

**FACULDADE DAMAS DA INSTRUÇÃO CRISTÃ
CURSO DE DIREITO**

LAILA ANGELIM

**A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DA FAZENDA PÚBLICA NA COBRANÇA DOS
CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS PRESCRITOS**

**Recife
2012**

LAILA ANGELIM

**A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DA FAZENDA PÚBLICA NA COBRANÇA DOS
CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS PRESCRITOS**

Monografia apresentada à Faculdade Damas
da Instrução Cristã como requisito parcial à
obtenção do título de Bacharel em Direito.

Área de Concentração: Ciências Jurídicas.

Orientador: Prof. Msc. Paulo Cerqueira

**Recife
2012**

Angelim, Laila.

A litigância de má-fé da fazenda pública na cobrança dos créditos tributários prescritos. / Laila Angelim: O Autor, 2012.

55 folhas.

**Orientador(a): Paulo Cerqueira
Monografia (graduação) – Faculdade Damas da Instrução Cristã. Trabalho de conclusão de curso, 2012.**

Inclui bibliografia.

1. Direito 2. Prescrição 3. Litigância de má-fé 4. Fazenda pública

340 CDU (2ªed.)

Faculdade Damas

340 CDD (22ª ed.)

TCC 2012-111

Laila Priscilla de Carvalho Angelim

**A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ DA FAZENDA PÚBLICA NA COBRANÇA DOS
CRÉDITOS TRIBUTÁRIOS PRESCRITOS**

DEFESA PÚBLICA em Recife, ____ de _____ de 2012

BANCA EXAMINADORA

Presidente: Orientador: Prof. Msc. Paulo Roberto Cerqueira

1º Examinador: Prof. Dr. (FADIC)

2º Examinador: Prof. Dr. (FADIC)

**Recife
2012**

Agradecimentos

À Deus, pela força espiritual para a realização deste trabalho. Aos meus pais, pelo orgulho de nossa caminhada, pelo apoio, pela compreensão, pelo amor e carinho ao longo deste percurso. Aos meus amigos e colegas de curso pela cumplicidade, ajuda e amizade. Ao professor Paulo Roberto Cerqueira, pela orientação deste trabalho.

Nenhuma página
jamais foi limpa.
Mesmo a mais Saara,
ártica, significa.
Nunca houve isso,
uma página em branco.
No fundo, todas gritam,
pálidas de tanto.
(Leminski)

RESUMO

Reiteradamente, sob a égide da defesa dos seus interesses e indisponibilidade dos direitos por ela tutelados, a Fazenda Pública afoga o judiciário ao argüir indevidamente a exigibilidade de créditos tributários manifestamente fulminados pelo instituto da prescrição. Nesse diapasão, embora não seja demais, certamente, supor que em iterativo comportamento o Estado Executivo obre com dolo ou culpa grave e com a intenção deliberada de prejudicar o credor. Seria de menos, ignorar os transtornos acarretados ao Estado Judiciário.

Palavras-chave: Prescrição; Litigância de má-fé; Fazenda Pública.

ABSTRACT

Again and again, under the aegis of the defense of their interests and unavailability of rights protected by it, drowning the Treasury to argue the legal enforceability of unduly tax credits evidently thunderstruck by the Institute of prescription. In this vein, although not too much, of course, assume that iterative behavior in the State Executive bout with intent or gross negligence and deliberate intent to harm the creditor. It would be less, ignore the inconvenience posed to the state judiciary.

Keywords: Prescription; Litigation in bad faith; Treasury.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	Error! Bookmark not defined.
CAPÍTULO 1 DA PRESCRIÇÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA	Error!
Bookmark not defined.	
1.1 A segurança jurídica e o papel da decadência e da prescrição....	Error! Bookmark not defined.
Bookmark not defined.	
1.1.1 Do prazo decadencial.....	Error!
Bookmark not defined.	
1.1.2 Do prazo prescricional.....	Error!
Bookmark not defined.	
1.1.2.1 Do termo <i>a quo de contagem</i> do prazo prescricional - da constituição definitiva do crédito tributário.....	Error!
Bookmark not defined.	
1.2 O Conceito de Fazenda Pública.....	17
1.3 A prescrição e a dívida ativa.....	Error! Bookmark not defined.
8	
CAPÍTULO 2 A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E SUA AMPLIAÇÃO ATRAVÉS DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO	2Error! Bookmark not defined.
2.1 O abuso de Direito.....	21
2.2 O abuso do processo e o abuso no processo.....	23
2.2.1 Critério identificador do abuso processual	Error! Bookmark not defined.
2.2.2 Os sujeitos do abuso processual.....	Error! Bookmark not defined.
2.3 Natureza jurídica da litigância de má-fé	Error! Bookmark not defined.
2.4 O princípio da probidade processual e a litigância de má-fé...	Error! Bookmark not defined.
defined.	0
CAPÍTULO 3 O PRINCÍPIO DISPOSITIVO, A EFETIVIDADE E A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO	Error! Bookmark not defined.
3.1 Princípio Dispositivo e Lealdade Processual frente à Fazenda Pública	Error! Bookmark not defined.
not defined.	5
3.1.1 Influxo do dever de Lealdade Processual sobre os sujeitos do processo.....	Error!
Bookmark not defined.	
3.2 Princípio Dispositivo e sua necessária vinculação com a Veracidade/Boa-fé.....	Error!
Bookmark not defined.	
3.3 Da ausência de efetividade no processo de execução fiscal nos casos de demanda de créditos prescritos.....	Error!
Bookmark not defined.	
3.4 A Nova Lei de Execuções Fiscais e a efetividade na cobrança do crédito público.....	40
CONCLUSÃO	42
REFERÊNCIAS	46

INTRODUÇÃO

No presente trabalho a pesquisa acontece de modo tendente a privilegiar a comunhão entre Direito Tributário e Direito Processual Civil. Em princípio, aborda-se o instituto da prescrição e da litigância de má-fé. Posteriormente, empenha-se em analisar a conduta da Fazenda Pública que em iterativo comportamento, exige do contribuinte créditos tributários manifestamente prescritos.

Ocorre que, tal comportamento mostra-se vocacionado a burlar efetividade do processo de execução fiscal, vez que acarreta problemas ao Poder Judiciário, dentre os quais o abarrotamento pela quantidade de pleitos indevidos, e lesão ao contribuinte, pois a prescrição, como exposto mais adiante, extingue o crédito tributário surgido com o lançamento.

O que se busca com a realização do mencionado trabalho é ajudar a compreender quais são esses problemas enfrentados e quais devem ser as possíveis condições para sua solução.

Até que ponto o ajuizamento - pela Fazenda Pública - de execuções fiscais de créditos tributários manifestamente fulminados pelo instituto da prescrição configuram o instituto da litigância de má-fé.

No primeiro capítulo, traz-se à baila as características do instituto da prescrição insitas na teoria geral do direito, bem como as peculiaridades da prescrição tributária. Faz-se uma reflexão acerca das consequências de tal instituto para fins de extinção do crédito tributário consubstanciado na certidão de dívida ativa.

No capítulo seguinte, será estudado o conceito do abuso de direito, da proibidade processual e da litigância de má-fé. De modo que seja possível visualizar quais as condutas e atos praticados no âmbito processual que são considerados como atentatórios à boa-fé, a finalidade e efetividade do processo.

Por fim, o último capítulo trabalhará o objetivo principal desta pesquisa, qual seja, o de perscrutar o desequilíbrio ocasionado pelos pleitos indevidos da Fazenda Nacional na cobrança dos créditos tributários prescritos, numa tentativa de enquadrá-los como abuso de direito – litigância de má-fé.

Nessa senda, passa-se à análise do Princípio Dispositivo, do dever de lealdade e veracidade processual e da (in)efetividade que logra a execução fiscal dos créditos tributários vergastados pela prescrição.

O trabalho utiliza-se da pesquisa qualitativa, operando-se pelo meio descritivo, e por sua vez, relacionando-se à prescrição, à litigância de má-fé, à conduta reiterada da Fazenda Pública na cobrança de créditos indevidos e aos efeitos deletérios ocasionados por tal comportamento.

O método toma como fulcro a análise de documentos e fatos considerados de maior relevância para a percepção da circunstância. A técnica visa observar os privilégios da Fazenda Pública em juízo, comparar as condições em que litigam as partes, descrever o cenário em que se encontra atualmente o Estado Judiciário, analisar e sintetizar o dolo ou a culpa grave com que age o Estado Executivo.

Noutro giro, o objetivo geral consiste em perscrutar, através de dados empiricamente verificados, o abuso de demandar da Fazenda Pública. Ademais, complementarmente, sondar o princípio da probidade processual, sistematizar e expor a litigância de má-fé que configura ultraje ao contribuinte e mensurar a influência negativa de se pleitear direito que inexistente, já que fulminado pelo tempo.

CAPÍTULO 1 DA PRESCRIÇÃO E SEUS DESDOBRAMENTOS EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

1.1 A segurança jurídica e o papel da decadência e da prescrição

A segurança jurídica é o mínimo de previsibilidade necessária que o Estado de Direito deve oferecer a todo cidadão, a respeito de quais são as normas de convivência que ele deve observar e com base nas quais pode travar relações jurídicas válidas e eficazes.

Os indivíduos têm o direito de poder contar com o fato de que aos seus atos ou às decisões públicas concernentes a seus direitos, posições ou relações jurídicas fundadas sobre normas jurídicas válidas e em vigor, se vinculem os efeitos previstos e assinados por estas mesmas normas.

Ao lado de tal princípio anda um instituto de igual importância, a preclusão.

Pois, os atos jurídicos sujeitos a tempo certo, se não praticados, precluem. Os direitos se não exercidos no prazo assinalado aos seus titulares pela lei, caducam ou decaem.

As ações judiciais, quando não intentadas no espaço de tempo prefixado legalmente, prescrevem. Se um direito, para aperfeiçoar-se depende de um ato jurídico que não é praticado (preclusão), acaba por perecer.

As divergências doutrinárias acerca da distinção entre prescrição e decadência decorrem da ausência de um critério seguro para diferenciar os dois institutos. Parece-nos, porém, inaceitável o critério segundo o qual a prescrição atingiria a ação e a decadência o direito. É de se concordar com os autores que afirmam ser a prescrição um instituto que, assim como a decadência, atinge o direito material. (FREITAS CÂMARA, p.309)

Se um direito não auto-executável precisa de uma ação judicial para efetivar-se, não proposta esta ou proposta a destempo, ocorre a prescrição, gerando a oclusão do direito.

Como bem observa Silvia Maria Benedetti Teixeira:

Os princípios informadores do nosso sistema tributário não se coadunam com a prescrição indefinida. Assim, após o decurso de determinado tempo, sem promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo-se segurança jurídica aos litigantes e a paz social. Seria de difícil compreensão admitir-se a possibilidade de existência de eternas discussões em torno de questões, quando já passado lapso temporal razoável. A lei pune com a prescrição a inércia prolongada, fruto da negligência do titular do direito. A prescrição é instituto jurídico que põe fim ao direito de ação do titular do direito, em virtude de sua inércia (TEIXEIRA, 2008, p. 102).

Destarte, infere-se que tanto a prescrição como a decadência são institutos que revelam a importância do tempo para o direito, aplicações decorrentes do brocardo romano *dormientibus non succurrit ius*.

E admitindo que o desenvolvimento das relações jurídicas não se põe imune aos efeitos inexoráveis do tempo - a fim de que se preserve a paz social, a estabilidade das relações e a segurança jurídica, deve-se reconhecer a ocorrência de tais institutos.

1.1.1 Do prazo decadencial

Como se sabe há direitos materiais subjetivos (aos quais correspondem um dever jurídico, como o direito de crédito) e potestativos (ou de formação, aqueles aos quais corresponde uma sujeição de um dos sujeitos da relação jurídica).

Como se vê, a pretensão decorre de uma lesão, correspondendo a uma exigência feita pelo alegado credor contra o suposto devedor, sendo pertinente, a propósito, aludir a uma divisão clássica havida entre os direitos a uma prestação e aqueles que visam à modificação da situação jurídica existente, que são os chamados direitos potestativos, exercitados, por exemplo, nas demandas constitutivas ou anulatórias, não dependendo da vontade da parte contrária. (CUNHA, 2011, p. 75)

Somente os primeiros (direitos a uma prestação) é que são susceptíveis de lesão, concretizada com inadimplemento ou com o não cumprimento da prestação.

Já os direitos potestativos, “por sua própria natureza, já que não se dirigem contra uma obrigação, mas se exaurem no poder jurídico de produzir um efeito jurídico, e se exercitam com uma simples declaração de vontade”, com ou sem o concurso de sentença judicial, não podem ser lesados por ninguém.

A decadência é verdadeiramente a perda do direito potestativo pelo decurso do tempo. O mero fato de ter decorrido o prazo decadencial faz com que pereça o direito potestativo. (FREITAS CÂMARA, p. 297)

Na esfera tributária, a lei descreve um fato e atribui a este o efeito de criar uma relação jurídica entre alguém e o Estado. Enquanto se encontra apenas na esfera da previsão legal, temos apenas a hipótese de incidência.

Ocorrido o evento, concretizando o fato que a lei previa como uma possibilidade (hipótese de incidência), surge o fato gerador, o fato imponível, o nascimento da obrigação tributária.

Tal obrigação somente se torna exigível com o lançamento (art. 142 do CTN), que é o procedimento administrativo destinado a tornar líquida a obrigação nascida com a ocorrência do fato gerador.

A Fazenda, então, tem 5 (cinco) anos para constituir o crédito tributário por meio do lançamento, sob pena de decadência. Conta-se o prazo do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que poderia ter sido efetuado, que é a ocorrência do fato gerador, ou da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado – art. 173 do CTN.

Quanto aos tributos sujeitos ao lançamento por homologação – CTN, art. 150, § 4º - o Fisco dispõe de prazo menor para lançar eventual diferença apurada, ou seja, o prazo de decadência será de 5 (cinco) anos contados da data do fato gerador e não do primeiro dia do exercício seguinte.

Caso o contribuinte sujeito ao lançamento por homologação deixe de cumprir a sua obrigação, não prestando as informações necessárias ao autolancamento, o prazo para o Fisco efetuar o lançamento volta a ser o de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte ao do fato gerador. (CHIMENTI, 2008, p. 47)

Nos casos de débito declarado, vencido o prazo sem pagamento, passa-se a correr o prazo prescricional. A decadência do direito de lançar o tributo ficou superada com a declaração do contribuinte, conforme tem decidido o Superior Tribunal de Justiça.

1.1.2 Do prazo prescricional

Tradicionalmente, entre os doutrinadores brasileiros estabeleceu-se o critério segundo o qual a prescrição consistiria na perda ou extinção do direito de ação.

Conforme o entendimento de parcela doutrinária da vertente concretista, a prescrição tributária é a perda do direito da Fazenda Pública de ajuizar ação de cobrança relativamente ao crédito não pago, pelo decurso do tempo que leva ao perecimento da ação que tutela um direito sem a propositura da mesma.

Pois, conforme disposto no Código Tributário Nacional (CTN), a prescrição é causa extintiva do próprio crédito tributário e, se não há mais o crédito porque atingido este pela prescrição, não há falar em impossibilidade de reconhecer a prescrição do crédito tributário porque se estará tratando de direito material prescrito.

Assim, infere-se que a prescrição tributária vai além de uma mera defesa do contribuinte, tornando-se causa de extinção do próprio crédito tributário, e por conta disso, aproxima-se fortemente da própria decadência.

Neste sentido se posiciona Hugo de Brito Machado:

Se a prescrição atingisse apenas a ação de cobrança, mas não o próprio crédito tributário, a Fazenda Pública, embora sem ação para cobrar seus créditos depois de cinco anos devidamente constituídos, poderia recusar o recebimento de certidões negativas aos respectivos sujeitos passivos. Mas como a prescrição extingue o crédito tributário, tal recusa obviamente não se justifica (MACHADO, 2006, p. 236).

Dessa forma, a prescrição é o modo pelo qual se extingue um direito - não apenas a ação, pela inércia do titular durante certo lapso de tempo.

Segundo o artigo 156 do CTN, a prescrição é causa extintiva do crédito tributário e define-se como fato jurídico que determina a perda do direito subjetivo de ajuizamento da ação de execução (fiscal) do valor do tributo.

Se há prescrição desaparece o direito de pleitear a intervenção do Judiciário, diante da falta de capacidade defensiva que lhe foi retirada em consequência do não uso dela durante certo interregno, atingido pela força destrutiva do tempo.

Havendo a prescrição, nula será a ação executiva - artigo 618, I, Código de Processo Civil (CPC) e extinto estará o crédito tributário - artigo 156, V, CTN. Assim, a prescrição, de modo indubitado, extingue o crédito tributário surgido com o lançamento.

Entretanto, a idéia de que em verdade, a ação nada mais é do que o direito de perseguir em juízo o que nos é devido, constitui o sustentáculo de uma teoria captaneada por Savigny que reputava a violação, a lesão do direito, um pressuposto essencial da ação.

Enfocando a ação como o próprio direito subjetivo a reagir contra ameaça ou contra a própria violação, a ponto de se identificar como algo imanente ao próprio direito material, que não possuía autonomia e identificação próprias, tal teoria passou a ostentar denominação de teoria clássica, civilista ou imanentista da ação. (CUNHA, 2002, p. 36-54)

Em verdade, havia duas correntes civilistas sobre o conceito de ação: a) a que identificava a ação como o próprio direito subjetivo material - *actio* (ação potencial) e b) a que corporificava num direito dependente ou nascido daquele, a partir da violação - *actio nata* (ação atual).

Com a autonomia do Direito Processual, a ação deixou de identificar-se com o próprio direito subjetivo material, não sendo mais a materialização de um direito dependente ou nascido daquele, a partir da violação. Passou-se a ser feita a distinção entre pretensão e ação.

O direito subjetivo, a partir de quando passa a ser exigível, dá origem à pretensão. De fato, a partir da exigibilidade do direito, surge ao seu titular o poder de exigir do obrigado a realização do direito, caracterizando a pretensão. Tal exigência, contudo, não comporta qualquer ação, de modo que ao exercer a pretensão o sujeito não haja contra ninguém; apenas exige a realização do direito, limitando-se a aguardar a satisfação por parte do destinatário. (SILVA, 1996, 50-90)

Noutro giro, no exercício da pretensão o titular do direito apenas exige o seu cumprimento, aguardando o respectivo atendimento pelo obrigado. Na ação, não há tal atitude passiva de espera do cumprimento, despontando a prática de atos conducentes à realização ou concretização do direito.

Todavia, o exercício dessa ação de direito material pelo próprio titular do direito é vedado pelo sistema jurídico pátrio, cabendo ao Judiciário o monopólio desta atividade. Somente compete ao Estado a prática de atos materiais voltados à satisfação do direito.

Acontece que, para a realização da ação de direito material, o Estado precisa ser provocado, o que é feito por meio da ação de direito processual. Significa que ao exercer a ação de direito processual, o sujeito provoca o Estado para que, exercendo a jurisdição – com a declaração do direito aplicável à espécie – possa, em seguida, estratificar a prática de atos concretos que corporificarão a ação de direito material. (CUNHA, 2011, p. 74)

O ajuizamento da demanda que verse sobre direitos a uma prestação depende da presença de uma pretensão, ou seja, de um alegado direito subjetivo exigível. E essa pretensão, via de regra, subordina-se a um prazo, dentro do qual deve ser exercida. Tal prazo é a prescrição, cujo significado indica a perda da pretensão.

Assim, é de se concordar ser a prescrição um instituto que atinge o direito material. Esta é a única conclusão a que pode chegar quem defenda uma concepção abstrata do poder de ação.

O poder de ação é abstrato, o mesmo existe ainda que o demandante não tenha o direito material afirmado na demanda.

1.1.2.1 O termo *a quo* de contagem do prazo prescricional - a constituição definitiva do crédito tributário

Fixar o termo inicial da prescrição resume-se no exame do momento em que se tem por constituído definitivamente o crédito tributário, pois está expresso no artigo 174 do CTN que “a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data de sua constituição definitiva”.

Assim, o termo *a quo* da contagem do quinquênio prescricional se dá na constituição definitiva do crédito tributário. Sacha Calmon Navarro Coelho assevera que:

A data da constituição definitiva do crédito tributário, devemos entendê-la como sendo aquela em que o lançamento tornou-se definitivo, insusceptível de modificação pelos órgãos incumbidos de fazê-lo. (SACHA CALMON, 2008, p. 834)

A expressão constituição definitiva do crédito tributário, todavia, não é de fácil interpretação. Prefere-se defini-la, assim, a partir do contexto de definitividade como a eficácia que torna indiscutível o crédito tributário.

Diversos são os posicionamentos acerca do momento em que se tem por constituído definitivamente o crédito tributário: 1) na notificação do sujeito passivo para pagar ou impugnar o lançamento; 2) na decisão de primeira instância administrativa; 3) na decisão de segunda instância administrativa; 4) na decisão irreformável na esfera administrativa; 5) na inscrição na dívida ativa.

Parcela considerável fixa a posição mencionada no item 5, sustentando que o processo administrativo só termina com a decisão administrativa irreformável, quer por esgotamento dos recursos previstos em lei, quer pelo decurso do prazo recursal, sem interposição de recurso.

A *definitividade* não decorre do fato gerador ou da própria obrigação tributária, mas do momento em que não mais for admissível ao Fisco discutir, administrativamente, a seu respeito. Desse modo, identificado o marco temporal de definitividade, contar-se-á o prazo de cinco anos para a propositura em tempo da execução fiscal (SABBAG, 2009, p. 743).

Daí se afirmar com boa dose de segurança, que, enquanto viger uma causa de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, não poderá a Administração Pública exercer quaisquer atos executórios - inscrição em dívida ativa e proposição da ação executiva, tendentes à efetivação de seu direito subjetivo.

É relevante enaltecer que a constituição definitiva do crédito tributário ocorre em datas distintas, conforme o comportamento do contribuinte, em face do lançamento. Assim, se o contribuinte após o lançamento não procura impugnar o débito, desprezando-o por completo,

a constituição definitiva do crédito tributário ocorrerá ao término do prazo permitido para a protocolização da defesa administrativa.

Na esfera federal administrativa, o processo administrativo fiscal é regido pelo Decreto nº 70.235/72, em cujo artigo 15 consta o prazo de 30 (trinta) dias para a protocolização da impugnação administrativa. Portanto a constituição definitiva do crédito tributário ocorrerá após o prazo cabível de 30 dias, a contar da intimação do lançamento, ou seja, no 31º dia após a notificação de lançamento. A partir desse ponto, iniciar-se-á o lustro prescricional.

Por outro lado, se o contribuinte impugnar o débito na via administrativa, inaugurando a fase contenciosa do lançamento, a constituição definitiva do crédito tributário ocorrerá com a última decisão administrativa, da qual não caiba mais recurso.

Veja que a notificação, por si só, conquanto designe documentalmente a constituição do crédito tributário, não tem o condão de indicar que ele estará definitivamente constituído.

Resumidamente, o termo *a quo* da contagem do prazo quinquenal de prescrição será a data da notificação do lançamento, caso não se verifique a protocolização de impugnação administrativa do lançamento, ou a data da notificação da decisão administrativa final, mantendo total ou parcialmente o tributo exigido.

Se é verdade que o lançamento é um procedimento administrativo, não é menos verdade que, no final deste procedimento, tendente a verificar a ocorrência do fato gerador, determinar a matéria tributável, calcular o montante devido e identificar o sujeito passivo, haverá sempre um documento exteriorizador desses atos, que é o lançamento tributário, o qual tem natureza de título jurídico abstrato com eficácia preclusiva. (HARADA, 2005, p. 48)

Não negamos que o autocontrole da Administração se estenda ao ato da inscrição do crédito tributário em dívida ativa.

Os funcionários públicos legalmente investidos dessa específica competência podem decidir que o crédito não é bom e anulá-lo *ex-officio*. Veja-se, só para exemplificar, a inscrição de um crédito já lançado e revisado em regular processo administrativo, porém eivado de inconstitucionalidade por decisão posterior, mas tempestiva do Supremo Tribunal Federal, considerando nula a lei ou o artigo de lei em que se baseara.

É natural que a administração anule o crédito ou pelo menos o inscreva em dívida ativa, mas não extraia a certidão de dívida ativa, à espera de uma sempre possível, ainda que improvável, ação rescisória do julgado.

O crédito neste caso, já está constituído. Só falta o título executivo.

Imagine-se ainda que, depois de efetivado o lançamento e formalizando o crédito para a Administração, esta postergue a sua inscrição, delongando, assim a fixação do *dies a quo* do prazo prescricional. A inscrição em dívida ativa poderia ser usada maleficamente.

A tese a adotar é simples. Não pode ficar ao arbítrio da Administração decidir o *dies a quo* do prazo prescricional que a prejudica.

1.2 O conceito de Fazenda Pública

Em sentido léxico Fazenda Pública é o nome genérico dado às finanças federais, estaduais ou municipais, conhecido também como erário ou fis. Considerado como aspecto financeiro do Estado, destina-se a todas as pessoas de direito público.

Segundo De Plácido e Silva Fazenda Pública é

A denominação genérica a qualquer espécie de fazenda, atribuída as pessoas de direito público. Nela assim se computam a Fazenda Federal, Estadual, Municipal. E, desta forma, Fazenda Pública é sempre tomada em amplo sentido, significando toda soma de interesse de ordem patrimonial ou financeira, da União, dos Estados federados ou dos Municípios, na que, sem distinção, todas se compreendem na expressão. Os administradores da Fazenda Pública são o Ministro da Fazenda, em relação à federal, e os Secretários da Fazenda ou prefeitos, em relação as demais. Nas ações judiciais, representam-se pelos procuradores ou advogados instituídos, seja como funcionários públicos, seja como meros mandatários. Dizem-se também, procuradores dos feitos da Fazenda, quando exercem o cargo em caráter efetivo e de função pública. (De Plácido e Silva, 2002, p. 351)

Com o uso frequente deste termo, passou-se a utilizá-lo em sentido mais lato, traduzindo a atuação do estado em juízo. Sobre o tema José Leonardo Carneiro da Cunha dispõe

No Direito Processual a expressão Fazenda Pública contém o significado de Estado em juízo. Daí porque quando se alude a Fazenda Pública em juízo, a expressão apresenta-se como sinônimo do Estado em juízo ou do ente público em juízo, ou ainda, da pessoa jurídica de direito público em juízo. (CUNHA, 2007, p.15)

Esclarece Hely Lopes Meirelles que

A administração Pública quando ingressa em juízo por qualquer uma de suas entidades estatais, por suas autarquias, por suas fundações públicas ou por seus órgãos que tenham capacidade processual, recebe a designação tradicional de Fazenda Pública, porque seu erário é que suporta os encargos patrimoniais da demanda. (Meirelles, 1998, 590)

Destarte, vale frisar que os entes que não estão inseridos no conceito de Fazenda Pública são as sociedades de economia mista, a exemplo do Banco do Brasil e as

empresas públicas, como a Caixa Econômica Federal que, por mais que sejam constituídas por recursos públicos, são pessoas jurídicas de direito privado, não podendo gozar das prerrogativas referentes aos entes da Fazenda Pública, ficando, dessa maneira, sujeitos à execução na forma prevista para as pessoas jurídicas de direito público.

1.3 A prescrição e a dívida ativa

O tema “dívida ativa”, além de ser regulado nos arts. 201 a 204 do CTN, possui tratamento privilegiado em inúmeros outros diplomas legais. Destacamos, neste sentido, a Constituição (art. 131, §3º), a Lei nº 4.320, de 1964 (art. 39) e a Lei nº 6.830, de 1980 (arts. 2º e 3º).

A inscrição dos créditos da Fazenda Pública, tributários ou não, apura sua certeza e liquidez, observados os requisitos do artigo 202 do CTN e do artigo 2º, §3º da Lei 6.830/80. Ele é documentado pela Certidão de Dívida Ativa (CDA). Esse título executivo, objeto da previsão do artigo 585, VI e destacado pela anormal circunstância de ser criado unilateralmente pelo credor, embora em atividade administrativa vinculada, se executará por rito expropriativo especial (Lei 6.830/80), e suscitará várias questões. (BALEEIRO, 1987, p.626)

Na Constituição, o assunto aparece para consagrar uma das mais relevantes competências da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional. Estabeleceu, o constituinte, que cabe ao referido órgão a execução judicial da dívida ativa da União de natureza tributária. Algumas das conseqüências da constitucionalização do tema serão adiante destacadas e detalhadas.

A Lei no 4.320, de 1964, diploma regulador das normas gerais de direito financeiro, determina que os créditos das Fazendas Públicas não pagos serão inscritos num registro específico “como Dívida Ativa”. O mencionado diploma legal chega a classificar explicitamente a Dívida Ativa como Tributária e Não-Tributária.

Os créditos não tributários, contemplados o artigo 39, § 2º da Lei. 4.320/64, decorrem de quaisquer dívidas de particulares com a Fazenda Pública. E os créditos tributários resultam da falta de pagamento de tributos e seus encargos. O objetivo da lei, expresso no artigo 2º, §1º da Lei 6.830/80, consistiu em equiparar ambas as espécies para efeitos de tutela executiva. (PACHECO, 1981, p. 21)

No primeiro caso, temos os créditos, as penalidades e os adicionais pecuniários previstos na legislação tributária. Já no segundo caso, conforme a letra da lei, temos “os demais créditos da Fazenda Pública”.

A Dívida Ativa Tributária se origina, a teor do art. 201 do CTN, 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. (ASSIS, 2004, p. 185)

A Lei no 6.830, de 1980, que trata da execução judicial para cobrança da Dívida Ativa das Fazendas Públicas, conforme os termos de seu artigo 1º, reitera expressamente, no artigo 2º, as definições da Lei no 4.320, de 1964, quanto à Dívida Ativa, sua natureza e subdivisão em Tributária e Não-Tributária.

De seu turno, a dívida atina não tributária, conforme o artigo 39, § 2º da Lei 4.320/64, abrange os créditos resultantes de obrigações vencidas e previstas em lei, regulamento ou contrato (art. 52). Segundo algumas opiniões, a apuração dos créditos não tributários fica à “inteira discricção das leis administrativas”. (FLAKS, 1984, p. 63)

Dívida ativa é o crédito público não extinto notadamente por pagamento, e não afetado por nenhuma causa de suspensão de exigibilidade, integrado ao cadastro identificado pelo mesmo nome mediante ato administrativo próprio denominado de inscrição. Se o crédito for de natureza tributária teremos a Dívida Ativa Tributária, de que trata o art. 201 do Código Tributário Nacional.

Assim, os elementos inafastáveis na idéia de dívida ativa são: (a) crédito público; (b) ausência de causa extintiva ou suspensiva (da exigibilidade); (c) inscrição e (d) integração a um cadastro específico.

A inscrição do crédito tributário em dívida ativa ocorre pelo inadimplemento da obrigação tributária nascida com o fato gerador. Isso quer dizer que o crédito tributário não suspenso, não extinto ou não excluído, poderá como resposta à necessidade da cobrança judicial do sujeito ativo, ser inscrito em dívida ativa.

Tal procedimento tem o condão de conferir exequibilidade à relação jurídico-tributária. Desse modo, a dívida ativa pode ser definida como o crédito tributário inscrito.

Inicialmente, conterà ele, sob pena de nulidade, a completa indentificação dos sujeitos passivos da obrigação, ou dos seus responsáveis, e a residência ou domicílio de um e de outros. Embora exista quanto ao último ponto, alternativa em favor da Fazenda, consistente na ulterior emenda, as incorreções também implicam nulidade, quando provocarem prejuízos à defesa administrativa. (LIMA, 1984, p. 41)

Após a inscrição inicia-se o cenário hábil à propositura da ação judicial de cobrança, de nome Ação de Execução Fiscal, conforme a Lei 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais –

LEF). Como resposta a essa ação judicial, poderá o contribuinte, após a garantia do juízo, a ser prestada no prazo de 30 dias, opor Embargos à Execução, numa tentativa de extinguir a execução fiscal preexistente.

A prescrição desta ação é de 5 (cinco) anos, contados do dia em que o lançamento passa a ser definitivo (arts. 145 e 150, § 4º, CTN). O *executivo fiscal* é documentado pela certidão do termo de inscrição em dívida ativa do Fisco.

Impende salientar que uma das peculiaridades do Direito Tributário reside em poder o Erário, como credor, criar seu próprio título de crédito contra o devedor, diferentemente do Direito Privado, no qual, para cobrar a dívida executivamente o credor exhibe título assinado ou emitido pelo devedor, formado bilateralmente.

CAPÍTULO 2 A LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ E SUA AMPLIAÇÃO ATRAVÉS DO DESENVOLVIMENTO DA TEORIA DO ABUSO DE DIREITO

2.1 O abuso de direito

Os sujeitos do processo devem comportar-se de acordo com a boa-fé, que nesse caso, deve ser entendida como uma norma de conduta (boa-fé objetiva). Esse é o princípio da boa-fé processual, que se extrai do texto do inciso II do art. 14 do CPC.

O inciso II do art. 14 do CPC brasileiro não está relacionado com a boa-fé subjetiva, à intenção do sujeito processual, trata-se de norma que impõe condutas em conformidade com a boa-fé objetivamente considerada, independentemente da existência de boas ou más intenções. (NORONHA, 1994, p. 173)

Na doutrina brasileira não é comum a menção a uma boa-fé objetiva processual. Tal princípio extrai-se de uma cláusula geral processual. A opção por uma cláusula geral de boa-fé é a mais correta, pois a infinidade de situações que podem surgir ao longo do processo torna pouco eficaz qualquer enumeração legal exaustivas das hipóteses de comportamento desleal.

Bem aplicado esse princípio, pois serve à proteção dos direitos subjetivos dos litigantes, pois a eficácia das garantias fundamentais do processo impõe um juiz tolerante e partes que se comportem com lealdade. (GRECO, 2008, p. 49)

Já estabelecida como um dever, a lealdade processual está diretamente ligada ao comportamento e, com isso, pressupõe a necessidade de ser enquadrada dentro do ordenamento jurídico como uma licitude.

Se muitos comportamentos são praticados perante o processo com base não somente em deveres, como também em direitos, pode-se perceber que, em alguns momentos podem eles (os direitos) ser extrapolados em seu exercício, merecendo preocupação porque vem a provocar prejuízos que devem ser censurados.

O abuso de direito é um ato ilícito, que consiste no exercício irregular ou anormal do direito, de modo a prejudicar alguém. (BEVILAQUA, 1975, p. 276)

Por certo, é possível constatar que a teoria do abuso do direito surgiu com a evolução do problema apresentado pela responsabilidade civil que apareceu timidamente.

Condenando aqueles atos de emulação, em que o titular do direito o exerce apenas para prejudicar terceiros e, desenvolveu-se ao ponto de considerar também abusivos os atos que, embora sem a intenção de prejudicar, causavam dano em virtude de o titular usar seu direito de maneira inconsiderada, além daqueles outros em que o direito é usado sem interesse legítimo. (RODRIGUES, 1989, p. 338)

O abuso de direito tem sólida construção doutrinária no plano do Direito Civil, ligado diretamente à prática de atos lícitos/ilícitos e sua medida. Nesse passo, o Código Civil vigente trata dos atos ilícitos, ressaltando a situações do art. 188, provoca a argumentação doutrinária no sentido de estabelecer os excessos, configuradores de um abuso.

O abuso do direito significa, em uma palavra, o exercício incorreto de determinado direito subjetivo, avaliado sob o prisma do fim ou da finalidade, que se consubstancia no valor. (ANDRADE, 2004, p. 116)

Sabe-se que a norma jurídica encerra em seu conteúdo, além de um dever jurídico, um determinado valor. Para considerável parcela da doutrina abalizada, o abuso de direito representa a violação, consciente ou inconsciente do valor jurídico definido na Lei, mas não da estrutura jurídica-formal da norma.

Mesmo no caso de abuso de direito intencional – não há a intenção direta de causar dano, senão que ocorre unicamente a violação consciente de um valor definido em norma jurídica, violação da qual poderá sobrevir dano, cuja ocorrência, entretences, o titular do direito (e causador do dano) não almejava, e sequer previra – ou se almejava e previra, o Direito não terá condições de aferir em face de uma limitação que lhe é natural e que se refere à estrutura jurídico formal da norma, que por manter-se incólume, não dá azo a que se perscrute da presença do elemento subjetivo que se revela no dolo (e também na culpa), somente caracterizado no plano do Direito e do direito positivo quando há a violação do comando normativo. (ANDRADE, 2004, p. 108)

Se no ato ilícito há sempre a violação da boa-fé, com maior intensidade (no dolo), ou menor grau (na culpa), no abuso de direito ela, à vista do exposto, jamais ocorreria, ou mais propriamente, não pode ser captada no plano jurídico, visto que quem pratica um ato abusivo cumpre a norma; e se o faz, ao Direito afigura-se impossível investigar o motivo ou o *animus* que determinara a realização da conduta.

Entretanto, é fácil constatar que o princípio da boa-fé é a fonte normativa da proibição do exercício inadmissível de posições jurídicas processuais, que podem ser reunidas sob a rubrica do abuso de direito processual.

Além disso, o princípio da boa-fé objetiva processual torna ilícitas as condutas animadas por má-fé.

A cláusula geral de boa-fé objetiva processual implica, entre outros efeitos, o dever de o sujeito processual não atuar imbuído de má-fé, considerada como fato que compõe o suporte fático de alguns ilícitos processuais. (DIDIER JR. 2011, p. 71)

Mesmo que não houvesse texto normativo expresso na legislação infraconstitucional, o princípio da boa-fé processual poderia ser extraído de outros princípios constitucionais. A exigência de comportamento em conformidade com a boa-fé pode ser encarada como conteúdo de outros direitos fundamentais.

2.1.1 O abuso do processo e o abuso no processo

Desde o primeiro Código de Processo Civil Unificado Brasileiro em 1939, o Brasil definiu, de forma estruturada, soluções legislativas para os atos de abuso no processo. O código de 39 tratava da matéria já em seu art. 3º, que dispunha que a parte responderia por perdas e danos se intentasse abusivamente demanda ou defesa.

Embora com diversos traços comuns ao abuso de direito material, o abuso de direito processual, à luz do Código de 1939, merecia da doutrina análise que lhe destacava contornos e detalhes próprios.

O abuso de direito tende a incidir mais no processo do que nos institutos de direito privado, tendo em vista a direta existência de conflitos de interesses, a exigência de tempo e providências para solução de litígios. (CASTRO FILHO, 1939, p. 136)

Catalogavam-se como modalidades do referido abuso em relação ao processo civil: 1) o dolo, a respeito do qual se distinguia o dolo substancial e o instrumental; 2) a temeridade; 3) a fraude; sob as formas de processo aparente e simulado; 4) a emulação; 5) o capricho; 6) o erro grosseiro; 7) a violência; 8) a protelação do feito; 9) a falta ao dever de dizer a verdade e; 10) o anormal uso do poder de disposição do processo.

Com o advento do código de 1973 e suas inúmeras reformas, o direito processual brasileiro passou a regular o fenômeno do abuso do processo de maneira praticamente completa, porém de forma irregular e dispersa, sob nomenclatura variada e despropositada.

O CPC de 1973, originariamente não dispôs expressamente sobre abuso de direito processual, indicando como regra ética o princípio da lealdade, consagrado pelo art. 14, II, prevendo especificamente para as partes, comportamentos taxados como litigância de má-fé. Mas não é pela ausência expressa do abuso do direito que o mesmo deixou de ser aplicado, até porque implicitamente, algumas figuras relativas à má-fé incorporam a preocupação de vedar abusos praticados no plano processual. (IOCOHAMA, 2006, p. 146)

Embora em uma concepção pura de linguagem técnica, os termos ou expressões utilizados tenham significados ou peculiaridades diferentes, na legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras o tema geral do abuso no processo é tratado com diversas denominações, dentre elas: abuso do direito, abuso do processo, dano processual, litigância de má-fé, fraude, ato atentatório à dignidade da justiça, ato atentatório ao exercício da jurisdição, *contempt of court* e ilícito processual.

Há em verdade um limite muito tênue entre o que se pode considerar como uso normal de um direito e como abuso em seu exercício. É que os direitos, como observa o polímático Pontes de Miranda, topam uns nos outros, cruzam-se, molestam-se, têm crises de lutas e de hostilidades, e que “exercendo o meu direito, posso lesar a outro, ainda se não saio do meu direito, isto é, da linha imaginária que é o meu direito” (ANDRADE, 2004, p. 55).

Normalmente se considera como fenômeno único ou ao menos se estuda em conjunto os dispositivos que visam a coibir o abuso no direito de demandar, o abuso no direito de defesa, a má-fé processual, o ato atentatório ao exercício da jurisdição e as obrigações decorrentes da sucumbência.

Mais comum, no entanto, é o instituto da má-fé processual, cujas condutas são expressamente definidas no Código de Processo Civil, sendo punível aquele que litiga segundo essa motivação.

De fato, a lealdade processual está intimamente ligada ao tema abuso de direito, mas este não pode ser confundido com a deslealdade processual ou mesmo a litigância de má-fé, representando apenas parte da sua configuração. (LEÃO, 1986, p. 13)

A litigância de má-fé é instituto contemplado pelo direito processual civil brasileiro, destinado pelo Código de Processo Civil vigente a coibir a chicana, a lide temerária.

Litigante de má-fé é, pois, a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbus*

litigator, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente o andamento do processo procrastinando o feito.

É com razão que o fundamento da indenização e dos danos que o juiz reconhece no caso da litigância de má-fé não se baseia em razões de equidade, nem decorre da aplicação da teoria do abuso de direito, mas resulta de uma atividade ilícita caracterizada pela violação de deveres processuais. (ZANI, 1931, p. 26)

O Código de Processo Civil atual dedica um de seus primeiros capítulos (Capítulo II do Título II do Livro I) ao que denomina “Dos deveres das partes e dos procuradores”.

A primeira seção deste capítulo é dedicada à descrição dos deveres, enquanto a segunda trata da responsabilidade das partes por dano processual. Em complemento, diversos outros dispositivos tratam da matéria, sendo fixadas as condutas inadmissíveis e suas respectivas penas.

Todavia, nota-se claramente que as condutas inadmissíveis previstas são elaboradas como tipos abertos, pois não indicam, com a precisão necessária, em que consistem e quais seriam seus elementos intrínsecos, para que se possa chegar com objetividade à aferição da conduta e sua eventual subsunção à norma proibitiva.

Aquele portanto, que age, obedecendo apenas os limites objetivos da lei, mas que no exercício do direito, que lhe confere o preceito legal, viola os princípios da finalidade econômica e social da instituição, da sua destinação, produzindo o desequilíbrio entre o interesse individual e o da coletividade, abusa de seu direito. Distinguem-se pois, as esferas do ato ilícito e do ato abusivo, ambos geradores de responsabilidade; naquele a transgressão é dos limites objetivos traçados pela própria lei, negando-se ou exercendo-se ao direito; no ato abusivo há obediência apenas aos limites objetivos do preceito legal, mas fere-se ostensivamente a destinação do direito, o espírito da instituição. (LIMA, 1956, p. 26)

Reforça-se, em sinal de advertência, que, certa ou errada, a doutrina brasileira trata dos atos atentatórios ao exercício da jurisdição (*contempt of jurisdiction*) e dos atos atentatórios à dignidade da justiça (*contempt of court*) em conjunto com o estudo do abuso processual, embora aqueles sejam mais propriamente atos de descumprimento ou embaraço de ordem judicial e não atos processuais com o fim de fraudar, protelar ou outro escopo incompatível com a ética que se espera dos litigantes.

Primeiramente, parece importante distinguir as noções entre abuso do processo e abuso no processo.

O primeiro supõe abusar do direito à jurisdição, do direito ao acesso à justiça, do direito de ação, importando nos seguintes excessos: a) o processo é desnecessário (cobra-se um

crédito que o devedor não deve satisfazer); b) o processo é manifestamente infundado, sendo evidente *ab initio* a desrazão do autor; c) o processo é desvirtuado (denúncia fraudulenta para formar a solução e forçar a cobrança de um crédito); d) o processo é excessivo (por exemplo, a eleição de uma via mais ampla, lenta e custosa quando bastaria outra mais breve).

Ao lado de uma impressão geral sobre a existência do problema relativo ao abuso do processo, nem sempre o tratamento dado ao mesmo tem merecido uma mesma abordagem, ou até que tenha recebido considerável preocupação, tendo os vários sistemas enfrentado o problema em modos e perspectivas diversas. (TARUFFO, 1999, p. 151)

Se trata sempre do exercício abusivo do direito de ação, mas fragmentado nos diversos momentos de um juízo: todas aquelas condutas dos sujeitos processuais que impliquem em disfuncionalidade ou que importem em agravos à boa-fé, lealdade e probidade processuais.

Todas as condutas processuais, que implicam abuso do ou no processo, podem conter o ingrediente subjetivo da malícia, temeridade, ou descuido inescusável: na terminologia civil, dolo ou culpa. Mas estes componentes subjetivos não são indispensáveis, basta que se comprove a existência de um desvio ou de um excesso no exercício dos direitos subjetivos públicos processuais.

2.1.2 Critério identificador do abuso processual

Existe uma corrente para a qual toda consideração sobre a teoria do abuso dos direitos não pode deixar de levar em conta o elemento subjetivo da conduta deflagrada pelo agente, agregando que tanto o *animus nocendi* (intenção de prejudicar) como o *animus vexandi* (intenção de vexar) elecam o rol para determinar a tipificação no ou do ato abusivo.

Hoje, no entanto, adquire relevância a doutrina das teses funcionais que reconhece sua origem nos conceitos de Josserand, como critério identificador do abuso nas vias processuais. De conformidade com este critério, um ato é abusivo independentemente de toda intencionalidade dolosa ou culposa quando se desvia do fim preceituado no ordenamento do direito exercido.

Isto supõe como único requisito que a exteriorização do ato haja provocado um dano jurídico.

Esta tese é mais ampla que o princípio da moralidade que impõe o dever de atuar com lealdade, probidade e boa-fé, e permite apenas, sancionar as condutas qualificáveis como dolosas ou culpáveis.

Miguel Serpa Lopes sintetiza as teorias subjetivas e objetivas que discutem a caracterização do abuso de direito.

Para as primeiras (subjetivas), vê-se na intenção de prejudicar o ponto fundamental para configurar a responsabilidade pelo prejuízo causado por aquele que usa de seu direito, seja querendo causá-lo, seja tendo ciência das possibilidades de provocá-lo. Para as segundas (objetivas), procura-se separar o interesse do agente na sua prática.

Se determinada a responsabilidade sem que haja tal interesse, não há maiores discussões sobre a responsabilidade (que então é aplicada por força da respectiva positivação).

Quando porém, ocorre o abuso de direito por força de interesse do agente, as teorias objetivas divergem, ora adotando o “motivo legítimo” para configurá-lo, ora adotando uma culpa “quase-delictual”, configurada como um “erro de conduta em que não incidiria um indivíduo colocado nas mesmas circunstâncias externas em que se encontrava o acusado”. Dessa maneira, afirma o autor que

Não se pode negar um certo valor a cada um dos critérios oferecidos para a caracterização do abuso do direito. A intenção de prejudicar, a culpa na execução, a ausência de interesse, a anormalidade do exercício de um direito, a ruptura do seu equilíbrio e finalmente o desvio de sua função social, tudo representa uma série de elementos, no nosso entender, caracterizadores da culpa, idéia fundamental no abuso do direito. Ela pode ser tecida não somente quando todos ou quase todos esses elementos se adunam num dado caso, como pode bastar-se com um só dentre eles, de acordo com a situação dos fatos cuja relação esteja submetida ao poder judicante (LOPES, 1996, p. 473)

Por seu turno, destaca-se a inexistência de direitos absolutos, de maneira que o seu exercício possui limites, fincados na normalidade e prudência, observando o seu “destino econômico e ou social, sem se afrontar a justiça, a equidade e a consciência pública”, de maneira que o abuso do direito “é um conflito entre o direito de uma pessoa e o dever moral que lhe incumbe”.

2.1.3 Os sujeitos do abuso processual

Façamos uma categorização que resulta útil, para identificar *a priori* a que sujeitos deve imputar-se o abuso processual. Distinguindo entre:

- 1) Abuso processual da parte: que se manifestaria a seu critério antes da constituição da lide mediante a utilização de disposições convencionais com conseqüências processuais, ou durante o processo litigioso na demanda e em sua contestação, que é a oportunidade em que as partes expõem suas verdades, ainda que façam com o apoio técnico de seu advogado;
- 2) Abuso técnico processual: que se produz durante o transcurso do pleito e que em princípio é criação exclusiva do curial, que o realiza no marco da amplitude de faculdades que lhe outorga a representação para estar em juízo;
- 3) Abuso burocrático do processo: que em muitas oportunidades encontra-se ligado ao anterior, mas que resulta na atividade do ofício no ditado das providências que se afastam do espírito e dos princípios que regem a matéria processual;
- 4) Abuso de poder: que se manifesta no uso indevido das faculdades judiciais que transitam desde a utilização do tão repudiado excesso ritual manifesto até o extremo oposto de chegar a desviar o sentido do petitório mediante a criação e / ou aplicação de doutrina *contra legem* como resultado de interpretações forçadas da norma jurídica.

Decerto que o exame da natureza jurídica do instituto da litigância de má-fé poderá permitir uma melhor compreensão do que ora se afirma.

2.2 Natureza jurídica da litigância de má-fé

A responsabilidade processual pode ser dividida em objetiva – relativa às custas, decorrente tão somente da sucumbência - e subjetiva – decorrente da litigância de má fé.

A responsabilidade subjetiva é denominada, no direito português e no direito italiano, de responsabilidade agravada, em contraposição à “normal” pelas despesas processuais e em razão da sucumbência. A responsabilidade agravada tem como fundamento a culpa grave e o dolo.

Desde a antiguidade as relações humanas são dominadas pela contraposição de interesses, os quais com o passar do tempo tornaram-se cada vez mais complexos, demandando novas soluções.

No contexto dessa evolução foi surgindo a concretização do direito: num primeiro momento, de forma absoluta e, após, relativizando-se, de forma a permitir a existência de limitações, dando nascimento à teoria do abuso do direito, que se espalhou por todos os ramos da ciência do direito.

A figura do abuso de direito tem sua razão de ser justamente na manutenção do equilíbrio de interesses em conflito ou, mais precisamente, por ser a linha limítrofe desses interesses e direitos individuais.

A elaboração da teoria do abuso de direito ocorreu por necessidade de sistematização, já que o abuso do direito vinha sendo utilizado como instrumento de equidade, confundindo-se com a moral e sendo até considerado como instituto de direito natural.

À medida que se igualavam as posições jurídicas dos cidadãos, surgia a idéia de reprimir o exercício abusivo de alguns direitos e de proibir sua má utilização, conforme se apura em GAIO, nas *Institutas*, I, 53 – *male enim nostro iure uti non debemus*¹.

No direito moderno, para falar em abuso do direito, necessário se ter em mente os direitos subjetivos, porquanto é no exercício deles que ocorre o abuso.

O direito subjetivo, bem superficialmente, seria o direito enquanto função ou prerrogativa, possuída e exercitada por seu titular, em virtude do direito objetivo. Na doutrina clássica, era considerado vontade (WINDSHEID); posteriormente, como vontade geral traduzida pelo estado por intermédio de normas jurídicas, ou seja, interesses juridicamente protegidos (IHERING).

Kelsen, por meio do normativismo, chegou à conclusão de que o direito subjetivo não é senão a noção de direito individual ou concreto em oposição ao direito geral e abstrato – direito subjetivo é a norma jurídica com conteúdo concreto e individual.

A fórmula do abuso de direito seria uma logomaquia, pois o direito cessa quando começa o abuso, e o ato abusivo nada mais é do que um ato realizado sem direito, é um ato ilícito, pois os limites próprios não foram observados ou foram ultrapassados. Não pode existir um ato que seja ao mesmo tempo conforme e contrário ao direito.

De todo o exposto temos que a litigância de má-fé configura o abuso de direito, gerando responsabilidade por atos processuais, implicando o dever de ressarcir.

O instituto da litigância de má-fé sobrevem no bojo do instrumentalismo e da publicização por ele instaurada, como um meio de que o processo disporia para o combate à

¹ Não devemos usar mal nosso direito. (Tradução livre)

deslealdade, tendo inicialmente encontrado na figura do abuso de direito o meio adequado a atender àquela finalidade. Neste sentido delibera Valentino Aparecido de Andrade:

A litigância de má-fé surge sob a forma de um díptico normativo aparente, visto que, em realidade, sua caracterização estava toda alicerçada na moldagem da figura do abuso de direito, naquela forma originariamente encontrada pela doutrina, a reclamar a presença do elemento subjetivo identificado com a culpa em sentido amplo, o que a aproximava do ato emulativo como o conheceu o Direito Romano (ANDRADE, 2004, p 67).

Em todas as hipóteses elencadas no artigo 17 do CPC, pode-se antever conduta abusiva, que se caracteriza pela utilização das faculdades dos direitos conferidos a quem litiga de forma divorciada de seus respectivos fins, ou sem qualquer utilidade.

2.3 O Princípio da Probidade Processual e a Litigância de Má-Fé

A probidade processual apresenta-se como uma espécie particular de lealdade, onde a figura própria do processo é sua base de sustentação. A caracterização dessa probidade processual surge, assim, de uma exclusiva visão do comportamento de pessoas ligadas ao processo. Busca, com isso, identificar um padrão de comportamento a ser seguido diante dele.

Toda forma de conhecimento filosófico ou científico implica a existência de princípios, isto é, de certos enunciados lógicos admitidos como condição ou base de validade das demais asserções que compõem dado campo do saber. Na acepção lógica, portanto, os princípios são verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades de pesquisa e de práxis. (REALE, 1990, p. 299)

As implicações da lealdade no processo recebem consideração que envolve não somente as partes, mas também todo o complexo que é o processo, atingindo principalmente, a função jurisdicional e sua importância social.

Ainda que no processo se verifique uma estrutura contraditória, permitindo a cada uma das partes a apresentação de seus interesses e incumbindo-lhes a sustentação de suas próprias razões, não é simplesmente admissível que tal comportamento seja ilimitado.

A perspectiva que se busca para o estabelecimento de um dever de lealdade perante o processo, por certo, extrapola os interesses, na medida em que vislumbra o processo como um efetivo instrumento estatal para o alcance de uma pacificação.

De fato, a superação do individualismo predominante ao processo e a sua valorização como instrumento social vem acompanhada dessa importância que se dá aos seus participantes, estabelecendo certos padrões de comportamento que visam a idoneidade da função jurisdicional.

A orientação básica do legislador na edição do CPC foi inserir várias normas de caráter repressivo e sancionador, principalmente para as partes e interesses, mas abrangendo igualmente todos os quantos intervenham nos autos, aperfeiçoando a aplicabilidade do princípio da probidade, como imperativo de alto sentido social, pelo que a vida forense representa como fonte do respeito, do prestígio, da autoridade e da confiança que o Poder Judiciário deve incutir no espírito da coletividade. (LIMA, 1980, p. 18)

A direção da lealdade processual, com efeito, não é somente à parte adversa, ainda que certamente ela seja beneficiada com tal procedimento. Colocando a tutela jurisdicional diante de seus escopos – e verificando, principalmente, a necessidade de um resultado idôneo o suficiente para servir como um efetivo instrumento de satisfação de direitos, a lealdade processual toma lugar para fazer com que todos colaborem para o resultado final do processo.

Direcionando-se a importância do processo para seu resultado, é preciso que se exija do comportamento de todos uma atuação coerente para fazer do tempo despendido e dos atos processuais praticados para seu fim algo que corresponda à efetiva necessidade.

Sendo o processo por sua índole, eminentemente dialético, é reprovável que as partes se sirvam dele faltando ao dever de verdade, agindo deslealmente e empregando artifícios fraudulentos, e diante da finalidade pacificadora geral da sociedade e para a atuação do direito, a profunda inserção sociopolítica por ele implicada deve revestir-se de uma dignidade que corresponda a seus fins, impondo-se deveres de moralidade e probidade a todos aqueles que participaram do processo (partes, juízes e auxiliares de justiça; advogados e membros do Ministério Público) através do princípio da probidade processual. (CINTRA; GRINOVER; DINAMARCO, 1997, p. 71-72)

Apresentando-se a probidade processual como princípio, quer-se afirmá-la como uma regra fundamental geral, capaz de indicar uma linha de comportamento a ser observada e que fulcra toda uma estrutura jurídica.

A palavra princípio, por si, reflete uma idéia de início e, dentro de uma visão epistemológica, assume papel relevante para a ciência jurídica, porque considerado como um fundamento, uma noção primordial para o entendimento de um ordenamento jurídico.

Com efeito a probidade processual, como princípio jurídico, deve ser enquadrada como um princípio geral do direito, diante de sua expressiva característica, voltada ao comportamento humano como uma diretiva. Pode perfeitamente ser considerada em tal plano.

Os princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem, desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atualização prática. (REALE, 1990, p. 300)

Argumentando-se apenas sobre uma eventual inexistência do princípio da probidade processual, certamente que a necessidade de se impor limites ao comportamento das partes exigiria a construção de tal regra.

Disso se pode observar que a probidade procesual existe, não por força da previsão legal, mas por um valor ético *a priori*, imposto pela exigência de parâmetros de comportamentos anteriores à própria previsão legal, que por certo fomenta sua elaboração. É tal importância que faz consagrar sua previsão legal.

De qualquer maneira, a probidade processual apresenta-se com um papel fundamental para a estrutura das normas processuais, participando, ainda que implicitamente, na sua elaboração e interpretação, combinando com os escopos convencionados ao processo buscando não somente regular a atividade das partes, mas, principalmente, fazer com que ele (o processo) compreenda atos processuais que respeitem parâmetros de idoneidade, honestidade e lealdade.

Destarte, nesse contexto, reputa-se litigante de boa-fé, os entes processuais que: a) agirem conforme a verdade dos fatos; b) procederem com lealdade e boa-fé; c) não formularem pretensões destituídas de fundamento; d) não produzirem provas ou atos inúteis à defesa; e e) cumprirem os provimentos mandamentais.

Sobre esse ponto, necessário frisar que as disposições contidas no artigo 14, do CPC, servem, justamente, para caracterizar as atitudes esperadas das partes, que, caso as descumprirem, automaticamente, estarão agindo com litigância de má-fé.

Nos termos do artigo 17 do Código de Ritos, reputa-se litigante de má-fé o ente processual que: a) deduzir pretensão ou defesa contra texto legal ou fato incontroverso; b) alterar a veracidade dos fatos; c) usar do processo para objetivos ilegais; d) opuser resistência injustificada ao andamento do processo; e) agir temerariamente no processo; f) provocar incidentes manifestamente infundados; e g) interpuser recursos manifestamente protelatórios.

Aqui, é necessário frisar que o litigante de má-fé, além das penalidades processuais, será responsabilizado por perdas e danos, nos termos do artigo 16 do CPC. Quanto às

penalidades processuais, as penas previstas ao litigante de má-fé encontram-se especificadas no parágrafo único, do artigo 14 e ainda no artigo 18, ambos do CPC.

Destaca-se que, enquanto a multa prevista no parágrafo único do artigo 14, será revertida para a União ou Estado; a multa prevista no artigo 18, nos termos previstos no artigo 35 do mesmo dispositivo legal, será revertida para a parte lesada, exceto quando o litigante de má-fé for serventário da justiça.

Ainda tratando sobre deslealdade processual, é necessário destacar o disposto nos artigos 600 e 601, que, inspirados no “Contempt of Court” (Descumprimento à Ordem Judicial) do Direito Anglo-Saxão, disciplinam a litigância de má-fé dentro do processo de execução.

Segundo o disposto no artigo 600 do CPC, considera-se litigante de má-fé, em execução, o executado que: a) frauda a execução; b) se opõe a execução utilizando-se de meios artificiosos; c) resiste injustificadamente às ordens judiciais; e d) não indica, em cinco dias, a localização dos bens sujeitos à execução.

Nesses casos, a penalidade estabelecida no artigo 601, parágrafo único do Código de Ritos, será revertida, única e exclusivamente, em benefício do credor.

Sendo expreso o legislador em estabelecer as hipóteses de litigância de má-fé, evidenciou-se objetivamente a orientação necessária ao aplicador da norma processual de quais casos em que a atividade inidônea pode ser presumida, restando apenas o trabalho abrangente de determinação do alcance de cada um dos dispositivos legais.

É importante repisar nessa sede da abordagem sobre a litigância de má-fé que a expressão litigância, apesar de fazer pressupor uma lide, na concepção carneluttiana, vinculada ao conflito de interesses, não tem o mesmo cabimento para uma abrangente e importante hermenêutica sobre o citado artigo 17.

Por certo, a melhor interpretação dada à expressão litigância, no caso do artigo 17, deve buscar nas palavras do legislador uma intenção maior de atingir as partes (na força do princípio da probidade), taxando-as desta forma (como litigantes de má-fé) e não necessariamente fazer supor uma lide.

Se tanto se insiste em dizer que a lealdade processual não está vinculada apenas às partes ou interessados entre si, mas – e principalmente – em razão da atuação estatal consubstanciada no exercício da tutela jurisdicional diante do próprio processo até os seus ulteriores termos (com a decisão final devidamente cumprida), não parece plausível se proceder com interpretação restritiva, querendo fazer aplicar os termos do artigo 17 apenas a momento (ainda que principal) da jurisdição contenciosa e não na voluntária (IOCOHAMA, 2006, p. 153).

Assim, estando em juízo, seja para litigar na acepção restrita da palavra voltada à controvérsia de interesses, seja para requerer (ainda que não haja controvérsia determinadora de uma lide), certamente que o interessado (seja em que pólo se encontre, mesmo que até se configure como um interveniente) deverá respeitar o exercício da função estatal de aplicação da jurisdição, fazendo cumprir as regras básicas de comportamento fixadas pela própria lei (casos de deveres – artigo 14 do CPC), arcando com o seu descumprimento nas penas específicas do artigo 18.

A consequência imediata da litigância de má-fé é a condenação do litigante eivado de má-fé a indenizar à parte contrária nos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e as despesas que efetuou, não podendo o Poder Judiciário se esquivar de condenar o *improbis litigator*, pois o processo é instrumento de jurisdição e com escopos jurídico, político e social, o processo contemporâneo, além de prestigiar o princípio da lealdade, tem perfil predominantemente público, razão pela qual incumbe ao Juiz que o dirige prevenir e reprimir de ofício, qualquer ato contrário à dignidade da Justiça.

O litigante de má-fé é um causador de desprestígio e vergonha para o Poder Judiciário, devendo ser extirpado do nosso ordenamento jurídico através da firme atuação dos magistrados, que devem condená-los nas penas e cominações previstas legalmente, pois a justiça, utilizando as palavras do grande Rui Barbosa, deve estar sempre "mais alta do que a coroa dos reis, e mais pura que a coroa dos santos".

CAPÍTULO 3 O PRINCÍPIO DISPOSITIVO, A EFETIVIDADE E A FAZENDA PÚBLICA EM JUÍZO

3.1 Princípio Dispositivo e Lealdade Processual frente à Fazenda Pública

Relativamente ao processo civil, o desequilíbrio entre a liberdade individual das partes e o escopo social do processo já se havia constatado. Como obtempera Lopes da Costa, “quanto mais extenso for o princípio dispositivo, maior será a necessidade de velar para que a parte diga a verdade”.

Sendo evidente que possa advir dessa divergência de escopos um perigoso descompasso.

Enquanto as partes defendem interesses privados, o Estado procura um objetivo maior que é uma pacificação social, mediante a justa composição do litígio e a prevalência do império da ordem jurídica. (THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 25)

Não obstante, a solução desse problema no caso do processo tributário enfrenta uma dificuldade de maior grandeza, cuja gênese está na má compreensão do que significa o princípio dispositivo.

É certo que não se pode olvidar da importância do princípio dispositivo, por meio do qual a liberdade ingressou no campo do processo civil, temperando com alguma eficiência, o autoritarismo judicial. (SANTOS, 1957, p. 402)

Por conta desse sério risco e para superá-lo, a doutrina alemã, passou a vislumbrar no conteúdo do princípio dispositivo, duas acepções: uma substancial (própria) que tem a ver com a iniciativa de instaurar o processo e determinar o conteúdo a ser decidido, conferindo uma margem maior de manobras das partes; a outra acepção, em sentido formal (impróprio), que constitui-se na direção formal do processo, confiada à inteira responsabilidade do Estado-juiz, que para desimcumbir-lhe pode impor certas condutas às partes, desde que se caracterizem como desleais ou abusivas.

Mas essa importância não pode ser superdimensionada, de maneira que, pretextando por sua aplicação, possa haver o comprometimento da eficácia no processo. (MENDEZ, s/d, p. 265)

Não se pode invocar o princípio dispositivo para com ele ofuscar o controle da direção formal do processo, que é entregue ao juiz. Neste sentido aduz Alípio Silveira:

A má fé dos litigantes, no anterior sistema dum extremo “dispositivismo”, não só prejudicava o resultado final do pleito, conduzindo à vitória do mau interesse, como ainda contribuía para prolongar e encarecer de tal forma o processo, que isso muitas vezes quase correspondia a uma denegação de justiça. Do que surgiu essa tendência reformadora, que passou a exigir a boa-fé não só preliminarmente ao processo, mas durante todo o curso deste. (SILVEIRA, 1969, p. 146)

Com isso, atenua-se a importância do princípio dispositivo, de modo que sua aplicação não forneça oportunidade à deslealdade ou ao abuso, patologias que a equivocada compreensão de seu conteúdo suscitara.

3.1.1 Influxo do dever de Lealdade Processual sobre os sujeitos do processo

A ação é contraditória. Em face desta peculiaridade, e para evidenciar os riscos que advém da permanente colidência de interesses, é que o processo deve ser permeado por mecanismos de controles éticos.

De fato, os litigantes, ao contrário do Estado-juiz, perseguem no processo objetivos mais limitados e egoísticos, às vezes em contraste, não declarado, como o objetivo maior do processo, que é o interesse da justiça. (CALAMANDREI, 1950, p. 489)

Sem os quais esses riscos podem tornar o processo um instrumento de injustiça. Como adverte Frederico Marques:

Um processo dominado pela chicana ou expedientes condenáveis seria a negação do processo, pois transformaria o *judicium* em tablado de luta desleal, onde venceria o mais hábil, em detrimento da justiça e da reta aplicação da lei. (MARQUES, 1971, p. 110)

Considere-se, outrossim, que ao falar-se de um determinado sistema de direito positivo que impõe deveres, implica-se que esses deveres, ainda que possuam um conteúdo ético (e todos os deveres de lealdade derivados possuem esse conteúdo), sejam preponderantemente deveres jurídicos, porque criados por esse mesmo direito positivo, e como tais, exatamente porque violados, é que fazem desencadear a sanção que a norma prevê.

Com a redação do artigo 14 do CPC, depreende-se que o dever jurídico de lealdade alcance todos aqueles que, de alguma forma, participam da relação jurídico processual, como autor, réu ou interveniente – dever cuja violação acarreta uma sanção que caracterizará a figura da litigância de má-fé, se a violação tiver sido praticada pelo litigante, e que

caracterizará sanção de outra natureza, quando o mesmo dever jurídico de lealdade tiver sido violado no processo por quem não é litigante.

Não havendo dúvidas, que os princípios da segurança jurídica, lealdade processual e boa-fé objetiva possuem observância estrita nas relações entre Fazenda Pública e contribuinte, servindo de instrumento indispensável para salvaguardar direitos fundamentais do cidadão ante às constantes investidas Estatais

3.2 Princípio Dispositivo e sua necessária vinculação com a Veracidade/Boa-fé

Consideremos o princípio dispositivo, cuja coexistência com o dever de dizer a verdade afigura-se fundamentalmente à efetividade do processo.

A bem dizer, essas inatas limitações do processo civil, ditadas pelo direito, não dão azo a que os litigantes, sem consequência, possam alterar a verdade dos fatos que apresentam. Revelasse, pois, o princípio dispositivo a extensão que lhe concedia a doutrina tradicional, e o processo civil fatalmente torna-se-ia um mecanismo de injustiça, porque se mantivermos em toda a sua pureza o princípio de livre disposição, chegaremos ao absurdo de admitir a liberdade do embuste. (MELERO, p. 71)

Necessário enfatizar que para sistematização do princípio dispositivo, pode-se descortinar dois sentidos totalmente diversos entre si: um relacionado à liberdade que se confere às partes, as quais sob color de sua aplicação podem direcionar o tema a ser decidido; e outro reservado à atuação do juiz, nas mãos de quem deve a Lei confiar a condução do processo.

É para este último sentido que se deve atentar ao cuidar-se do dever de veracidade, com o que se pode constatar que não há aí nenhuma sombra de incompatibilidade com o princípio dispositivo. Basta que se considere a finalidade a que se prestam.

Com efeito, pode-se afirmar que para lograr o interesse das partes e o dever de justiça a que se impõe o Estado, há de se acomodar o princípio dispositivo, limitando-o em face de uma variedade de situações. (SANTOS, p. 17, 1957)

Assim, embora não se possa, em regra, obrigar os litigantes a trazer à análise do magistrado todos os fatos e argumentos, nomeadamente aqueles, que lhe sejam desfavoráveis, porque se lhes atribui, como decorrência do princípio dispositivo em relação ao objeto do processo, uma indispensável seletividade dos fatos e argumentos que se veiculam na demanda.

Também é de se considerar que essa liberdade de escolha deve necessariamente coexistir com o outro conteúdo que do mesmo princípio deriva, em função do qual se concede ao juiz um papel mais ativo na direção e na instrução do processo, cuja função social cada vez mais fixa em nome da proteção do predicado da efetividade.

O juiz deve ser imparcial com respeito ao conteúdo da controvérsia, mas não com respeito à relação processual como tal; antes, constitui até dever específico do juiz assegurar que o processo se desenvolva de maneira singular, rápida (tanto quanto possível) e leal. (CAPPELLETTI, p. 129)

Justifica-se, assim, que o juiz assegure a direção formal do processo.

Confiar ao juiz papel mais ativo na direção e na instrução do feito, ao contrário do que parecem rezear alguns, não implica instaurar forçosamente no processo civil o domínio do autoritarismo ou do paternalismo. Não se pretende ignorar nem minimizar a importância do que há de essencialmente dialético no processo contencioso, e menos ainda assimilar-se a imagem à da chamada jurisdição voluntária. A ampliação dos poderes do órgão judicial não tem como contrapartida necessária o amesquinamento do papel das partes, nem a eliminação, ou sequer a redução, das garantias a que fazem jus, e tampouco da responsabilidade que sobre elas pesa. (MOREIRA, 1977, p. 147)

Há, portanto, que se aceitar com reserva a afirmação que habitualmente se encontra na doutrina no sentido de que o litigante não está obrigado a expor em juízo todos os fatos, mas apenas aqueles que possam beneficiá-lo. Se a pretensão formulada exige a menção de algum fato que lhe é essencial, a omissão caracteriza, nessa hipótese, a violação do dever de veracidade.

A alteração intencional da verdade pode eventualmente prejudicar a parte que a está fazendo, em condições tais que o processo, nesse caso, esteja a empregar-se para um fim ilícito, como sucede com as figuras do processo aparente e do processo simulado. (CHIOVENDA, 1969, p. 49)

Para que se caracterize a violação do dever de veracidade, a alteração dos fatos há de revelar-se intencional ou dolosa. A mera desconformidade objetiva entre a afirmação e a verdade não configura a litigância de ma-fé.

É nesse contexto que se deve colocar a questão da verdade subjetiva, indicando que não será todo descompasso entre a manifestação da parte e a realidade objeto dessa mesma manifestação que configurará a violação do dever de veracidade, senão quando a divergência resultar de dolo do litigante. (ANDRADE, 2004, p. 101)

Dispõe o artigo 337 do Código de Processo Civil brasileiro que “a parte, que alegar direito municipal, estadual, estrangeiro ou consuetudinário, provar-lhe-á o teor e a vigência, se assim o determinar o juiz”. Por conta desse dever, a parte não pode alterar a verdade,

logrando iludir o juiz para que aceite como existente direito, quando não o é, ou como vigente quando não o está.

De toda forma, se a alteração intencional do Direito não configura a violação do dever de veracidade, caracteriza a infração ao dever de lealdade processual em sua amplitude mais geral.

3.3 Da ausência de efetividade no processo de execução fiscal nos casos de demanda fundada em créditos prescritos

O direito de demandar, assim como sucede com todos os direitos, não é um direito absoluto, não se podendo tolerar, portanto, que alguém sob color da utilização do processo possa causar à parte contrária um dano, violando o dever de lealdade processual. Por isso, as partes não podem pedir de má-fé tutela jurisdicional e tampouco atuar com arbítrio e sem ética no curso do processo.

Visto ao ângulo dos litigantes e de seus interesses, o processo é sem dúvida um prélio, e como tal não pode excluir o recurso à habilidade na escolha e na realização nas táticas julgadas mais eficazes para obtenção de resultado vantajoso; a isso, contudo, sobrepassam exigências ético – sociais inerentes à significação do processo como instrumento de função essencial do Estado (MOREIRA, 1977, p. 106).

Ao prever a Lei que o juiz limite e controle a atuação das partes, impondo-lhes um processo ético e reprimindo a deslealdade e o abuso dos direitos processuais, sucede que a margem da autonomia daqueles que litigam seja inevitavelmente reduzida.

O Direito à sentença deve ser vista como direito ao provimento e aos meios executivos capazes de dar efetividade ao direito substancial, o que significa o direito à efetividade em sentido estrito. (MARINONI, 2003, p. 303)

Bastaria este aspecto para demonstrar a problemática que envolve o instituto da litigância de má-fé, tão caro para efetividade do processo.

A efetividade do processo, entendida como se propõe, significa a sua almejada aptidão a eliminar insatisfações, com justiça e fazendo cumprir o direito, além de valer como meio de educação geral para o exercício e respeito aos direitos e canal de

participação dos indivíduos nos destinos da sociedade e assegurar-lhes a liberdade. (DINAMARCO, 1999, p. 271)

Logo, é imperioso que se combatam a litigância de má-fé e o abuso do direito de demandar, patologias com as quais o processo tem lidado em sua história, mas das quais não tem sabido com eficiência, libertar-se, o que somente podera alcançar com a prévia conformação de um processo ético, que conduza obrigatoriamente as partes a uma atuação conforme o dever jurídico de lealdade processual, e que elida uma utilização ilícita ou ilegítima do direito de demandar.

3.4 A Nova Lei de Execuções Fiscais e a efetividade na cobrança do crédito público

Tramita no Congresso Nacional Projeto de Lei de Execução Fiscal. O novo projeto reformula o conceito de cobrança de crédito público e também sua operacionalização. Encaminhou-se o Projeto de Lei 5.080/09, que substituirá, se aprovado, pelo menos no âmbito da União, a Lei 6.830/80.

Tal projeto traz como proposta o fato de que todo crédito prescrito deve ser cancelado, de ofício, pelo próprio órgão de execução.

Embora não seja nova tal premissa, vez que o Código Tributário Nacional disciplina que a prescrição extingue o crédito e a decorrência lógica da extinção seria o cancelamento da dívida, os órgãos de execução, leia-se os seus Procuradores, possuem enorme resistência para reconhecer que o crédito está prescrito e resistência ainda maior para determinar o seu cancelamento.

A explicitação de tal regra no projeto tem a finalidade de acabar com essa resistência, dando mais segurança aos Procuradores. A regra está prevista no § 3º do artigo 20, que diz, com todas as letras, que se tiver decorrido o prazo prescricional, a autoridade administrativa poderá, na verdade deverá, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

Para se ter uma idéia, apenas no âmbito da União o montante inscrito em dívida ativa chega próximo a um trilhão de reais. Todos somos sabedores, incluindo o cidadão mediano, de que esses valores são irrealis, ficcionais, imaginários, e que não correspondem ao que de fato deveria estar inscrito. Só o que não sabemos é qual o valor real que deveria estar inscrito. Alardeiam que a Procuradoria da Fazenda Nacional não recupera mais que 2% anuais da sua

dívida inscrita, o que demonstraria enorme incompetência, mas ninguém sabe informar o quanto esses 2% representariam sobre o valor que de fato é exequível, sobre o valor real da dívida existente.

O resultado da nova prática em 5 anos é a probabilidade de que cerca de 80% do atual montante inscrito em dívida ativa seja cancelado, permanecendo apenas os créditos bons, cujos devedores tenham capacidade de pagamento, e os créditos novos, ainda não fulminados pela prescrição. Tornando o processo de execução fiscal, mais célere e eficaz.

CONCLUSÃO

Restou demonstrado pelo Código Tributário Nacional que a prescrição é causa extintiva do próprio crédito tributário e, se não há mais o crédito porque atingido este pela prescrição não há falar em impossibilidade de reconhecer a prescrição do crédito tributário porque se estará tratando de direito material prescrito.

Dívida ativa, por sua vez, é o crédito público não extinto notadamente por pagamento, e não afetado por nenhuma causa de suspensão ou extinção de exigibilidade, integrado ao cadastro identificado pelo mesmo nome mediante ato administrativo próprio denominado de inscrição. Se o crédito for de natureza tributária teremos a Dívida Ativa Tributária, de que trata o art. 201 do Código Tributário Nacional.

Assim, os elementos inafastáveis na idéia de dívida ativa são o crédito público, a ausência de causa extintiva ou suspensiva (da exigibilidade), a inscrição e a integração a um cadastro específico.

Após a inscrição inicia-se o cenário hábil à propositura da ação judicial de cobrança, de nome Ação de Execução Fiscal, conforme a Lei 6.830/80 (Lei de Execuções Fiscais – LEF). O executivo fiscal é documentado pela certidão do termo de inscrição em dívida ativa do Fisco.

A prescrição desta ação é de 5 (cinco) anos, contados do dia em que o lançamento passa a ser definitivo (arts. 145 e 150, § 4º, CTN).

Se muitos comportamentos são praticados perante o processo com base não somente em deveres, como também em direitos, pode-se perceber que, em alguns momentos podem eles (os direitos) ser extrapolados em seu exercício, merecendo preocupação porque vem a provocar prejuízos que devem ser censurados.

O abuso de direito é um ato ilícito, que consiste no exercício irregular ou anormal do direito, de modo a prejudicar alguém.

Todas as condutas processuais, que implicam abuso do ou no processo, podem conter o ingrediente subjetivo da malícia, temeridade, ou descuido inescusável: na terminologia civil, dolo ou culpa. Mas estes componentes subjetivos não são indispensáveis, basta que se comprove a existência de um desvio ou de um excesso no exercício dos direitos subjetivos públicos processuais.

A figura do abuso de direito tem sua razão de ser justamente na manutenção do equilíbrio de interesses em conflito ou, mais precisamente, por ser a linha limítrofe desses interesses e direitos individuais.

As implicações da lealdade no processo recebem consideração que envolve não somente as partes, mas também todo o complexo que é o processo, atingindo principalmente, a função jurisdicional e sua importância social.

Neste contexto, nos termos do artigo 17 do CPC, reputa-se litigante de má-fé o ente processual que: a) deduzir pretensão ou defesa contra texto legal ou fato incontroverso; b) alterar a veracidade dos fatos; c) usar do processo para objetivos ilegais; d) opuser resistência injustificada ao andamento do processo; e) agir temerariamente no processo; f) provocar incidentes manifestamente infundados; e g) interpuser recursos manifestamente protelatórios.

Ademais, consideremos o princípio dispositivo, cuja coexistência com o dever de dizer a verdade afigura-se fundamentalmente à efetividade do processo. A alteração intencional da verdade pode eventualmente prejudicar a parte que a está fazendo, em condições tais que o processo, nesse caso, esteja a empregar-se para um fim ilícito, como sucede com as figuras do processo aparente e do processo simulado.

Logo, é imperioso que se combatam a litigância de má-fé e o abuso do direito de demandar, patologias com as quais o processo tem lidado em sua história, mas das quais não tem sabido com eficiência, libertar-se, o que somente podera alcançar com a prévia conformação de um processo ético, que conduza obrigatoriamente as partes a uma atuação conforme o dever jurídico de lealdade processual, e que elida uma utilização ilícita ou ilegítima do direito de demandar.

A Fazenda Pública, por conseguinte, não obstante o elevado número de processos, deve agir com mais prudência e zelo ao reportar-se ao Poder Judiciário, o qual, muito mais e além, encontra-se abarrotado aos montes de processos para sua análise com questões já pacificadas, muitos deles e dentre eles a prescrição dos créditos tributários. E a Fazenda, como um todo, insiste em recorrer até última instância.

Ora, direcionando o processo para sua finalidade, é preciso que se exija do comportamento de todos uma atuação coerente para fazer do tempo despendido e dos atos processuais praticados para seu fim algo que corresponda à efetiva necessidade.

O crédito, sim, é indisponível, e tem a natureza de direito material, sendo, por isso, um bem da vida, o qual não é sinônimo de execução fiscal, tendo ela a natureza de direito

formal, regida pelo Direito Processual, como um meio para atingir um fim: servir ao povo aumentando a arrecadação.

A execução fiscal é uma das formas de cobrança do crédito e, repita-se, tem natureza formal, ou seja, processual, nunca é demais ressaltar, enquanto o crédito, saliente-se mais uma vez, tem natureza material, trata-se de bem da vida.

Assim, a indisponibilidade do crédito não diz respeito à obrigatoriedade do ajuizamento da execução fiscal ou à indisponibilidade dela.

Se isso não bastasse, não há nenhuma regra legal ou constitucional que obrigue as duntas procuradoras de forma totalmente vinculada a propor execução fiscal.

Não pode o Fisco, amparado pela premissa de agir por dever de ofício, provocar todo o aparato do maquinário judicial para veicular pretensão em sentido oposto àquele em que se inclinam a lealdade processual, a verdade, as leis, a doutrina e os tribunais.

Iniciando processo desnecessário para cobrança de crédito que sabe ou deveria saber ser indevido, prejudicando com tal conduta, o Estado Judiciário e o particular.

E caracterizando, portanto, a litigância de má-fé ou, em última análise, o abuso de direito.

Pois o processo é instrumento de jurisdição e com escopos jurídico, político e social, a execução fiscal, além de prestigiar o princípio da lealdade, tem perfil predominantemente público, razão pela qual incumbe ao Juiz que a dirige prevenir e reprimir de ofício, qualquer ato contrário à dignidade da Justiça.

Resta claro que o estabelecimento de novas práticas revolucionará a execução fiscal, dando-lhe a efetividade que hoje não tem, além de proporcionar o desafogamento do Judiciário e a diminuição de atos burocráticos nas Procuradorias e nos órgãos detentores de informações patrimoniais dos contribuintes, gerando considerável economia aos cofres públicos.

A proposta é racionalizar o trabalho e permitir que o Procurador atue de forma mais efetiva e visando resultados. O efeito imediato será a diminuição significativa do número de ações de execução em trâmite e a diminuição, na mesma proporção, do número de ações de execução a serem ajuizadas.

A maior parte do tempo gasto por cada Procurador no seu dia-a-dia se dá com execuções fiscais estéreis, que não mais existirão, e todo esse tempo poderá ser utilizado (bem melhor utilizado) para dar efetividade às execuções úteis.

Respeitando-se, portanto, os princípios da boa-fé, da celeridade, da veracidade, segurança jurídica e com isso, garantindo efetividade ao processo de execução fiscal.

Por fim, roga-se à Procuradoria da Fazenda Nacional que se mobilize e atue junto ao Congresso Nacional, mas não para dificultar a aprovação do projeto de Lei nº 5.080/2009 e sim pela sua aprovação no menor tempo possível, com o que estariam prestando enormes serviços à Procuradoria e principalmente ao Estado Brasileiro.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, Valentino Aparecido de. **Litigância de Má-fé**. São Paulo: Dialética, 2004.
- ASSIS, Araken. **Comentários ao Código de Processo Civil**, vol. VI. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BALEEIRO, Aliomar. **Direito Tributário Brasileiro**, 10º ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.
- BEVILÁQUA, Clóvis. **Código Civil dos Estados Unidos do Brasil**. Rio de Janeiro: Rio/Estácio de Sá.
- _ **Teoria Geral de Direito Civil**. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1975.
- BRASIL. **Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. São Paulo, 2012.
- BRASIL. **Código Tributário Nacional**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. **Decreto-lei N.º 70.235**, de 6 de março de 1972. Dispõe sobre o processo administrativo fiscal e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d70235cons.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2012.
- BRASIL. **Lei n.º 4.320**, de 17 de março de 1964. Estatui normas gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle de orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2012.
- BRASIL. **Lei n.º 6.830**, de 22 de setembro de 1980. Dispõe sobre a cobrança judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6830.htm>. Acesso em: 10 de maio de 2012.
- CALAMANDREI, Piero. **II Processo come Giuoco**. 2º volume – Diritto Processuale. Padova: Cedam, 1950.
- CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do processo nas sociedades contemporâneas. **Revista de Processo**, vol. 65, p. 127-143.
- CASTRO FILHO, Olímpio. **Abuso do Direito no Processo Civil**. 2 ed. rev e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1960.

- CHIOVENDA, Giuseppe. **Instituições de Direito Processual Civil**, vol. I. São Paulo: Saraiva, 1969.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo *et al.* **Teoria Geral do Processo**. 13. Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 1997.
- COELHO, Sacha Calmon Navarro. **Curso de Direito Tributário Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. **A Fazenda Pública em Juízo**. São Paulo: Dialética, 2011.
- DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil. vol 1. 13º ed.** São Paulo: Jus Podivm, 2011.
- DINAMARCO, Cândido. **A instrumentalidade do processo**. 7 ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- FREITAS CÂMARA, Alexandre. **Lições de Direito Processual Civil. Vol. I. 17º ed.** São Paulo: Lumen Juris, 2011
- FLAKS, Milton. **Comentários à lei da execução fiscal**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- GONÇALVES, Luiz da Cunha. **Tratado de Direito Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Max Limonad, 1956.
- GRECO, Leonardo. Publicismo e privatismo no processo civil. **Revista de Processo**. São Paulo: RT, 2008.
- GUIMARÃES, Joédi Barbosa. **A nova lei de execução fiscal e a efetividade na cobrança do crédito público**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/31886-37124-1-PB.pdf>> Acesso em: 18 de maio de 2012.
- GUSMÃO, Omara Oliveira de. A cobrança Judicial do crédito tributário: um enfoque pragmático. In: **Revista dos tribunais**. São Paulo: Ano 16. n 78. p. jan/fev, 2008.
- HARADA, Kiyoshi. Prescrição tributária: alterações introduzidas pela LC nº 118/05. In: **Circulus**. Manaus: Justiça Federal, v. 3, n. 5, p. 44-62, jan./jun. 2005.
- IOCOHAMA, Celso Hiroshi. **Litigância de má-fé e lealdade processual**. Curitiba: Juruá, 2006.
- LEÃO, Adroaldo. **O litigante de má-fé**. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- LIMA, Alcides de Mendonça. Abuso do Direito de Demandar. **Revista de Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 19, p. 57-66, jul/set, 1980.
- LIMA, Alvino. Abuso de Direito. **Revista Forense**, vol. 166, jul/agos, 1956.

- LIMA, Iran de. **A Dívida Ativa em Juízo**. São Paulo: RT, 1984.
- LOPES, Miguel Maria de Serpa. **Curso de Direito Civil**. v. 1. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1996.
- MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário** - 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à efetividade da tutela jurisdicional na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. **Revista de Direito Processual Civil**. Curitiba: Gênese, 2003.
- MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. vol. II. Rio de Janeiro: Forense, 1971.
- MARTINS, Ricardo Marcondes. Prescrição da pretensão tributária. In: **Revista dos tribunais**. São Paulo: Ano 16. n 78. Pp. Jan/Fev, 2008.
- MELERO, Valentin Silva. O chamado dever de dizer a verdade no processo civil. **Revista Forense**, vol. 81.
- MENDEZ, Francisco Ramos. **Derecho y Proceso**. Vol. I. Coleção Biblioteca Processual. Barcelona: Bosch, 1978.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. **A responsabilidade das partes por dano processual no Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1977.
_ A Função Social do Processo Civil Moderno e o Papel de Juiz e das Partes na Direção e na Instrução do Processo. **Revista de Processo**, vol. 37, p. 140-150.
- REALE, Miguel. **Lições Preliminares do Direito**. 17. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1990.
- RODRIGUES, Silvio. **Direito Civil: Parte Geral**. 20 ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 1989.
- SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SANTOS, Mariana Guimarães. **Fazenda Pública**. Disponível em: <http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4336> Acesso em. 18 de maio de 2012.
- SANTOS, Moacyr Amaral. Limites às atividades das partes no processo civil. **Revista dos Tribunais**, vol. 264, p. 16-25, 1957.
_ Prova Judiciária o Cível e Comercial, vol. I, 3º ed. São Paulo: Max Limonad, s/d.
- SILVEIRA, Alípio. **O dever de Lealdade e de Boa-fé na Jurisprudência do Código de Processo**. *Justitia*, vol. 65. abr/jun, p. 145-161. São Paulo: Typografia Paulista, 1969.
- TARUFFO, Michele. L'abuso del processo: profili comparatistici. **Revista do Processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 103, 1999.

TEIXEIRA, Silvia Maria Benedetti. A possibilidade de decretação ex officio da prescrição tributária. In: **Revista de estudos tributários**. Porto Alegre: v. 10. n 60. Pp. Mar/Abr, 2008.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil**. Volume I, 24ªed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

ZANI, Gino. **La Mala Fede nel Processo Civile**. Roma: Società Editrice del Foro Italiano, 1931.