

O protesto extrajudicial de certidões de dívida ativa e a vedação de sanções políticas em matéria tributária: uma análise à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça

THE EXTRAJUDICIAL PROTEST OF CERTIFICATES OF ACTIVE DEBT AND THE SEAL OF POLITICAL SANCTIONS ON TAX MATTERS: ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE SUPERIOR COURT JUSTICE JURISPRUDENCE

Alexandre Walmott Borges*
Danilo Garnica Simini**
Camila Saran Vezzani***

* Alexandre Walmott Borges: Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1994), mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (1996) e doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (2002). Atualmente é professor do programa de pós graduação, mestrado e especialização, e da graduação em direito da Universidade Federal de Uberlândia - UFU. walmott@gmail.com

** Danilo Garnica Simini: Mestrando em Direito pela UNESP de Franca/SP. Pós-graduação em Direito Público pela Escola Paulista da Magistratura. Pós-graduação em Direito Tributário pela Universidade Anhangera. Coordenador da Comissão de Cultura da OAB de Ituverava/SP (2013/2015). danilosimini@gmail.com

*** Camila Saran Vezzani: Mestranda em Direito pela UNESP de Franca. Pós-graduação em Direito Tributário pela Universidade Anhangera. camilavezzani@hotmail.com

Resumo: A alta carga tributária do país faz com que as Fazendas Públicas busquem meios para a satisfação de seus créditos tributários, meios estes que são justificados pelos entes públicos através do discurso da eficiência e celeridade, já que a cobrança através do Poder Judiciário seria demasiadamente longa e traria poucos resultados. Nestas circunstâncias, o protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa surge como uma suposta alternativa a este cenário. Todavia, a atividade administrativo-tributária não deve ser exercida ao arrepio da lei e da Constituição Federal, muito menos em detrimento dos direitos e garantias fundamentais dos contribuintes. Uma das garantias fundamentais dos contribuintes é a vedação da utilização de sanções políticas em matéria tributária, ou seja, proíbe-se a utilização de meios indiretos para a cobrança de tributos, competindo ao Poder Judiciário anular atos praticados pela administração pública neste sentido. Desta forma, o presente artigo visa analisar se o protesto extrajudicial das Certidões de Dívida Ativa constitui uma violação a vedação da utilização de sanções políticas em matéria tributária, sendo que tal análise será feita à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, órgão judicial responsável por uniformizar a jurisprudência, fazendo com que suas decisões sejam consideradas de fundamental relevância, pois certamente irão influenciar toda a atividade jurisdicional. Portanto, o presente artigo foi desenvolvido valendo-se da análise legislativa, discussão bibliográfica e coleta de precedentes junto ao *site* do Superior

Tribunal de Justiça acerca da problemática referente ao protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa.

Palavras-chave: sanções políticas, protesto extrajudicial, Certidão de Dívida Ativa, Superior Tribunal de Justiça.

Abstract: The high tax burden in the country makes the Treasury look for ways to satisfy their tax credits, which means they are justified by public entities through the discourse on efficiency and speed, since charging through the Judiciary would be too long and bring a few results. In these circumstances, the extrajudicial protest of Certificates of Active Debt emerges as a possible alternative to this scenario. However, the tax administrative activity should not be carried out against the law or the Federal Constitution, as well to the detriment of the rights and fundamental guarantees of taxpayers. One of the fundamental guarantees of taxpayers is the seal of the use of political sanctions on tax matters, or prohibit the use of indirect means for the collection of taxes, racing to the Judiciary annul the acts practiced by the government in this regard. Thus, this article aims to examine whether the extrajudicial protest of Certificates of Active Debt constitutes a violation of the prohibition of the use of political sanctions on tax matters, and such review shall be made in the light of the jurisprudence of the Superior Court, that is the judicial body responsible by standardizing the law, making its decisions be considered of fundamental importance because it will certainly influence all judicial activity. Therefore, this article was developed resorting to the legislative analysis, discussion and bibliographic collection of precedents by the Superior Court of Justice website about problems relating to extrajudicial protest Certificates of Outstanding Debt.

Keywords: political sanctions, extrajudicial protest, Certificates of Active Debt, Superior Court of Justice.

INTRODUÇÃO

O Direito, típico exemplo de objeto cultural, atua como verdadeiro controlador da conduta humana, influenciando diretamente o comportamento dos indivíduos, garantindo assim segurança e justiça diante das relações sociais. Desta forma, a sanção se caracteriza como instrumento capaz de permitir que o Direito cumpra o seu papel de regulador na sociedade, uma vez que carrega uma mensagem ao seu destinatário, qual seja, que este deve pautar sua conduta dentro dos limites da licitude. Assim, a ideia de sanção, especificamente dentro do Direito Tributário, torna-se de suma importância, pois neste ramo as normas acabam por prever medidas de constrição ao patrimônio dos contribuintes.

Com isso em mente, discute-se a possibilidade de utilizar-se do protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa como forma de se garantir o adimplemento do crédito tributário. Nestas circunstâncias, cumpre ressaltar que o protesto extrajudicial objetivando a cobrança forçada de títulos públicos, tais como acontece com as Certidões de Dívida Ativa, dado o seu caráter unilateral e compulsório da dívida que representam, exige que se discuta sua validade jurídica, isto é, se possui fundamento de legalidade, ou então, se constitui uma deformação causada pelo desvio de finalidade empregada pelo Poder Público, e, conseqüentemente, caracterizador de abuso cometido em detrimento de direitos e garantias fundamentais do contribuinte.

Logo, é necessário avaliar se não há afronta a direito e garantias constitucionais por parte do Estado, ainda que este possua uma tendência de justificar suas ações na ideia de justiça social e interesse público. Tal avaliação deve ser feita lembrando-se que a criação, interpretação e a aplicação das sanções tributárias pelas autoridades legitimadas por lei, encontram-se delimitadas pelo próprio ordenamento jurídico, pois a sanção prescrita pelo ordenamento positivo é organizada e institucionalizada¹.

Partindo-se destas premissas, mostra-se fundamental o debate acerca do protesto extrajudicial das Certidões de Dívida Ativa, notadamente se este ato é de fato uma sanção legítima, ou, se na verdade, trata-se de sanção política, indiscutivelmente vedada em nosso ordenamento. Assim, o estudo proposto

¹ Segundo Norberto Bobbio: Esta sanção se distingue da moral por ser *externa*, isto é, por ser uma resposta de grupo, e da social por ser *institucionalizada*, isto é, por ser regulada, em geral, com as mesmas formas e através das mesmas fontes de produção das regras primárias. Ela nos oferece um critério para distinguir as normas que habitualmente se denominam jurídicas das normas morais e das normas sociais. Trata-se das normas cuja violação tem por consequência uma resposta *externa* e institucionalizada. (BOBBIO, 2001, p. 162).

mostra-se relevante tanto no âmbito científico quanto no aspecto prático, pois as sanções políticas podem impactar profundamente a sociedade e a economia, fazendo com que seja imprescindível discutir os limites da atuação do Estado e sua relação com as liberdades individuais.

Para tanto, será realizada uma rápida apresentação do conceito de protesto extrajudicial, e depois uma apresentação sobre sanções políticas, com visão doutrinária a respeito destas, e como a jurisprudência vem se posicionando em nosso país. Não serão analisadas decisões dos mais variados Tribunais, mas apenas as oriundas do Superior Tribunal de Justiça, já que este possui a nobre função de uniformizar a jurisprudência brasileira.

O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca da possibilidade do protesto extrajudicial de Certidões de Dívida ativa será discutido mediante análise dos precedentes existentes até o presente momento e, especialmente, o Recurso Especial n.º 1.126.515/PR, considerado pelo próprio Relator uma verdadeira superação da jurisprudência até então vigente.

Portanto, dividir-se-á este artigo em dois momentos. O primeiro possui como objetivo sistematizar, através de revisão bibliográfica e jurisprudencial, conceitos fundamentais para a compreensão do tema, em especial os institutos do protesto extrajudicial e das sanções políticas em matéria tributária. No segundo momento, será traçada uma cronologia das decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça acerca da problemática apresentada, chegando-se até o julgamento do Recurso Especial n.º 1.126.515/PR e seus reflexos no que diz respeito a um possível retrocesso em termos de direitos e garantias fundamentais dos contribuintes, especialmente a vedação de sanções políticas na esfera tributária.

Desta forma, sem pretensão exaustiva, este artigo busca discutir a (in)validade do protesto extrajudicial das Certidões de Dívidas Ativas enquanto exemplo de violação da proibição de sanções políticas no direito tributário, discussão esta que será feita à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

CONSIDERAÇÕES ACERCA DO PROTESTO EXTRAJUDICIAL

Os significados da palavra protesto em termos jurídicos não são completamente opostos aos conhecidos na linguagem comum, podendo-se dizer que em ambos os sentidos estão relacionados ao inconformismo declarado publicamente. Todavia, na linguagem jurídica, protesto apresenta vários

significados específicos. Desta forma, e pensando no presente trabalho, o conceito relevante é o de protesto cambiário, que é classificado segundo Maria Helena Diniz como:

Declaração pública feita pelo proprietário ou portador do título, dentro do prazo regulamentar perante o notário, alegando o fato de que o devedor de um título cambial (letra de câmbio, duplicata, nota promissória, cheque) se recusa a aceitá-lo ou a pagá-lo no vencimento, para que se autentique a veracidade do inadimplemento obrigacional pela pessoa que devia cumprir a obrigação. (1998, p. 832).

Em 1997, foi instituída a Lei n.º 9.492. O aludido diploma normativo passou a tratar sobre protesto, e no seu artigo 1º passou a conceituar o instituto. Além disso, a mesma Lei também trouxe, em seu artigo 21, três modalidades de protesto:

1º) Protesto por falta de pagamento: de acordo com o § 2º deste artigo, após o vencimento, o protesto sempre será efetuado por falta de pagamento, vedada a recusa da lavratura e registro do protesto por motivo não previsto na lei cambial;

2º) Protesto por falta de aceite: somente poderá ser efetuado antes do vencimento da obrigação e após o decurso do prazo legal para aceite ou a devolução (artigo 21 § 1º).;

3º) Protesto por falta de devolução: devido quando o sacado reter a letra de câmbio ou a duplicata enviada para aceite e não proceder à devolução dentro do prazo legal. Esse protesto poderá basear-se na segunda via da letra de câmbio ou nas indicações da duplicata, que se limitarão a conter os mesmo requisitos lançados pelo sacado ao tempo da emissão da duplicata, vedada a exigência de qualquer formalidade não prevista na lei que regula a emissão e circulação das duplicatas (artigo 21 §3º).

É de se verificar que a lei não determinou o protesto exclusivamente dos títulos de crédito, ou seja, dos títulos formais criados por lei, permitindo assim, o protesto de simples documentos comprobatórios de dívida. Logo, são protestáveis os seguintes documentos: contrato de aluguel, o contrato de câmbio; cédula de crédito bancário, cédula de crédito comercial, cédula de crédito à exportação, cédula de crédito industrial, cédula de crédito rural, confissão de dívida, cheque, cédula hipotecária, entre outros.

² Artigo 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.

Sendo assim, quando um credor, portanto, decide promover o protesto cambiário em face de seu devedor (no âmbito de uma esfera privada), os efeitos desse ato são: a) a interrupção da prescrição; b) a viabilização do pedido de falência do devedor; c) a indução do devedor em mora; e d) preservação do direito de regresso dos coobrigados.

O grande problema é que o protesto não pode ser visto propriamente como um meio de provar o inadimplemento de uma obrigação assumida, a não ser que entenda-se o inadimplemento como consumado em face da inocorrência do acordo de vontades entre credor e devedor no sentido de estender o prazo para cumprimento da obrigação. Desde o século XIV, o protesto é entendido como a manifestação formal da insatisfação do credor de que não concorda com a demora no aceite, na devolução ou no pagamento do título respectivo.

No entanto, firmou-se no Brasil, a partir de da década de 50, uma forte corrente para um uso alternativo do protesto como meio de execução extrajudicial de cobrança, em evidente desvio de finalidade desse instituto. Em geral, as instituições operadoras de crédito, financiamento e investimento, na ânsia de proteger seus créditos sem recorrer aos métodos judiciais de cobrança, incentivaram a criação de verdadeiros “cadastros de maus pagadores”.

Esses cadastros passaram a exercer forte pressão sobre o devedor, coagindo-o a arcar com o pagamento da dívida. Também muito contribuiu para que essa “nova concepção” se fizesse o fato dessas empresas terem passado a cobrar seus créditos vencidos e não pagos, através de seus departamentos jurídicos internos, tendo estes indicado o caminho do protesto. E, por fim, com o surgimento do SCPC e SERASA, são estabelecidos critérios de avaliação sobre o registro restritivo, impondo em face da pessoa ali cadastrada determinado grau de risco.

Com a criação da Lei n.º 9.492/1997, essa nova finalidade do protesto tornou-se mais evidente, pois o artigo 1º definiu o protesto de título com um enunciado que o transformou em meio extrajudicial de execução forçada para cobrança, alternativo às ações judiciais, conforme ensina Sílvio de Salvo Venosa:

De há muito o sentido social e jurídico do protesto, mormente aquele denominado facultativo, deixou de ter o sentido unicamente histórico para o qual foi criado. Sabemos nós, juristas ou não, que o protesto funciona como

fator psicológico para que a obrigação seja cumprida. Desse modo, a estratégia do protesto se insere no *iter* do credor para receber seu crédito. (...) Não pode, porém, o cultor do direito e o magistrado ignorar a realidade social. Esse aspecto não passa despercebido na atualidade. Para o magistrado Ermínio Amarildo Darold, (2001:17) o protesto ‘guarda, também, a relevante função de constranger legalmente o devedor ao pagamento (...) evitando, assim, que todo e qualquer inadimplemento vislumbre na ação judicial a única providência formal possível. (2005, p. 496).

Marcelo Bertoldi, no mesmo sentido, assevera que:

Como dissemos antes, hoje o protesto, além das funções probatória e conservatória de direitos, trata-se de poderoso instrumento de cobrança colocado nas mãos do credor, que, ao levar o título a protesto, pode gerar para o devedor sérios transtornos quanto à obtenção de novos créditos na praça, na medida em que torna público o fato de ter inadimplido uma obrigação cambiária” (2003, p. 101.).

Diante do caráter unilateral e compulsório das dívidas que representam, surge então uma grande controvérsia quanto a sua validade jurídica, isto é, se há fundamento de legalidade. Ademais, discute-se a ocorrência de uma mutação do instituto, originada pela transformação do seu objetivo, ou ainda uma deformação provocada por um desvio de finalidade caracterizador de abuso. Diante da grande controvérsia, a Lei não fazia menção expressa as Certidões de Dívida Ativa, muito embora o Poder Público tentasse se valer do protesto como meio de coagir o contribuinte.

Então, em 06 de abril de 2006, com a Portaria n.º 321, o Procurador Geral da Fazenda Nacional, invocando o artigo 1º da Lei n.º 9.492, de 10 de setembro de 1997 e o artigo 585, inciso VI, da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, estabeleceu que as Certidões de Dívida Ativa da União poderão ser levadas a protesto, antes do ajuizamento da ação de execução fiscal. O inconformismo doutrinário poderia ser resumido através das palavras de Hugo de Brito Machado:

A cada dia está mais fortalecida nossa convicção de que o Estado é quem mais desrespeita o Direito nas relações tributárias. O Estado legislador viola freqüentemente a Constituição elaborando leis que a contrariam. O Estado juiz não raras vezes viola a Constituição negando a proteção jurisdicional com a extinção de processos sem julgamento de mérito, por apego ao formalismo processual, como se o processo não fosse simples instrumento

destinado à realização do Direito material, além de ser extremamente generoso no acolhimento das pretensões da Fazenda quanto ao mérito das questões tributárias. E o Estado administração quer sempre arrecadar mais e mais, sem a mínima preocupação com os limites que o Direito estabelece, e busca sempre fórmulas para compelir o contribuinte ao pagamento de tributos, sejam devidos ou não, sendo notável a capacidade criativa de seus agentes, que amesquinham o Direito em detrimento do cidadão, esquecidos de que autoridade são apenas alguns e só durante algum tempo, enquanto cidadãos somos todos nós durante toda a vida. Vários exemplos de cada uma dessas formas de violação podem ser oferecidos e são na verdade conhecidos de quantos lidam em torno da relação de tributação. Neste artigo vamos cuidar de um deles, porque a idéia de protestar Certidões de Dívida Ativa da Fazenda Nacional é realmente mais uma dessas “idéias brilhantes” postas a serviço do arbítrio. É um notável exemplo do uso artificioso ou distorcido de instrumentos jurídicos para a violação do Direito. Com a Portaria nº 321, de 6 de abril de 2006, o Procurador Geral da Fazenda Nacional, invocando o art. 1º da Lei nº 9.492, de 10 de setembro de 1997 e o art. 585, inciso VI, da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973, estabeleceu que as Certidões de Dívida Ativa da União poderão ser levadas a protesto, antes do ajuizamento da ação de execução fiscal. O protesto de Certidão de Dívida Ativa no caso consubstancia um evidente abuso porque absolutamente desnecessário para a propositura da execução fiscal (2010, p. 1).

E em complemento:

Quando, no entanto, um credor tributário promove um protesto cambiário de uma certidão de dívida ativa, o faz, sem ter nenhum interesse prático nesses efeitos. Veja-se: Por todos esses aspectos negativos, ponderamos que o protesto da certidão de dívida ativa somente prevalecerá se for de natureza obrigatória, destinado ao requerimento da falência, ou insolvência do devedor-contribuinte, inserido no pressuposto da ação, uma vez que o meramente facultativo se afigura definitivamente um “*non-sense*”. (ABRÃO, 2002, p. 30).

Se não bastasse, no ano de 2012, foi aprovada a Lei n.º 12.767, que acrescentou, conforme o seu artigo 25, o parágrafo único no artigo 1º da Lei n.º 9.492, que passou a dizer: “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.”

A referida Lei decorre da conversão de Medida Provisória n.º 577/2012 que falava da extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária de serviço sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica. E sendo assim, não há qualquer relação de afinidade lógica entre a matéria tratada pela medida provisória e o protesto da Certidão de Dívida Ativa.

Feitos esses apontamentos sobre o instituto do protesto, cumpre agora analisar o instituto das sanções políticas em matéria tributária e sua vedação dentro do atual ordenamento Constitucional, bem como, como o protesto da Certidão de Dívida Ativa, é claramente, uma espécie de sanção política.

DA VEDAÇÃO DE SANÇÕES POLÍTICAS ENQUANTO GARANTIA FUNDAMENTAL DO CONTRIBUINTE

A relação jurídico tributária é originada pela lei e conecta o sujeito ativo (Fazenda Pública) ao sujeito passivo (contribuinte), em torno de uma prestação de caráter pecuniário, ou prestações de cunho não pecuniárias (obrigações acessórias). É importante apontar que a relação entre sujeito ativo e sujeito passivo não se confunde com relação de poder, e sim, espécie de relação jurídica, submetida ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, mantida e equilibrada pelas bases do Estado Democrático de Direito.

Essa relação é considerada complexa, uma vez que envolve direitos e deveres para todos os sujeitos envolvidos. E mais, ela surge totalmente vinculada pelos direitos fundamentais declarados pela Constituição (TORRES, 2008, p. 235), sendo que por outro lado, através do poder estabelecido no artigo 3º³ do Código Tributário Nacional, o ente público pode exigir que os indivíduos forneçam os recursos de que necessita.

No tocante ao regime jurídico tributário, o artigo 78⁴ do Código Tributário Nacional estipula o conceito de “poder de polícia” que compreende tanto a edição de lei ou regulação de matérias que lhe servem de objeto, quanto à fiscalização e a sanções aplicáveis em cada situação.

³ Artigo 3º. Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

⁴ Artigo 78. Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

O conceito de poder de polícia corresponde à atividade da Administração Pública de atuar no controle e na fiscalização das atividades dos particulares, e caso necessário, também aplicar sanções. Permite que o Poder Público condicione e restrinja o exercício de alguns direitos e liberdades, além de restringir a propriedade particular em prol da coletividade. Interessa a este trabalho, a função fiscalizadora, uma vez que, quando verificada alguma irregularidade, caberá ao agente fiscal aplicar sanção apropriada. Dentro da perspectiva de um Estado Democrático de Direito, a atividade sancionatória é consequência do descumprimento de ordem legal, devendo decorrer sempre da lei.

A atividade fiscalizadora e controladora da Administração Pública deve ser ponderada e adequada em vista do caso concreto, atendendo os limites da legalidade e da proporcionalidade, limites intransponíveis ao seu exercício, inclusive como aponta Heleno Taveira Tôrres:

Num Estado Democrático de Direito, não se pode admitir o poder de polícia como instrumento de confisco ou de restrição de liberdades sem justificativas evidentes. Por isso, tais atos interventivos somente serão legitimados quando for o único modo para atingir a finalidade de garantia do interesse público na espécie. (...) E, desse modo, sempre que respeitados os direitos individuais, bem como, na delimitação das sanções, os princípios de proporcionalidade e de legalidade, o legislador poderá recorrer a uma atuação direta sobre a propriedade ou atividade do administrado, visando a reprimir o abuso praticado mediante impedimentos ou restrições ao exercício de direitos. (2006, p. 55-76).

Contudo, há, dentro do Direito Tributário, o uso de sanções restritivas de direitos, tipicamente de poder de polícia, que são desautorizados pela nossa Constituição Republicana, uma vez que impostas coercitivamente, pela Administração, com o propósito único e exclusivo de garantir a satisfação do crédito tributário, afetando a propriedade e liberdade do contribuinte.

É fato incontestável, segundo Kyoshi Harada (2005, p. 1), que o agente público é escravo fiel da lei. O princípio da estrita legalidade é submetido a todo e qualquer governante e propicia a necessária segurança jurídica ao cidadão comum, para que ele possa ter certeza de que seus direitos não serão modificados, abolidos ou reduzidos. Buscar métodos dentro da legislação, com o fraco argumento de se alcançar a agilidade e eficiência do setor privado,

é próprio de uma Administração pouco competente e despreparada para o exercício da função pública.

A definição consagrada de sanções políticas é aquele apresentado por Hugo de Brito Machado (1998, p. 46), quando conceitua o instituto como “restrições ou proibições impostas ao contribuinte, como forma indireta de obrigá-lo ao pagamento de tributo”. No mesmo sentido, José Alberto Rôla (2007, p. 473) ensina que as sanções políticas no direito tributário são “medidas cavilosas, não previstas na lei, mas empregadas, usual e abusivamente como coação para forçar a arrecadação pretendida”.

E ainda, Ruy Barbosa Nogueira (1976, p. 175), também, ao classificar sanções políticas diz que são “injunções oblíquas que coagem o contribuinte antes da própria manifestação judicial, o que corresponde a sancionar o direito da fazenda Federal, apenas presumido e ainda não reconhecido em Juízo”.

Finalmente, Sávio Carmona de Lima:

Muitas vezes, a Administração tributária extravasa os limites que a Constituição Federal lhe concede, e chega a impedir o pleno desenvolvimento das atividades empresariais de contribuintes, os quais, por algum infortúnio, encontram-se devedores para com as respectivas Fazendas Públicas. E esses agentes públicos, lançando mão de instrumentos malévolos, chegam a impedir o próprio desenvolvimento da atividade empresarial, sendo estes instrumentos considerados como inconstitucionais em face das disposições contidas na Magna Carta. (2006, p. 158).

Em resumo, sanções políticas no campo tributário podem ser entendidas como atitudes que levam a Fazenda ignorar os procedimentos de cobrança instituídos pela Lei, para beneficiar-se, através de estratégias oblíquas, impondo ao contribuinte o pagamento de tributos sem permitir eventual discussão acerca da legalidade do débito.

Em relação às espécies, poderíamos citar uma infinidade de exemplos. Neste ponto, doutrina e jurisprudência são claras ao apontar que existe uma variedade destes meios:

Exemplos não faltam: proibição de emissão de notas fiscais, proibição de acesso a certidões negativas, vedação à distribuição de lucros a pessoas jurídicas com débito “não garantido” perante o fisco, negativização do nome dos contribuintes através do protesto de certidões de dívida ativas, inscrições em órgãos de restrição ao crédito, etc (ELIAS, 2006, p. 10).

Resta claro, que este tipo de medida é, reincidentemente, utilizada no âmbito da Administração Pública pela praticidade que significa. É por isso que torna-se criterioso questionar a aplicação dessas sanções, bem como, se guardam compatibilidade com o sistema constitucional tributário, designadamente com os princípios constitucionais e com os direitos e garantias fundamentais do contribuinte.

Analisando primeiramente o princípio da proporcionalidade, nota-se que ele se baseia em três dimensões⁵: adequação, necessidade (exigibilidade) e proporcionalidade (em sentido estrito), ou seja, “pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado; exigível, por alcançar o menor prejuízo possível, e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarão as desvantagens” (GUERRA FILHO, 2000, p. 84-85).

Para que uma norma possa ser tida como proporcional, ela deve sobrepujar as três fases. As ditas sanções políticas, porém, superam apenas a fase da adequação, cedendo para a exigibilidade e a proporcionalidade estrita. No tocante à necessidade, as sanções políticas tributárias são inconstitucionais, porque existem meios menos lesivos aos direitos individuais do sujeito passivo e previstos em lei para que o crédito tributário seja satisfeito. Também são inconstitucionais quando analisadas sobre o prisma da proporcionalidade em sentido estrito, pois o escopo que com elas se pretende não ultrapassa o grau de limitação a direitos individuais do contribuinte.

Isso porque, as sanções “impostas antes da cobrança de tributos e para o fim de compelir seu pagamento constituem, à evidência, medidas mais lesivas do que os meios administrativos e judiciais de cobrança dos débitos tributários” (MORAES, 2001, p. 236). Na precisa lição de Helenilson Cunha Pontes:

O princípio da proporcionalidade, em seu aspecto necessidade, torna inconstitucional também grande parte das sanções indiretas ou políticas

⁵ Essa classificação tridimensional sobre a proporcionalidade representa a opinião de grande parte da doutrina e do próprio Supremo Tribunal Federal, e será a adotada no trabalho. Todavia, cumpre apontar que a proporcionalidade pode ser entendida como um critério e não um princípio, e ser classificada em quatro dimensões, conforme ensinam Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins: “Atribuímos ao critério da proporcionalidade uma natureza precipuamente formal, a fornecer uma metodologia de aplicação em casos de conflito de direitos (às mais das vezes, fundamentais). Dessa caracterização da proporcionalidade antes como “critério” (formal) do que como “princípio” (material) decorre a desnecessidade de fundamentação no plano do Direito positivo, pois estamos no plano da aplicação do Direito (da Ciência do Direito). Ressalvada a relatividade dessa distinção, que tem mais apelo explicativo do que correspondência à realidade, podemos situar o fundamento do critério da proporcionalidade na natureza das normas que ele tem como objeto, normas de tipo principiológico”. (ROTHENBURG, Walter Claudius., 2008, p. 283-319).

impostas pelo Estado sobre os sujeitos passivos que se encontrem em estado de impontualidade com os seus deveres tributários. Com efeito, se com a imposição de sanções menos gravosas, e até mais eficazes (como a propositura de medida cautelar fiscal e ação de execução fiscal), pode o Estado realizar o seu direito à percepção da receita pública tributária, nada justifica validamente a imposição de sanções indiretas como a negativa de fornecimento de certidões negativas de débito, ou inscrição em cadastro de devedores, o que resulta em sérias e graves restrições ao exercício da livre iniciativa econômica, que vão da impessoalidade de registrar atos societários nos órgãos do Registro Nacional do Comércio até a proibição de participar de concorrências públicas. (...) As sanções tributárias podem revelar-se inconstitucionais, por desatendimento à proporcionalidade em sentido estrito (...), quando a limitação imposta à esfera jurídica dos indivíduos, embora arrimada na busca do alcance de um objetivo protegido pela ordem jurídica, assume uma dimensão que inviabiliza o exercício de outros direitos e garantias individuais, igualmente assegurados pela ordem constitucional (...). (2000, p. 141-143).

O postulado da proporcionalidade vem, justamente, cumprir um papel fundamental na contenção dos abusos praticados pelo poder público, pois o poder de tributar, conquanto conferido pela Constituição, não outorga ao Estado o poder de suprimir direitos fundamentais.

Neste sentido, está o entendimento Hugo de Brito Machado:

Mesmo o contribuinte mais remitante na prática de infrações à lei tributária não pode ser proibido de comerciar. Mesmo aquele que tenha sido condenado, no juízo criminal competente, por prática do crime de sonegação de tributos, tem o direito de continuar exercendo o comércio porque a lei não comina aos que cometem esse crime a pena de proibição do exercício de comércio. Aliás, mesmo a lei penal, lei ordinária federal, posto que à União compete legislar em matéria penal, não pode cominar a pena de cancelamento da inscrição do contribuinte, posto que estaria instituindo pena de caráter perpétuo, que a Constituição proíbe (CF/88, art.5º, inciso XLVII, alínea “b”). (1998, p. 48).

Nesse mesmo sentido afirma o Supremo Tribunal Federal:

A circunstância de não se revelarem absolutos os direitos e garantias individuais proclamados no texto constitucional não significa que a Administração Tributária possa frustrar o exercício da atividade empresarial

ou profissional do contribuinte, impondo-lhe exigências gravosas, que, não obstante as prerrogativas extraordinárias que (já) garantem o crédito tributário, visem, em última análise, a constranger o devedor a satisfazer débitos fiscais que sobre ele incidam⁶.

E ainda pelo mesmo órgão:

Esta Corte tem historicamente confirmado e garantido a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao exercício de atividade econômicas e profissionais lícitas (art. 170, parágrafo único, da Constituição Federal), a violação do devido processo legal substantivo (falta de proporcionalidade e razoabilidade de medidas créditos tributários) e a violação do devido processo legal manifestado no direito de acesso aos órgãos do Executivo ou do Judiciário tanto para controle da validade dos créditos tributários, cuja inadimplência pretensamente justifica a nefasta penalidade, quanto para controle do próprio ato que culmina na restrição.⁷

Logo, a restrição não pode afastar por completo a eficácia dos direitos e garantias fundamentais. Trata-se do postulado da proibição do excesso, que conforme o Supremo Tribunal Federal impede que uma medida estatal inviabilize um determinado direito fundamental, independente do motivo, nem embaraçar o livre exercício da atividade econômica.

No estudo dos bens afetados pelas sanções políticas, Aliomar Baleeiro afirma a ameaça aos seguintes direitos:

- a) Exercer em plenitude suas atividades comerciais, em regime de livre concorrência, a teor dos arts. 5º, XIII, e 170, IV da Constituição;
- b) Ser tributado nos termos estritos da lei, conforme os arts 5º, II e 150, I, da Constituição; e arts. 97 e 128 do CTN;
- c) Discutir, na via administrativa, plenamente as autuações e cobranças que sofreram, sem garantia da instância mediante contraditório e ampla defesa, conforme art. 5º, LV.
- d) Discutir suas pretensões jurídicas em face do Estado, seguindo o devido processo legal, segundo o artigo 5º, XXXV, LIV, e LV.
- e) Não tolerar confisco nem perdimento de bens sem o devido processo legal, conforme art. 5º, LIV.

⁶ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. RE 402769. Min. Celso de Mello, DJ 06 mar. 2009.

⁷ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADI 173. Min. Joaquim Barbosa. DJe-053, publicada 20 mar.2009.

- f) Ser tratado com igualdade, mormente em face de seus concorrentes, sem discriminações odiosas, como ensinam os arts. 5º, I, XIX, e 150, II, combinados;
- g) Ser tratado com respeito e dignidade, implicando a motivação dos atos administrativos contra eles lavrados, conforme arts. 5º, V, LV c/c art. 37 da Lei Fundamental. (2005, p. 986).

Desta forma, a imposição de restrição à liberdade de profissão ou de atividade econômica como forma de exigir o cumprimento da obrigação tributária gera limitação ao direito não permitida pela Carta Magna, que poderá até mesmo inviabilizar por completo o seu exercício.

As restrições desproporcionais, também, ferem o livre exercício da atividade econômica, sendo que conforme Alysson Maia Fontenele (2009, p.51), a lei não poderia dificultar a livre iniciativa e o livre exercício de atividades econômicas, uma vez que flagrantemente violaria a Constituição.

Uma das bases prevista no artigo 1º, inciso IV, da Constituição Federal, é justamente a livre iniciativa. Decorre dela, portanto, o livre exercício de qualquer profissão (artigo 5º, inciso XIII, da Constituição Federal), e também ao direito de livre exercício de qualquer atividade econômica (artigo 170, parágrafo único da Constituição Federal).

O Ministro Joaquim Barbosa, em seu voto da ADI n.º 173, esclarece:

A sanção política coloca desafios de duas ordens ao controle da restrição. A primeira ordem de desafios se refere ao controle de validade da própria restrição. Como as restrições ao exercício profissional e à atividade econômica podem comprometer a própria existência da empresa ou o desempenho empresarial, a sanção política pode por um fim abrupto ao processo administrativo ou judicial de controle de validade da própria sanção política (...). Na segunda ordem de desafios, a sanção política desestimula, pelo mesmo modo, o controle da validade da constituição de créditos tributários. A interdição de estabelecimento ou a substituição de contribuinte a regime mais gravoso de apuração tributária pode impedir a discussão administrativa ou judicial sobre matéria tributária, pois é incontestável que uma empresa fechada terá menos recursos para manter um processo administrativo ou judicial. Dito, de outro modo, a sanção viola o direito de acesso ao Estado, seja no exercício de suas funções Administrativa ou Judicial, para que ele examine tanto a aplicação da penalidade como a validade do tributo⁸.

⁸ BRASIL, **Supremo Tribunal Federal**. ADI 173. Min. Joaquim Barbosa. DJe-053, publicada em 20 mar. 2003.

A imposição de sanções políticas, também inviabiliza o devido processo legal. A Lei impõe como meio de cobrança do débito tributário a execução fiscal, prevista na Lei n.º 6.830/1980. Quando a Administração Pública utiliza-se da restrição à liberdade como meio indireto para exigir o tributo, o Estado viola o devido processo legal, e conseqüentemente, o direito de defesa. Isso porque, o sujeito passivo, oprimido pela restrição imposta, geralmente apenas vê como saída o pagamento imediato do tributo.

Kyoshi Harada (2010, p. 2) explica que “muitos contribuintes, coagidos de forma ilegítima e inconstitucional, acabam abrindo mão do contraditório e, quando possível financeiramente, pagando o que, na verdade, não devem, como meio de manter sua subsistência”.

Hugo de Brito Machado continua:

Todas essas práticas são flagrantemente inconstitucionais, entre outras razões, porque: a) implicam indevida restrição ao direito de exercer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, assegurado pelo art. 170, parágrafo único, da vigente Constituição Federal; e b) configuram cobrança sem o devido processo legal, com grave violação do direito de defesa do contribuinte, porque a autoridade que a este impõe a restrição não é a autoridade que a este impõe a restrição não é a autoridade competente para apreciar se a exigência é ou não legal. (1998, p. 46-47)

O Supremo Tribunal Federal, como dito, tem historicamente ratificado e assegurado a proibição constitucional às sanções políticas, invocando, para tanto, o direito ao livre exercício de atividades econômicas, o devido processo legal e o acesso ao Judiciário, ainda que na prática, muitas vezes, o devedor que é ameaçado prefere quitar a dívida e prosseguir com suas atividades, do que ingressar com uma ação judicial para discutir a cobrança, sofrendo com a morosidade da máquina judiciária.

A liberdade de atuação que é conferida ao executivo na incidência destas restrições, é outro embasamento para a vedação destas atividades. Primeiro, porque, mais uma vez nas palavras de Hugo de Brito Machado (1998, p. 57), “a autoridade que a este impõe a restrição não é autoridade competente para apreciar se a exigência do tributo é ou não legal”. Depois, porque o Fisco ignora visivelmente o procedimento formal instituído em lei para tal cobrança.

Sobre a possível justificativa da necessidade de supremacia do interesse público em relação aos interesses privados, Alysson Maia Fontenele comenta:

O Fisco ao praticar esse tipo de atividade, qual seja, a imposição de Sanções Políticas como condição ao exercício dos diversos direitos fundamentais já analisados, muita vezes, defende a constitucionalidade desse comportamento, refugiando-se no princípio administrativo da Supremacia do Interesse Público. Porém, não é legítimo concluir que o referido princípio se confunda com mero interesse arrecadatário da Administração Fazendária, haja vista que o Interesse Público – isto é, a finalidade geral de todos os atos da Administração Pública – é justamente caracterizado pelo atingimento dos objetivos do Estado Democrático de Direito, ou seja, pelo respeito dos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico pátrio. (2009, p. 57).

Logo, a Supremacia do Interesse Público não pode ser utilizada como fundamento para a aplicação de sanções políticas. A Administração Pública deturpa este conceito na tentativa de justificar suas atitudes, da mesma forma que restringe indevidamente os direitos fundamentais, quando aplica as medidas desproporcionais.

É preciso ter em conta que a legislação, conforme dito anteriormente, prevê procedimentos para a persecução de eventual dívida fiscal, que inclusive usufrui de certas prerrogativas, dispondo o sujeito ativo de inúmeros meios eficientes para a cobrança de um débito tributário, como: a) lavratura do Auto de Infração exigindo as penalidades previstas para aquela infração supostamente praticada; b) a inscrição do débito na Dívida Ativa do ente tributante; c) garantias e privilégios do crédito tributário, e d) o ajuizamento de ação de Execução Fiscal.

Desta forma, cabe a Administração Pública, diante da falta de pontualidade do sujeito passivo no cumprimento de suas obrigações, buscar caminhos previstos pela ordem jurídica, não podendo restringir, coercitivamente, direitos individuais, quando não se presta como órgão competente para decidir acerca da (in)constitucionalidade e/ou (i)legalidade da exigência tributária.

Nesse sentido, Paulo de Barros Carvalho afirma:

Se o lançamento fosse portador desse atributo (executoriedade), a Fazenda Pública, sobre exigir seu crédito, teria meios de promover a execução

patrimonial do obrigado, com seus próprios recursos, compelindo-o materialmente. E o lançamento dista de ser ato dotado de qualidade constrangedora. Não satisfeita a prestação, em tempo hábil, a Administração aplicará a penalidade prevista em lei. Se vencido o prazo para recolhimento do tributo e da multa correspondente sem que o sujeito passivo compareça para solver o débito, a entidade tributante não terá outro caminho senão recorrer ao Judiciário, para lá deduzir sua pretensão impositiva. Por determinação de princípios constitucionais expressos, lhe é vedado terminantemente, imitar-se na esfera patrimonial do devedor, para sacar os valores que postula como seus. (2010, p. 480).

Em resumo, as sanções políticas contrariam o princípio da legalidade, uma vez que, a Administração Pública não realiza a cobrança de acordo com o procedimento legalmente previsto, o que embora não seja visto como um princípio fundamental, também desrespeita o princípio administrativo da vinculação.

Ademais, as sanções políticas também se mostram inconstitucionais, porque ferem o princípio da proporcionalidade, já que há métodos menos agressivos para a cobrança tributária, métodos menos gravosos que não podem restringir ou mesmo ultrapassar direitos e garantias individuais. Outrossim, as sanções políticas ao violarem o princípio da vedação do excesso, retiram a eficácia dos direitos fundamentais, tais como o livre exercício de qualquer profissão ou atividade econômica, ao devido processo legal, ao direito de defesa, ao direito de propriedade, entre outros.

Feita essa análise, cumpre apontar agora especificamente do protesto extrajudicial de Certidões de Dívidas Ativas, e a evolução jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema, especialmente o julgamento do Recurso Especial n.º 1.126.515/PR, e a consequente colisão com a vedação da utilização de sanções políticas no campo do direito tributário.

O ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ATÉ O RECURSO ESPECIAL 1.126.515-PR

O Superior Tribunal de Justiça, órgão integrante do Poder Judiciário, criado pela Constituição Federal de 1988, possui como principal objetivo a uniformização da jurisprudência dos Tribunais Estaduais e do Distrito Federal

e Tribunais Regionais Federais, tendo em vista a existência de decisões divergentes sobre o mesmo assunto que são proferidas em todo o território nacional.

Sendo assim, o protesto extrajudicial da Certidão de Dívida Ativa deve ser analisado à luz da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, pois ainda que eventuais inconstitucionalidades possam estar presentes, fazendo com que o Supremo Tribunal Federal seja ordinariamente o Tribunal competente, as decisões proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça são relevantes a ponto de influenciar as decisões do mesmo tema que venham a ser proferidas por outros órgãos julgadores.

Através de pesquisa de jurisprudência feita junto ao site do Superior Tribunal de Justiça, constata-se a existência de alguns julgados referentes à possibilidade ou não de protesto extrajudicial de Certidão de Dívida Ativa, sendo o Recurso Especial n.º 1.126.515-PR, julgado em 03 de dezembro de 2013, o último precedente registrado pelo aludido Tribunal, constituindo nas palavras do próprio Relator, “uma superação da jurisprudência do STJ”. Logo, se mostra necessária a análise desta mudança jurisprudencial, conforme será feito nas linhas abaixo.

O primeiro precedente encontrado é o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 936.066-PR, data de 06 de maio de 2008, tendo como parte agravante o Município de Londrina e agravado Clinilab Centro de Patologia e Análises Clínicas de Londrina S/C Ltda. Na ocasião, o Relator Ministro José Delgado considerou que a Certidão de Dívida Ativa, por gozar de presunção de liquidez e certeza, serve como prova pré-constituída. De outra parte, entendeu que a função do protesto “é caracterizar a impontualidade e o inadimplemento do devedor, constituindo em mora” (2008, p. 4). Portanto, faltaria interesse à administração pública que justificaria o prévio protesto da Certidão de Dívida Ativa.

Posteriormente, em 05 de agosto de 2010, o Superior Tribunal de Justiça analisou novamente a matéria no Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n.º 1.172.684-PR, tendo também como parte recorrente o Município de Londrina e parte recorrida Banco Mercantil de São Paulo S/A. O Relator Ministro Mauro Campbell Marques ratificou o entendimento de que a Certidão de Dívida Ativa, além de já possuir presunção de certeza e liquidez, dispensaria o protesto, já que a Fazenda Pública nestes casos sequer teria interesse para dar andamento ao protesto.

Meses depois, em dezembro de 2010, o Superior Tribunal de Justiça analisou mais uma vez a possibilidade de protesto extrajudicial de Certidão de Dívida Ativa. No Agravo Regimental no Recurso Especial n.º 1.120.673-PR, cujo Relator foi o Ministro Luiz Fux, sendo que novamente o Município de Londrina figurou como parte recorrente, e o Banco Mercantil do Brasil S/A parte recorrida. Ratificando as decisões anteriores, o Superior Tribunal de Justiça entendeu ser desnecessário o protesto extrajudicial de Certidão de Dívida Ativa, pois “a dívida regularmente inscrita goza de presunção relativa de liquidez e certeza, com efeito de prova pré-constituída, a dispensar que por outros meios tenha a Administração de demonstrar a impontualidade e o inadimplemento do contribuinte”.

Se não bastasse, posteriormente, em maio de 2011 (AgRg no REsp n.º 1.277.348-RS), o Superior Tribunal de Justiça manteve o posicionamento que vinha até então adotando, reiterando a desnecessidade de protesto extrajudicial de Certidão de Dívida Ativa.

Contudo, em 03 de dezembro de 2013, o Tribunal acabou por modificar seu posicionamento ao analisar o Recurso Especial n.º 1.126.515-PR, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, tendo a ementa consignado que o resultado do julgamento configura uma “superação da jurisprudência do STJ”.

O RECURSO ESPECIAL 1.126.515-PR E A VEDAÇÃO DE SANÇÕES POLÍTICAS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

No Recurso Especial n.º 1.126.515-PR novamente o Município de Londrina figurou como parte recorrente, tendo figurado como polo passivo Protenge Engenharia de Projetos e Obras Ltda. O Recurso Especial foi interposto, com fundamento no artigo 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Paraná, tendo este afirmado em sua decisão que “a certidão de dívida ativa não se reveste de natureza cambiária, não podendo ser protestada” (Relatório do REsp n.º 1.126.515-PR, p. 01).

O Município de Londrina em suas razões recursais sustentou que houve violação ao artigo 1º da Lei n.º 9.492 de 1997, pois após a entrada em vigor da referida norma outros títulos representativos de crédito, além dos títulos cambiais, também podem ser levados a protesto. Ademais, alegou que o fato de a legislação não prever tal medida como requisito para ajuizamento da

Execução Fiscal não conduz ao entendimento de que a sua utilização é vedada, bem como destacou que a utilização do protesto representaria meio menos oneroso ao devedor, pois estará livre do pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios. Finalmente, ressaltou que o artigo 29 da Lei n.º 9.492 de 1997 regulamenta a utilização do protesto, tanto na modalidade obrigatória quanto facultativa, como forma lícita de repressão à inadimplência.

A parte recorrida, por sua vez, apresentou os seguintes argumentos: a) não houve demonstração da divergência; b) estão presentes os impedimentos previstos nas Súmulas n.º 7 e 83 do Superior Tribunal de Justiça; c) a Fazenda Pública já possui prerrogativas para a cobrança do crédito tributário, tornando desnecessário o protesto extrajudicial da Certidão de Dívida Ativa; d) a Fazenda Pública busca por meio do protesto extrajudicial coagir os contribuintes; e) o protesto extrajudicial de Certidão de Dívida Ativa é medida incompatível com a legislação, posto que a origem do crédito não é cambial, bem como a publicidade conferida pelo protesto configura violação ao artigo 198 do Código Tributário Nacional.

O Relator Ministro Herman Benjamin ao iniciar seu voto trouxe a definição legal do protesto prevista no artigo 1º da Lei n.º 9.492 de 1997, cuja redação enuncia que o protesto é o ato formal e solene pelo qual se prova a inadimplência e o descumprimento da obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida. De acordo com o Relator, “a alteração normativa rompeu com antiga tradição existente no ordenamento jurídico, consistente em atrelar o protesto exclusivamente aos títulos de natureza cambial” (p. 4), sendo que atualmente a utilização dos termos títulos e outros documentos de dívida possui “concepção muito mais ampla que a relacionada apenas aos de natureza cambiária” (p. 4).

Neste contexto, o Relator afirma que os precedentes jurisprudenciais a respeito do tema foram edificados com base na regra original do instituto, qual seja, o protesto seria o instrumento destinado a constituir e demonstrar a mora do devedor, exclusivamente no que diz respeito às obrigações garantidas por títulos cambiais. Sendo assim, segundo ele, tais precedentes evidenciam que o Poder Judiciário estaria “preso às antigas concepções e insensível à dinâmica das relações jurídicas” e, por isso, o Judiciário sempre repudiou o protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa.

A fim de justificar a validade do protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa, o Relator explica que a entrada em vigor da Lei n.º 9.492 de

1997 ocasionou a ampliação da área de abrangência do instituto para qualquer título ou documento de dívida, resultando na “reinserção da disciplina jurídica do protesto ao novo contexto das relações sociais” (p. 7). Ressaltou que até mesmo títulos judiciais podem ser protestados, tendo transcrito ementas neste sentido.

Outro argumento utilizado como forma de justificar o protesto diz respeito a sua natureza bifronte, ou seja, o protesto não representaria apenas um instrumento para constituir em mora o devedor, mas também seria um meio alternativo para o cumprimento da obrigação tributária. Sendo assim, o Poder Judiciário ao afirmar ser desnecessário o protesto da Certidão de Dívida estaria violando o princípio da autonomia dos poderes, além de configurar ofensa ao princípio da imparcialidade, já que não competente ao Judiciário taxar políticas públicas de necessárias ou desnecessárias.

Ademais, o Relator justifica a possibilidade do protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa por ser coerente com o “II Pacto Republicano de Estado por um sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo”, instrumento publicado no Diário Oficial da União em 26 de maio de 2009, sendo que entre as medidas anunciadas está a revisão da legislação referente à cobrança da dívida ativa da Fazenda Pública, com vistas à racionalização dos procedimentos em âmbito judicial e administrativo. Logo, a Lei n.º 9.492 de 1997 deve ser interpretada e aplicada à luz deste documento. Finalmente, o Relator afirma que o Conselho Nacional de Justiça já se manifestou acerca da possibilidade de protesto de sentenças judiciais referentes à obrigação alimentar e Certidão de Dívida Ativa.

Como se vê, o Recurso Especial n.º 1.126.515-PR, julgado em dezembro de 2013, constitui uma nítida modificação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que certamente irá pautar as decisões das instâncias inferiores, ainda que o precedente ora debatido não possua eficácia vinculante. É justamente pela importância deste julgado que ele deve ser discutido no âmbito acadêmico, especialmente no que diz respeito a uma possível violação da vedação de sanções políticas no campo tributário, garantia fundamental do contribuinte já reconhecida e assegurada pelo Supremo Tribunal Federal (Recurso Extraordinário n.º 591.033/SP, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 173 e Súmulas 70, 323 e 547).

Observa-se no Recurso Especial n.º 1.126.515-PR que o próprio Relator afirma que um dos argumentos contrários ao protesto da Certidão de Dívida

Ativa seria o fato deste instrumento configurar uma forma de cobrança indireta da tributo, porém no decorrer do voto não há aprofundamento desta problemática, tendo apenas dito que o protesto seria um meio alternativo de cobrança do crédito tributário, não podendo o Poder Judiciário decidir se este método é necessário ou não, sob pena de suposta violação ao princípio da separação de poderes.

Logo, deve-se analisar a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, especialmente o Recurso Especial n.º 1.126.515-PR, à luz da vedação das sanções políticas no campo tributário, valendo-se para tanto da bibliografia existente e dos precedentes oriundos do Supremo Tribunal Federal. Somente desta forma será possível tecer considerações se a modificação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça configura ou não um retrocesso no campo dos direitos e garantias fundamentais do contribuinte.

Feitas tais considerações, cumpre destacar que a denominada vedação das sanções políticas em matéria tributária, conforme já foi dito, traduz a ideia de que são inadmissíveis meios indiretos para a cobrança de tributos, pois a Fazenda Pública já possui ao seu alcance uma série de prerrogativas instituídas por lei como forma de atingir a satisfação do crédito tributário.

Sendo assim, algumas condutas da administração pública, tais como a apreensão de mercadorias, a recusa em cancelar cadastro de contribuinte sob a alegação de inadimplência, a proibição da participação em concorrências públicas, entre outras, são exemplos claros de sanções políticas utilizadas na seara tributária como forma de coagir o contribuinte ao pagamento do tributo, ainda que a Fazenda Pública possua meios legalizados para a cobrança do crédito tributário.

Ante tais situações, o Poder Judiciário já se manifestou diversas vezes acerca da ilegalidade de tais condutas. Pode-se até mesmo dizer que nestes casos foi pacificamente reconhecida a ilegalidade ou até mesmo a inconstitucionalidade de tais atos pelo Poder Judiciário, não havendo motivos para se falar que tais decisões violariam a separação de poderes.

E a razão é simples: a garantia constitucional da inafastabilidade da jurisdição autoriza o Poder Judiciário a anular atos administrativos quando estes apresentarem vícios de legalidade e/ou inconstitucionalidade. Não se trata de ingerência indevida de um Poder em outro, mas sim de análise de legalidade da conduta administrativa, posto que ao administrador público só é lícito agir em conformidade com as normas vigentes, inclusive com o que preceitua a Constituição Federal de 1988.

Nestas circunstâncias, autorizar o protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa, sob a alegação de que não compete ao Poder Judiciário afirmar ser desnecessário ou não o protesto, constitui nitidamente um equívoco, já que o Poder Judiciário, especialmente o próprio Superior Tribunal de Justiça, em suas decisões anteriores, quando afirmou ser desnecessário o protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa, assim o fez baseando-se em análises de legalidade e não de conveniência propriamente dita, já que a dívida ativa regularmente inscrita goza de presunção relativa de liquidez e certeza, com efeito de prova pré-constituída, a dispensar que por outros meios tenha a Administração de demonstrar a impontualidade e o inadimplemento do contribuinte (artigo 204 do Código Tributário Nacional).

Desta forma, se a dívida ativa em matéria tributária goza de presunção relativa de liquidez e certeza, a dispensar que por outros meios tenha a Administração de demonstrar a impontualidade e o inadimplemento do contribuinte, a utilização do protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa realmente se mostra desnecessária, ainda que este ato possa ser meio alternativo e menos custoso para a cobrança do tributo, pois o protesto visa justamente provar a inadimplência e o descumprimento de obrigação originada em títulos e outros documentos de dívida.

A utilização do protesto no que diz respeito às Certidões de Dívida Ativa constitui um verdadeiro pleonasma, pois a dívida ativa já constitui prova pré-constituída de que o contribuinte está em atraso com suas obrigações tributárias. Em outras palavras, a análise da legislação nos demonstra que o protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa estaria inserindo o contribuinte em situação de inadimplência duas vezes, ou seja, um verdadeiro absurdo.

Como se vê, as decisões anteriores que afastaram o protesto extrajudicial das Certidões de Dívida Ativa apenas analisaram a legislação vigente, realizando um juízo estritamente de legalidade/constitucionalidade. Não se trata de violação ao princípio da separação de poderes, mas sim de observância da garantia fundamental da inafastabilidade da jurisdição, garantia esta prevista no texto constitucional vigente.

Dito isto, pode-se afirmar que o Superior Tribunal de Justiça ao analisar o Recurso Especial n.º 1.126.515-PR, ainda que não tenha analisado especificamente a problemática da vedação das sanções políticas em matéria

tributária, acabou por relativizar esta importante garantia fundamental do contribuinte ao aceitar o protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, especialmente a superação do pensamento até então pacífico, mediante a análise do Recurso Especial n.º 1.126.515-PR, irá certamente ocasionar a ratificação de um comportamento já existente por parte das Fazendas Públicas, fazendo com que estas se utilizem ainda mais do protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa como forma de obterem a satisfação dos créditos tributários. A única diferença é que agora esta cobrança indireta de tributos é chancelada pelo Superior Tribunal de Justiça.

Desta forma, pode-se dizer que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, especialmente após o julgamento do Recurso Especial n.º 1.126.515-PR, vem caminhando para um evidente e preocupante retrocesso no que diz respeito aos direitos e garantias fundamentais do contribuinte. Tal retrocesso está materializado na autorização do protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa, constituindo uma relativização, ainda que indireta, por parte do Superior Tribunal de Justiça, da vedação de sanções políticas no campo tributário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A alta carga tributária do país não constitui um problema por si só, pois acaba por ocasionar, diretamente ou indiretamente, outras complicações. A título de exemplo, tem-se a inadimplência tributária, fazendo com que anualmente os entes públicos inscrevam em dívida ativa quantias inimagináveis referentes a milhares de contribuintes brasileiros. Neste contexto, o Poder Judiciário, em todo o Brasil, mensalmente, recebam grandes quantidades de execuções fiscais como forma de se obter a satisfação do crédito tributário.

De outra parte, a morosidade do Poder Judiciário, aliada a outros fatores, fez com que a Fazenda Pública utilize de outros meios para a cobrança de seus créditos tributários, especialmente o protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa. Assim, entes públicos passaram a buscar a satisfação de seus créditos por meio de medidas que inicialmente não envolvem o Poder Judiciário.

Ocorre que a atividade administrativo-tributária não pode se realizada ao arrepio da lei e dos princípios existentes, já que a administração pública,

em todas as suas esferas de atuação, só pode agir em conformidade com a lei e com a Constituição Federal. Logo, passou-se a indagar se o protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa estaria em conformidade com a legislação vigente e as garantias fundamentais dos contribuintes em matéria de tributação.

Neste contexto de estrita observância da legalidade e das garantias fundamentais do contribuinte, tem-se a vedação de sanções políticas em matéria tributária, ou seja, é inconstitucional a utilização de meios indiretos para se alcançar o pagamento de tributos. Portanto, passou-se a discutir na bibliografia especializada e nos Tribunais brasileiros se o protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa seria válido juridicamente, especialmente quando analisado à luz da importante regra da vedação de sanções políticas em matéria tributária.

Há inúmeros precedentes onde sustenta-se a impossibilidade do protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa, tendo o Superior Tribunal de Justiça, órgão escolhido neste artigo, dada a sua importância enquanto uniformizador de jurisprudência, até dezembro de 2013, se manifestado várias vezes pela inadmissibilidade do protesto nestas situações.

Contudo, através do julgamento do Recurso Especial n.º 1.126.515-PR, o Superior Tribunal de Justiça modifica radicalmente sua jurisprudência, até então pacífica, e passa a admitir o protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa, tendo a própria ementa do julgado consignado que este precedente configura uma superação da jurisprudência do Tribunal.

Por mais que a decisão proferida no Recurso Especial n.º 1.126.515-PR não possua eficácia vinculante, certamente servirá de fundamento para que as Fazendas Públicas intensifiquem o protesto extrajudicial de Certidões de Dívida Ativa, conduta esta que já vinha sendo realizada, só que agora os entes políticos passaram a ter a chancela de um importante Tribunal Superior.

No aludido Recurso Especial, ainda que a problemática da vedação de sanções políticas em matéria tributária não ter sido aprofundada, constata-se uma verdadeira relativização desta importante garantia fundamental do contribuinte, constituindo-se o julgado, desta forma, um verdadeiro retrocesso no que diz respeito aos direitos fundamentais do contribuinte.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Carlos Henrique. **Do protesto**. 2.ed. São Paulo: Leud, 2002.

BALEEIRO, Aliomar. **Direito tributário brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BERTOLDI, Marcelo M. **Curso avançado de direito comercial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. v. 2.

BRASIL. **Código Tributário Nacional**: Lei n.º 5.172, de 25 de outubro de 1966. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1966.

_____. **Lei n.º 9.492**, de 10 de setembro de 1997. Define competência, regulamenta os serviços concernentes ao protesto de títulos e outros documentos de dívida e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 1997.

_____. **Lei n.º 12.767**, de 27 de dezembro de 2012. Dispõe sobre a extinção das concessões de serviço público de energia elétrica e a prestação temporária do serviço e sobre a intervenção para adequação do serviço público de energia elétrica; altera as Leis n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, n.º 11.508, de 20 de julho de 2007, n.º 11.484, de 31 de maio de 2007, n.º 9.028, de 12 de abril de 1995, n.º 9.492, de 10 de setembro de 1997, n.º 10.931, de 2 de agosto de 2004, n.º 12.024, de 27 de agosto de 2009, e n.º 10.833, de 29 de dezembro de 2003; e dá outras providências. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no Ag n.º 936.066-PR, Min. José Delgado, publicado no DJe em 04 jun 2008.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no Ag n.º 1.172.684-PR, Min. Mauro Campbell Marques, publicado no DJe em 03 set 2010.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp n.º 1.120.673-PR,

Min. Luiz Fux, publicado no DJe em 21 fev 2011.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. AgRg no REsp n.º 1.277.348-RS, Min. César Asfor Rocha, publicado no DJe em 13 jun 2012.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**. REsp n.º 1.126.515-PR, Min. Herman Benjamin, publicada no DJe em 16 dez 2013.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. ADI 173. Min. Joaquim Barbosa. DJe-053, publicada em 20 mar. 2003.

_____. **Supremo Tribunal Federal**. RE 402769. Min. Celso de Mello, DJ 6 mar. 2009.

BOBBIO, Norberto. **Teoria geral do direito**. São Paulo: Edipro, 2010.
CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 8. p. 832-833.

ELIAS, Eduardo Arrieiro. A liberdade como prerrogativa fundamental dos contribuintes e as limitações ao poder de polícia fiscal. In: **Revista Bonijuris**, ano XVIII, n.º 513. ago. 2006.

FONTENELE, Alysson Maia. As sanções políticas no direito tributário e os direitos fundamentais do contribuinte. In: **Coleção Jornada de Estudos ESMAF**, Distrito Federal. v.1. dez. 2009.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. São Paulo: Celso Bastos, 2000.

HARADA, Kiyoshi. **Confusão entre o Direito Público e o Direito Privado. Sobre o protesto de certidões de dívida ativa**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7552>. Acesso em: 14 mar. 2014.

_____. **Sanções políticas como meio coercitivo indireto de cobrança do crédito tributário.** Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/39530>. Acesso em: 17 set. 2010.

LIMA, Sávio Carmona de. **A responsabilidade civil do estado em razão dos danos decorrentes das sanções políticas inconstitucionais.** São Paulo: Repertório IOB de Jurisprudência, 2006.

MACHADO, Hugo de Brito. Sanções políticas no direito tributário. In: **Revista Dialética do Direito Tributário.** n.º 30. mar. 1998.

_____. Protesto de certidão de dívida ativa. **Revista do Instituto dos Magistrados do Ceará, Fortaleza,** ano 6, n. 11, p. 121-157, jan./jun. 2002. Disponível em: <http://www.idtl.com.br/artigos/148.pdf>. Acesso em: 23 mar. 2014.

MARINS, James. **Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial).** São Paulo: Dialética, 2001.

MORAES, Germana de Oliveira. As sanções políticas em direito tributário e o princípio da proporcionalidade. In: **Revista de Direito Tributário.** São Paulo: Malheiros, n.º 82, 2001.

NOGUEIRA, Ruy Barbosa. **Curso de direito tributário.** 4.ed. São Paulo: IBDT, 1976.

PONTES, Helenilson Cunha. **O princípio da proporcionalidade e o Direito Tributário.** São Paulo: Dialética, 2000.

RÔLA, José Alberto. Direitos fundamentais e certidões negativas. In: MACHADO, Hugo de Brito (org.). **Certidões negativas e direitos fundamentais do contribuinte.** São Paulo: Dialética. 2007.

ROTHENBURG, Walter Claudius. O tempero da proporcionalidade no caldo dos direitos fundamentais. In: OLIVEIRA NETO, Olavo; LOPES, Maria Elizabeth de Castro (orgs.). **Princípios processuais civis na Constituição.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2008, p. 283-319.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de direito constitucional, financeiro e tributário**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. v. V.

TÔRRES, Heleno Taveira. Pena de perdimento de bens e sanções interventivas em matéria tributária. **Revista de Estudos Tributários RET**. n.º 49. maio-jun/2006.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: contratos em espécie. São Paulo: Atlas, 2005.

Artigo recebido em: 01/05/2014

Aprovado para publicação em: 11/08/2014

Como citar: BORGES, Alexandre Walmott. SIMINI, Danilo Garnica. VEZZANI, Camila Saran. **o protesto extrajudicial de certidões de dívida ativa e a vedação de sanções políticas em matéria tributária: uma análise à luz da jurisprudência do Superior Tribunal De Justiça**. Revista do Direito Público. Londrina, v.9, n.2, p63-92, mai./ago. 2014. DOI: 10.5433/1980-511X.2014v9n2p63.