

A IMPOSSIBILIDADE DO PROTESTO DE CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA¹

THE IMPOSSIBILITY OF THE ACTIVE DEBT CERTIFICATE PROTEST

Heitor César Fabbris CARDOSO²

Frederico Thales de Araújo MARTOS³

ISSUE DOI: 10.21207/2675-0104.2018.758

RESUMO

A questão central proposta pelo artigo é analisar, por um viés teleológico, a aplicabilidade ou não do protesto às certidões de dívida ativa (CDA), tendo em vista que os entes políticos possuem a execução fiscal como meio legalmente estabelecido para cobrar seus créditos. A abordagem teleológica diz respeito à análise das finalidades originais do instituto do protesto notarial e posterior verificação de aplicabilidade à CDA, ou seja, tendo em vista as várias peculiaridades e garantias deste título executivo extrajudicial, é verdadeiramente razoável permitir que o mesmo seja levado a protesto? Através do estudo de diversas obras jurídicas, o artigo busca demonstrar que todos os efeitos atribuídos pelo protesto são dispensáveis em relação à CDA, que os extrai dos diversos atos administrativos ocorridos até a sua formação.

Palavras-chave: Protesto Notarial. Certidão de Dívida Ativa. Impossibilidade.

ABSTRACT

¹ O presente artigo sintetiza a monografia de conclusão da pesquisa, realizada para o Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2017-2018) da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP.

² Discente da Faculdade de Direito de Franca (FDF), Franca/SP. Bolsista do Programa Interno de Bolsas de Iniciação Científica (PIBIC 2017-2018).

³ Doutor em Direito pela Faculdade Autônoma de Direito - FADISP (2014). Professor Concursado e Titular de Direito Civil na Graduação da Faculdade de Direito de Franca - FDF (2016) e na Universidade do Estado de Minas Gerais, unidade de Frutal - UEMG/Frutal (2018). Advogado inscrito na OAB/SP. Associado ao Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI e Autor de diversos artigos e livros acadêmicos. Desenvolve pesquisa científica.

The main purpose of the article is analyze, in a teleological way, the applicability of notarial protest in relation to active debt certificate (ADC), considering that the political entities have the fiscal execution as legal way established to charge their credits. The teleological approach concerns in analyze the original objective of notarial protest and verify the applicability in relation to active debt certificate, in other words, even this executive title having lots of peculiarities and guarantees, it is truly reasonable to allow its protest? By studying many legal works, this article tries to show that all effects given by the notarial protest are dispensable in relation to ADC, that get this effects from the administrative acts involved in its composition.

Keywords: *Notarial Protest. Active Debt Certificate. Impossibility.*

1 INTRODUÇÃO

O tema deste artigo científico decorre majoritariamente da intensificação do protesto de certidões de dívida ativa após o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 5.135/ DF;

A ação proposta pela Confederação Nacional da Indústria versou, em suma, acerca de inconstitucionalidade formal decorrente dos trâmites de introdução do parágrafo único ao artigo 1º da Lei Federal nº 9.492 de 1997, bem como sobre a existência de sanção política quanto a esta forma de cobrança.

As intempéries do objeto da referida ação direta de inconstitucionalidade residem no fato de que o protesto de certidões de dívida ativa, além de altamente lesivo ao contribuinte, configura violação e distorção das finalidades dos institutos jurídicos envolvidos na demanda.

Desta forma, a pesquisa em questão analisará a compatibilidade do protesto notarial em relação ao título executivo elaborado pela Fazenda Pública mediante uma sequência de atos administrativos, a saber, a certidão de dívida ativa.

O viés adotado para a inspeção do protesto se voltará a uma abordagem teleológica, ou seja, verificar-se-á se as finalidades deste ato praticado perante notário são compatíveis e úteis em relação aos créditos tributários, ou se são prescindíveis.

Da forma metodológica adotada, objetiva-se, por meio de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, evidenciar que a observância às finalidades estipuladas em lei para o protesto notarial impede que este instituto seja utilizado como forma de cobrança tributária, já que o Estado se encontra munido de meios menos onerosos e mais efetivos para tal.

Ao final, serão colacionados excertos da ação direta de inconstitucionalidade 5135 tidos por pertinentes, analisando-os à luz das conceituações e hermenêuticas efetuadas no decorrer do trabalho.

2 DO PROTESTO EXTRAJUDICIAL

A conceituação do protesto extrajudicial é, em um primeiro olhar, simples por restar exposta no caput do art. 1º da Lei Federal 9.492/1997, ou seja, o instituto constitui basicamente um meio de se fazer prova do inadimplemento de uma obrigação. Entretanto, é imprescindível para o estudo em tela que partamos para uma definição mais rigorosa.

Neste sentido, Santos⁴ assevera que o protesto é “ato praticado perante um notário, profissional que formaliza juridicamente a manifestação de vontade do interessado, servindo para comprovação da falta de aceite ou de pagamento”.

Partindo deste excerto, verifica-se que, para fixar uma definição mais profunda acerca do protesto extrajudicial, é imperioso o estudo, ainda que breve, das funções do notário.

O artigo 3º da Lei Federal nº 8.935/1994 revela definição inteligível dos tabeliães: “Notário, ou tabelião, e oficial de registro, ou registrador, são profissionais do direito, dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”. Ressalte-se ainda, que tal função é, por força constitucional, exercida em caráter privado, por delegação do Poder Público. É o que prevê o artigo 236 da Carta Política de 1988.

Castro⁵ ensina que duas são as precípuas funções deste profissional do direito, a saber, a de conferir “fé pública que qualifica o testemunho notarial e que lhe confere presunção de veracidade” e a de “guarda documental, que deu origem ao que hoje se denomina protocolo ou registro notarial”.

Tendo em vista a função inerente à atribuição de fé pública, ao tabelião é conferido, por alguns autores, o encargo de agente a serviço da segurança jurídica⁶, pois uma vez que tal prerrogativa emana do Estado, fixa-se sobre o objeto dotado de fé a presunção de veracidade, não havendo que se falar em dúvidas quanto à existência de ato ou fato atestado pelo notário, preservando-se, por conseguinte, a segurança jurídica.

⁴ SANTOS, Reinaldo Velloso dos. **Apontamentos sobre o protesto notarial**. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 1.

⁵ CASTRO, Demades Mario. **Responsabilidade civil na atividade notarial e registral**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015, p. 7.

⁶ Id., *Ibid.*, p. 21.

Inferindo, pode-se então afirmar que notário é o operador do direito apto conferir fé pública, atribuindo a atos e documentos a presunção de veracidade necessária a resguardar a imperiosa segurança jurídica, podendo constituir, a partir de tal prerrogativa, prova da ocorrência de determinados fatos, como o inadimplemento de uma obrigação.

Conjuminando os conceitos expostos no presente tópico, define-se protesto notarial como instituto jurídico que tem por precípuo escopo, desde a sua fase embrionária, constituir prova do inadimplemento de uma obrigação, devendo para tal, como medida protetiva à segurança jurídica, ser efetivado perante notário.

Apresentadas as reflexões sobre a finalidade do protesto notarial, importa reiterar que o estudo em tela pretende analisar sua aplicabilidade à certidão de dívida ativa por um viés teleológico. Isto pois juristas brasileiros como o magistrado Abrão⁷, em um passado não tão remoto, já constavam a abusiva desestruturação dos aspectos do protesto notarial, a qual visa despi-lo do caráter e finalidade a que este foi criado, ou seja, o cunho meramente probatório, para fins de exercer pressão sobre o devedor:

Inadvertidamente, o protesto tem suscitado discussões paralelas que desestruturam suas características formais, de mero ato probatório, ensebando o reconhecimento da inadimplência, porquanto instrumentalizado como forma de pressão, para negatização do nome da pessoa desfavorecida perante o sistema protetivo de crédito, pontuando indevido abuso na sua padronização.

A citação supra esclarece bem o que o instituto vem sofrendo ao longo dos anos. Contudo, a fim de atingir a conclusão de impossibilidade do protesto de certidões de dívida ativa, é necessário se ater à lúdima função do protesto, verificando, à luz da essência do referido instituto, a razão pela qual o débito tributário, diferentemente daqueles oriundos das relações privadas, prescinde de ato que constitui prova e confere segurança jurídica, na forma do desenvolvimento do próximo tópico deste artigo.

3 DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Todos os atos provenientes da administração pública possuem presunção de legitimidade e veracidade, consagrada no

⁷ ABRÃO, Carlos Henrique. *Do Protesto*. 2. ed. rev. e ampli. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2002, p. 18.

ordenamento jurídico brasileiro e assim definida pela doutrina: A presunção de legitimidade diz respeito à conformidade do ato com a lei; em decorrência desse atributo, presumem-se, até prova em contrário, que os atos administrativos foram emitidos com observância da lei. A presunção de veracidade diz respeito aos fatos; em decorrência desse atributo, presumem-se verdadeiros os fatos alegados pela Administração. Assim ocorre com relação às certidões, atestados, declarações, informações por ela fornecidos, todos dotados de fé pública.⁸

É cediço que as práticas inerentes a constituição do crédito tributário e sua posterior inscrição em dívida ativa são compostas, obviamente, por atos administrativos, pois segundo a definição de Meirelles⁹, “toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria” é um ato administrativo.

Nesta conformidade, é notória a inerência do pressuposto grafado acima quanto aos valores devidos a título de tributo, fato que confere, já por esta via, a segurança jurídica e o benefício de prova pré-constituída, como se constatará com mais clareza após o devido exame dos procedimentos responsáveis por originar a obrigação tributária. Trataremos neste momento sobre o fato gerador.

Ressalte-se, de proêmio, que embora não seja um ato administrativo, o fato gerador, por ser uma das etapas originadoras do crédito tributário, constitui uma das peças que colabora para com a liquidez e certeza da certidão de dívida ativa, sendo desta forma elemento apto a evidenciar a prescindibilidade do protesto para com esse título extrajudicial.

A comunidade jurídica brasileira define fato gerador da seguinte maneira:

FATO GERADOR. *Direito Tributário*. Aquele que determina a obrigação jurídica de pagar tributo, abrangendo, para alguns autores, tanto a descrição legal do fato que dá origem à relação-jurídico-tributária como o evento fático que se opera, num dado momento, no contexto do mundo físico-social. É, portanto, a situação fática descrita *in abstracto* na norma, cuja ocorrência *in*

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 187.

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 153.

concreto vem a determinar, num dado momento, o surgimento da obrigação tributária.¹⁰

Desta maneira, pode-se dizer que o fato imponible “é a materialização da hipótese de incidência, representando o momento concreto de sua realização, que se opõe à abstração do paradigma legal que o antecede”¹¹.

Devidamente conceituado o termo em foco, cumpre destacar sua colaboração para a tese levantada aqui, pois, sendo o fato gerador uma das etapas necessárias existentes até a inscrição em dívida ativa, é também responsável por parte das características que fazem prescindir o protesto de CDA.

Ora, viu-se que o fato gerador consiste na ocorrência de evento, expressamente descrito em lei, responsável por dar origem à obrigação de pagar tributo. Portanto, respeitando o princípio da legalidade no direito tributário, tem-se que a conduta praticada pelo contribuinte só gerará deveres ao cidadão quando unida à descrição legal.

Neste alarim, tendo em vista que “a liquidez e a certeza da obrigação tributária são decorrência da lei aplicada ao fato gerador”¹², vem à tona sua peculiaridade apta a tornar prescindível o protesto de eventual CDA, pois por meio dele (e sua consequente adequação ao respectivo dispositivo legal) já resta conferida a certeza não presente nos títulos extrajudiciais particulares.

Definido o fato gerador, o instituto jurídico que merece ser inspecionado é o lançamento tributário, uma vez que, majoritariamente, tal ato precede a constituição de uma certidão de dívida ativa.

A doutrina esclarece que “embora revestido de finalidade estritamente tributária, o lançamento é *ato administrativo*”¹³, assentando cabalmente o arguido antes. Sendo assim, parte-se para a conceituação legal do instituto e sua subsequente análise. Dispõe o artigo 142 do Código Tributário Nacional:

Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular

¹⁰ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico universitário**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 265.

¹¹ SABBAG, Eduardo. **Manual de direito tributário**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 672.

¹² AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 13. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007, p. 336.

¹³ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial)**. 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 201.

o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Três são as espécies de lançamento tributário usualmente classificadas pela doutrina:

[...] i) lançamento de ofício (ou *direto*); ii) lançamento por declaração (ou *misto*); iii) lançamento por homologação (ou *autolancamento*). O *lançamento de ofício* ou *lançamento direto* corresponde ao ato formalizador que é realizado por iniciativa da autoridade administrativa, independentemente da colaboração do contribuinte (art. 149 do CTN); o denominado *lançamento por declaração* (também conhecido por *lançamento misto*) tem como condição o oferecimento de informações prestadas para fins de formalização tributária pelo sujeito passivo ou por terceiro (art. 147 do CTN); e o *lançamento por homologação* (denominado pela doutrina de *autolancamento*) equivale à *antecipação de pagamento*, isto é, somente se dá o autolancamento quando o contribuinte tem o dever de antecipar o pagamento que estará sujeito à condição resolutória concernente à posterior homologação (art. 150 do CTN).¹⁴

Saliente-se que, independentemente da modalidade de lançamento, “se o devedor se omitir quanto à sua obrigação de apurar e recolher o tributo (ou se o fizer em valor menor do que o legalmente devido), o sujeito ativo é obrigado à prática do lançamento para poder exigir o cumprimento da obrigação tributária”¹⁵.

Ora, tendo em vista que a certidão de dívida ativa é constituída basicamente para forçar o adimplemento de obrigações não honradas, tem-se que, independentemente do tributo abordado, o ato administrativo tributário de lançamento é essencial para a constituição do título executivo utilizado pela Fazenda Pública.

Esta premissa é vital para firmar a tese abordada pelo trabalho, pois, por dedução, pode-se concluir que a certidão de dívida ativa, além das garantias expressas em lei, goza também das presunções inerentes a não só um ato administrativo, mas a diversos, como, *ad exemplum*, o lançamento tributário e a própria inscrição em dívida ativa, que passa a ser alvo de estudo deste ponto ao final do capítulo.

O termo dívida ativa, segundo pontifica a doutrina, tem suas origens no contexto histórico brasileiro do Segundo Reinado. Tal conceito decorre do fato de que, por força do Decreto nº 10.145/1889, todos os valores pendentes de arrecadação de um exercício financeiro encerrado

¹⁴ Id., *Ibid.*, p. 207.

¹⁵ AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 335.

deveriam ser registrados no exercício subsequente como “cobrança da dívida ativa”¹⁶. O instituto foi aprimorado mediante o decorrer do tempo e hoje é cercado por alguns fatores de precípua importância para o estudo em tela.

O artigo 201 do Código Tributário Nacional dispõe que “constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular”.

A doutrina, em exegese a este dispositivo, leciona que a “inscrição da dívida ativa pressupõe ato de controle efetivado pelas repartições da administração fazendária, consistente no registro da dívida fiscal nos livros ou fichários da repartição competente”¹⁷.

Em sentido pragmático, pode-se definir que “inscrever em dívida ativa é incluir um devedor num cadastro em que estão aqueles que não adimpliram suas obrigações no prazo”¹⁸.

Não se pode olvidar que, para além dos contornos meramente teóricos delineados até aqui, a inscrição em dívida ativa constitui ato administrativo possuidor das garantias já explicadas em tópicos anteriores. Neste sentido:

No ato de inscrição, a Fazenda Pública unilateralmente declara que alguém deve e elabora um documento que dá presunção de liquidez e certeza da existência de tal débito. Trata-se de mais uma manifestação da presunção de legalidade, legitimidade e veracidade, atributo presente em todos os atos administrativos, inclusive o de inscrição de débito em dívida ativa.¹⁹

Vê-se, portanto, que não bastando as presunções conferidas pelo direito administrativo aos atos provenientes do poder público, a inscrição em dívida ativa recebeu, de maneira legalmente expressa, efeitos de presunção de liquidez e certeza e, por conta disto, a “certidão de inscrição respectiva tem efeito de prova pré-constituída”²⁰.

Os conceitos de liquidez e certeza clamam por definição doutrinária, segundo a qual é “líquida a obrigação certa quanto à sua

¹⁶ CAMPOS, Dejalma de. **Direito Processual Tributário**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 39.

¹⁷ Id., *Ibid.*, p. 42.

¹⁸ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 11. ed. rev. atual. e amp1. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 625.

¹⁹ ALEXANDRE, Ricardo. **Direito tributário**. 11. ed. rev. atual. e amp1. Salvador: JusPodivm, 2017, p. 625.

²⁰ CAMPOS, Dejalma de. **Direito Processual Tributário**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1995, p. 43.

existência e determinada quanto ao seu objeto”²¹, enquanto ilíquida é a que “carece de especificação do seu *quantum*, para que possa ser cumprida”²².

Quanto à certeza, pode-se dizer que, especialmente quanto aos débitos representados pela certidão de dívida ativa, é certa a obrigação que se encontra coberta de legalidade²³.

Ainda nesta seara, processualistas definem que “certeza diz respeito à existência da obrigação; liquidez corresponde à determinação do valor ou da individualização do objeto da obrigação”²⁴.

Outrossim, merece destaque a característica de unilateralidade do ato sob inspeção, pois “ao contrário de outros títulos executivos extrajudiciais que se formam ou bilateralmente ou por iniciativa do devedor (como os contratos ou os títulos de crédito), a formação da Certidão de Dívida Ativa (CDA) dá-se através de iniciativa exclusiva da Fazenda Pública, que é credora”²⁵.

Cabe também a menção de que, diversamente ao que ocorre com os documentos dos particulares, onde, por força do artigo 803 do Código de Processo Civil vigente, qualquer mácula que exclua a liquidez ou a certeza de seus títulos executivos torna nula a execução, na existência de vício passível de nulidade da inscrição de débitos na dívida ativa ou do respectivo processo de cobrança, fica a Fazenda Pública resguardada pela prerrogativa conferida pelo artigo 203 do diploma legal tributário, conforme melhor esclarece Luciano Amaro:

Uma vez esgotado o prazo para pagamento assinado ao sujeito passivo, compete à Fazenda Pública proceder à inscrição da dívida ativa em livro próprio (art. 201), com os requisitos exigidos pelo art. 202 e seu parágrafo único, relativos à identificação do devedor e co-responsáveis, valor devido, fundamento legal, data de inscrição, identificação do processo administrativo que houver, mais a indicação do livro e folha da inscrição. Esses requisitos são essenciais, dados os efeitos da inscrição, e qualquer omissão acarreta nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente (art. 203). O mesmo dispositivo prevê que a nulidade

²¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito das obrigações**: parte geral (Coleção sinopses jurídicas). 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 14.

²² GAGLIANO, Pablo Stolze. **Novo curso de direito civil**, volume II: obrigações. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 127.

²³ MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de direito tributário**. 38 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 264.

²⁴ AMARAL SANTOS, Moacyr. **Primeiras linhas de direito processual civil**, volume 3. 25. ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 276.

²⁵ MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro**: (administrativo e judicial). 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 629.

pode ser sanada até a decisão de primeira instância, mediante substituição da certidão nula. (AMARO, 2007, p. 485)

Não bastando, sabe-se que o protesto também é ato designado a tornar público o inadimplemento, o que se revela desnecessário quanto à dívida tributária uma vez que, por se constituir mediante atos administrativos, reveste-se também, nos termos do artigo 37 da Constituição Federal, do princípio da publicidade, por meio do qual “exige-se que se publiquem atos que devam surtir efeitos externos, fora dos órgãos da Administração”²⁶.

Sendo assim, claras são as evidências de que o documento extraído da inscrição em dívida ativa, a saber, a CDA, não só é automaticamente possuidor dos efeitos conferidos pelo protesto notarial, mas usufrui também de características e garantias próprias admitidas pela lei e pela jurisprudência, prescindindo, por conseguinte, de ato destinado a pré-constituir prova e tornar público o inadimplemento.

4 DA ANÁLISE DA ADIN Nº 5.135/DF

Como se sabe, as questões suscitadas pelo artigo científico desenvolvido até aqui restaram discutidas nos autos da ação direta de inconstitucionalidade 5135, o que torna de suma importância a análise do que restou aludido no respectivo acórdão. Contudo, para fins de promover a objetividade do estudo e atacar o cerne da questão, mostra-se prescindível a apresentação das arguições de inconstitucionalidade formal, bem como dos votos que se ativeram à reprodução das ponderações trazidas pelo relator da ação.

De proêmio, portanto, inspeciona-se a argumentação feita pelo Ministro Luís Roberto Barroso do Supremo Tribunal Federal, relator do caso.

Dentre as diversas ideias trazidas pelo referido magistrado, nota-se que este sustenta que, a partir da vigência da Lei nº 9.492 de 1997, o protesto notarial ganhou novas finalidades, não constituindo mais instituto de mera função probatória:

²⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 35, de 20.12.2001). São Paulo: Malheiros, 2001, p. 649.

[...] o protesto passou também a desempenhar outras funções além da meramente probatória. Como já afirmou o Superior Tribunal de Justiça, trata-se hoje de instituto de natureza bifronte. De um lado, o protesto representa instrumento para constituir o devedor em mora e comprovar o descumprimento da obrigação. De outro, ele confere ampla publicidade ao inadimplemento e constitui meio alternativo e extrajudicial para a cobrança da dívida.²⁷

Entretanto, vê-se que, conforme estudado nos capítulos anteriores, a ampla publicidade de que trata o Ministro não se afigura como novo escopo, mas é uma das características já inerentes ao protesto que, como é da própria natureza etimológica do termo, serve para tornar conhecido um inadimplemento.

Por outro lado, vê-se que, ao atribuir caráter de cobrança ao instituto, o Ministro incorre em notório desapego à precípua fonte do direito, ou seja, à lei, pois tal função não se encontra elencada na legislação regente dos protestos notariais. Nesta senda, é cabível suscitar possível ativismo judicial, já que, na ausência de determinação legal, o Poder Judiciário acabou por criar novas utilidades a um instituto jurídico.

O Ministro Barroso buscou também alicerçar seu voto de improcedência no fato de que “o relatório Justiça em Números 2014, do Conselho Nacional de Justiça, apontou que as ações de execução fiscal constituíam aproximadamente 41,5% do total de processos pendentes na justiça brasileira naquele exercício”²⁸, portanto, serviria o protesto como forma de “desafogar” o Poder Judiciário.

No entanto, verifica-se certa contradição quanto a isto, já que o mesmo Magistrado sustenta que “o protesto não impede o devedor de acessar o Poder Judiciário para discutir a validade do crédito tributário ou para sustar o protesto. Tampouco exclui a possibilidade de o protestado pleitear judicialmente uma indenização, caso o protesto seja indevido”.

Ora, vislumbra-se, por conseguinte, que, na tentativa de reduzir as demandas denominadas execuções fiscais, a tese em que se fundou o desfecho de improcedência da ADIN nº 5135 abre margem para um crescimento significativo de ações visando sustação de protestos indevidos.

Estes são, em suma, os argumentos suscitados pelo Ministro relator para decretar a inexistência de inconstitucionalidade material do

²⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5135. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 09/11/2016. Processo Eletrônico DJe-022. Publicado em 07/02/2018. Disponível em

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14308771>>.

²⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal., op. cit., nota 26.

protesto de certidão de dívida ativa, os quais restaram reproduzidos pelos demais ministros, com exceção dos vencidos Edson Fachin, Marco Aurélio e Ricardo Lewandowski.

Segundo o Ministro Fachin, para além das incompatibilidades tratadas neste estudo, o protesto extrajudicial de certidões de dívida ativa se afigura como óbice à atividade empresarial e como forma de cobrança demasiadamente onerosa:

Neste ponto, é preciso reconhecer que o protesto da certidão de dívida ativa não é instrumento indispensável para o ajuizamento da ação fiscal. Isso porque a certidão já é um título extrajudicial (art. 784, IX, do Código de Processo Civil) que atesta a certeza e liquidez do crédito tributário, suspendendo a prescrição e lhe dando publicidade (art. 2º, § 3º, da Lei 6.830/1980). Ademais, o crédito tributário tem também privilégios que lhe garante preferência na execução. Sendo dispensável o protesto para o ajuizamento da execução, a utilidade do protesto restringe-se aos efeitos que não decorrem expressamente da lei, mas das práticas do mercado. É, portanto, à luz dessa restrição nas atividades privadas que se examine se o protesto da certidão poderia estender seus efeitos para além da execução fiscal. A resposta afigura-se negativa. As restrições opostas à obtenção de crédito poderiam, não raro, equiparar-se à indevida restrição nas atividades comerciais dos contribuintes. O crédito é, com frequência, um dos instrumentos da atividade empresarial, tanto quanto as mercadorias ou o próprio exercício da atividade profissional. Na linha dos precedentes suscitados nesta Corte, há, neste ponto, sanção desproporcional nas atividades privadas: a execução fiscal é instrumento menos oneroso para, ao tempo em que autoriza ação fiscal, não restringir desproporcionalmente a atividade empresarial. Há, portanto, inegável inconstitucionalidade na instituição de modalidade de cobrança mais onerosa ao desempenho da atividade econômica.²⁹

Passando às ponderações do Ministro Marco Aurélio, infere-se que tais são esclarecedoras e corroboram a análise teleológica trazida pela pesquisa, razão pela qual são dignas de destaque neste tópico:

Surgiu o protesto da certidão da dívida ativa para alcançar o disposto no artigo 1º da Lei nº 9.492/1997: “Protesto é o ato formal e solene, pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida”? Não, Presidente. O objetivo não foi esse. O objetivo foi único – e tem-se que dizer com todas as letras: induzir, mediante coerção política a mais não poder, o devedor a satisfazer o débito.³⁰

²⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal., op. cit., nota 26.

³⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal., op. cit., nota 26.

Ainda tratando acerca das finalidades do instituto, aduz o Magistrado que:

No caso concreto, ante o parágrafo único da Lei em comento, a finalidade – como ressaltei, a partir do princípio determinismo – do protesto foi única: não foi tornar conhecida, do devedor, a dívida, porque teria a Fazenda o executivo fiscal, com a intimação do devedor, podendo ele exercer os direitos alusivos à defesa previstos na Lei nº 6.830/1980. A finalidade foi única: a coação – como reconhecido, com honestidade intelectual, da tribuna – do devedor, porque, evidentemente, tendo em conta as repercussões nefastas tende a correr, nessa indução imprópria, liquidando o débito.³¹

Atestando o que foi inferido por meio das análises doutrinárias, o voto em estudo trata especificamente da desnecessidade do protesto em decorrência dos efeitos e garantias inerentes à certidão de dívida ativa:

[...] o protesto, tradicionalmente, em nosso ordenamento jurídico, sempre esteve ligado a relações jurídicas comerciais e sempre visou a publicidade, e o reforço de certeza e liquidez, o inadimplemento daquele que conste do título como obrigado. A Lei já prevê, como tive de ressaltar, levando em conta o artigo 3º – Lei nº 6.830/1980 –, a certeza e a liquidez, a presunção relativa – reafirmo – de legitimidade da CDA.³²

O voto do referido Ministro combate também o que foi sustentado pela Presidência do Congresso Nacional, Presidência da República e Advocacia Geral da União, ou seja, a ideia de que, ao viabilizar o protesto de certidões de dívida ativa, estaria o legislador atendendo determinações do princípio da isonomia. Quanto a isto, o Doutor Marco Aurélio argumenta que:

Relativamente ao vício material, sabemos que o protesto é um instituto bilateral: aquele que hoje protesta, amanhã pode ter título protestado. Então, tem-se a observância de algo salutar, considerados os ares democráticos da Carta de 1988, a isonomia de tratamento. Foi ressaltado da tribuna: o contribuinte que for credor da Fazenda não pode levar título a protesto. O sistema não fecha.³³

Por fim, concluindo o raciocínio de impossibilidade do protesto de certidões de dívida ativa, temos o voto do Ministro Ricardo Lewandowski, que, em síntese, litiga em prol do devido processo legal e

³¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal., op. cit., nota 26.

³² BRASIL. Supremo Tribunal Federal., op. cit., nota 26.

³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal., op. cit., nota 26.

da ampla defesa do contribuinte, aduzindo que, por se tratar de ação categoricamente unilateral, o protesto configuraria sanção política:

Eu entendo, portanto, primeiro, tratar-se de uma sanção política, no sentido amplo da palavra. Penso que se está vulnerando o devido processo legal substantivo, o direito à ampla defesa e ao contraditório. É um ato unilateral da Administração, sem qualquer participação do contribuinte, numa medida que constringe aquele que sustenta o poder público com o pagamento dos tributos. O protesto de uma certidão de dívida ativa, como todos nós sabemos, como qualquer protesto, mesmo na vida privada, causa inúmeros constrangimentos. Não fosse isso, acho também que se está ferindo o Princípio da Universalidade da Jurisdição ou da Inafastabilidade da Jurisdição, porque aquele que é cobrado pela Administração Pública, num executivo fiscal, tem o direito de se defender perante um juiz togado e, mesmo finda a execução, pode apresentar embargos para contestar os cálculos. E o que acontece com o protesto? Numa ação absolutamente unilateral e sem qualquer participação do contribuinte, ele se vê execrado perante a sociedade porque pretensamente teria deixado de pagar um tributo.³⁴

O voto do Magistrado em inspeção também revela respeitável observância aos precedentes judiciais, o que, ao que tudo indica, foram prescindidos nos autos da ação direta de inconstitucionalidade nº 5135:

E, sem me alongar muito no voto, eu entendo que, de certo modo, a posição que o Supremo Tribunal Federal aparentemente vai tomar daqui por diante é uma decisão que, de certa maneira, discrepa dos posicionamentos anteriores da Corte. A Corte sempre entendeu que é inconstitucional compelir os contribuintes a pagar os impostos, sem o devido processo legal, por tratar-se de uma sanção política.³⁵

Estes são, portanto, os argumentos trazidos pelos Ministros da Suprema Corte, comparados a alguns julgados de segundo grau, quanto ao tema abordado por esta pesquisa. Como se pode observar, enquanto alguns deles corroboram o que já restou foi delineado no estudo científico em tela, outros complementam a tese de incompatibilidade do protesto para com as certidões de dívida ativa, deixando evidente a distorção de institutos jurídicos e até possível ativismo judicial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

³⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal., op. cit., nota 26.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal., op. cit., nota 26.

Do teor das ideias colacionadas ao longo do estudo, pode-se verificar que, inobstante à improcedência da ação direta de inconstitucionalidade 5135, sólidos são os argumentos que conduzem à impossibilidade do protesto de certidão de dívida ativa, seja pelo ponto precípuo abordado na pesquisa, a saber, a dispensabilidade dos efeitos do protesto em relação aos débitos tributários, seja pelos demais argumentos trazidos pelos Ministros do Supremo Tribunal Federal no último capítulo deste trabalho.

Sendo assim, resta questionar possível desfiguração dos institutos inspecionados a fim de satisfazer, sem respaldo legal, o interesse arrecadatório do Estado. Isto porque, como é sabido, as posturas adotadas pela administração pública devem ser regidas pelo princípio da legalidade, que nos impinge a enxergar o protesto apenas com as finalidades estabelecidas em lei, portanto, permitir, na ausência de expressa estipulação normativa, que o instituto possua função arrecadatória ofende princípios basilares da jovem democracia brasileira.

É importante frisar também que, como não se verifica embasamento legal para estes novos fins atribuídos ao protesto, fica evidente que estes decorrem de um crescente ativismo judicial no Brasil, matéria brevemente citada ao longo do artigo, contudo, digna de uma inspeção mais afincada pela comunidade científica.

Para além disto, pode-se dizer que o protesto de certidões de dívida ativa é incabível na medida em que este título executivo possui presunção de veracidade, legalidade, liquidez, certeza, é constituído mediante atos administrativos que são públicos e dotados de fé pública e possui ainda o efeito de prova pré-constituída, ou seja, goza não só de todas as benesses conferidas pelo protesto, mas também de outras, fato que torna também desarrazoada a alegação do Sodalício Supremo de que esta forma de cobrança tributária constitui respeito ao princípio da isonomia, pois o que se vê é a intensificação da já exorbitante disparidade na relação entre público e privado, sempre em favor do Estado.

É relevante também ponderar que, dentre as motivações estipuladas pela Suprema Corte no sentido da improcedência da ação direta de inconstitucionalidade 5135, a suscitada pelo Ministro Barroso no sentido de barrar o avanço do ajuizamento de execuções fiscais se mostra irrefletida. Isto, pois, a problemática debatida no artigo, a bem da verdade, advém não apenas do meio pelo qual é cobrado o tributo, mas também de um sistema fiscal debilitado pela imoralidade de seus gestores, que

desestimula o contribuinte a exercer suas funções sociais, tais como o recolhimento de tributos.

Nesta conformidade, tem-se que não se mostra razoável a admissão de um instituto milenar como solução paliativa para uma sistemática arrecadatória falida, ou seja, deve-se combater a verdadeira causa do grande inadimplemento fiscal existente no Brasil, a fim de que a finalidade arrecadatória seja, de fato, satisfazer as necessidades coletivas. Sanada a verdadeira causa da problemática, certamente reduzir-se-ão as demandas judiciais decorrentes do descumprimento de obrigações tributárias.

Faz-se válido o destaque de que a alteração das finalidades atribuídas ao protesto notarial, por mais espantosa que seja a priori, só é passível de questionamento em razão da menção expressa e taxativa da Lei de Protestos de que este serve para comprovar inadimplência. Isto, pois, caso o Poder Legislativo venha, no exercício de sua função de representante dos contribuintes, alterar o escopo do protesto, tipificando-o como meio de cobrança de débitos fiscais, não haverá que se falar em irregularidade no protesto de certidões de dívida ativa. Contudo, partindo-se tal iniciativa do Poder Judiciário, fica consideravelmente prescindida a vontade popular, fato que viola preceitos democráticos basilares.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRÃO, Carlos Henrique. Do Protesto. 2. ed. rev. e ampli. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2002.

ALEXANDRE, Ricardo. Direito tributário. 11. ed. rev. atual. e amp1. Salvador: JusPodivm, 2017.

AMARAL SANTOS, Moacyr. Primeiras linhas de direito processual civil, volume 3. 25. ed. atual. por Maria Beatriz Amaral Santos Kohnen. São Paulo: Saraiva, 2011.

AMARO, Luciano. Direito tributário brasileiro. 13. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5135. Relator: Ministro Roberto Barroso. Tribunal Pleno. Julgado em 09/11/2016. Processo Eletrônico DJe-022. Publicado em 07/02/2018.

CAMPOS, Dejalma de. Direito Processual Tributário. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1995.

CASTRO, Demades Mario. Responsabilidade civil na atividade notarial e registral. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito Civil) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário jurídico universitário. São Paulo: Saraiva, 2010.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 21 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

GAGLIANO, Pablo Stolze. Novo curso de direito civil, volume II: obrigações. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito das obrigações: parte geral (Coleção sinopses jurídicas). 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito. Curso de direito tributário. 38 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2017.

MARINS, James. Direito processual tributário brasileiro: (administrativo e judicial). 4. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 36 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SABBAG, Eduardo. Manual de direito tributário. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Reinaldo Velloso dos. Apontamentos sobre o protesto notarial. 2012. Dissertação (Mestrado em Direito Comercial) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 20. ed. revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 35, de 20.12.2001). São Paulo: Malheiros, 2001.