

Eduardo Bim: Protesto da CDA é praticamente um dever do Estado

A alteração da lei de protestos, a decisão do Conselho Nacional do Judiciário,[\[1\]](#) e, mais recentemente, do Superior Tribunal de Justiça[\[2\]](#) admitindo o protesto da Certidão de Dívida Ativa (CDA) são elementos que certamente serão considerados no julgamento da ADI 5.135, ajuizada pela CNI contra o parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.492/97, acrescentado pela Lei 12.767/12, que expressamente previu o protesto de CDA.

A ADI 5.135, de relatoria do ministro Roberto Barroso, alega-se inconstitucionalidades por vícios formais e substanciais na mudança de redação da Lei 9.492/97.

O presente texto tratará apenas dos supostos vícios substanciais, na linha de outro escrito sobre o tema.[\[3\]](#)

O suposto desvirtuamento do protesto: estímulo a pagamento da dívida

O primeiro mito para se recusar a validade do protesto da CDA residiria no desvirtuamento da função do protesto pela lei, uma vez que ele somente seria admitido para créditos ou títulos de natureza cambial. Embora esse argumento esteja longe de ter base constitucional, ele deve ser debatido porque demonstra o atraso hermenêutico da resistência em admitir o protesto da CDA e constitui base parcial para a alegação de violação a proporcionalidade.

A origem do protesto é cambial porque, desde a Idade Média, foi prevista em diversas leis comerciais. Entretanto, o instituto evoluiu e adquiriu nova fisionomia, abandonando o seu caráter exclusivamente cambiário porque sua anatomia jurídica foi alterada para também admitir o protesto de títulos não cambiários. Com o advento da Lei 9.492/97 (artigo 1º), que não só admitiu o protesto de títulos (cambiais), mas também de “outros documentos de dívida”, alargando, desse modo, o âmbito dos documentos passíveis de protesto. A doutrina e jurisprudência chegaram à conclusão de que “outros documentos de dívida” correspondiam a títulos executivos (judiciais ou extrajudiciais), o que autorizaria o protesto da CDA, título executivo extrajudicial.

Constatado que o protesto é um eficiente meio de compelir o devedor ao pagamento do crédito relativo ao documento protestado, passou-se a admiti-lo em situações muito além das cambiais ou provenientes do direito comercial, tendo o STJ admitido o protesto de sentenças condenatórias (REsp 750.805) e de contratos de locação (RMS 17.400), uma vez que se trata de títulos certos, líquidos e exigíveis, tanto quanto qualquer título de crédito. Da mesma forma, o CNJ admitiu o protesto de sentença condenatória de ação de alimentos (PP 0004178-07.2009.2.00.0000).

Então o dispositivo do parágrafo único do artigo 1º da Lei 9.492/97 nada mais é do que uma previsão interpretativa, se compatibilizando com o que jurisprudência e doutrina já apregoavam. A redação do *caput* do artigo 1º da Lei 9.492/97 já admitia o protesto de títulos executivos, sejam estes judiciais ou extrajudiciais, como a CDA. Logo, o acréscimo do parágrafo único ao artigo 1º da Lei 9.492/97 nada acrescentou em termos normativos. Não houve alteração no plano dos significados, mas apenas dos símbolos, o que demonstra que a Lei 12.767/12 (artigo 25) não pode ser considerada norma nova. Em suma, ainda que se considere haver algum problema formal no acréscimo trazido pela lei nova, isso não teria o condão de vedar o protesto da CDA.

Outro mito que deve ser derrubado é o de que o protesto só serve para certificar a mora do devedor, publicizando-a.

A possibilidade de se protestar títulos executivos é porque eles são certos, líquidos e exigíveis, ou seja, já estão vencidos. Se é possível protestar qualquer título executivo certo, líquido e *exigível*, seja judicial, seja extrajudicial, obviamente a certificação da mora é desnecessária. Se for necessário cientificar a mora, o protesto é obrigatório, não facultativo. O fato de o protesto de CDA visar o adimplemento do título não deve gerar cisma, pois qualquer protesto facultativo o visa. Se a comprovação da impontualidade fosse tão necessária ao instituto, não haveria o protesto facultativo. Além disso, deve-se reconhecer a evolução que o instituto sofreu para combater a cultura da inadimplência, como bem captado pelo Parecer Normativo CGJ-SP 76/2005.

Recentemente, tem se identificado meios alternativos ao processo judicial para a satisfação do crédito; e o protesto está entre esses meios. De fato, o protesto extrajudicial não serve somente para comprovar a inadimplência ou descumprimento da obrigação; sua *utilidade também é a de estimular o devedor a saldar a dívida*. Não podendo negar essa evolução do instituto, o STJ categoricamente reconheceu que “o protesto é também meio lícito e legítimo de compelir o devedor a satisfazer a obrigação assumida” (REsp 1.011.040). Não por outro motivo o novo CPC previu o protesto da sentença judicial (artigo 513) e a inclusão do nome do executado em cadastros de inadimplentes (artigo 782, § 3º).

Reduzir o espectro do protesto aos documentos cambiários e à certificação da mora — o que ignora a existência da função de induzir o pagamento do débito — para justificar a impossibilidade de se protestar a CDA, é fazer típica *interpretação retrospectiva*, uma vez que “procura interpretar o texto novo de maneira a que ele não inove em nada, mas, ao revés, fique tão parecido quanto possível com o antigo.”^[4]

Ademais, sendo eficiente meio extrajudicial de fazer o devedor pagar a dívida, pela publicidade que lhe é inerente, diminui a carga de processos que desaguariam no judiciário.

Para se protestar a CDA nem mesmo se faz necessária lei local, uma vez que basta a previsão normativa em lei nacional, no caso a Lei 9.492/97, mesmo antes da sua alteração contestada na ADI 5.135.

Inexistência de sanção política no protesto da certidão de dívida ativa: respeito ao princípio da proporcionalidade

O segundo principal mito sobre a questão é o de que o protesto extrajudicial de CDA é sanção política ou indireta, mesmo após a alteração sobre a lei de protesto pela Lei 12.767/12. Como as sanções

políticas são vedadas em nosso ordenamento jurídico por serem inconstitucionais, uma vez que violam todas as dimensões do princípio da proporcionalidade e, conseqüentemente, do Estado de direito, deve-se analisar tal crítica detalhadamente.

As sanções políticas ou indiretas são meios oblíquos de que se vale o Estado para cobrar os seus créditos. Entretanto, não é o uso de qualquer meio indireto ou oblíquo que as caracteriza, mas apenas aqueles que interferem na livre iniciativa do contribuinte e que sejam desproporcionais. Esses meios aniquilam a livre iniciativa dos contribuintes, além de abusarem da prerrogativa estatal, como fornecer autorização para impressão de notas fiscais, liberação do CNPJ, registro de alteração de contrato social na Junta Comercial etc.. Não deixam outra escolha ao contribuinte que não sucumbir, uma vez que sem nota fiscal, sem poder operar o estabelecimento, sem mercadorias, não há como subsistir.

Com o protesto isso não ocorre. Se ele fosse sanção política também não estaria à disposição dos particulares, mormente porque estes não dispõem da supremacia do interesse público. Em outras palavras, se não ofendem nenhum direito fundamental do contribuinte quando empregados por particulares, porque ofenderiam quando usados pelo Estado!?

Aduz-se que o protesto de CDA é reprovado por todas as dimensões do princípio da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito), o que não procede.

Em relação à *adequação*, o protesto de CDA se mostra um modo adequado de fomentar ou promover a liquidação da dívida do devedor para com o Estado.^[5] Arguir que o protesto não contribuiria em nada para fomentar a realização do objetivo pretendido, o pagamento da dívida, é completamente equivocado.

Como bem pontua Helenilson Cunha Pontes, uma medida é adequada “quando, com a sua ajuda, o resultado desejado torna-se mais fácil.”^[6] Seria esquizofrenia negar que a satisfação do crédito público não se torna mais fácil com a ajuda do protesto da CDA. Ademais, no exame da adequação a anulação da medida somente deve ocorrer quando inequivocamente se apresentar como inidônea,^[7] ou seja, a “inadequação aos fins somente pode ser constatada em casos raros e especiais.”^[8]

O teste da *necessidade* ou *exigibilidade* impõe que a medida estatal limitadora de um direito fundamental “não possa ser promovida, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido.”^[9] Não basta a medida ser menos restritiva, ela deve ter igual ou maior aptidão para fomentar o fim proposto.

O exame da necessidade envolveria fundamentalmente a comparação entre a execução fiscal e o protesto extrajudicial. Infelizmente, o que aparenta não alcançar o seu objetivo atualmente é a execução fiscal, porque seu índice de êxito varia entre quase 2% e menos de 1%, a depender da fonte. Se existe algum problema em alcançar o seu fim (cobrança da dívida), esse é da execução judicial, fiscal ou comum. O protesto extrajudicial de CDA não pioraria esse índice, somente contribuiria para a eficácia da cobrança dos créditos inscritos em dívida ativa. Em suma, a execução fiscal não teria a mesma aptidão para alcançar o fim satisfação da dívida se comparada ao protesto. Logo, não se pode usar a necessidade em apenas uma de suas características, a de menor onerosidade, porque somente se aplica a menor onerosidade quando conjugada à igual eficácia da medida, o que não ocorre.

Ainda sob o viés da menor onerosidade, deve-se destacar que o *protesto de CDA é menos oneroso do que o executivo fiscal*

porque não há risco de penhora e nem outras mazelas do processo executivo, como o tempo para citar e as custas judiciais, mais elevadas perto das cartorárias. Também não haveria a necessidade de se contratar advogado, pagar os honorários advocatícios na mesma porcentagem do que na execução fiscal, registrar da distribuição da execução fiscal etc.. Comparada com a execução fiscal, o protesto de CDA seria menos oneroso para ambos os envolvidos (Fazenda e devedor).

A *proporcionalidade em sentido estrito* “consiste em um sopesamento entre a intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e que fundamenta a adoção da medida restritiva.”^[10] A intensidade da restrição se resumiria ao protesto extrajudicial, prática comum no mercado; o valor que fundamentaria a medida restritiva seria a arrecadação dos créditos estatais. Se o protesto não ofende nenhum direito fundamental do contribuinte quando usado por particulares, porque ofenderia quando usado pelo Estado, que detém supremacia e busca o interesse público!?

Para melhor ilustrar as afirmações acima, aplique-se a proporcionalidade da forma defendida pelos opositores do protesto de CDA com o protesto entre particulares. Trasladando-se esse posicionamento a esfera privada, eliminar-se-ia o protesto facultativo, porque o meio correto e menos oneroso seria sempre a execução/cumprimento de sentença. Em um cenário de aplicação horizontal dos direitos fundamentais, é paradoxal considerar a violação da proporcionalidade apenas no protesto estatal e não no do particular. O Estado não pode violar a livre iniciativa ao usar o protesto, mas o particular pode!?

O que as sanções políticas vedam é que o Estado faça justiça com as próprias mãos, como bem deixou consignado o Ministro Marco Aurélio no RE 413.782/SC, não que ele use de mecanismos disponíveis a todos para que o devedor cumpra a sua obrigação. Mesmo a ADI 173 não tem o alcance que se lhe atribui em relação ao protesto de CDA, uma vez que não há restrição desproporcional a nenhum direito fundamental do cidadão e naquele caso as normas condicionavam a prática de atos da vida civil e empresarial à quitação de créditos tributários.

Paradoxalmente, a própria OAB — que ajuizou ação anulatória (0030732-61.2012.4.01.3400) contra a Portaria Interministerial MF/AGU 574-A, um dos atos que regulamentaram o protesto de CDA no âmbito federal, e que decidiu entrar como *amicus curiae* da autora na ADI 5.135 — reconhece a possibilidade de se protestar o contrato de honorários advocatícios. Por unanimidade, o Órgão Especial do Conselho Federal da OAB (Consulta 49.0000.2011.001955-3) decidiu pelo cabimento de protesto de contrato de honorários advocatícios, como documento de dívida de natureza não mercantil, e sua promoção como autêntico exercício regular de um direito. Ainda que não assinado por testemunhas, o contrato de honorários advocatícios é título executivo extrajudicial (Lei 8.906/94, art. 24) e a OAB reconhece que protestá-lo não apenas é possível, como se constitui um exercício regular de um direito. Por que seria diferente com o crédito inscrito em dívida ativa, no qual o Estado tem o dever (não a faculdade, como o particular) de buscar a sua satisfação?

Conclusão

Dessa forma, não há como se negar a validade do protesto da CDA, mesmo antes da alteração da Lei 9.492/97, não se podendo falar em sanção política, uma vez que não existe violação a nenhuma dimensão do princípio da proporcionalidade. O protesto da CDA é praticamente um dever da Administração Pública, que deve usar dos meios mais eficientes para cobrar sua dívida ativa.

[1] CNJ, PP 0004537-54.2009.2.00.0000, rel^a. Cons^a. Morgana de Almeida Richa, j. em 22/04/2010, *DJe* 08/04/2010.

[2] STJ, 2^a T., v.u., REsp 1.126.515/PR, rel. Min. Herman Benjamin, j. em 03/12/2013, *DJe* 16/12/2013

[3] BIM, Eduardo Fortunato. Protesto extrajudicial de certidão de dívida ativa (CDA): sanção política ou direito da Administração Pública? In: Fernanda Drummond Parisi; Heleno Taveira Tôres; José Eduardo Soares de Melo (Org.). *Estudos de Direito Tributário em homenagem ao Professor Roque Antonio Carrazza*. São Paulo: Malheiros, 2014, v. 3, p. 191-237.

[4] BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 71.

[5] O que é admitido até mesmo por alguns doutrinadores que são contra o protesto de CDA, como SEGUNDO, Hugo de Brito Machado. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord.). *Execução Fiscal – Pesquisas Tributárias – Nova Série (vol. 14)*. São Paulo: RT : Centro de Extensão Universitária, 2008, p. 282.

[6] PONTES, Helenilson Cunha. *O Princípio da Proporcionalidade e o Direito Tributário*. São Paulo: Dialética, 2000, p. 66.

[7] BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 75.

[8] MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 7^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 258.

[9] SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais*, n^o 798, p. 23-50. São Paulo: RT, 2002, p. 38.

[10] SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável, *Revista dos Tribunais*, n^o 798, p. 23-50. São Paulo: RT, 2002, p. 40.

Date Created

01/12/2015