹⁸¹ MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Código de Processo Civil, comentado artigo por artigo**. São Paulo: RT, 2008, p.624

¹⁸² DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 5, 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 56

¹⁸³ DIDIER Jr, Fredie. **Curso de direito processual civil**, v. 5, 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012, p. 56

¹⁸⁴ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 43

¹⁸⁵ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 650

tributária e é o titular dos interesses em pauta, e como se não fosse o bastante, ainda é o destinatário do próprio comando¹⁸⁶.

Esta peculiaridade salientada é inerente ao estudo do Direito Tributário, sendo que, consiste na relevante e especial condição de o Estado figurar, simultaneamente, em diversas posições no que tange à incidência da norma tributária¹⁸⁷

O Estado é destinatário e credor da obrigação que da sua produção legislativa resulta, bem como o julgador dos conflitos dele derivados¹⁸⁸

Não bastando os personagens jurídicos interpretados pelo Estado, este ainda cuida do lançamento do crédito tributário, que consiste na identificação do fato tributável, do sujeito passivo e da quantificação da obrigação que deve ser adimplida pelo contribuinte, a título de tributo¹⁸⁹.

É nas lides decorrentes da relação jurídica entre o Estado e o cidadão que o modelo de Estado de Direito é posto à prova, de forma a amparar neste todo o ordenamento jurídico¹⁹⁰.

É que existe determinado peso a ser atribuído aos interesses do Estado, já que estes também são legítimos, haja vista todas as necessidades sociais públicas, devendo atuar de forma a contrapor o interesse público e privado da forma mais adequada possível¹⁹¹.

O Estado fará uso do seu poder de legislar para determinar quais condutas serão aceitas em matéria tributária, estando todos submetidos ao que estará determinado em lei, sendo esta a fonte do direito relativo as questões controversas e condutas praticadas, devendo, contudo, como salientado, ser observada a adequação da conduta estatal.

Os comandos tributários – de natureza tanto material quanto processual – estão inseridos num complexo sistema de normas¹⁹², sendo que estas

¹⁸⁶ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 43-44

¹⁸⁷ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 44

¹⁸⁸ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 44

¹⁸⁹ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 44

¹⁹⁰ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 44

¹⁹¹ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 44

¹⁹² MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 44

muitas vezes serão preponderações jurídicas, de forma a atender necessariamente o equilíbrio necessário às relações entre o Estado e o cidadão.

É este complexo emaranhado de normas que irá estipular quais são as condutas cabíveis. Mesmo que diversos conflitos jurídicos sejam decorrentes das diversas formas de se interpretar as normas previstas pelo ente público.

O conflito de interesses entre o Estado e contribuintes se relaciona, dentre outros, à fruição dos bens necessários à satisfação do interesse público por meio do Direito Financeiro, que irá suprir essas necessidades que são observadas na sociedade¹⁹³, bem como do conflito de interesse que decorre da tributação do fatos jurídicos quando ocorrem.

Como sabido, é o Estado que deverá, pelo função que lhe é atribuída, suprir determinadas necessidades sociais, conforme o que lhe é juridicamente permitido, respeitando as garantias constitucionais pertinentes, em especial, as garantias do cidadão previstas na Carta Magna, haja vista celebrar o interesse público não é necessariamente desconsiderar o interesse privado, já que o último está contido no primeiro.

Não podemos esquecer que, o contribuinte além de estar sujeito às normas tributárias de natureza material previstas pelo ordenamento jurídico, também está sujeito às normas de natureza processual e mais, as de natureza constitucional, sendo estas as que irão necessariamente nortear e filtrar todo o sistema jurídico.

A problemática da contraposição do interesse público frente ao interesse privado devem ser analisado levando em consideração – necessariamente – o equilíbrio nas relações jurídicas, sendo que, ao Fisco não é atribuído o poder de exercer sua função ilimitadamente, estando a sua atuação restringida pela CRFB/88.

O limite relativo á função Fiscal do Estado, por ser justamente a negativa do direito à prática de atos, são os direitos dos contribuintes positivamente considerados, já que há de regular a praxe do Fisco, sendo que estes atos devem atender à constitucionalidade, sob pena de incorrer em injustiça social por violar direito dos contribuinte.

¹⁹³ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 44

Os órgãos fiscais deverão ser mecanismos de realização da justiça tributária¹⁹⁴. Deverão utilizar-se da melhor técnica para que seja a relação estado-contribuinte equilibrada.

O conceito raso de “justiça tributária” concerne à percepção de diferentes cidadãos, bem como diferentes classes de produtores, contribuindo para as normas tributárias comuns importas a todos¹⁹⁵.

E esta seria a “ideia-chave”, o tratamento inicial necessário à compreensão da finalística do Processo Tributário¹⁹⁶.

Não obstante, o dever da recomendação abstrata e genérica ao legislador sobre o “peso” dos tributos¹⁹⁷.

O legislador ordinário deve praticar sua função legislativa observando os princípios constitucionais, e celebrando a justiça tributária, exarando medidas que estejam de acordo com o ordenamento jurídico constitucional.

O legislador, observando os princípios de forma sensata estaria celebrando a justiça tributária, de forma que estaria praticando o poder de legislar que lhe foi conferido em acordo com o socialmente aceito, exarando medidas legislativas que efetivassem os direitos e deveres previstos constitucionalmente¹⁹⁸.

São consideradas três hipóteses onde a justiça tributária é realizada, quais sejam a contribuição do cidadão em conformidade com a capacidade econômica; a intensidade com que o cidadão viesse a gozar dos serviços públicos oferecidos pelo Estado; e quando houver a obrigatoriedade da adequação das previsões legislativas em abstrato no Direito Tributário material¹⁹⁹ Quando houvesse mensuração deste pela legislação, haja vista que o legislador está obrigado à adequação de sua previsão em abstrato no Direito Tributário material.

¹⁹⁴ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 47

¹⁹⁵ CARNELUTTI, Francesco. **Introdução allo Studio del Diritto Processuale Tributario**, Rivista di Diritto Processuale Civile 2/111, 1932, *apud* MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 6. Ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 52

¹⁹⁶ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 52.

¹⁹⁷ CARNELUTTI, Francesco. **Introdução allo Studio del Diritto Processuale Tributario**, Rivista di Diritto Processuale Civile 2/111, 1932, *apud* MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 6. Ed. São Paulo: Dialética, 2012. p. 52

¹⁹⁸ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 53

¹⁹⁹ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 53

A administração deve agir objetivando a melhor adequação de seus atos, de forma que esta é a sua finalidade. No que concerne à lide decorrente da relação entre o interesse público e o interesse privado, no caso concreto deve haver a ponderação de interesses, sendo sempre observadas as garantias constitucionais, para que o ato praticado pela Administração Pública não se torne mera arbitrariedade do administrador.

É que, independentemente de qualquer comando legal ou administrativo que possibilite a prática de atos, estes – numa perspectiva constitucional – são de patente abusividade.

No que tange, especificamente à Fazenda Pública, esta persegue um interesse de justiça, sendo que a Administração Tributária não objetiva a simples constituição de uma obrigação de natureza tributária sem que haja como justificativa determinada aplicação de norma de natureza também tributária²⁰⁰ sob a perspectiva constitucional.

A justiça tributária não seria tão somente um valor em abstrato, mas também um interesse administrativo do Estado, mais ainda do Estado moderno, que haveria de inserir tal valor como objetivo supremo de sua atuação, inclusive como a legitimação de sua própria razão de existir, sendo exigência da coletividade que seja aplicada a justiça tributária²⁰¹ nos moldes da proteção constitucional do cidadão.

Essa exigência de aplicação da justiça tributária concerne tanto em normas e obrigações cuja natureza alcança o Direito Tributário Material, quanto ao Direito Tributário Processual.

É que estes dois complexos sistemas estão umbilicalmente ligados, após estarem também, postos no ordenamento jurídico numa posição hierarquicamente inferior às normas de natureza constitucional, um complementando o outro.

²⁰⁰ ENRICO, Allorio, **Diritto Processuale Tributario**, 4ª ed., Torino, Unione Tipografico, 1996. p.8, *apud* MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 6. Ed. São Paulo: Dialética, 2012. P, 56.

²⁰¹ ENRICO, Allorio, **Diritto Processuale Tributario**, 4ª ed., Torino, Unione Tipografico, 1996. p.8, *apud* MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 6. Ed. São Paulo: Dialética, 2012. P, 56.

Esses pontos ao serem observados pela Administração Pública é que se relacionam com a jurisdição tributária e materialização dos princípios efetivadores das garantias constitucionais²⁰²

A verdadeira vocação a ser posta à prova do Estado de Direito reside justamente na qualidade que reúne em disciplinar, arrimado no Direito objetivo, ao amparo objetivo do ordenamento, as lides entre Estado do e cidadão, mesmo que o primeiro atue em nome das *necessidades públicas*.

Contudo, o respeito ao devido processo legal, bem como a adequação do procedimento, para que seja alcançada a eficácia prevista constitucionalmente, também são necessidades públicas.

Não se pode esquecer que celebrar princípios constitucionais também são necessidades públicas. Diferentemente do que se observa, quando o Estado invoca a expressão para resguardar direito público – no caso, o crédito inscrito em Dívida Ativa – em prejuízo da necessidade de serem atendidos os direitos do contribuinte.

Malgrado exista o peso a ser atribuído aos interesses do Estado enquanto guardião e administrador das necessidades públicas este não pode esquecer que se encontra plasmado no ordenamento jurídico²⁰³ constitucional, devendo respeitar as diretrizes que lhe são pertinentes.

14 DO ABUSO DE DIREITO

Considerada a construção doutrinária no ordenamento jurídico, já informava que além do ato lícito civil traduzido no texto do Código Civil, havia também o chamado “abuso de direito”, que, em sua essência, consistiria num exercício irregular de um direito já reconhecido pelo próprio ordenamento jurídico²⁰⁴.

No Direito brasileiro, o Código Civil instituiu no art. 187 que:

²⁰² ENRICO, Allorio, **Diritto Processuale Tributario**, 4ª ed., Torino, Unione Tipografico, 1996. p.8, *apud* MARINS, James. Direito processual tributário brasileiro. 6. Ed. São Paulo: Dialética, 2012. P, 53-54

²⁰³ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Dialética. 2010, p. 53

²⁰⁴ FREITAS, Douglas Phillips. **Abuso de Direito e Protesto de Cheque Sustado: Configuração de Dano Moral por Protesto Indevido**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. v. 31. Porto Alegre: Magister. 2004, p. 42.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Desta forma, considerou-se que o exercício manifestamente excedente dos limites impostos pelo seu fim econômico ou social, seriam considerados ilícitos.

O comando jurídico ampliou o instituto, anteriormente previsto no art. 186 como sendo:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

O abuso de direito resume-se no fato de usar de um poder, faculdade, direito ou mesmo de uma coisa, além do que razoavelmente o Direito e a Sociedade permitem²⁰⁵.

Ou seja, o titular de prerrogativa jurídica, de direito subjetivo, que atua de modo tal que sua conduta contraria a boa-fé, a moral, os bons costumes, os fins econômicos e sociais da norma, incorre no ato abusivo. Nesta situação, o ato é contrário ao direito e ocasiona responsabilidade²⁰⁶.

Ainda, a Jornada de Direito Civil do STJ, em seu Enunciado n.º 37, informou que qualquer que fosse a responsabilidade civil decorrente do abuso de direito, esta independeria de culpa, haja vista a sua fundamentação é considerada apenas no critério objetivo-finalístico.²⁰⁷

À Fazenda Pública é oferecida a possibilidade de se praticar o protesto de CDA, bem como iniciar o processo executivo fiscal, considerando que o título é líquido, certo e exigível.

Considera-se contudo, que a Execução Fiscal, por ser um instrumento específico e necessário à obtenção da satisfação do crédito tributário, é devido, enquanto que não existe a necessariedade de se protestar a CDA, haja vista, já existir outro meio menos gravoso que busca a satisfação do crédito com maior eficiência, inclusive.

²⁰⁵ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, v. 1. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 603

²⁰⁶ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito Civil**, v. 1. 3. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. P. 603

²⁰⁷ FREITAS, Douglas Phillips. **Abuso de Direito e Protesto de Cheque Sustado: Configuração de Dano Moral por Protesto Indevido**. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil. v. 31. Porto Alegre: Magister. 2004, p. 42

O regramento para a prática do protesto extrajudicial não fora previsto inicialmente para ser aplicado à CDA, subsistindo nuances técnicas que não representam necessariamente a mesma hipótese quando protestado título de crédito cambiário e CDA.

15 CONCLUSÃO

Observa-se no exame do problema estabelecido entre a Fazenda Pública e o contribuinte, que desta relação é natural que haja conflito.

E quando houver conflito entre estes dois personagens, não deverá ser implicado nenhum desvio do que dita a constituição, de forma que o sistema que a ela deve respeito não pode estar alienado dos seus pressupostos.

Se é necessário que a Fazenda Pública adote qualquer mecanismo de cobrança dos créditos inscritos em CDA, que esta o faça utilizando as ferramentas necessárias e específicas, que haja lealdade no tratamento das questões tributárias face ao contribuinte.

O intuito da Fazenda Pública sempre será a obtenção do seu crédito pelo meio mais célere e seguro possível, por razões óbvias. A latente necessidade de gerar receita é a força que move a administração pública no sentido de tratar suas questões com a maior celeridade possível quando estas forem para ela interessantes.

Para isso, consideram-se as prerrogativas atribuídas e justificadas pela necessidade patente de ser exercida a função. Não esquecendo que as prerrogativas são justificadas pela necessidade de se exercer uma função.

Contudo, a busca pela celeridade na satisfação creditícia não implica afirmar que existe qualquer espécie de direito à supressão das garantias constitucionalmente previstas pelo legislador.

Não se pode considerar que meros interesses arrecadatários são critérios jurídicos suficientemente relevantes para que exista qualquer privação de patrimônio/direito do contribuinte.

Existem garantias que devem ser consideradas, haja vista a sua força constitucional, havendo razão para estas existirem, não sendo apenas meros empecilhos à satisfação de anseio social, muito menos da arrecadação, pelo contrário.

Mesmo que sejam respeitados os direitos do contribuinte, se este manter-se devedor, e não tenha havido qualquer violação de direito que ele seja titular, será legítimo a cobrança do tributo, ou seja, a cobrança será válida e eficaz.

É que estas garantias constitucionais servem como uma via de mão dupla, já que assim como são proteção do contribuinte, também legitimam a ação da Fazenda Pública quando buscar a satisfação do crédito, quando este ocorrer sem violação das garantias.

O problema ocorre no momento em que os interesses em arrecadar tornam-se o “interesse público”, sendo este aplicado como justificativa suficiente para que seja o contribuinte privado do seu patrimônio.

Concomitantemente, busca-se suprimir os direitos do cidadão, de forma que este é considerado apenas mais um obstáculo à celebração do “interesse público”.

Pois, esta conduta deve ser repudiada do sistema jurídico, já que a desconsideração dos direitos do cidadão não juridicamente aceitável, sendo esta conduta uma violação direta da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Esta perspectiva de desconsideração das garantias constitucionais é a visão inspiradora dos administradores públicos e de parte das leis postas no ordenamento. O Administrador busca arrecadar e o legislador ordinário busca legitimar os seus atos por leis inconstitucionais, mostrando despreço ao cidadão.

Se o próprio meio ordinário de arrecadação – a execução fiscal – já possui pontos controversos, sendo aplicado com reservas, os meios extraordinários ainda mais, haja vista não serem necessariamente o instituto cuja finalidade à satisfação do crédito inscrito em Dívida Ativa tenha sido prevista.

Não é sem razão jurídica fundamentada que existem ressalvas às disposições previstas na Lei de Execução Fiscal, sendo as prerrogativas conferidas

à Fazenda Pública para a cobrança dos créditos fiscais nem sempre necessários, de forma que estes também podem violar garantias constitucionais do contribuinte.

Desta forma, também não será sem razão jurídica suficientemente fundamentada que outros mecanismos relativos à cobrança de crédito inscrito em Dívida Ativa serão limitados.

Não é árdua a tarefa de se observar o patente desrespeito a diversos princípios constitucionais quando do protesto extrajudicial de CDA pela Fazenda Pública, sendo uma prática que supera em muito as prerrogativas de função da Fazenda Pública, violando garantias constitucionais do contribuinte, como a não observância do devido processo legal; da eficiência; da menor onerosidade executiva, bem como da prática de abuso de direito, utilizando o protesto como coação ao pagamento do crédito inscrito em Dívida Ativa.

Não se observa interesse da Fazenda Pública em consagrar garantias constitucionais, muito pelo contrário, a praxe reflete apenas os interesses arrecadatórios, sequer o interesse público, já que – por estarem consagrados no texto constitucionais – as garantias do cidadão também são de interesse público, já que estão previstas na Carta Magna.

O que se vê é o interesse do Estado como um interesse público, sendo que o Estado é parte na lide tributária, de forma que seus direitos e interesses são tão relevantes quando os dos contribuintes, devendo ser observado necessariamente o ordenamento constitucional, e não apenas a aplicação do interesse do governo.

Após análise crítica da prática do protesto pela Fazenda Pública, não se pode concluir de forma contrária a considerar abusiva a sua conduta, já que não observa os ditames constitucionais, os quais não podem ser afastados sob a rubrica do interesse público.

Não se pode reconhecer validade à institutos que não respeitam os comando constitucionais, devendo o intérprete afastar tais práticas ou comandos legislativos que violem a Magna Carta, celebrando-a.

Independentemente de qualquer vontade política, seja aplicando a Lei n.º 6.830/80, ou protestando extrajudicialmente o Cadastro de Dívida Ativa, deve ser

assegurada a proteção constitucional ao contribuinte, retirando a validade dos atos que contra estas garantias atentem

É o que se observa no caso do protesto extrajudicial de CDA pela Fazenda Pública.

A conduta da Fazenda Pública não é devida. Sendo patente o abuso de direito quando esta protesta qualquer crédito inscrito em dívida ativa. Não sendo possível – para que esta pratique o ato – invocar o interesse público, já que as garantias constitucionais do contribuinte também são de interesse público.

REFERÊNCIAS

- BASTOS, Antônio Adonias; KLIPPEL, Rodrigo. **Manual de processo civil**. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011
- BRASIL, **Lei nº 11.101**, de 9 de fevereiro de 2005
- BRASIL, **Lei nº 10.406**, de 10 de janeiro de 2002
- BRASIL, **Lei nº 9.492**, de 10 de setembro de 1997
- BRASIL, **Lei nº 5.869**, de 11 de janeiro de 1973
- BUENO, Cassio Scarpinella. **Curso sistematizado de direito processual civil**. 3 ed., São Paulo: Saraiva, 2009
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. vol 1, 21 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **Manual de direito comercial**. 18 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- DIDIER Jr. Fredie. **Curso de direito processual civil**. Vol 5, 4ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2012
- EMÝGIO JR, Luiz F. da Rocha. **Títulos de Crédito**. 3ª ed. São Paulo: Renovar, 2004
- FARIAS, Rui Barros Legal. **A inconstitucionalidade do Protesto de Certidões de Dívida Ativa**. São Paulo: Revista Dialética de Direito Tributário nº. 126
- FREITAS, Douglas Phillips. **Abuso de Direito e Protesto de Cheque Sustado: Configuração de Dano Moral por Protesto Indevido**. Revista Magister de Direito Civil e Processual. V. 31. Porto Alegre: Magister, 2004
- GLICÉRIO FILHO, João. **Direito empresarial III: títulos de crédito e contratos empresariais**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Protesto de Certidão de Dívida Ativa**. Revista Dialética de Direito Tributário, São Paulo, nº. 130.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **Curso de processo civil**, vol 3, 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**. 5 ed. São Paulo: Dialética, 2010

MARTINS, Fran. **Título de crédito**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 13ª ed

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito cambiário**. Campinas: Bookseller, 2001

MOREIRA, José Carlos Barbosa. **Tendências na execução de sentenças e ordens judiciais. Temas de Direito Processual – sétima série**. São Paulo: Saraiva

NERY JR., Nelson. **Princípio do processo civil na Constituição Federal**. 3 ed. São Paulo: RT, 1996

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial**. 4. Ed. Salvador: Jus Podivm, 2010.

ROSA JUNIOR, Luiz Emygio Franco da. **Títulos de crédito**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**, v. 1. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2003

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: RT, 2003