

**FACULDADES INTEGRADAS  
"ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO"**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ABUSO DO DIREITO E RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO  
PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL**

Leonardo Rizo Salomão

Presidente Prudente / SP  
2003

**FACULDADES INTEGRADAS  
"ANTÔNIO EUFRÁSIO DE TOLEDO"**

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**ABUSO DO DIREITO E RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO  
PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL**

Leonardo Rizo Salomão

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do Grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Me. Paulo Eduardo D´arce Pinheiro.

Presidente Prudente / SP  
2003

**ABUSO DO DIREITO E RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO  
PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL**

Trabalho de Conclusão de Curso  
aprovado como requisito parcial para  
obtenção do Grau de Bacharel em  
Direito.

Paulo Eduardo D'arce Pinheiro  
Orientador

Luiz Eduardo Sian  
Examinador

Rosa Maria Guimarães Alves  
Examinadora

Presidente Prudente, dia 1 de dezembro de 2003

A interpretação da história demonstra que a rota evolutiva do direito é a democratização, que se opera nunca em virtude de concessões espontâneas das classes privilegiadas, senão, ao contrário, em consequência de conquistas realizadas pelos oprimidos através de lutas memoráveis.

Pedro Batista Martins

Onde estão os caras que deixavam as portas abertas para a vida poder circular?

Onde estão os caras que usavam palavras precisas pra nos livrar da tirania do mal?

Onde estão os caras que diziam que a guerra ia acabar?

Onde estão os caras que lutavam dia a dia sem perder a ternura jamais?

Humberto Gessinger

## **AGRADECIMENTOS**

Muito embora monográfico, o presente trabalho somente existe em sua mensagem e matéria por causa da participação de certas pessoas que, de uma forma ou de outra, contribuíram para essa conquista.

Agradeço, pois,

Ao Professor e meu Orientador Paulo Eduardo D´arce Pinheiro. Em uma aula sobre a responsabilidade do exequente decidi que este seria o tema do meu trabalho monográfico. Grande mestre que me incentivou porque eu pensava ser um tema impossível de se escrever, eis que pouco discutido pela doutrina. Ficarão na memória as reuniões, que se demonstraram verdadeiras aulas.

Ao Doutor Luiz Eduardo Sian, meu supervisor de estágio e professor de direito como experiência. Não é verdade mesmo que a teoria é diferente na prática, mas o direito está além dos livros jurídicos.

À Doutora Rosa Maria Guimarães Alves, também minha supervisora de estágio. O mundo realmente nos impõe desafios intermináveis que devemos enfrentá-los transformando os obstáculos em plataformas de salto.

Ao Doutor José Roberto Fernandes Castilho que, em muitas conversas, esclareceu dúvidas e demonstrou novas idéias, às quais integram este trabalho monográfico.

À Dalvina e a Ademar, meus pais, que lutam dia a dia sempre para construir uma ponte o quanto mais segura para o alcance dos meus objetivos.

Aos meus companheiros de Faculdade Alexandre, Cíntia, Eduardo, Ernesto Fabrício, Estefânia, Renata, Renato, Silvino e Thiago. Sem o apoio de vocês eu não teria conseguido tão vasto material bibliográfico.

À Ariane, minha mulher. Sou grato pela paciência que tiveste enquanto eu me dedicava a pesquisa e confecção deste trabalho. Eu te amo.

## RESUMO

Tema pouco enfrentado pela jurisprudência e, até mesmo, pela doutrina é o fenômeno do abuso do direito de demandar. Então, para compreendê-lo e deixar sua pequena contribuição, o autor do presente trabalho monográfico analisa a teoria do abuso do direito no processo de execução fiscal.

Para tanto, o autor inicia o estudo do tema "abuso do direito e responsabilidade objetiva no processo de execução fiscal" analisando os fundamentos e a finalidade do Estado de direito "República Federativa do Brasil". Dessa forma, ressalta como premissas à compreensão do abuso do direito de demandar, em primeiro lugar, o motivo pelo qual formou-se o Estado brasileiro e, em seguida, o compromisso que o Estado brasileiro firmou com os seus governados.

O autor, em seguida, estuda os elementos do processo de execução fiscal – jurisdição, execução e processo –, eis que se trata do universo onde o abuso do direito de demandar será verificado. Após, aborda-se a teoria do abuso do direito até chegar ao conceito enxuto do abuso do direito de demandar para, então, expor o sistema de responsabilidade processual civil previsto no direito instrumental nacional.

Por fim, o autor analisa a teoria do abuso do direito à luz do art. 574, do Código de Processo Civil, positivamente do abuso do direito de demandar no ordenamento jurídico nacional. Demonstra, pois, o conteúdo dessa norma instrumental, relevante para manter não só a harmonia das relações jurídicas, mas, principalmente, da integridade do próprio ordenamento jurídico.

**Palavras-chave:** Estado de direito; processo de execução fiscal; função social; abuso do direito; responsabilidade processual civil.

## ABSTRACT

A shortly faced theme by the jurisprudence and even so by the doctrine is the right's abuse phenomena of demanding. So, to understand it and let its little contribution, the author of the present monograph work breaks down the theory of right's abuse in the fiscal accomplishment lawsuit.

For so the author starts the study of the them "right's abuse and the fundamentals and the Law State finality "Federal Republic of Brazil". Anyway it focus with premises to understand the abuse of right of demanding, at first, the reason why it became the Brazilian state and following the commitment the brazilian state firmmed with its governments.

Next, the author studies the elements in the fiscal accomplishment process, - jurisdiction, accomplishment and process – here is about the universe where the abuse of right of demanding will be verified. Then, boards the theory of the abuse of right until to get on a fine concept of the abuse of right of demanding, so that, exposes the civil process of responsibility system foreseen in the national instrumental law.

Finally, the author analyzes the theory the abuse of rights fundament in the article number 574 of the Civil Process Code, validating of the abuse of right in demanding in the national juridical ordination. Demonstrates, so, the content of this instrumental rule , relevant to keep not only the harmony between the juridical relationships, but mainly the integrity of the juridical ordination itself.

**Keywords:** Law State; fiscal accomplishment process; social function; abuse of right; civil process responsibility.

## SUMÁRIO

1- INTRODUÇÃO .....	11
2- O ESTADO EM JUÍZO .....	14
2.1- A gênese do Estado e do poder político .....	14
2.2- Estado: a evolução da concepção .....	16
2.3- O poder político e sua manifestação: a doutrina da distribuição das funções do Estado .....	21
2.4- A Administração Pública .....	24
2.5- Regime jurídico administrativo .....	29
2.6- Princípios constitucionais da Administração Pública .....	30
2.6.1- Princípio da legalidade .....	30
2.6.2- Princípio da impessoalidade ou finalidade .....	31
2.6.3- Princípio da moralidade .....	32
2.6.4- Princípio da publicidade .....	33
2.6.5- Princípio da eficiência .....	33
2.7- O interesse público .....	35
2.8- A Fazenda Pública .....	38
2.9- Prerrogativas processuais da Fazenda Pública .....	40
3- A AÇÃO E O PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL .....	42
3.1- Jurisdição .....	42
3.1.1- Esclarecimentos preliminares .....	42
3.1.2- Atividade jurisdicional (função - poder - dever) .....	43
3.1.3- Elementos da jurisdição .....	45
3.1.4- Atividade cognitiva e executiva .....	45
3.1.5- Inexecução obrigacional e execução forçada (sanção concreta) .....	47
3.1.6- Tutela executiva e execução fiscal .....	49
3.2- Execução .....	52
3.2.1- Natureza jurídica .....	52

3.2.2- Pretensão (crédito regularmente inscrito na Dívida Ativa) .....	56
3.2.3- Condições da ação de execução fiscal .....	61
3.2.4- Título executivo (Certidão de Dívida Ativa) .....	63
3.3- Processo .....	64
3.3.1- Processo e procedimento .....	64
3.3.2- Relação jurídica executiva .....	65
3.3.3- Atos executivos .....	67
4- O ABUSO DO DIREITO E O ATO ILÍCITO .....	72
4.1- Esclarecimentos preliminares .....	72
4.2- Moral, ética e direito .....	72
4.3- Direito subjetivo .....	74
4.4- O primado do liberalismo e o exercício egoístico dos direitos subjetivos .....	75
4.5- Reação: o reconhecimento da função social dos direitos subjetivos .....	77
4.6- Abuso do direito: desvio da finalidade econômica e social do direito subjetivo .....	78
4.7- Teoria do abuso do direito: tutela do ordenamento jurídico, do organismo social e, eventualmente, do sujeito do interesse subordinado .....	79
4.7.1- Conceito e extensão .....	79
4.7.2- A crítica de Planiol: a expressão é mera logomaquia .....	81
4.7.3- Formação histórica .....	83
4.7.4- Natureza jurídica: teoria subjetiva e teoria objetiva .....	86
4.7.5- Direito brasileiro: teoria objetiva .....	89
4.7.6- Abuso do direito e o seu campo de abrangência .....	92
4.8- Abuso do direito de demandar .....	94
4.9- O abuso do direito e o ato ilícito .....	98
5- RESPONSABILIDADE PROCESSUAL CIVIL OBJETIVA .....	100
5.1- As cláusulas gerais de boa-fé e de responsabilidade processual .....	100
5.2- Teoria geral da responsabilidade processual civil objetiva .....	102
5.2.1- Responsabilidade processual subjetiva e objetiva .....	102
5.2.2- O sistema de apreciação da responsabilidade no Código de Processo Civil .....	103
5.2.3- Elementos da responsabilidade processual civil objetiva .....	106
5.2.3.1- O risco judiciário .....	107

5.2.3.2- Previsão legal .....	110
5.2.3.3- Relação de causalidade .....	114
5.2.3.4- Dano processual .....	114
6- ART. 574, DO CPC: ABUSO DO DIREITO E RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL .....	117
6.1- Função social do processo de execução fiscal .....	117
6.2- Abuso do direito de demandar: desvio da finalidade social do processo de execução fiscal .....	119
6.3- Art. 574, do CPC: abuso do direito e responsabilidade objetiva no processo de execução fiscal .....	120
6.3.1- Preceitos da norma: responsabilidade objetiva .....	120
6.3.2- Cabimento no processo de execução fiscal .....	122
6.3.3- A obrigação inexistente .....	124
6.3.4- O dano reparável .....	126
6.3.5- O dano à terceiro forâneo à lide .....	127
6.3.6- Instrumentos de impugnação .....	128
6.3.7- Procedimento de reparação dos danos .....	129
7- CONCLUSÃO .....	132
8- BIBLIOGRAFIA .....	134
8.1- Livros .....	134
8.2- Publicação Periódica .....	136
8.3- Dicionários .....	136

## 1 INTRODUÇÃO

No presente trabalho de conclusão do curso de graduação em direito, o autor abordou o estudo singular sobre o tema multidisciplinar "abuso do direito e responsabilidade objetiva no processo de execução fiscal".

O Estado de direito é um ente constituído pelo grupo social e investido de poder político capaz de tornar infalível e inevitável a aplicação das normas jurídicas vigentes em determinado espaço e tempo. Estas normas são as aspirações sociais, os fundamentos perseguidos para a real satisfação das necessidades ilimitadas através de recursos escassos. Ao Estado de direito, então, é reconhecida a função - dever de administrar e tutelar os interesses juridicamente protegidos. Em uma expressão: promover o bem comum.

Institui-se para tanto, um complexo sistema de normas que, ora informam a finalidade social de um poder a ser exercido pelo Estado, ora reprimem qualquer prática nociva a harmonia das relações inter-subjetivas e a integridade do ordenamento jurídico.

Revelam-se, pois, valores sedimentados no organismo social sem os quais a vida em sociedade se revela impossível.

Neste contexto, o abuso do direito aparece como um agente nocivo não só às relações intersubjetivas, mas, principalmente, ao próprio ordenamento jurídico. É um fenômeno que, aparentemente, é resguardado pelo direito, porém, é violentamente ofensivo ao complexo de aspirações sociais.

No Estado de direito a Administração Pública se apresenta como uma entidade dotada de personalidade jurídica para deduzir uma pretensão ao Poder Jurisdicional com o objetivo de promover a defesa do interesse público. É, pois, pelo processo de execução fiscal que a Fazenda Pública promove a satisfação forçada dos créditos inadimplidos pelos sujeitos integrantes do grupo social, cuja finalidade é a arrecadação das receitas a serem destinadas a realização dos serviços públicos.

Por outro lado, caso essa pretensão se revele ilegal à luz da finalidade social do Estado de direito, a Administração Pública, instituição formada para a realização do bem comum, envolve-se num ambiente ofensivo à própria integridade do ordenamento jurídico.

A partir daí, impende a aplicação das normas de repressão às práticas nocivas ao ordenamento jurídico.

Este foi, então, o objetivo do presente trabalho monográfico.

Realizou-se um estudo acerca do abuso do direito de demandar e como o ordenamento jurídico nacional disciplina tal questão.

Para tanto, abordou-se três teorias formuladas na França entre os séculos VIII e XIX; tais são: a teoria da separação dos poderes; a teoria do abuso do direito e, por fim, a teoria da responsabilidade processual civil.

No Capítulo 2, realizou-se um estudo sobre a origem do Estado de direito quando o poder político se apresentava de forma precária, até que se chegasse a concepção atual da distribuição das funções do poder político. Em seguida, expõe-se o motivo e a finalidade social da formação do Estado de direito tal qual se apresenta na sociedade contemporânea, enfatizando inclusive os princípios informadores da atuação estatal. Por fim, delimita-se o conceito para a compreensão do Estado em juízo - a Fazenda Pública.

Por conseguinte, no Capítulo 3, efetuou-se um estudo sobre o processo de execução fiscal, instrumento ético e político pelo qual o Estado-administrador promove a arrecadação forçada e legítima dos recursos que, futuramente, serão despendidos na realização dos serviços públicos.

Em seguida, já no Capítulo 4, do presente trabalho monográfico, o autor ingressou-se no estudo da teoria do abuso do direito. É neste capítulo que se expôs a formação histórica e posição enciclopédica do abuso do direito de demandar no ordenamento jurídico nacional.

No Capítulo 5, promoveu-se um estudo acerca da teoria da responsabilidade processual civil, instituição jurídica destinada a recomposição do dano processual potencial e efetivo, tudo tendo em vista a efetivação do princípio do não enriquecimento sem causa legítima.

Por fim, o autor fundiu todo o estudo efetuado nos capítulos declinados acima no Capítulo 6 para abordar efetivamente a exposição e compreensão do art. 574, do Código de

Processo Civil, norma fundamental para manter a integridade do ordenamento jurídico e das relações inter-subjetivas.

## 2 O ESTADO EM JUÍZO

### 2.1- A gênese do Estado e do poder político

Homem; direito; Estado e ordenamento jurídico. Até que se chegasse à complexa estrutura política do Estado contemporâneo, inclusive pela concepção da teoria da separação dos poderes, bem como pelo reconhecimento do Estado de direito social, passou-se por um longo processo de evolução sempre, intimamente ligado ao desenvolvimento do grupo de homens socialmente reunidos.

Em todas as épocas, sem exceção, o homem viveu com os seus semelhantes envolvido pela dependência mútua em prol da realização própria, desenvolvida através de uma relação de poder e controle.

Todo fato natural ou social existe por causa da relação de poder e controle derivada de uma força humana, ou, até mesmo, natural agindo sobre os humanos.

Diante dessas duas premissas, conclui-se que a regra é, indiscutivelmente, inerente a convivência humana e a dos humanos com o meio.

SUNDFELD (1997, p. 21), ressalta que:

Os seres humanos não vivem sós. Buscam sempre, por diversos modos, estabelecer relações as mais variadas com seus semelhantes: comunicam-se, trocam bens, unem esforços em atividades comuns, compartilham os espaços. A vida impõe, portanto, a formação de grupos sociais.

E, REIS FRIEDE (2002, p. 32) assinala que:

(...) onde quer que se observe o homem, seja qual for a época, mesmo nas mais remotas a que se possa volver, o homem é encontrado em estado de convivência e combinação com os outros por mais rude e selvagem que possa ser na sua origem. O homem singular, completamente isolado e vivendo só, próximo aos seus semelhantes mas sem nenhuma relação com eles, não se encontra na realidade da vida.

Assim, SUNDFELD (1997, p. 21) ensina que, "a convivência (...) depende de um fator essencial: da existência de regras estabelecendo como devem ser as relações entre todos, Em uma palavra: a convivência depende da organização".

Viver em associação pressupõe a existência de um mínimo de regras que regulem a atuação dos indivíduos tanto quando agem isoladamente, como nas situações de convívio econômico ou social.

Interessante é que, essas regras sociais (direito precário) têm caráter dúplice: elas surgem ao mesmo tempo para conferir liberdades e, também, para limitar a atuação do indivíduo em outras situações.

As normas somente adquirem operatividade quando revestidas dos seguintes elementos: força e submissão, sob pena de sanção. Devem, portanto, decorrer da vontade de um grupo suficientemente forte para garantir seu cumprimento e, quando não cumprida, punir o seu infrator. Importantíssima a sanção, de sorte que uma norma sem reprimenda não padece aos anseios do grupo insatisfeito.

SUNDFELD (1997) assinala que o poder político tem duas características essenciais: a certeza de seu cumprimento, inclusive pelo uso da força física e a exclusividade (soberania) de quem o detém.

Assim, todos aqueles que se encontrem sob a extensão de um Estado serão coagidos a cumprir as regras ali vigentes, sob pena de sofrerem as sanções cominadas.

SUNDFELD (1997) fraciona o Estado em duas faces, a primeira como aquela da qual emana o poder (Estado - poder) e, a segunda, como sendo a destinatária do mandamento contido na norma (Estado - sociedade).

O Autor (1997) esclarece que o Estado - poder é integrado por aqueles que definem as regras de convivência na sociedade aplicando-as, inclusive, com o uso da força, se necessário. Já o Estado - sociedade é formado por todos os habitantes do país.

Como já acima exposto, o poder político é inerente ao Estado, de tal forma que, a ausência de força e controle implica na inexistência de ordem social.

## 2.2 Estado: a evolução da concepção

Diante desta breve consideração acerca do surgimento do Estado e do conteúdo do poder político, reputa-se interessante expor, em linhas gerais, a evolução histórica do exercício do poder político, bem como da concepção do que seria o Estado.

Relembre-se, todavia, que a intenção do autor não é exaurir toda a discussão relativa ao conteúdo do poder político, ao passo que se pretende demonstrar tão somente o seu fundamento e elementos, como, inclusive, já se discorreu na Seção *supra*.

Fato notório, até mesmo para os olhos do mais simples dos homens é que, sem poder de ação-submissão não há ordem jurídica. Desta constatação resulta a conclusão de que o poder político sempre esteve presente no organismo social. E, na presente Seção, volta-se para o estudo das ideologias sócio políticas que se firmaram durante o passar dos tempos, pois, conforme adverte SUNDFELD (1996, p. 30), "o direito é fruto de produção cultural, longamente sedimentada, sendo por vezes impossível compreendê-lo sem situá-lo dentro da história".

Na pré-história os humanos sequer concebiam o poder político. Contudo, sabendo-se que um dos elementos do poder político é a possibilidade de viabilizar seu cumprimento com emprego de força física, constata-se uma manifestação, ainda que precária, do poder político, notadamente quando os homens se haviam diante da necessidade de conseguir abrigos e alimentos. Todos sempre disputavam a maior quantidade desses benefícios, de modo que somente o mais forte do grupo os detinha.

Entretanto, assinala SUNDFELD (1996, p. 31) que o caráter da exclusividade do exercício do poder político restava prejudicado de se verificar nesta época, pois que:

(...) o emprego da força não era reservado a ninguém. Ao contrário, todos disputavam suas posições no grupo através da força. Eram instáveis, em conseqüência, as posições no grupo, dependendo do resultado das disputas físicas, se sucediam.

O caráter da exclusividade do exercício do poder político é, num primeiro momento constatado, quando o homem desenvolve a agricultura. E, SUNDFELD (1996, p. 31), atenta-se para esse fato dissertando que:

Na medida em que o homem começa a se fixar na terra e os grupos vão se organizando em torno de certas regras mais ou menos estáveis – sobretudo as que permitem a determinação de quem obedece -, começa a surgir poder político, ainda que embrionário.

Todavia, SUNDFELD (idem, ibidem) esclarece que "não há Estado em sociedade como esta, dada a extrema simplicidade de estrutura de poder e sua não-institucionalização".

Por outro lado, é na Antiguidade, principalmente no organismo social romano e grego, que o conceito de Estado ganha maior relevância.

PINHO e MASCARO NASCIMENTO (2000, p. 81-82) analisando a obra *A Cidade Antiga*, de Fustel de Coulanges, sintetizam a concepção greco-romana do que seria o Estado antigo. Da análise dos Autores extrai-se que:

O Estado clássico é a cidade.

Primeiramente o homem pertenceu à família. Quando esta se ampliou, nasceu a cidade.

A religião era seu princípio constitutivo. Toda a vida familiar, todas as relações entre os membros da família, estavam impregnadas das crenças dominantes na época. E estas crenças baseavam-se principalmente na convicção de que, além desta vida, existe uma outra.

(...)

Desta crença fundamental decorria o culto aos mortos. Cada família cultuava os próprios mortos, sepultados nos terrenos de sua propriedade. Ao lado do culto dos mortos contemplava a religião primitiva dos romanos o culto ao fogo. Cabia ao chefe da família manter vivo em seu lar o fogo sagrado, símbolo dos antepassados. Era, assim, o *pater familias* também um sacerdote, o sacerdote que tinha os deuses, e sua própria liturgia, pois os deuses, os mortos, protegiam apenas a família de que haviam saído.

(...)

O *pater familias* é o senhor de um pequeno Estado, é chefe religioso, único proprietário e juiz dos membros de sua família.

Houve, pois, um momento em que as famílias começaram se relacionar com maior intensidade, ao passo que o agrupamento foi se fundindo dando origem às cúrias e, em seguida, às tribos, conservando, todavia, cada família os seus próprios deuses. Verifica-se nesta fase uma inter-relação de trocas de bens da vida, ou seja, as relações contratuais vão se tornando mais freqüentes, provocando a consolidação de algumas regras gerais de convivência comum a todas as famílias.

PINHO e MASCARO NASCIMENTO (2000, p. 83) reportando-se aos ensinamentos de Mattos Peixoto *in* Curso de direito romano; Rio de Janeiro: Peixoto, 1945. Tomo I, p. 319, dissertam que:

A tribo, como a fratria, tinha assembléias e ditava as leis, às quais todos os membros se deviam submeter. Tinha um tribunal e um direito para seus membros. Tinha um chefe. E fora constituída, em sua origem, para ser uma sociedade independente, e como se não existisse nenhum poder social acima dela.

A cidade era o Estado clássico. Seus fundamentos de existência se solidificavam com o culto aos deuses familiares e ao respeito à figura do *pater famílias*.

Na medida em que a sociedade antiga extravasa as fronteiras regionais e culturais de outros povos, os princípios da cidade antiga começam a ruir, dando-se origem a uma nova era, a Idade Média.

Nesta época, os fundamentos de existência do Estado se desprendem da concepção religiosa dos romanos. O titular do poder político é, agora, aquele que detém o poderio patrimonial e militar sobre um determinado espaço territorial; surgem os feudos.

O poder político, embora titularizado pelo Senhor Feudal, era também exercido pelo Clero, pois as doutrinas humanistas ainda não haviam se solidificado nesta época.

O domínio de uma parcela do poder político pelo Clero foi recusado pelos próprios cristãos que se viam coagidos, pelos abusos no exercício do poder político durante a Inquisição. Em virtude disso, o poder político foi concentrado na figura do monarca, advindo, pois, o Estado Moderno.

PINHO e MASCARO NASCIMENTO (2000, p. 87), assinalam que:

Aos poucos, o poder dividido e subdividido vai novamente se concentrando nas mãos de um só, do rei, do monarca, do soberano. Tem-lê o poder incontrastável, acima de todos os demais. Com ele chega a se confundir o próprio Estado: *Le Etat c'est moi*. Tudo lhe pertence no território em que governa. O rei fala de “seu” reino como qualquer um de nós falaria de “nossa” casa.

Não há distinção entre a vontade do rei e a vontade do Estado, entre as cartas do rei e as cartas do Estado, entre os segredos do rei e os segredos do Estado.

É o absolutismo das monarquias do século XVI a XVIII que dominavam todo o grupo social.

Não havia qualquer possibilidade de impugnação dos atos do rei que só encontrava limite em seu próprio bom senso, que, não raro às vezes, era desprezado pelo orgulho e pelo seu egoísmo.

O abuso no exercício do poder político incomodou a burguesia porque o Rei interferia demais no domínio patrimonial dos nobres.

Foi quando houve um rompimento a essa ordem jurídica, com os revoltosos sendo guiados pelos pensamentos liberalistas e pela doutrina apaixonante da distribuição das funções do Estado (tripartição do poder).

Esta nova ordem atraiu a atenção de todos os cidadãos e das aristocracias do ocidente que passaram a exigir do Estado o reconhecimento das liberdades e a não intervenção no domínio econômico.

Havia, pois, a necessidade de se firmar um instrumento do compromisso entre o Estado e os seus cidadãos; surgia aí a era das constituições.

PINHO e MASCARO NASCIMENTO (2000) relembram que as doutrinas de Rosseau, Montesquieu e Voltaire tiveram papel crucial para influenciar a consciência do mundo para o advento dessa nova ordem jurídica.

PINHO e MASCARO NASCIMENTO (2000, p. 88) dissertam que:

O soberano não é representante de Deus, mas do povo. O povo é que tem a soberania. E o estado nasce como de um contrato. Convencidos da impossibilidade de viver isoladamente, os homens reúnem-se e renunciam a um pouco de sua

liberdade em favor do bem comum. Mas conservam consigo o poder de criar o Direito, tanto que podem celebrar livremente outros contratos, que se equiparam a leis.

(...)

todas as convicções e todos estes fatos influem na queda das monarquias absolutistas e na criação dos Estados constitucionais, dos Estados limitados pelo Direito.

(...)

O homem deixa, assim, de ser escravo do Estado e este se transforma em utilidade do homem.

(...)

O novo Estado provém da lei "e esta é a expressão da vontade geral".

O Estado liberal permitia ao homem viver livremente, só o impedindo de cometer atos nocivos ao organismo social. Porém, só a liberdade não se demonstrou suficiente para a vida digna. Foi quando surgiu o Estado neoliberal ou Estado de direito social. Este, no molde da Constituição Mexicana (1917) e da República de Weimar (1919), firma o compromisso de, não só permitir a conquista, mas também de prover a realização do bem comum. PINHO e MASCARO NASCIMENTO (2000, p. 89) assinalam que "o Estado expectador veio a ser Estado a serviço do bem comum".

Atualmente é essa a ordem que prevalece na maioria dos Estados. Estes devem atuar como instrumento de distribuição de justiça social e de bens da vida ao máximo número possível de cidadãos.

Estas considerações são preparatórias para a compreensão do Tema a que se propôs estudar no presente trabalho monográfico, pois o que justifica a arrecadação das receitas públicas é a finalidade à qual o Estado se destina; a realização do bem comum<sup>1</sup>.

Interessante agora realizar um estudo sobre a teoria formulada por Montesquieu: a divisão formal para o exercício material das funções do Estado. Isto porque, o Estado em juízo, objeto da presente Seção, é sujeito que deve promover a atuação do Estado-juiz para que a sub-rogação de bens do cidadão executado se revele legítima e, não como se deu no passado pelo confisco.

---

<sup>1</sup> REIS FREIDE (2002) assevera que, o ideal do bem comum depende, em última análise, de uma visão objetiva da consciência moral de cada sociedade. Em outras palavras, o bem comum seria o extrato de todos os objetivos sociais e culturais almejados pelo grupo social.

### **2.3- O poder político e sua manifestação: a doutrina da Separação dos Poderes**

Sem o poder político não há organização suficiente para a constituição de um Estado. Essa atividade organizada é desenvolvida por meio de funções, as quais PINHO e NASCIMENTO (2000) relembram que Aristóteles, em sua obra *Política*, as definiu como função legislativa, função executiva e função jurisdicional.

Tornar uma norma vigente e efetiva é consequência inerente ao exercício do poder político. Todavia, até que uma norma se torne impositiva ao grupo social ela decorre, num primeiro momento, de uma fase de criação. A função legislativa é uma faceta do poder político pela qual o Estado estabelece um preceito a ser seguido pela nação. Criada, pois, a norma abstrata, cumpre à função executiva torná-la efetiva por meio dos atos de governo. Por fim, se houver alguma controvérsia quando da aplicação ou interpretação de uma norma, o Estado exerce a sua última função: a função jurisdicional. Por meio desta, o Estado pronuncia a regra jurídica aplicável ao caso concreto, compondo o conflito de interesses suscitado pelos jurisdicionados.

Muito embora já concebidas as três funções do poder político desde a Idade Antiga, somente no século XVIII que os Estados soberanos distribuíram, de fato, as funções em órgãos distintos, cada um incumbido de exercer a sua respectiva função. Surgiam aí, os "Três Poderes do Estado".

O precursor da doutrina da distribuição das funções do Estado foi Montesquieu que, conforme ensina REIS FRIEDE (2002, p. 458):

(...) somente no século XVIII, porém, Montesquieu, autor da obra famosa *O Espírito das Leis* (1748), que alcançou 22 edições em 18 meses, sistematizou o princípio com profunda intuição. Coube-lhe a glória de erigir as divagações filosóficas dos seus predecessores em uma doutrina sólida, que foi desde logo acolhida como dogma dos Estados liberais e que permanece até hoje sem alterações substanciais.

Em outras palavras:

(...) a idéia básica da divisão do exercício do poder nasceu com a obra de Montesquieu *O Espírito das Leis* como uma necessidade intrínseca de impedir a tirania típica (por parte dos governantes) que caracterizou, sobremaneira, os Estados absolutistas do passado.

Até a eclosão das revoluções liberais do século XVIII o poder político se concentrava em um único titular. Isto porque, conforme relembra REIS FRIEDE (2002, p. 459):

(...) nos Estados monárquicos antigos, medievais, e até mesmo no começo da Idade Moderna, bem como nas primitivas repúblicas gregas e romanas não havia, em regra, divisão funcional do poder de governo. Naquelas, o monarca, e nestas as assembléias populares acumulavam as funções de legislar, executar as leis e julgar as controvérsias.

REIS FRIEDE (idem, ibidem) acentua que, "a preocupação constante dos teóricos foi sempre de evitar a concentração de todo o poder numa só pessoa ou num só órgão".

Com efeito, o Autor (2002, p. 460) ressalta que:

(...) quando na mesma pessoa ou corporação, o Poder Legislativo se confunde com o Executivo, não há mais liberdade. Os três poderes devem ser independentes entre si, para que se fiscalizem mutuamente, coíbam os próprios excessos e impeçam a usurpação dos direitos naturais do governados. O parlamento faz as leis, cumpre-as o Executivo e julga as infrações delas o tribunal. Em última análise, os três poderes são os serventúrios da norma jurídica emanada da soberania nacional.

A história demonstra e o presente comprova que o homem detentor de poder político o exerce, em muitas vezes, de maneira abusiva, sendo, portanto, impossível permitir que se concentre em um só governante as diversas manifestações do poder político.

Conforme já acentuado, os Estados monárquicos absolutistas exerceram tão abusivamente o poder político que, a burguesia, exausta com tanta interferência do Rei no domínio cultural e, principalmente, econômico, insurgiu-se contra aquela base política impondo uma nova ordem política e jurídica à nação.

Surgia-se a era dos Estados liberais, pois, conforme ensina SUNDFELD (1997, p. 44/45), lançando mão da doutrina de Montesquieu:

A democracia e a aristocracia, por sua natureza, não são Estados livres. Encontra-se a liberdade política unicamente nos governos moderados. Porém, ela nem sempre existe nos governos moderados; só existe nestes últimos quando não se abusa do poder; mas a experiência eterna mostra que todo homem que tem poder é tentado a abusar dele; vai até onde encontra limites. Quem o diria! A própria virtude tem necessidade de limites.

Para que não se possa abusar do poder é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Uma constituição pode ser de tal modo, que ninguém será constrangido a fazer coisas que a lei não obriga e a não fazer as que a lei permite (...).

Há, em cada Estado, três espécies de poderes: o poder legislativo, poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes, e executivo das que dependem do direito civil.

Pelo primeiro, o príncipe ou magistrado faz leis por certo tempo ou para sempre e corrige ou ab-roga as que estão feitas. Pelo segundo, faz e paz ou a guerra; envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne as invasões. Pelo terceiro, pune os crimes ou julga as querelas dos indivíduos. Chamaremos este último do poder de julgar e, o outro, simplesmente o poder executivo do Estado.

A liberdade política, num cidadão, é esta tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada um possui de sua segurança; e, para que se tenha esta liberdade, cumpre que o governo seja de tal modo, que um cidadão não possa temer outro cidadão.

Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode-se temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente.

Não haverá também liberdade se o poder de julgar não estiver separado do poder legislativo e do poder executivo. Se estivesse ligado ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse ligado ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se o mesmo homem ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo, exercesse esses três poderes: o de fazer leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as divergências dos indivíduos.

Toda a doutrina da separação dos poderes foi sintetizada em um princípio desenvolvido pelos constitucionalistas norte-americanos denominado *checks and balances* (sistema de freios e contrapesos) no qual cada órgão do Estado, além de exercer sua função precípua, poderia agir de forma a um evitar abusos cometidos pelo outro.

Por outro lado, convém elucidar que o poder político é expressão da soberania de uma nação. E, em breve esclarecimento, REIS FRIEDE (2002, p. 460) relembra que:

(...) essa separação dos poderes não pode ser entendida da maneira absoluta como pretendiam, nos primeiros tempos, os teóricos do presidencialismo puro norte-americano. Nem decorre da doutrina de Montesquieu que cada um dos três clássicos poderes deva funcionar com plena independência, plena autonomia, fechado em departamento estanque. Melhor será falar-se em separação de funções. A divisão é formal, não substancial. O poder é um só; o que se triparte em órgãos distintos é o seu exercício.

Concluindo o ensinamento, REIS FRIEDE (2002, p. 462) afirma o seguinte:

Em verdade, o poder de soberania, intrinsecamente, substancialmente é uno e indivisível. Ele se manifesta através de três órgãos estatais formalmente separados. Dos três órgãos defluem três categorias diversas de manifestação típica do poder soberano. Como observa Kelsen, há unidade do poder estatal e pluralidade das suas formas de manifestação.

A soberania é realmente, necessariamente, una e indivisível. Ora, o Estado é a organização da soberania, e o governo é a própria soberania em ação. O poder, portanto, é um só uno e indivisível na sua substância. Não pode haver duas ou mais soberanias dentro de um mesmo Estado, mais pode perfeitamente haver órgãos diversos de manifestação do poder de soberania. Cada órgão, dentro da sua esfera de ação, exerce a totalidade do poder soberano. Em outras palavras: cada ato de governo, manifestado por um dos três órgãos, representa uma manifestação completa do poder.

Por fim, o Autor (idem, ibidem) encerra o ensinamento e adverte que "cada um dos três poderes, isoladamente, sem a correlação e a integração dos dois outros, não chegaria a expressar o poder do Estado".

## **2.4- A Administração Pública**

Crucial é a presente Seção do trabalho monográfico. Ora, o que suscitou a elaboração do mesmo é a atuação da Administração Pública como parte no processo de execução fiscal. Dessa forma, far-se-á uma análise acerca da divisão político - administrativa do Estado, bem como da organização jurídica da administração pública.

Insistentemente já se disse que, a finalidade principal do Estado é a realização do bem comum em benefício de um grupo socialmente reunido que se submete a um conjunto de

regras para a existência do próprio Estado. Esta finalidade, pois, somente é alcançada se o organismo social estiver estruturado, ou seja, com mecanismos, não só conceituais, mas, principalmente, materiais para agir em busca desse bem comum.

MEIRELLES (2002, p. 63), conceitua a administração pública como sendo "a atividade funcional concreta do Estado que satisfaz as necessidades coletivas em forma direta, contínua e permanente, e com sujeição ao ordenamento jurídico vigente".

BARROS (1980, p. 15), outrossim, esclarece que "as necessidades públicas, portanto, são atendidas pelo Estado a quem compete satisfazer toda a gama de atividades que o envolvem bem como de exercer uma atividade que os mantenha, em vista dos poderes inerentes aos seus fins".

À Administração Pública atribui-se, então, a função de gerenciar toda a atividade do Estado em todos os seus campos de atuação. Este campo é amplíssimo, de modo que, ao longo dos tempos, aumenta, gradativamente, conforme as necessidades públicas reconhecidas como um poder-dever do Estado em provê-las aos cidadãos. Essa interferência estatal nos domínios, seja ele econômico ou outro qualquer, está sempre ligada ao surgimento de um direito subjetivo público ou um direito social.

Destarte, para aferir-se a área de atuação do Estado deve-se, em última análise, verificar o compromisso do próprio Estado com os cidadãos. Atualmente, os Estados, em regra, assumem o caráter de Estado de direito social. Neste, todo o aparato estatal não só promove a manutenção da ordem pública, como também, firma o compromisso de criar os meios e realizar todos aqueles direitos concebidos como de solidariedade, como, por exemplo, saúde, educação, cultura, trabalho, entre outros.

O Estado brasileiro possui três esferas de titulares do poder político, cada um com a respectiva competência e autonomia, mas, no entanto, todos reunidos, *ad eternum*, pelo pacto federativo<sup>2</sup>. É o que dispõe os arts. 1º, *caput*, e 18, da Constituição Federal:

---

<sup>2</sup> MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**; 9ª ed. São Paulo: ATLAS, p. 255/256. Apud DALLARI, Dalmo de Abreu *in* Elementos de teoria geral do estado. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1985. P. 227. Ensina que: "A Constituição de 88 adotou o federalismo que é uma aliança de Estados, baseada em uma Constituição onde os Estados que ingressam na federação perdem sua soberania no momento mesmo do ingresso, preservando, contudo, uma política limitada." (...)

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

Art. 18. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos autônomos, nos termos desta Constituição.

PEREIRA (2003, p. 6) ressalta que:

Tem-se, no arcabouço constitucional brasileiro, três esferas de poder, fato que singulariza nossa organização político-administrativa. Ao lado da União, convivem os Estados-membros e os municípios, além do Distrito Federal. Não se deve impressionar com o aspecto espacial. Na Constituição Federal, em projeção introspectiva, não há hierarquia entre os entes políticos. Cada qual detém competência diferente e nessa proporção tem autonomia.

São, portanto, a União, os Estados-Membros, o Distrito Federal e os municípios entes políticos aos quais confere-se personalidade jurídica de direito público, tudo tendo em vista o exercício da atividade administrativa cada qual em sua respectiva competência funcional.

Com efeito, MEIRELLES (2002, p. 62) ressalta que:

Após a organização soberana do Estado, com a instituição constitucional dos três Poderes que compõe o Governo, e a divisão política do território nacional, segue-se a organização da Administração, ou seja, a estruturação legal das entidades e órgãos que irão desempenhar as funções, através de agentes públicos.

---

“Além disso, a constituição deve estabelecer os seguintes princípios: os cidadãos dos diversos Estados - membros aderentes à Federação devem possuir a nacionalidade única dessa; repartição constitucional de competências entre a União, Estados-membros, Distrito Federal e municípios, necessidade de que cada ente federativo possua uma esfera de competência tributária que lhe garanta renda própria; poder de auto-organização dos Estados-membros, Distrito Federal e municípios, atribuindo-lhes autonomia constitucional; possibilidade constitucional excepcional e taxativa de intervenção federal, para manutenção do equilíbrio federativo; participação dos Estados no Poder Legislativo Federal, de forma a permitir-se a ingerência de sua vontade na formação da legislação federal; possibilidade de criação de novo Estado ou modificação territorial de Estado existente dependendo da aquiescência da população do Estado afetado; por fim, a existência de um órgão de cúpula do Poder Judiciário para interpretação e proteção da Constituição Federal”.

DI PIETRO (2002, p. 425) disserta que, "considerando que o Estado é pessoa jurídica e que, como tal, não dispõe de vontade própria, ele atua sempre por meio de pessoas físicas, a saber, os agentes públicos". Cada entidade política cria órgãos de atuação para o exercício da função administrativa. E, na conceituação de DI PIETRO (2002, p. 426), "pode-se definir órgão público como uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado".

A Autora (idem, ibidem), ainda, adverte que:

Na realidade, o órgão não se confunde com a pessoa jurídica, embora seja um das partes integrantes; a pessoa jurídica é o todo, enquanto os órgãos são parcelas integrantes do todo. O órgão também não se confunde com a pessoa física, o agente público, porque congrega funções que este vai exercer. Conforme estabelece o artigo 1º, § 2º, inciso I, da Lei nº 9.784, de 29-1-99, que disciplina o processo administrativo na âmbito da Administração Pública Federal, órgão é *a unidade de atuação integrante da estrutura da Administração direta e da estrutura da Administração indireta*. Isto equivale a dizer que o órgão não tem personalidade jurídica própria, já que integra a estrutura da Administração.

Assim, conforme ensina PEREIRA (2003, p. 7), "cada uma das entidades políticas se manifesta por seus órgãos e estes, agindo são expressão do corpo único".

Diante, pois, da complexa área de atuação do poder público, este distribui a competência para que os entes de manifestação da atividade administrativa cumpram com eficiência as atribuições que lhe foram conferidas.

Com efeito, dois institutos de direito administrativo explicam o fenômeno da distribuição da competência funcional da cada entidade política: a desconcentração e descentralização de serviços.

Na desconcentração a competência é atribuída a um órgão pertencente à entidade política. Embora distribuída a competência, ela permanece na esfera jurídica da entidade política. Isto porque, como já dito acima, aos órgãos públicos não se confere personalidade jurídica.

MEIRELLES (2002, p. 327) ensina que, na desconcentração, "o poder público presta por seus próprios órgãos em seu nome e sob sua responsabilidade" os serviços próprios à sua natureza.

Diversamente ocorre na descentralização, pois nesta, além de ocorrer a distribuição da competência, ela é destacada da entidade política, criando-se um novo ente personalizado incumbido de realizar, exclusivamente, aquela atribuição que lhe fora reservada. Em outras palavras, a atribuição é transferida às autarquias, fundações, empresas estatais, empresas privadas ou, mesmo, às pessoas naturais.

Já se disse que o leque de atuação do poder público é vastíssimo, mas ao presente trabalho somente importa a atividade administrativa destinada a arrecadação das receitas que serão empenhadas em serviços ou obras públicas para a satisfação das necessidades públicas.

Trata-se, então, da Administração Pública Tributária<sup>3</sup>. Aqui o sistema jurídico e o aparato estatal (órgãos e entidades descentralizadas) são direcionados a um único objetivo: a arrecadação das receitas públicas.

BARROS (1980, p. 16), sucintamente, esclarece que:

A forma do Estado obter da sociedade o dinheiro suficiente para suprir as necessidades públicas é através dos tributos; ele utilizará de sua potestade indireta, onde condiciona o pagamento dos tributos a certos acontecimentos sociais, daí decorrendo a sujeição a quem der causa àquelas situações.

Com efeito, pela arrecadação dos tributos e demais receitas o Estado não desenvolve atividade econômica de concorrência e especulação com a finalidade de lucro. Esta é característica fundamental da livre iniciativa privada capitalista.

Dessa forma, o Estado exerce atividade financeira para gerir o empenho das despesas em obras e serviços públicos (próprios e impróprios) essenciais ao desenvolvimento nacional, objetivando erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades regionais (Art. 3º, II e III, da Constituição Federal).

Destarte, se o Estado pretende explorar atividade econômica, deve criar entidades com personalidade jurídica de direito privado, como é o caso das empresas públicas e das sociedades de economia mista, de modo que serão regidas por um regime jurídico diverso.

---

<sup>3</sup> Embora se tenha utilizado a expressão contida na Constituição Federal - Título VI - é cediço que a atividade financeira do Estado é mais ampla, eis que, como o leitor verá na Seção 3 do presente trabalho monográfico, as receitas públicas são divididas em tributária e não-tributárias.

## 2.5- Regime jurídico administrativo

Toda a atividade administrativa estatal é destinada a uma única finalidade, qual seja: a realização máxima do bem comum. Para que essa atividade estatal não sofra qualquer desvio de finalidade, à Administração Pública é imposto um regime jurídico ao qual deve estrita observância, sob pena de incidir em abuso do poder político.

O regime jurídico administrativo decorre do advento das doutrinas que pregavam a fixação do Estado liberal com o objetivo de preservar os direitos do indivíduo perante o Estado, mas, principalmente, como forma de tutelar o interesse público.

Com efeito, o Estado ora agirá imperativamente, mas, é claro, nos limites da lei, ora estará em pé de igualdade ao particular. Está, então, tanto submetido a um regime de direito público, resguardando o interesse público, como subordinado às normas de direito privado quando se relacionar com as pessoas dessa natureza jurídica.

Conforme acentua DI PIETRO (2002, p. 66):

Ao mesmo tempo em que as prerrogativas colocam a Administração em posição de supremacia perante o particular, sempre com o objetivo de atingir o benefício da coletividade, as restrições a que está sujeita limitam a sua atividade a determinados fins e princípios que, se não observados, implicam desvio de poder e consequente nulidade dos atos da Administração.

O conjunto das prerrogativas e restrições a que está sujeita a Administração e que não se encontram nas relações entre particulares constitui o regime jurídico administrativo.

Por derradeiro, DI PIETRO (2002) esclarece que, muitas dessas prerrogativas e restrições são expressas sob a forma de princípios que informam o direito público e, em especial, o direito administrativo.

## **2.6- Princípios constitucionais da Administração Pública**

Antes da regra se tornar revestida de coercitividade tornando-se impositiva a todos os governados, há uma fase pré-jurídica de estudo do comportamento social que precisa ser regulamentado. O criador da regra lança mão de idéias básicas para a sua confecção final. Essas idéias básicas são os princípios que, em linhas gerais, são valores éticos ou morais tão solidificados em uma sociedade que se tornam atemporais e servem para informar a vida em sociedade toda vez que as regras positivas entrarem em conflito.

Todo ramo da ciência jurídica é informado por princípios gerais e específicos. E, a Administração Pública é informada pelos princípios descritos no art. 37, *caput*, da Constituição Federal:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

### **2.6.1- Princípio da legalidade**

Princípio da legalidade: o princípio da legalidade é dogma fundamental de qualquer Estado de direito e, em nosso ordenamento constitucional está no art. 5º, II, da Constituição Federal. Porém, sua aplicação no direito administrativo ganha um colorido especial. Isto porque a atividade administrativa não dispõe do livre exercício do poder político, somente o podendo exercer quando a lei o permitir. Em outras palavras, DI PIETRO (2002, p. 67), ensina que:

Este princípio, juntamente com o controle da administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais. Isto porque, ao mesmo tempo em que os define, estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de tais direitos em benefício da coletividade.

MEIRELLES (2002, p. 86), abordando a questão da obrigatoriedade de previsão legal e do seu estrito cumprimento, ensina que:

As leis administrativas são, normalmente, de *ordem pública* e seus preceitos não podem ser descumpridos, nem mesmo por acordo ou vontade conjunta se seus aplicadores e destinatários, uma vez que *contêm verdadeiros poderes-deveres, irrelatáveis pelos agentes públicos*. Por outras palavras, a natureza da função pública e a finalidade do Estado impedem que seus agentes deixem de exercer os poderes e de cumprir os deveres que a lei lhes impõe. Tais poderes, conferidos à Administração Pública para serem utilizados em benefício da coletividade, não podem ser renunciados ou descumpridos pelo administrador sem ofensa ao bem comum, que é o supremo e único objetivo de toda a ação administrativa.

## 2.6.2- Princípio da impessoalidade ou finalidade

Princípio impessoalidade ou finalidade: este princípio não era previsto na ordem constitucional anterior, obtendo esse patamar somente com a Constituição vigente. DI PIETRO (2002, p. 71) ensina que "exigir impessoalidade da Administração tanto pode significar que esse atributo deve ser observado em relação aos administrados como à própria Administração". No que se refere aos administrados, a Autora (idem, ibidem) assenta que, "a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que deve nortear o seu comportamento".

Por outro lado, quando este princípio é dirigido à própria administração a mesma Autora (2002), sustentada em ensinamento de Gordilho acrescentando que:

(...) os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato. Ele é apenas o órgão que formalmente manifesta a vontade estatal". Acrescenta o autor que, em consequência "as realizações governamentais não são do funcionário ou autoridade, mas em nome da entidade pública em nome de quem os produziria.

### 2.6.3- Princípio da moralidade

Princípio da moralidade: este princípio vincula o administrador e o administrado que se relacionam com a Administração Pública aos valores morais existentes nas aspirações do grupo sem que eles integrem o direito positivo. MEIRELLES (2002, p. 88) acentua que "por considerações de Direito e de Moral, o ato administrativo não terá que obedecer somente à lei jurídica, mas também à lei ética da própria instituição, porque nem tudo que é legal é honesto, conforme já proclamavam os romanos: *nom omne quod licet honestum est*".

Com efeito, a moralidade administrativa, muito embora concebida como um desdobramento da legalidade do ato administrativo, é um conceito supra legal, de forma que, mesmo sendo legal o ato administrativo será contrário aos valores da instituição política. Neste sentido, DI PIETRO (2002) apud MAURICE HAURIUO [18--], conceitua a moralidade administrativa com sendo o "conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração". A partir desse conceito, DI PIETRO (idem, ibidem) assevera que, "há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa, que é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário".

Por fim, DI PIETRO (2002, p. 79), conclui o pensamento com os seguintes termos:

Em resumo, sempre que em matéria administrativa se verificar que o comportamento da Administração ou do administrado que com ela se relaciona juridicamente, embora em consonância com a lei, ofende a moral, os bons costumes, as regras de boa administração, os princípios de justiça e de equidade, a idéia comum de honestidade, estará havendo ofensa ao princípio da moralidade administrativa.

Sendo, pois, o princípio da moralidade administrativa uma norma de boa conduta institucional, MEIRELLES (2002, p. 89), esclarece que "a moralidade administrativa está intimamente ligada ao conceito do "bom administrador". Outrossim, o autor conclui o pensamento invocando o ensinamento de Franco Sobrinho que define o bom administrador como "aquele que, usando de sua competência legal, se determina não só pelos preceitos vigentes, mas também pela moral comum".

#### **2.6.4- Princípio da publicidade**

Princípio da publicidade: o princípio da publicidade adquiriu patamar constitucional como forma de preservar o interesse público e dos indivíduos ligados diretamente ao ato ou contrato administrativo realizado. É uma norma cujo objetivo é evitar a realização de atos políticos às ocultas, como muito se fez no passado recente, enquanto o país era governado pelos militares.

Sobre o fundamento do princípio da publicidade, MEIRELLES (2002, p. 92) se manifestou pelos seguintes termos:

O princípio da publicidade dos atos e contratos administrativos, além de assegurar seus efeitos externos, visa a propiciar seu conhecimento e controle pelos interessados diretos e pelo povo em geral, através dos meios constitucionais.

Segundo MEIRELLES (2002, p. 92), o princípio da publicidade consiste na "divulgação oficial do ato para conhecimento público e início de seus efeitos externos". E, continua ao dissertar que "as leis, atos e contratos administrativos que produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem exigem publicidade para adquirirem validade universal, isto é, perante as partes e terceiros".

MEIRELLES (2002, p. 94) relembra que, "os atos e contratos administrativos que omitirem ou desatenderem à publicidade necessária não só deixam de produzir seus regulares efeitos como se expõem a invalidação por falta desse requisito de eficácia e moralidade".

#### **2.6.5- Princípio da eficiência**

Princípio da eficiência: a Emenda Constitucional nº 19 adicionou um novo princípio norteador da atividade administrativa; o princípio da eficiência.

MEIRELLES (2002, p. 94) apud VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA *in* "Eficiência administrativa na Constituição Federal", RDA 220/165, conceitua e, desde já, esclarece a função deste princípio com os seguintes termos:

O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.

DI PIETRO (2002, p. 83) ressalta que o princípio da eficiência possui dois aspectos:

Pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.

DI PIETRO (2002, p. 84) reporta-se ao Plano Diretor de Reforma do Estado, elaborado em 1995 que afirmava o seguinte:

(...) reformar o Estado significa melhorar não apenas organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços - tanto os exclusivos, quanto os competitivos, que estarão apenas indiretamente subordinados na medida que se transformem em organizações públicas não estatais - operem muito eficientemente.

DI PIETRO (*idem*, *ibidem*) apud JESUS LEGUINA VILLA [19--] esclarece os seguintes fundamentos políticos para que a eficiência fosse concebida como princípio:

Não há dúvida de que a eficácia é um princípio que não se deve subestimar na Administração de um Estado de Direito, pois o que importa aos cidadãos é que os serviços públicos sejam prestados adequadamente. Daí o fato de a Constituição situar no topo dos princípios que devem conduzir a função administrativa dos interesses gerais. Entretanto. A eficácia que a Constituição exige da administração não deve se

confundir com a eficiência das organizações privadas nem é, tampouco, um valor absoluto diante dos demais. Agora, o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência.

Com efeito, a administração pública deixou, já há algumas décadas, de prestar serviços públicos de forma satisfatória. Filas e mais filas é o quadro nacional para a utilização de qualquer serviço próprio ou impróprio do Estado.

A questão fundamental que provocou o surgimento do princípio da eficiência é o emprego de recursos incalculáveis em projetos que não cumprem com sua finalidade.

## **2.7- O interesse público**

O interesse público é dogma fundamental e princípio norteador de toda a atividade estatal, notadamente a administrativa que, como já mencionado anteriormente, se destina a realização material dos serviços públicos para a satisfação das necessidades públicas.

Nos artigos 1º e 3º da Constituição Federal encontram-se, respectivamente, os fundamentos e a finalidade do princípio do interesse público:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Na expressão de MEIRELLES (2002, p. 99):

O princípio do interesse público está intimamente ligado ao da finalidade. A primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral.

Diante disso, imprescindível uma ponderação entre os interesses em conflito para aferir qual deverá sofrer limitação em benefício do outro. Destarte, o interesse público não é absoluto e encontra limitação quando o interesse privado também está amparado pelo ordenamento jurídico constitucional.

Historicamente, os ideais de defesa do interesse público surgem no fim do século XIX como reação às doutrinas liberalistas que insurgiram contra a repressão do Estado absolutista. De um lado, os cidadãos se libertavam das monarquias absolutistas, mas, em contrapartida, o povo caía na miséria geral porque o Estado não lhe proporcionava o bem comum.

O interesse público decorre da concepção do Estado de direito firmando-se, posteriormente, a doutrina do Estado de direito social, após a Segunda Revolução Industrial.

Com efeito, DI PIETRO (2002, p. 69) assinala que "o direito de ser apenas instrumento da garantia dos direitos do indivíduo e passou a ser visto como meio para consecução da justiça social, do bem comum, do bem-estar coletivo".

Como corolário do princípio do interesse público existe o princípio da indisponibilidade, também denominado princípio da finalidade. Significa, pois, na expressão de DI PIETRO (2002, p. 70) apud CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO *in* Curso de direito administrativo, Malheiros, São Paulo, 1995:

(...) sendo interesses qualificados como próprios da coletividade – internos ao setor público – não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis. O próprio órgão administrativo que os representa não tem disponibilidade sobre eles, no sentido de que lhe incumbe apenas cura-los – o que também é um dever – na estrita conformidade do que dispuser a *intentio legis*.

E, a mesma Autora (*idem, ibidem*) conclui que:

Precisamente por não poder dispor dos interesses públicos cuja guarda lhes é atribuída por lei, os poderes atribuídos à Administração têm o caráter de poder-dever; são poderes que ela não pode deixar de exercer, sob pena de responder pela omissão. Assim, a autoridade não pode renunciar ao exercício das competências que lhe são outorgadas por lei.

São duas as questões relevantes quando se desenvolve qualquer estudo acerca do princípio do interesse público: a primeira já se dissertou que é o conflito entre o interesse público e o privado; e a segunda é a questão do titular do interesse público e o seu destinatário. No que se refere a esta segunda questão, a tarefa é definir o conteúdo jurídico do interesse público, pois ele extraído do ordenamento jurídico como mais um dos conceitos jurídicos indeterminados que o legislador lança mão para evitar que a norma perca fundamento e finalidade diante das modificações sociais.

Cediço é que, o Estado de direito é detentor legítimo do poder de administrar os interesses da coletividade. Disto resulta que, se o Estado é o titular, o povo é o destinatário da administração. PEREIRA (2003, p. 40), sobre essa questão, adverte que "o *interesse público*, em primeiro plano, não é singelamente *interesse do Estado*", nem mesmo na lei formal. O interesse público é a finalidade de todo o complexo de normas que norteiam a atividade do Estado.

O Autor (2003, p. 41) demonstra sua preocupação com o tema pelos seguintes termos:

Fosse o Estado apenas essa pessoa jurídica digna de veneração, poderia ser dito que o "interesse público" seria o "interesse do Estado". Tanto quanto possível, deveria ser buscada a preponderância dos benefícios em prol do poder público; quanto mais

direitos, vantagens, titularidades, tanto mais estaria sendo prestigiado esse ente objeto de culto.

O Autor (idem, ibidem) faz menção ao ensinamento de CARMEM LÚCIA ANTUNES ROCHA *in* Democracia, Constituição e Administração Pública, *Revista Trimestral de Direito Público*, nº 26, p. 62:

(...) o Estado é corpo vivo, mas que respeita, para dar-se a ser a vida política de seu povo. Não vive para si. Cuida de administrar o que não é da sua propriedade, mas que é coisa do homem que o compõe. Monta-se e remonta-se ao homem, àquele que constitui o seu fim e a sua única justificativa.

Por outro lado, não se pode admitir que o interesse público decorra da vontade da maioria, porque incidir-se-á no velho ditado de que *a democracia é a ditadura da maioria*. Exsurge aí, a questão da distribuição qualitativa da justiça social e dos recursos escassos.

Em suma, a Constituição traça o interesse público como sendo a fórmula para a conquista do bem comum, ao passo que, sempre que a atividade estatal estiver satisfazendo o que o interesse público clama, o Estado estará o mais perto possível de sua finalidade; a realização do bem comum.

## **2.8- A Fazenda Pública**

Finalmente chega-se ao sujeito do presente trabalho. Ao Estado, bem como aos seus entes descentralizados, é conferida personalidade jurídica para que eles se manifestem no mundo jurídico, contraindo, pois, direitos e deveres.

O poder político é exercido, formalmente, através de atos, sejam eles administrativos, judiciários ou legislativos. Aqui, importa somente os atos praticados pela Administração Pública que surtam efeitos no mundo jurídico, notadamente, na relação jurídica processual.

O termo Fazenda Pública remonta a idéia do conteúdo patrimonial do ente político. Dessa forma, toda vez que o poder público se manifesta em uma discussão financeira,

notadamente judicial, a ele é atribuída essa denominação. PEREIRA (2003, p. 5) relembra que, a esse conceito "somam-se as respectivas autarquias que, mesmo componentes da Administração indireta, conservam a natureza do ente formador, em que pese distinção diretiva e patrimonial - além das fundações públicas que a elas se equiparam".

O Autor (2003, p. 6) disserta que:

Pela força da tradição, a designação *Fazenda Pública* se solidificou para definir o poder público em juízo. Não raramente, em vez de ocorrer a menção à pessoa jurídica que é parte no processo, utiliza-se genericamente a expressão sob análise, tal qual fossem idênticas.

Sabendo-se que a denominação *Fazenda Pública* funde o aspecto patrimonial do Estado, juntamente, com a defesa desse patrimônio em juízo, cumpre delimitar quais entes estatais podem ser incluídos neste conceito.

Em primeiro lugar, deve-se verificar a natureza jurídica do ente público que é parte no processo. Se a ele é atribuída personalidade jurídica de direito público, sem exploração de atividade econômica, não haverá dúvida de que o regime jurídico ao qual este ente submeter-se-á é o direito público. Para a compreensão dessas afirmações, reporte-se o leitor àquela noção básica já percorrida acerca do regime jurídico administrativo.

De outro lado, se ao ente público é conferida personalidade jurídica de direito privado, para que este ente se beneficie deste regime jurídico, estará, pois, vinculado a todos os ônus que as pessoas de direito privado estão submetidas. Tudo isso decorre simplesmente do disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, ou seja, do princípio da isonomia.

PEREIRA (2003, p. 15), a esse respeito, manifestou-se nos seguintes termos:

Na realidade, pela multiplicidade de formas que assume a Administração, percebe-se que não poderão essas distintas facetas estar submetidas a igual regime. Incogitável, por exemplo, que a Administração esteja exposta ao mesmo regramento a que estão submetidas as sociedades de economia mista. Assim fosse, despciendo arquitetar essa proliferação de manifestação jurídicas.

Na realidade, as projeções estatais sempre ficam vinculadas a um colorido comum, a uma essência congênita. Mesmo que se trate de atividade desempenhada por particular, ainda assim algum tom de sua atuação denunciará sua vinculação pública.

Os graus de porosidade à seiva pública é que variarão. Jamais se poderá imaginar que alguma entidade estatal seja refratária à sua origem, mas não se pode também negar que pode, em certas situações, receber influxos do regime de direito privado.

O Autor (idem, ibidem) então, conclui o pensamento dissertando que:

Serão as pessoas jurídicas que congreguem o conceito de Fazenda Pública que ficarão sujeitas enfaticamente àquele especial sistema que caracteriza o direito público. As demais, ainda que sofram (e destacadamente) suas sequelas, não estarão expostas tão duramente ao angusto regime publicista. Preferindo o Estado a fruição de vantagens decorrentes do direito privado, deverá também estar submetido, proporcionalmente, aos seus ônus.

No conceito de Fazenda Pública, somente poderão figurar as entidades políticas, pois agem diretamente por seus órgãos e, as entidades (autárquicas e fundacionais) que, embora destacadas por meio de descentralização, ainda preservam o regime publicista para a sua atuação.

O art. 1º, da Lei Federal nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (Lei de execução fiscal), revela a intenção do legislador em restringir o conceito de Fazenda Pública ao estabelecer que:

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

Importante é essa delimitação do conceito, pois aos entes estatais são conferidas algumas prerrogativas processuais às quais as pessoas de direito privado não gozam.

## **2.9- Prerrogativas processuais da Fazenda Pública**

Quando os entes públicos incluídos no conceito de Fazenda Pública litigam, tanto como demandantes como demandados, a eles são conferidas prerrogativas que os favorecem em relação à parte adversa, seja no plano do direito material, ou somente no processual.

O fundamento para esse aparente desequilíbrio entre as partes, o que, hipoteticamente, suprimi ou cerceia os direitos da parte contrária, é o próprio princípio da isonomia. De fato, os desiguais devem ser tratados desigualmente, na exata proporção de suas desigualdades.

E é por isso que a Fazenda Pública goza das prerrogativas de direito material ou processual, porque os interesses por ela defendidos são os interesses da coletividade, sendo imprescindível atribuir-se-lhes um comportamento desigual.

Com efeito, PEREIRA (2003, p. 25) adverte que:

(...) A Fazenda Pública tem *status* peculiar. Ela, apesar de sintetizada em uma pessoa jurídica, haja vista necessidade dogmática, não pode ser confundida com um simples ente jurídico. Não é mais uma pessoa jurídica. Sua feição é única: não é a projeção de uma pessoa formal, mas de todas as pessoas naturais amalgamadas. Esse grau de abstração sociológico dá-lhe uma dimensão tão profunda que veda seja vista como um ente jurídico a disputar, com outros, interesses individualizados. É antiético supor a vinculação entre a Fazenda Pública e propósitos egoísticos, singularizados.

O Autor (2003) relembra que, embora alguns doutrinadores insurjam-se contra as prerrogativas da Fazenda Pública, elas são legítimas e inteiramente constitucionais, enquanto a norma que confira tal prerrogativa não esvaecer ao razoável e à finalidade prática e social para a qual fora criada.

### **3- A AÇÃO E O PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL**

#### **3.1- Jurisdição**

##### **3.1.1- Esclarecimentos preliminares**

Na Seção anterior realizou-se um estudo a respeito do sujeito sobre o qual destina-se a discussão central do presente trabalho monográfico; o Estado em juízo, ou seja, a Fazenda Pública.

Destarte, nesta Seção voltar-se-á ao estudo do universo onde induz-se a verificação do abuso do direito de demandar; o processo de execução fiscal.

É claro que a intenção não é exaurir toda a discussão a respeito do processo e do procedimento de execução fiscal. Seria muita pretensão do autor comentar todas as questões controvertidas sobre o tema em um único trabalho de conclusão de curso de graduação.

Por isso mesmo, far-se-á uma exposição de determinados aspectos desse universo, processo de execução fiscal, que tenham relevância tão somente preparatória para a abordagem do tema propriamente dito, excluindo-se o estudo exauriente das questões relativas ao procedimento especial de execução fiscal, entre outras sobre o processo judicial tributário ou fiscal.

Importante para a compreensão do tema, abuso do direito na demanda executiva fiscal, é o estudo das condições da ação; dos requisitos necessários para se promover a ação de execução fiscal; do título executivo da Fazenda Pública (CDA); da relação jurídica processual entre a Fazenda Pública e o executado e, por fim, dos atos jurídicos executivos, por excelência a constrição e a expropriação de bens do devedor.

### 3.1.2- Atividade jurisdicional (função - poder - dever)

Todo o estudo realizado nas Seções 2.1 a 2.3, do Capítulo 2 do presente trabalho monográfico é, pois, pertinente para a compreensão deste Capítulo 3.

Estabelecido um comportamento, este se torna regra, vez para todos, vez somente para as partes, no primeiro caso quando se tratar de normas dotadas de caráter cogente e, no segundo, quando houver uma relação contratual.

Exaustivamente já se disse ao longo do trabalho: *ubi societas ibi jus; et ubi jus ibi societas*. A norma de conduta sempre existiu para, ora informar, ora determinar uma maneira do indivíduo agir perante o grupo e do grupo junto ao indivíduo.

"Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (Art. 5º, II, da Constituição Federal). Relativamente à liberdade de agir, este dispositivo constitucional é o fundamento básico, através do qual conclui-se que a todos é permitido tudo que a norma jurídica não vedar.

De outro lado, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2000, p. 19) esclarecem a finalidade da ordem jurídica imposta aos cidadãos nos seguintes termos:

A tarefa da ordem jurídica é exatamente a de harmonizar as relações sociais intersubjetivas, a fim de ensejar a máxima realização dos valores humanos com o mínimo de sacrifício e desgaste. O critério que deve orientar essa coordenação ou harmonização é o critério do justo e do equitativo, de acordo com a convicção prevalente em determinado momento e lugar.

Todavia, nem todos os indivíduos integrantes do grupo social agem conforme os ditames contidos na regra jurídica; violam-na, e não é raridade.

A esse respeito, LIEBMAN (1968, p. 2) dissertou:

(...) nem sempre os homens cumprem as suas obrigações e obedecem aos imperativos de direito, de maneira que, a ordem jurídica não seria completa, nem eficaz se não contivesse em si própria aparelhamento destinado a obter coativamente a obediência a seus preceitos.

Daí que, como já visto, a função extrema do Estado é promover o cumprimento da norma imperativamente. Com efeito, o fiel cumprimento da regra, além de pacificar aquela relação intersubjetiva conflituosa, proporciona a estabilidade e harmonia do ordenamento jurídico vigente.

Havendo, então, recusa a um dever jurídico, o Estado promove a atuação da *norma agendi* através da função jurisdicional.

DINAMARCO (2000, p. 185) conceitua a jurisdição nos seguintes termos:

(...) uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito, para, imparcialmente, buscar a atuação da vontade do direito objetivo substancial válida para o caso concreto - seja expressando imperativamente o preceito, seja realizando no mundo das coisas o que o preceito dita.

ZAVASCKI (2000, p. 36), ademais, ensina que a atividade jurisdicional é a "função do Estado destinada a garantir a legitimidade e a efetividade do conjunto da ordem jurídica, e não apenas da norma jurídica incidente em casos concretos".

Com esse conceito, todavia, o Autor (2000) adverte que a concepção clássica acerca da jurisdição, qual seja, a atividade estatal de conhecer a lide e a ela aplicar a norma abstrata, não é suficiente para compreendê-la atualmente, isto porque além dessa função, a jurisdição também aprecia questões exclusivamente de direito, notadamente, nas ações de defesa do ordenamento constitucional e nos recursos excepcionais, tutelando-se nestes casos o próprio direito positivo.

Por conseguinte, a jurisdição é, ao mesmo tempo, função - poder - dever. É função, enquanto atividade destinada a dirimir os conflitos de interesse. Esta função, por sua vez, se reveste de conteúdo imperativo, sendo seu único titular o próprio Estado, posto que se trata de uma das facetas do exercício do poder político.

Por fim, diz-se que é um dever, isto porque, se os homens cederam parte de sua liberdade para a formação de um ente tutor do interesse coletivo e do individual, este ente, o

Estado, tem o dever de dispor de um mecanismo hábil a compor as controvérsias entre os cidadãos.

### **3.1.3- Elementos da jurisdição**

A atividade jurisdicional pode ser desmembrada em elementos, estes, na lição de MIRABETE (2000), seriam: *cognitio*, *vocatio*, *coertio*, *juditium* e, por fim, *executio*.

Num primeiro momento, a atividade jurisdicional dirigir-se-ia objetivando manter a regularidade da relação processual e efetuar a apreciação de tudo quanto fora deduzido pelas partes. Diante do conhecimento da lide, o Estado-juiz poderia invocar a presença de todos os interessados ao provimento jurisdicional, sob pena de, não havendo comparecimento espontâneo, coagir pessoalmente o cidadão que não acatou a ordem judicial.

Por conseguinte, instaurada a demanda e conhecidos todos os elementos necessários para a instrução da causa, o Juiz profere o direito aplicável que, por fim, será realizado, inclusive, imperativamente.

### **3.1.4- Atividade cognitiva e executiva**

Pela atividade jurisdicional o Estado-juiz aprecia a pretensão do autor, instaura o contraditório quando ouve a resistência do réu e, ao final, pronuncia-se sobre qual dos litigantes terá o interesse tutelado pelo ordenamento jurídico.

Ao deduzir sua pretensão o demandante almeja uma prestação jurisdicional, esta lhe podendo ou não ser favorável. Todavia, para que essa prestação jurisdicional se revista de legitimidade e eficácia, mister se faz que o Estado-juiz disponha de mecanismos aptos a prover o objetivo final da pretensão deduzida.

Dessa forma, a lide instaurada pode, basicamente, fundar-se na cognição de uma relação de fato que invoca a subsunção de uma regra jurídica abstrata, ou mesmo, na execução do objeto de uma relação jurídica preexistente que clama eficácia plena no mundo dos fatos.

Sobre a distinção entre a atividade cognitiva e a atividade executiva LIEBMAN (1968, p. 38), precisamente esclareceu:

A função jurisdicional consta fundamentalmente de duas espécies de atividades, muito diferentes entre si; de um lado, o exame da lide proposta em juízo, para o fim de descobrir e formular a regra jurídica concreta que deve regular o caso; de outro lado, as operações práticas necessárias para efetivar o conteúdo daquela regra, para modificar os fatos da realidade do modo a que se realize a coincidência entre a regra e os fatos. Por conseguinte, a natureza e os efeitos dos atos relativos diferem profundamente; na cognição a atividade do juiz é prevalentemente de caráter lógico: êle deve estudar o caso, investigar os fatos, escolher, interpretar e aplicar as normas legais adequadas, fazendo um trabalho intelectual, que se assemelha sob certos pontos de vista, ao de um historiador, quando reconstrói e avalia os fatos do passado. O resultado de tôdas estas atividades é de caráter ideal, porque consiste na enunciação de uma regra jurídica que, reunindo certas condições, se torna imutável (coisa julgada). Na execução, ao contrário, a atividade do órgão é prevalentemente prática e material, visando produzir na situação de fato as modificações aludidas acima (...).

Com efeito, THEODORO JUNIOR (2002, p. 4) ressalta que:

A atuação do órgão judicial, por isso mesmo, no processo de conhecimento é bem distinta daquela observada no processo de execução, razão pela qual existem a regulamentação e a sistemática próprias de cada um deles.

Há, pois, uma evidente distinção entre a atividade cognitiva e a atividade executiva e, conforme acentua ZAVASCKI (2000), essa diferença se funda na finalidade à qual se destinam, ou seja, no conteúdo da pretensão deduzida em juízo.

Muito embora a atividade cognitiva e a executiva se dirijam à finalidades distintas, THEODORO JUNIOR (2002) esclarece que ambas se integram, de sorte que somente assim o provimento jurisdicional revestir-se-ia de determinação e eficácia plena.

Tanto é assim, que LIEBMAN (1968, p. 4) ensinou a todos com a seguinte lição:

O conhecimento e julgamento da lide (processo de cognição) e a atuação da sanção (processo de execução) são duas formas igualmente importantes da atividade jurisdicional, que se complementam, estando uma a serviço da outra. Julgamento sem execução significaria proclamação do direito em concreto sem sua efetiva realização prática; e, por sua vez, execução sem cognição poderia resultar no arbítrio mais evidente.

### **3.1.5- Inexecução obrigacional e execução forçada (sanção concreta)**

Todo negócio jurídico se funda em uma norma jurídica e, portanto, dotada de força coercitiva, ou em normas de conteúdo meramente moral. Todas, no entanto, tem a finalidade de criar, modificar ou extinguir direitos. *Pacta sunt servanda* e, bem isso, uma vez convencionada uma prestação, aquele que se vinculou contrai o dever, pelo menos moral, de adimplir o direito de seu credor.

O direito objetivo prevê um universo abstrato de normas que incidem sobre a relação jurídica convencionada pelas partes, enunciando a existência de um direito material subjetivo.

*Se jus et obligatio sunt correlata*, constituída aquela relação de direito material, os contraentes adquirirão, de um lado, o direito de usar e gozar e, de outro, o dever de prover a prestação convencionada.

THEODORO JUNIOR (2002, p. 6) ensina que, "a coatividade prevista no conteúdo abstrato e genérico da regra de direito transporta-se para o concreto da vida quando uma relação qualquer entre pessoas cai sob área de incidência da norma".

Com efeito, uma vez não cumprida espontaneamente a prestação que se conveniou, o ordenamento jurídico mesmo assim tutela o direito do credor. A ele confere o enunciado secundário da norma, ou seja, uma pretensão para provocar a ingerência do Estado na esfera dos direitos patrimoniais e pessoais do devedor inadimplente com o objetivo único de promover a realização do direito material violado.

DINAMARCO (2000, p. 239), relewa o fundamento da atuação secundária do Estado-juiz com o seguinte ensinamento:

Se o Estado se limitasse a estabelecer preceitos normativos (abstratos ou mesmo concretos) para reger relações intersubjetivas, certamente restariam muitos casos em que sua vontade não ficaria satisfeita. A experiência demonstra que, muitas vezes, nem toda a forte motivação posta pelo ordenamento jurídico leva ao cumprimento (voluntário) das obrigações. Por isso, o próprio ordenamento dispõe uma série de medidas, através das quais o Estado invade a esfera de autonomia do indivíduo, para propiciar ao titular do direito subjetivo, a custo dele, o bem que o direito material lhe atribui.

Essa consequência lógica inafastável que assegura o cumprimento do enunciado violado é denominada *sanção*.

ZAVASCKI (2000) com extrema clareza, ensina que as normas jurídicas são revestidas de dois preceitos distintos, porém, interligados. O primeiro é a endonorma, ou seja, aquele preceito meramente declarativo de uma prestação. Já o segundo, é denominado perinorma, que é a resposta do ordenamento jurídico tornando certo o cumprimento da endonorma violada.

A sanção decorre do próprio exercício pleno do poder político pelo Estado-juiz, que deve preservar a certeza do cumprimento das normas jurídicas.

Cada sanção deve ser adequada e útil a recompor, restituir ou, tão somente, negar ou declarar a existência uma situação de incerteza. Para isso, as sanções são adaptadas para instrumentalizar a prestação do direito material violado.

ZAVASCKI (2000, p. 41) esclarece que as sanções podem ser meramente formais, ou, então, concretas. As primeiras "são impostas no mediante atuação no plano jurídico, como as de constituir, desconstituir, ou modificar uma relação jurídica". Já as sanções concretas "demandam para a sua aplicação, providências para manter ou modificar o mundo dos fatos (fazer, desfazer, entregar ou pagar)".

Na execução forçada, há sanções de conteúdo concreto e, conforme acentua ZAVASCKI (idem, ibidem):

Quem entende que deve ser tida como de execução qualquer atividade jurisdicional destinada a impor a vontade sancionatória da norma, concluirá que também pertence a esse domínio a imposição das sanções de natureza puramente jurídico-formal, como a de simplesmente anular um ato. Todavia, não é esse o entendimento dominante e nem o que inspirou o sistema do Código de Processo Civil. É que esta espécie de sanção, do primeiro grupo, não demanda subsequente atuação prática dos órgãos jurisdicionais, sendo suficiente para sua realização à modificação do estado jurídico. Na verdade, quando se afirma que a execução forçada é a atuação concreta

da vontade sancionatória da norma jurídica, está se referindo apenas às sanções do segundo grupo, ou seja, apenas àquelas que exigem, para sua concretização, providências práticas, materiais, no sentido de adequar o mundo real ao enunciado endonormativo.

DINAMARCO (2000) ressalta que a atuação da sanção concreta pressupõe a verificação de situações subjetivas. Estas são ligadas às próprias condições de se provocar a tutela jurisdicional (condições da ação).

Dessa forma, o Autor (2000, p. 293) ensina que:

Não se pode dizer que a aplicação da vontade sancionatória ao caso concreto produza desde logo, efetivamente, o poder do órgão executivo para atuar a sanção, o poder do credor para provocar essa atuação (ação executiva) e a sujeição do devedor a ela.

Não há ação se não houver interesse processual e o interesse de agir *in executivis* só aparecerá no momento em que se conjugarem os dois requisitos da adequação e necessidade da atuação da vontade sancionatória (...).

Por derradeiro, com o nascimento de uma relação jurídica, surge o dever de realizar a prestação que se convencionou, isto porque se o direito positivo enuncia a existência de um direito subjetivo esta relação será tutelada garantindo-se a certeza de seu adimplemento, inclusive coercitivamente por meio da atuação da sanção executiva.

Como foi dito acima, a atuação desta sanção concreta é condicionada a certas hipóteses que passaremos a analisar na Seção 3.2, deste Capítulo.

### **3.1.6- Tutela executiva e execução fiscal**

Já se disse no Capítulo 2 que, o Estado se manifesta no mundo jurídico dotado de personalidade jurídica. Trata-se, pois, de uma ficção criada pelo direito positivo para que a entidade política, autárquica ou fundacional possam se relacionar com os outros sujeitos de direito público ou privado, contraindo direitos e obrigações.

O Código Civil confere, então, personalidade jurídica de direito público aos entes estatais:

Art. 40. As pessoas jurídicas são de direito público, interno ou externo, e de direito privado.

Art. 41. São pessoas jurídicas de direito público interno:

I - a União;

II - os Estados, o Distrito Federal e os Territórios;

III - os Municípios;

IV - as autarquias;

V - as demais entidades de caráter público criadas por lei.

Dentre as mais diversas competências atribuídas aos entes estatais está a arrecadação das receitas que serão destinadas a realizar os serviços que satisfarão as necessidades públicas. A Administração Pública promove essa atividade vinculada exigindo do obrigado a realização dessa prestação. Se, no entanto, o obrigado não cumpre com a prestação enunciada na norma tributária ou de outra natureza, surge a necessidade de aplicação do preceito secundário da norma jurídica para que o Estado-juiz promova a atuação da sanção e submeta o patrimônio do obrigado à satisfação do crédito tributário ou não tributário da entidade estatal.

Reporte-se o leitor ao exposto acerca da distribuição das funções do poder político na Seção 2.3, do Capítulo 2, do presente trabalho monográfico.

SILVA PACHECO (1976, p. 26) ressalta o seguinte:

O fato de ser o próprio Estado que tem direito, a pretensão ou ação não autoriza que ele, por si, execute sem invocar o Judiciário, que de forma exaustiva tem a faculdade de jurisdição, que abrange atos executivos.

O Estado-administrador, que tem direitos, pretensões e ações pode exigir a prestação do obrigado como qualquer cidadão.

Havendo descumprimento, pode o Estado-administrador agir, pelos meios ao seu dispor, dentro da lei material, tributária ou administrativa aplicável, para obter a prestação. É a ação de direito material, inegável, mas que se não confunde com a ação tendente a obter do Judiciário a prestação jurisdicional pertinente.

Em outras épocas, todavia, como relembra VALDER DO NASCIMENTO (2000), existia no Brasil Colônia as Juntas de Fazenda que conjugavam o exercício administrativo de apuração dos créditos e, já os executavam se o contribuinte não adimplisse a obrigação

tributária espontaneamente. Não havia atividade jurisdicional para apreciar a lide tributária, ficando o contribuinte a mercê de seu próprio credor, o Estado.

O mesmo Autor (2000, p. 4), continua dissertando que, já no Período Imperial, diante das inúmeras falhas cometidas pelas Juntas de Fazenda, daí porque:

(...) houve-se por bem, mediante Alvará, abolir a jurisdição exercitada por elas, passando, então, o Erário e Tesouro Real Público, recém-criado, a ter as mesmas prerrogativas, jurisdição, inspeção, autoridade, obrigações estabelecidas na Carta de Lei que criou o Real Erário de Lisboa.

Assim, consagrando-se as garantias da inafastabilidade da jurisdição e do devido processo legal, SILVA PACHECO (1976, p. 26) complementa essa realidade nos seguintes termos:

Não prestada a obrigação, porém, baldas as tentativas amigáveis nesse sentido, não pode o Estado-administrador penhorar, por si, os bens do obrigado ou do contribuinte relapso, ou expropriá-los para satisfazer-se. Há que inscrever a dívida, quando exigida a inscrição, e, com base no fato que a lei tem como relevante para autorizar e causar a execução pelo Judiciário, atuar perante esse, como faz qualquer cidadão, em igualdade de condições, para obter deste a prestação executiva.

O Estado-judiciário é que, deferindo a ação executiva, instaura o processo judicial, em ângulo, e de acordo com a lei processual intervém na esfera patrimonial do executado, daí retirando bens suficientes, em caráter satisfativo, para atender ao fim da execução, que é a consumação da prestação jurisdicional executiva.

Da lição de MARTINS DA SILVA (2001, p. 154) conclui-se:

(...) não resta dúvida de que o Estado de Direito deve ser submetido ao império da lei e, como pessoa jurídica de direito público que é, suas relações de crédito e débito se subordinam aos ditames das normas legais. Por força desse postulado, chega-se a conclusão no sentido de que ele, por si só, não pode, absolutamente, executar suas dívidas, *manu militari*, pois também ao Estado-administração, ao Estado-fisco, à Fazenda Pública, está vedado fazer justiça pelas próprias mãos. Essa é, inclusive, uma característica do Estado de Direito, ou seja, ficar, como vimos, sujeito ao controle judiciário, razão porque as lides, de que seja um dos sujeitos, não de ser solucionadas pela atuação da vontade da lei.

Assim, SILVA PACHECO (1976, p. 27) esclarece que "ação, jurisdição e lei processual são três elementos inconfundíveis no estudo do processo de execução fiscal, como são em todo e qualquer processo judicial". Em suma, os institutos da teoria geral do processo de execução são, essencialmente, os mesmos aplicáveis ao processo de execução fiscal, inclusive porque a natureza da prestação deduzida é, a mesma de qualquer execução forçada, ou seja, a satisfação de um crédito.

Todavia, porque o bem da vida pretendido em juízo é indisponível, representando um crédito da sociedade perante o contribuinte devedor e, ainda porque a Fazenda Pública, em última análise representa o interesse público primário, a execução forçada de seus créditos é realizada por meio de um processo e procedimento com um colorido especial, regulado pela Lei Federal nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 e, subsidiariamente, pela Legislação processual geral (art. 1º, da Lei de execução fiscal).

## **3.2- Execução**

### **3.2.1- Natureza jurídica**

Toda pretensão nasce da possibilidade de se provocar a atuação da sanção em virtude da violação do preceito primário enunciado em uma norma de direito material. Isto ocorre em qualquer micro sistema jurídico.<sup>4</sup> Em todo caso, o fundamento básico para provocar-se a apreciação pelo Poder Judiciário do conflito de interesses estará insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, a saber: "a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito"; e no art. 3º, do Código de Processo Civil, ou seja, "para propor ou contestar ação é necessário ter interesse e legitimidade".

A pretensão da Fazenda Pública para provocar a atuação da sanção concreta também se respalda nesses dispositivos e, ainda, no art. 1º, da LEF, cuja redação é a seguinte:

---

<sup>4</sup> A expressão foi utilizada para designar a denominação já consagrada "ramos do direito".

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

Antes, porém, de expor a natureza jurídica da ação de execução fiscal, conveniente é efetuar um esboço das teorias que mais se destacaram ao longo dos tempos acerca do que seria a *ação*.

Em princípio, a teoria imanentista, desenvolvida por Savigny, concebia a ação como sendo um atributo do próprio direito material, de modo que somente poderia provocar a tutela jurisdicional àquele que, realmente, fosse o titular do direito material subjetivo. Esta teoria conclui que somente há ação se houver um efetivo direito material.

Num segundo momento, Muther, na Alemanha, formulou a teoria de que a ação seria um direito público independente do direito material subjetivo, exercível tanto contra o Estado, titular do exercício do Poder Jurisdicional, como contra o efetivo ofensor do direito material.

Muito embora concebida a doutrina da ação como direito abstrato, sua existência somente estaria verificada se, ao final da demanda, o provimento fosse favorável àquele que provocou a atividade jurisdicional, o autor. Esta era a teoria da ação como direito abstrato e concreto formulada por Wach, na Alemanha.

Chiovenda, na Itália, seguindo esta mesma linha de raciocínio formulou a teoria da ação como poder de submissão do ofensor ao interesse do autor. Trata-se de uma forma concretista de promover a vontade da lei. Conforme acentuam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2000), embora Chiovenda sustentasse a inexistência de um efetivo direito, a situação jurídica de criar a referida submissão se revela correlata à existência de um direito de provocá-la.

Finalmente, Degenkolb, na Alemanha, lança mão de uma doutrina, a que concebe a ação como sendo um direito autônomo e abstrato.

Com a clareza e concisão eterna, CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2000, p. 250) ensinam que:

Segundo esta linha de pensamento, o direito de ação independe da existência efetiva do direito material invocado: não deixa de haver ação quando uma sentença justa nega a pretensão do autor, ou quando uma sentença injusta a acolhe sem que exista na realidade o direito subjetivo material. A demanda ajuizada pode ser até temerária, sendo suficiente, para caracterizar o direito de ação, que o autor mencione um interesse seu, protegido em abstrato pelo direito. É com referência a esse direito que o Estado está obrigado a exercer a função jurisdicional, proferindo uma decisão, que tanto poderá ser favorável como desfavorável.

Para essa doutrina o único sujeito passivo do direito de ação é o próprio Estado, isto porque ele concentrou em si e exerce exclusivamente o poder de realizar a vontade sancionatória, ou seja, a atuação da perinorma através da atividade jurisdicional.

O italiano Alfredo Rocco, adepto a essa teoria declarou que, além do interesse daquele que provoca a tutela de seu direito violado, existe o interesse secundário do Estado em dirimir aquela situação de incerteza que é prejudicial à harmonia das relações sociais.

Liebman, por sua vez, desenvolveu o pensamento de que a ação é um direito subjetivo instrumental, de natureza constitucional. Ademais, é um poder que se exerce contra o Estado, para culminar a controvérsia de direito material.

Atualmente, há o consenso entre os doutrinadores de que a ação é um direito assegurado pela Constituição (art. 5, XXXV), autônomo em relação ao direito material e, a este instrumental, posto que, de seu exercício advirá um provimento jurisdicional para regular a situação concreta enunciada pelo próprio direito material.

Assim, toda vez que a Fazenda Pública adquire uma pretensão, ou seja, tem o interesse de submeter o interesse do contribuinte ao seu favor e este não se sujeita. Ao contrário, resiste, surge o direito abstrato de provocar a tutela jurisdicional executiva para promover a atuação da perinorma que realizará o direito material violado.

No que se refere à modalidade, a ação de execução é, na expressão de MARTINS DA SILVA (2001, p. 171) "ação de execução singular por quantia certa com procedimento especial", porquanto exige-se a existência de um crédito líquido, certo (art. 2º, § 3º, da LEF<sup>5</sup>).

E, conforme ensinamento de SILVA PACHECO (2002, p. 10):

(...) a execução judicial, a que se alude o art. 1º, e que vai denominada de execução fiscal nos arts. 4º, 12, 25 e 26 da lei que comentamos, é a execução singular por quantia certa, com base em título executivo extrajudicial, constituído pela certidão de dívida ativa regularmente inscrita, de caráter expropriatório, que se realiza no interesse da Fazenda Pública, como tal compreendida a União, os Estados, o Distrito Federal, os Municípios e respectivas autarquias.

Outrossim, é execução forçada singular, porquanto, somente a pessoa jurídica de direito público (União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Autarquias e Fundações), reconhecida como credora no título executivo integra o pólo ativo da demanda, tudo a teor do disposto nos arts. 187, do Código Tributário Nacional e 29, da Lei de execução fiscal, com as seguintes redações, respectivamente: "a cobrança judicial do crédito tributário não é sujeita a concurso de credores ou habilitação em falência, concordata, inventário ou arrolamento".

Embora a repetição dos dispositivos legais acima citados pareça ser uma redundância, isto o é apenas aparentemente. Isto porque o Art. 187, do CTN se refere somente aos tributos, ao passo que a Lei de Execução Fiscal é mais ampla ao abranger todo a Dívida Ativa.

Convém, desde já, esclarecer que o objeto do processo de execução fiscal pode ser não só os créditos tributários, mas também todo crédito das pessoas jurídicas de direito público, legitimadas a este procedimento, seja qual for sua origem, desde que, inscritos regularmente nas respectivas Dívidas Ativas.

Estudada, pois, a natureza jurídica da ação de execução fiscal, interessante reservar uma parte do presente trabalho monográfico à exposição da origem e desenvolvimento da relação de direito material e do bem da vida tutelado, ou seja, o objeto da pretensão deduzida no processo de execução fiscal, até porque será útil ao estudo do tema ao qual se dirige toda esta preparação teórica.

---

<sup>5</sup> Art. 2º (...); §3º A inscrição, que se constitui no ato de controle administrativo da legalidade, será feita pelo órgão competente para apurar a liquidez e certeza do crédito (...);

### 3.2.2- Pretensão (crédito regularmente inscrito na Dívida Ativa)

O objeto da ação de execução fiscal é o crédito regularmente inscrito na Dívida Ativa, ou seja, o bem da vida sobre o qual incide a pretensão do ente público é a quantia pecuniária certa ou outro bem de conteúdo econômico.

A Dívida Ativa do Estado-administrador (Fazenda Pública) provém de créditos tributários ou de créditos não tributários, conforme o disposto no art. 2º, *caput*, da LEF com a seguinte redação:

Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não-tributária na Lei 4.320, de 7 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal.

Conforme o disposto no art. 39, § 2º, da Lei nº 4.320, de 17/03/1964, a Dívida Ativa da Fazenda Pública compõe um universo dos créditos derivados, tanto de crédito tributário como de crédito não-tributário. A saber: "Dívida Ativa Tributária é o crédito da Fazenda Pública dessa natureza, proveniente de obrigação legal relativa a tributos e respectivos adicionais e multas, e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública".

Dessa forma, são Dívidas Ativas:

1- Tributárias: impostos (art. 145, I, da CF); taxas (art. 145, II, da CF); contribuições de melhoria (art. 145, III, da CF); empréstimos compulsórios (art.148, *caput*, da CF); contribuições especiais (art. 149, da CF);

2- Não-tributárias: multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de sub-rogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de contratos em geral ou de outras obrigações legais.

Antes, todavia, da inscrição da obrigação inadimplida na Dívida Ativa, há um procedimento de apuração do crédito que se desencadeia a partir de uma situação de fato, ou seja, de um ato, fato ou negócio jurídico.

Toda situação de fato que repercute no universo abstrato de direito positivo é qualificada por fato jurídico. O fato adquire uma identidade jurídica e, essa atração que se opera entre o fato e a norma que o descreve torna-se irrefutável. A norma jurídica abstrata em repouso ganha vida e se manifesta no mundo dos fatos. É o que se denomina subsunção a norma abstrata ao fato concreto<sup>6</sup>.

MARTINS DA SILVA (2001, p. 45) ensina que:

A constituição da Dívida Ativa implica em acertamento da incidência da norma tributária ou da norma não tributária, conforme o caso. As normas se enunciam de forma abstrata e as situações em que elas incidem são concretas. É necessário, portanto, uma razoável certeza na adequação da norma abstrata à situação concreta (...).

Nesse quadro, toda relação jurídica de direito substancial nasce pela ocorrência de um fato, ato ou mesmo negócio jurídico. Isto porque, conforme ressalta MARTINS DA SILVA (2001, p. 46), "o acertamento do preceito leva ao acertamento da obrigação".<sup>7</sup>

Com efeito, o mesmo Autor (2001, p. 47), conclui que, a "obrigação, tanto tributária como não-tributária, caracteriza-se, pois, como resultante da incidência do preceito, quando constatada a coincidência de uma situação de vida com a hipótese prevista na norma".

---

<sup>6</sup> No âmbito do direito tributário a previsão de uma norma abstrata que regula uma situação de fato é denominada *hipótese de incidência*. Já a situação de fato que dá origem à obrigação tributária, a teor do disposto no art. 114, do CTN, recebe a denominação de *fato gerador*. Assim, "fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência." Outrossim, AMARO (2003, p. 241), define obrigação principal como sendo "a relação mais importante no direito tributário, obviamente, é a que tem por objeto o pagamento do tributo. Esse vínculo obrigacional se instaura com a ocorrência do fato gerador do tributo."

<sup>7</sup> A atividade de apuração dos elementos formadores da obrigação tributária é, conforme o disposto no art. 142, do CTN, denominada *lançamento* (Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível). Por outro lado, considerando que a Dívida Ativa pode ser tributária ou não tributária e que para o presente trabalho o estudo aprofundado dessas espécies é irrelevante, utilizar-se-á a expressão *lançamento*, porquanto, diante da existência de legislação expressa será mais simples a compreensão do objeto do presente trabalho monográfico.

VILLAÇA AZEVEDO (2000) apud BARROS MONTEIRO (1976) conceitua obrigação a partir dos seguintes termos:

(...) obrigação é a relação jurídica, de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio.

Verificada, pois, a situação de fato que, hipoteticamente, deu origem a uma obrigação tributária ou não tributária, surge a necessidade de desencadear a atividade administrativa tendente a apuração da existência da obrigação de dar e o objeto da prestação e o montante dessa prestação. Em outras palavras, inicia-se o lançamento do crédito, conforme o disposto no art. 53, da Lei Federal nº 4.320, de 17/03/1964, ou seja, "o lançamento da receita, é ato da repartição competente, que verifica a procedência do crédito fiscal e a pessoa que lhe é devedora e inscreve o débito desta". MARTINS DA SILVA (2001) esclarece que a procedência do crédito é o mesmo que existência da obrigação e, quando o dispositivo se refere em inscrever o débito, significa aquele crédito reconhecido, porém, inadimplido provocando a sua inscrição em Dívida Ativa.

MARTINS DA SILVA (2001, p. 54) enumera os motivos e a finalidade do lançamento:

- 1- constatar a existência do fato que deu origem à obrigação tributária ou não tributária;
- 2- determinar a natureza dessa obrigação;
- 3- apurar o montante devido;
- 4- identificar o sujeito passivo da obrigação; e
- 5- aplicar as penalidades, se cabível no caso.

O lançamento é ato vinculado (art. 142, parágrafo único, do CTN) imprescindível para a apuração do crédito, porquanto, a Administração Pública somente pode proceder à exação precedida do controle de legalidade e legitimidade do ato.

MARTINS DA SILVA (2001, p. 55) nesse mesmo sentido ensina que:

(...) não obstante o crédito seja uma decorrência da obrigação tributária principal, impõe-se ao Estado, como sujeito ativo desta, através de seus agentes, proceder ao respectivo lançamento constituindo-o regularmente sem o que não há como pretender sua exigibilidade.

Diante de todas essas considerações conclui-se que o lançamento, em suma, é atividade destinada a apurar a certeza e a liquidez do crédito tributário ou não tributário.

Com efeito, MARTINS DA SILVA (2001, p. 68) aduz que:

Certeza refere-se a existência de alguma coisa; é a qualidade do que não pairam dúvidas sobre a sua existência. Certeza do crédito é a determinação precisa da existência do crédito documental ou não. Liquidez refere-se ao *quantum*, a disponibilidade de recursos ou a capacidade de pagamento.

Uma vez constituído definitivamente o crédito tributário ou não tributário, cumpre ao obrigado (contribuinte ou responsável)<sup>8</sup> executar a obrigação com a realização da prestação devida.

Via de regra, a teor do disposto no art. 160, do Código Tributário Nacional, "quando a legislação tributária não fixar o tempo de pagamento, o vencimento do crédito ocorre trinta dias depois da data em que se considera o sujeito passivo notificado do lançamento".

MARTINS DA SILVA (2001, p. 71) adverte que:

(...) O aviso de lançamento é a materialização da exigência do cumprimento da obrigação tributária formulada ao sujeito passivo ou contribuinte, titular do interesse a ser submetido.

(...).

O prazo estabelecido pela notificação encontra justificativa no dever da autoridade administrativa de conceder tempo suficiente para o sujeito passivo conferir o acerto do lançamento do crédito tributário.

---

<sup>8</sup> Art. 121, do CTN: sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Assim, após o vencimento do prazo legal ou convencional para o adimplemento do crédito e, não havendo a existência de qualquer causa suspensiva<sup>9</sup>, este se torna exigível. A inadimplência do contribuinte ou responsável autoriza a provocação da tutela jurisdicional executiva para promover a satisfação forçada do crédito inadimplido espontaneamente.

Entretanto, para a Fazenda Pública valer-se do procedimento especial previsto na Lei Federal nº 6.830, de 22/09/1980, é imprescindível a inscrição do débito na Dívida Ativa. E, a teor do disposto no art. 201, do CTN, "constitui dívida ativa tributária a proveniente de crédito dessa natureza, regularmente inscrita na repartição administrativa competente, depois de esgotado o prazo fixado, para pagamento, pela lei ou por decisão final proferida em processo regular".

Assim, inicia-se um novo procedimento administrativo com o objetivo de efetuar a referida inscrição do débito na Dívida Ativa e confecção do título executivo (certidão de dívida ativa, conforme o disposto no já mencionado art. 585, VI, do CPC).

MARTINS DA SILVA (2001) apud ALIOMAR BALEEIRO (1976) ensina que:

(...) inscrição é o procedimento administrativo, que habilita a Fazenda Pública a entrar em juízo, a fim de executar o sujeito passivo ou responsável, com um título líquido e certo, imediatamente exigível, sob pena de penhora. Em outras palavras, o crédito tributário, se não for pago administrativamente às repartições arrecadoras, dentro do prazo legal ou resultante de decisão do processo do qual ele provenha, converte-se em "dívida ativa" da Fazenda pelo procedimento da "inscrição" nos livros da repartição competente para isso.

Ademais, SILVA PACHECO (2002, p. 41) complementa que:

---

<sup>9</sup> Art. 151, do CTN: suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI - o parcelamento.

Com referência aos créditos da Fazenda Pública e, por extensão, aos das autarquias, a inscrição constitui prévia constatação administrativa da legalidade da dívida ativa, quanto à existência e ao seu valor, assim como os adicionais incidentes, tais como juros, multa, correção e outros encargos legais.

Conforme o disposto no art. 2º, § 3º, da LEF, o procedimento de inscrição da dívida ativa é realizado pelo órgão de representação judicial da respectiva Fazenda Pública.<sup>10</sup>

Inscrita, pois, a dívida ativa, extrai-se a respectiva certidão de dívida ativa que é o título executivo que autoriza a provocação da tutela executiva.

Destarte, MARTINS DA SILVA (2001, p. 94) esclarece que:

(...) a certidão extraída do respectivo livro da repartição arrecadadora, de onde consta a inscrição da dívida de origem fiscal, financeira, patrimonial, industrial ou contratual, constitui título executivo público extrajudicial hábil para a Fazenda Pública entrar em juízo com a sua pretensão fundada de fato e de direito.

### **3.2.3- Condições da ação de execução fiscal**

Embora reconhecido o direito constitucional de deduzir uma pretensão perante o Poder Judiciário sempre que houver lesão ou ameaça de lesão a direito (Art. 5º, XXXV, da CF), o próprio ordenamento jurídico impõe condições subjetivas e objetivas para que haja a possibilidade de provocação da tutela jurisdicional. São as denominadas condições da ação: legitimidade, interesse de agir e possibilidade jurídica do pedido. A primeira delas é subjetiva, porquanto, considera a identidade do titular do interesse deduzido, ou seja, o titular do bem da vida sobre o qual recai-se a pretensão. Já as duas últimas, são objetivas, pois são consideradas em relação ao próprio objeto da pretensão e a viabilidade dessa pretensão.

---

<sup>10</sup> Lei Complementar (Federal) nº 73, de 10/02/1993: Art. 12 - À Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, órgão administrativamente subordinado ao titular do Ministério da Fazenda, compete especialmente:

I - apurar a liquidez e certeza da dívida ativa da União de natureza tributária, inscrevendo-a para fins de cobrança, amigável ou judicial;

Lei Complementar (Estadual) nº 478, de 10/07/1986: Art. Artigo 2º - A Procuradoria Geral do Estado, órgão integrante da Secretaria da Justiça,<sup>(1)</sup> tem, com fundamento nos artigos 48 a 51 da Constituição do Estado, as seguintes atribuições:

VI - promover privatamente a cobrança da dívida ativa em todo o Estado;

Assim, para a instauração de qualquer processo judicial é imprescindível a existência das condições da ação, pois do contrário dever-se-á declarar carente a pretensão deduzida.

A teor do disposto no art. 1º da LEF, conjugado com os arts. 566, I, e 585, VI, do CPC<sup>11</sup>, somente a Fazenda Pública pode promover a ação de execução, ou seja, a União, os Estados, o Distrito Federal, os municípios, as entidades autárquicas e as fundacionais. Já em se tratando de legitimidade *ad causam* passiva, o art. 4º, da LEF elenca o rol dos então legitimados para figurar no pólo passivo da ação<sup>12</sup>.

Por outro lado, a possibilidade jurídica do pedido é, na expressão de SHIMURA (1997, p. 68) "a previsão legal abstratamente prevista em lei, ou não negada pelo sistema. É a possibilidade de o pedido ser atendido, porque abstratamente, vem regulado por lei". Destarte, o título executivo comporta esta condição. É importante, todavia, esclarecer que o título executivo em si não se coincide com a possibilidade jurídica do pedido, de modo que ele atesta a existência de uma relação jurídica tutelada, pois, pelo direito positivo. Em se tratando de execução fiscal, a possibilidade jurídica do pedido funda-se na existência de uma obrigação tributária ou não tributária reconhecida em lei à qual não foi adimplida espontaneamente pelo sujeito do interesse subordinado.

Por fim, o interesse de agir é verificado pelo inadimplemento da obrigação contida no título executivo, revelando-se a necessidade e utilidade da prestação da tutela executiva jurisdicional.

SHIMURA (1997, p. 60) ensina que:

---

<sup>11</sup> Art. 566. Podem promover a execução forçada:

I - o credor a quem a lei confere título executivo;

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

(...)

VI - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei;

<sup>12</sup> Art. 4º - A execução fiscal poderá ser promovida contra:

I - o devedor;

II - o fiador;

III - o espólio;

IV - a massa;

V - o responsável, nos termos da lei, por dívidas, tributárias ou não, de pessoas físicas ou pessoas jurídicas de direito privado; e

VI - os sucessores a qualquer título

O interesse de agir liga-se à necessidade concreta da jurisdição (exigibilidade) e à adequação da via procedimental (titulação). Surge da necessidade de obter a tutela jurisdicional, por meio do processo, utilizando-se o procedimento legal adequado. Em outros termos, é da exigibilidade do título que nasce a necessidade concreta da execução.

O interesse de agir está previsto no art. 580, do CPC. O dispositivo estabelece que "verificado o inadimplemento do devedor, cabe ao credor promover a execução".

### **3.2.4- Título executivo (Certidão de Dívida Ativa)**

Estudadas as condições da ação de execução fiscal, interessante, outrossim, destinar uma parte do presente trabalho monográfico ao estudo do título executivo que autoriza a execução forçada dos créditos tributários ou não tributários: a Certidão de Dívida Ativa.

Conforme o disposto no art. 583, do CPC, "toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial". Dissertou-se na Subseção *supra* que, a possibilidade jurídica do pedido não se confunde com o próprio título executivo. Este é tão só uma declaração da existência de um crédito líquido e certo, porém, inadimplido pelo sujeito do direito subordinado, culminando na frustração do direito do credor que, deve provocar a atuação da sanção concreta para a satisfação de sua pretensão.

THEODORO JUNIOR (2002) ressalta a finalidade do título executivo: permitir a execução forçada; definir o procedimento executivo e, por fim, delimitar os elementos da execução.<sup>13</sup> A finalidade precípua do título executivo é autorizar a atuação da sanção concreta.

A esse respeito ASSIS (2000, p. 133) aduziu o seguinte:

O princípio *nulla executio sine titulo*, previsto no art. 583, se justifica ante a necessidade de que a invasão da esfera jurídica do executado repouse em direito

---

<sup>13</sup> THEODORO JUNIOR (2002) ensina que a execução forçada, como qualquer outra ação comporta tanto elementos subjetivos como elementos objetivos: naqueles estão as partes (exequente e executado) e o órgão do poder jurisdicional. Nestes, por sua vez, estão englobados, além do objeto do litígio, os bens e o arcabouço probatório.

provável. A exibição do título representa a forte razão que autoriza a penetração no patrimônio.

Ademais, o Autor (2000) ressalta que a eficácia do título executivo decorre de previsão expressa em lei, tornando-se, pois, desnecessária a prova do crédito.

Por conseguinte, o título executivo declara o direito material e demonstra qual o procedimento hábil para torná-lo efetivo no mundo dos fatos.

THEODORO JUNIOR (2002, p. 28) sobre a qualidade do título executivo em definir o fim da execução manifestou-se pelos seguintes termos:

Diz-se que é o título executivo que define o fim da execução porque é ele que revela qual foi a obrigação contraída pelo devedor e qual a sanção que corresponde a seu inadimplemento, apontando dessa forma, o fim a ser alcançado no procedimento executivo.

Por fim, THEODORO JUNIOR (2002) ensina que o título executivo fixa os limites subjetivos e objetivos para que a prestação jurisdicional não seja realizada *ultra, extra* ou *citra petita*.

### **3.3- Processo**

#### **3.3.1- Processo e procedimento**

Para o desenvolvimento de um estudo científico acerca do processo e do procedimento, mister se faz reservar uma parte do trabalho à análise, ainda que breve, da natureza jurídica de cada um e da sua finalidade.

Sob o aspecto político, o processo é instituição do Estado democrático de direito; decorre da própria soberania e sua finalidade é a apreciação dos conflitos inter-subjetivos para a composição da lide sob a observância de um método extreme de qualquer arbitrariedade.

Por outro lado, sob o aspecto jurídico, o processo é, conforme ensinam CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2000), relação jurídica de direito público desenvolvida entre o Demandante, o Estado-juiz e o Demandado.

Os Autores (2000, p. 280) advertem que, atualmente, a teoria do processo como relação jurídica formulada por Büllow, em 1868, é ainda a mais razoável pelos seguintes motivos:

É inegável que o Estado e as partes estão, no processo, interligados por uma série muito grande e significativa de liames jurídicos, sendo titulares de situação jurídica em virtude das quais se exige de cada um deles a prática de certos atos do procedimento ou lhes permite o ordenamento jurídico essa prática; e a relação jurídica é exatamente o nexa que liga dois ou mais sujeitos, atribuindo-lhes poderes, direitos, faculdades, e os correspondentes deveres, obrigações, sujeições, ônus. Através da relação jurídica, o direito regula não só os conflitos de interesse entre as pessoas, mas também a cooperação que estas devem desenvolver em benefício de determinado objetivo comum.

Outrossim, não se deve confundir o processo com o procedimento. Enquanto aquele é a relação dinâmica entre as partes e o Estado-juiz, todos com o mesmo objetivo de buscar a composição da lide, este é a forma com que os sujeitos do processo valer-se-ão para obter com maior segurança um provimento final legítimo. O procedimento, pois, é, na expressão de CINTRA, GRINOVER e DINAMARCO (2000, p. 275) "o meio pelo qual a lei estampa os atos e fórmulas da ordem legal do processo".

### **3.3.2- Relação jurídica executiva**

Proposta a ação de execução fiscal para a satisfação forçada do crédito não adimplido espontaneamente pelo agora executado, nasce uma relação jurídica entre a exequente (Fazenda Pública), executado e o Estado-juiz.

THEODORO JUNIOR (2001, p. 59), esclarece que "a pendência do processo dá lugar, entre seus participantes, a uma relação jurídica, que é a relação jurídica processual, gerando

uma série de direitos e deveres, denominados pelas doutrina *direitos e deveres processuais* (...)".

LIEBMAN (1968, p. 38) ressaltou, todavia, as características fundamentais da relação jurídica executiva, cotejando-a com a relação processual desencadeada no processo de cognição a partir dos seguintes termos:

A posição jurídica das partes também é diferente. Na cognição elas estão em posição de igualdade e de equilíbrio, pois não se sabe qual delas está com razão, e nada pode ser feito, sem que tôdas elas sejam ouvidas ou possam fazer-se ouvir ou possam fazer-se ouvir, de acordo com o princípio do contraditório: tôdas cooperam, cada uma no sentido do próprio interesse, para as investigações do juiz, procurando convencê-lo da procedência das alegações que elas apresentam; mas o resultado de todo êste trabalho conjunto poderá ser afinal favorável tanto a uma quanto à outra. Muito pelo contrário, na execução não há mais equilíbrio entre as partes, não há contraditório; uma delas foi condenada e sobre êste ponto não pode mais, em regra, haver discussão; a outra, tendo conseguido o reconhecimento de seu direito, exige que se proceda de acôrdo com o que a sentença declarou e o condenado não o pode impedir deve suportar o que se faz em seu prejuízo, sendo ouvido só na medida em que a sua colaboração possa ser útil e podendo pretender unicamente que os dispositivos da lei não sejam ultrapassados no cumprimento desta atividade. É certo que a controvérsia e o contraditório podem reaparecer, mas isto somente em nôvo processo de cognição de caráter incidente (embargos).

A despeito de tão ilustre ensinamento e considerando a nova ordem constitucional vigente, DINAMARCO (2000) aduz que, no processo de execução, embora a atividade jurisdicional parta de premissa de submeter o interesse do executado ao interesse do exequente<sup>14</sup>, ainda assim, os sujeitos do processo interagem todos com direitos subjetivos, ônus e deveres processuais, sem que haja desvio da finalidade precípua do processo de execução. Até porque sem a observância do contraditório, por consequência, do devido processo legal, a relação jurídica executiva revestir-se-á de flagrante ilegalidade, a ponto de tornar o provimento final ilegítimo perante a ordem jurídica constitucional.

Assim, tanto o exequente como o executado, relacionam-se entre si e com o Estado-juiz com a finalidade de que o processo de execução fiscal distribua, em última análise, a justiça social, não impondo a ordem jurídica um provimento revestido de injustiça.

---

<sup>14</sup> Código de Processo Civil, art. 612: ressaltado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

Tanto é assim que, para sopesar a premissa irradiada do já citado art. 612, do Código de Processo Civil, existe a norma contida no art. 620, do mesmo *codex*, com o seguinte preceito: "quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor".

### 3.3.3- Atos executivos

Já se disse *supra* (Subseção 3.1.4) que a atividade jurisdicional é desenvolvida conforme o objeto da pretensão deduzida. Ou seja, se a lide versa sobre uma situação à qual o órgão jurisdicional deva declarar às partes o direito positivo aplicável, o Estado-juiz desenvolverá a atividade cognitiva. Mas, se já existe uma norma de direito substancial, mas que, ainda não produziu efeitos no mundo dos fatos, o Estado-juiz deverá promover a atividade executiva para torná-la efetiva<sup>15</sup>. Com efeito, ASSIS (2000, p. 105) esclarece que "a função jurisdicional executiva exige, preponderantemente, a transformação do mundo dos fatos".

O mesmo Autor (*idem*, *ibidem*), complementa que:

Essas modificações fáticas requerem, por sua vez, a invasão da esfera jurídica do executado, e não só seu círculo patrimonial, porque, no direito pátrio, os meios de coerção, além da finalidade tradicional de arrear obstáculos à realização do direito, também visam obter o bem da vida, mediante pressão psicológica. Enquanto a medida dos atos do processo de conhecimento é seu conteúdo decisório, a do ato executivo consiste na força.

Trata-se, pois, da atuação da sanção concreta, ou seja, do preceito secundário da norma jurídica - *perinorma* - que, conforme ensina ZAVASCKI (2000, p. 154):

Sempre que esta sanção consistir em providências materiais, práticas, concretas, de modificação da realidade, sua imposição ocorre mediante processo de execução forçada. Ao conjunto dessas providências estatais dá-se o nome de atos executivos.

---

<sup>15</sup> Código de Processo Civil, art. 577: "não dispondo a lei de modo diverso, o juiz determinará os atos executivos e os oficiais de justiça os cumprirão."

Os atos executivos são, portanto, os atos jurídicos processuais realizados para modificar a realidade fática, pondo-a em simetria com o preceito enunciado pela norma jurídica abstrata.

ZAVASCKI (2000) disserta que os atos executivos decorrem do poder de império do Estado que tem interesse em dar efetividade ao direito reconhecido pelo ordenamento jurídico. Daí que, os atos executivos são impositivos não só às partes - exequente e executado - como também, a terceiros que guardem qualquer interesse jurídico em relação à execução forçada.

Ademais, o Autor (2000, p. 143) esclarece que:

(...) O caráter cogente destas imposições, cuja recusa de cumprimento pode inclusive acarretar sanções penais (CPC, art. 662 e CP, arts. 329 e 330)<sup>16</sup>, tem sua matriz legitimadora no fundamento de que o poder de *imperium* é exercido para dar efetividade aos preceitos normativos, de modo a fazer cumprir a autoridade da lei, pressupostos indispensáveis à sobrevivência da sociedade organizada.

Por conseguinte, quando estudada a natureza jurídica da ação de execução fiscal (Subseção 3.2.1), dissertou-se que a mesma se trata de execução singular por quantia certa contra devedor solvente e, se insolvente, não sujeita a concurso de credores<sup>17</sup>.

Com efeito, ao teor do disposto no art. 646, do CPC, "a execução por quantia certa tem por objeto expropriar bens do devedor, a fim de satisfazer o direito do credor (art. 591)".

MARTINS DA SILVA (2001, p. 482) conceitua expropriação pelos seguintes termos:

A expropriação é o meio legal previsto no Código de Processo Civil para promover a transferência patrimonial forçada de parte do patrimônio do devedor com destino ao patrimônio do credor, de forma a acrescê-lo.

<sup>16</sup> CPC, art. 662: "sempre que necessário, o juiz requisitará força policial, a fim de auxiliar os oficiais de justiça na penhora dos bens e na prisão de quem resistir à ordem."

Código Penal, art. 329: "opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio: Pena - detenção, de 2 (dois) meses a 2 (dois) anos. § 1º. Se o ato, em razão da resistência, não se executa: Pena - reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos. § 2º. As penas deste artigo são aplicáveis sem prejuízo das correspondentes à violência."

CP, art. 330: "desobedecer a ordem legal de funcionário público: Pena - detenção, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, e multa."

<sup>17</sup> Lei de Execução Fiscal, arts. 10 e 29.

Trata-se, pois, do ato jurisdicional decorrente da soberania do Estado que substitui a vontade do executado extraindo uma porção de seu patrimônio, o tanto quanto necessário para a satisfação do direito do credor. Ou, conforme o disposto no art. 10, da Lei de execução fiscal: "não ocorrendo o pagamento, nem a garantia da execução de que trata o art. 9º, a penhora poderá recair em qualquer do executado, exceto os que a lei declare absolutamente impenhoráveis".

A expropriação, todavia, é ato processual realizado já na fase satisfativa do procedimento executivo fiscal. Por outro lado, a satisfação forçada do direito do credor é deflagrada pela constrição do patrimônio sujeito à ulterior expropriação.

Os atos executivos de constrição do patrimônio do devedor são o arresto e a penhora. Aquele é ato executivo, cuja finalidade é assegurar o resultado útil da futura penhora. Destarte, a figura do arresto surge quando a formalização da penhora se revela, momentaneamente, prejudicada, de sorte que, sem o qual a pretensão do credor é posta em provável risco de frustração. Esta, por sua vez, é ato executivo destinado a individualizar e indisponibilizar a porção do patrimônio do devedor que será expropriada para a satisfação do direito do credor.

SILVA PACHECO (2002, p. 166), com extrema clareza, descreve a finalidade da penhora pelos seguintes elementos:

- a) limita o poder de dispor;
- b) acarreta a sub-rogação, pelo Estado, do poder de dispor da coisa penhorada;
- c) visa atender a execução, tendendo a satisfazê-la;
- d) tem caráter judicial, forçado e coativo;
- e) encaminha-se ao objeto da execução;
- f) individualiza e localiza os bens sobre os quais recai a execução, e
- g) limita o gozo, por parte do executado, do bem penhorado.

Com efeito, a penhora dos bens do executado provoca a individualização do patrimônio, em exata proporção ao débito, tornando-o indisponível. MARTINS DA SILVA (2001) ensina que o principal efeito da penhora é tornar indisponível o bem penhorado, de modo que o direito de propriedade fica obstado em relação ao poder de dispor. Em outras

palavras, a alienação de bem penhorado não gera qualquer efeito ao processo de execução fiscal, de modo que se torna ineficaz quando se revelar necessária a sua expropriação.

MARTINS DA SILVA (2001) esclarece que essa indisponibilidade não é absoluta, de modo que a alienação de bem penhorado é convalidada se a penhora for levantada, o que retira do bem a qualidade de objeto do processo de execução.

Por outro lado, aperfeiçoada a penhora e sendo necessária a expropriação do bem constricto para a satisfação do direito do credor, o Código de Processo Civil estabelece em seu art. 647, as modalidades de desapropriação judicial; tais são: I - na alienação de bens do devedor; II - na adjudicação em favor do credor, e III - no usufruto de imóvel ou de empresa.

A primeira hipótese de expropriação é pela arrematação e, na expressão de MARTINS DA SILVA (2001, p. 485) trata-se de "uma venda judicial dos bens penhorados; é o ato de adquirir um bem, transferido pelo Poder Público a quem oferecer melhor preço". A arrematação é, pois, um procedimento de que dispõe o Estado para promover a alienação dos bens penhorados para evitar que essa alienação se revele ilegítima.

A arrematação é, pois, realizada por meio de leilão<sup>18</sup>, conforme o disposto nos arts. 22 e 23, da Lei de Execução Fiscal; a saber:

Art. 22 - A arrematação será precedida de edital, afixado no local de costume, na sede do Juízo, e publicado em resumo, uma só vez, gratuitamente, como expediente judiciário, no órgão oficial.

§ 1º - O prazo entre as datas de publicação do edital e do leilão não poderá ser superior a 30 (trinta), nem inferior a 10 (dez) dias.

§ 2º - O representante judicial da Fazenda Pública, será intimado, pessoalmente, da realização do leilão, com a antecedência prevista no parágrafo anterior.

Art. 23 - A alienação de quaisquer bens penhorados será feita em leilão público, no lugar designado pelo Juiz.

§ 1º - A Fazenda Pública e o executado poderão requerer que os bens sejam leiloados englobadamente ou em lotes que indicarem.

§ 2º - Cabe ao arrematante o pagamento da comissão do leiloeiro e demais despesas indicadas no edital.

---

<sup>18</sup> A Lei de Execução Fiscal não acolheu a distinção que se faz da alienação de bens móveis (leilão) da de bens imóveis (hasta pública), adotando tão somente a denominação "leilão".

De outro lado, a segunda hipótese de alienação do bem penhorado é pela sua adjudicação.

MARTINS DA SILVA (2001, p. 561) conceitua esse instituto pelos seguintes termos:

Adjudicar é o ato de conceder, por decisão judicial, a adjudicação de um bem, ou seja, é declarar judicialmente que certo bem, móvel ou imóvel passa a pertencer a determinada pessoa. Na execução, adjudicação significa o ato judicial de assegurar ao credor a propriedade de bens que deveriam ir ou foram levados a leilão.

Por conseguinte, a Lei de Execução Fiscal, estabelece em seu art. 24, a possibilidade da Fazenda Pública adjudicar o bem penhorado. Este dispositivo enuncia que:

Art. 24 - A Fazenda Pública poderá adjudicar os bens penhorados:

I - antes do leilão, pelo preço da avaliação, se a execução não for embargada ou se rejeitados os embargos;

II - findo o leilão:

a) se não houver licitante, pelo preço da avaliação;

b) havendo licitantes, com preferência, em igualdade de condições com a melhor oferta, no prazo de 30 (trinta) dias.

Parágrafo Único - Se o preço da avaliação ou o valor da melhor oferta for superior ao dos créditos da Fazenda Pública, a adjudicação somente será deferida pelo Juiz se a diferença for depositada, pela exequente, à ordem do Juízo, no prazo de 30 (trinta) dias.

A adjudicação é instituto que faculta à Fazenda Pública credora a possibilidade de apropriar-se do próprio bem penhorado, por conveniência, em razão do bem ser útil à Administração Pública ou, por necessidade quando não houver outra solução à satisfação do crédito em execução.

Essas são, então, as formas mais corriqueiras de satisfação do crédito fiscal. A Fazenda Pública provoca a tutela executiva para que o Estado-juiz substitua a vontade do obrigado, a partir da invasão agressiva da esfera de direitos do executado, com o objetivo de adimplir, forçadamente, uma obrigação fiscal reconhecida no título executivo; a Certidão de Dívida Ativa.

## **4- O ABUSO DO DIREITO E O ATO ILÍCITO**

### **4.1- Esclarecimentos preliminares**

No presente Capítulo expor-se-á os fundamentos históricos, o desenvolvimento da teoria do abuso do direito e a sua positivação no direito brasileiro, tudo como preparação para a abordagem do tema que se propôs estudar neste trabalho monográfico.

### **4.2- Moral, ética e direito**

O ideal é que, nenhuma das normas deixassem de repousar, porque as relações sociais permanecem como elas prescreveram.

Ao humano, ser movido, mormente, pelo instinto e pela paixão, deve-se impor limites, informando-lhe por meio de regras a maneira de proceder em si mesmo e perante os outros humanos, tudo com o objetivo de reduzir a quanto mais os conflitos de interesse. Ademais, essas regras não podem conformar-se tão somente com reprimendas, mas também em traçar finalidades para a conduta humana promover o desenvolvimento da própria vida em sociedade e no meio natural.

Há o conhecimento de três categorias de regras: morais, éticas e jurídicas. Todas são produções humanas e, basicamente, com o mesmo objetivo: diante da escassez dos recursos e do contexto social de carências, reduzir e harmonizar as situações de conflito de interesse.

As regras morais contemplam valores concebidos pela consciência do grupo, adquiridos pela experiência. São juízos de valor vividos pelos antepassados e pelo organismo social contemporâneo ao indivíduo, os quais a ele são expostos uns taxados como *certo* outros como *errado*. Embora sejam valores estampados na vida social, cada indivíduo terá uma

percepção diferente e, conseqüentemente, variavelmente, incorporá-los-ão, uns mais outros menos, ao seu comportamento íntimo e perante o organismo social.

A ética por sua vez, embora concentrada no âmbito da moral, já possui o caráter normativo, de modo que estuda o comportamento justo e legítimo para informar ao indivíduo o procedimento concebido como necessário para o desenvolvimento individual e social.

STOCO (2002) apud NISKIER (1994) ressalta a diferença entre a moral e a ética:

Moral e ética têm sido usadas vulgarmente como sinônimos. No entanto, a moral é explicada por nossos juízos éticos, indicando aprovação ou desaprovação a nossos atos. Ser moral é reconhecer o bem por aquilo que é. A ética, por sua vez, distingue-se da moral porque a ela interessa particularmente o estabelecimento e a recomendação de quais tipos ou maneiras de viver devem ser seguidas para considerar as ações como corretas, boas ou virtuosas, ao contrário daquelas consideradas como incorretas, más ou viciosas. O interesse da ética é voltado mais para ação do que para a aprovação de nossos atos, isto é, mais direção e explicação desses mesmos atos.

De outro lado, as regras jurídicas são as regras sociais imprescindíveis para a conservação do próprio organismo social, sem as quais não há sociedade organizada e institucionalizada. São imperativos impostos aos indivíduos, de modo que, quando inobservadas são dotadas da sanção para torná-las efetivas. Esta é a principal diferença entre as normas jurídicas e as normas de conteúdo meramente moral; conforme ensina MONTORO (1997), as normas jurídicas possuem o caráter da coercitividade, o que as torna infalíveis perante o grupo social. Com efeito, FREITAS GOMES (1996) apud GALVÃO TELLES (1989) disserta que "o direito, no que se refere ao seu âmbito, representa um sector da moral; é mais limitado do que esta; constitui aquele mínimo ético que se torna necessário legalizar e tornar jurídico".

Ademais (idem *ibidem*):

As leis humanas não proíbem todos os vícios de que os virtuosos se abstêm, mas só os mais graves, aqueles de que à maior parte das pessoas é possível absterem-se, e principalmente os que causam prejuízo a outrem e sem cuja proibição a sociedade humana não poderia subsistir.

Por fim, o Autor (*idem, ibidem*) enfatiza a diferença entre as normas morais e as jurídicas pelos seguintes termos:

A moral dirige-se ao homem e manda-lhe fazer o bem como forma de atingir a perfeição; por conseguinte, moral encara a conduta do homem, não nas suas relações com o seu semelhante, mas em si, isoladamente. A moral impõe ao indivíduo um modo de agir para que ele se aperfeiçoe; o direito diz ao homem o que deve fazer no interesse dos outros. Por isso a moral decreta só deveres, ao passo que o direito, em contrapartida dos deveres que estatui, reconhece outros direitos.

### **4.3- Direito subjetivo**

O ordenamento jurídico tutela os bens da vida<sup>19</sup>, conferindo aos seus titulares o poder de exercício absoluto, tornando-os intangíveis a qualquer ingerência especulativa ou expropriativa.

MONTORO (1997) apud SAVIGNY (1992) conceitua o direito subjetivo a partir dos seguintes termos:

O direito considerado na vida real, envolvendo e penetrando por todos os lados nosso ser, nos aparece como um poder do indivíduo. Nos limites desse poder, reina a vontade do indivíduo, e reina com o consentimento de todos. A tal poder ou faculdade nós chamamos "direito", e alguns, "direito em sentido subjetivo".

Após as revoluções liberais do século XVIII, solidificou-se a concepção dos direitos subjetivos do indivíduo frente à coletividade. Neste momento histórico foi, de fato, reconhecida à autonomia do indivíduo perante o Estado, e que este não seria mais do que consequência e finalidade para o bem estar daquele. Ao Estado atribuiu-se o poder-dever de tutelar cada uma das esferas de direitos de cada homem livre, evitando-se a colisão e absorção ilegítima de uma pela outra.

---

<sup>19</sup> Segundo MONTORO (1997, p. 461), "bem jurídico é tudo aquilo que pode ser objeto de tutela jurídica, suscetível ou não de valorização econômica".

O direito subjetivo, todavia, sempre foi reconhecido pelo ordenamento jurídico, o que modificou foi, tão somente, os aspectos pelos quais ele era verificado. O poder do sujeito que mantém relação de poder sobre um bem e o poder de impor esse domínio perante a coletividade sempre esteve presente, desde os primórdios da civilização (vide Capítulo 2, Seção 2.2).

#### **4.4- O primado do liberalismo e o exercício egoístico dos direitos subjetivos**

O mundo conheceu uma fase em que o monarca era confundido com o próprio Estado, não havendo qualquer mecanismo de controle dos seus atos; somente o seu próprio bom senso podê-lo-ia evitar o abuso do poder político.

Vários anos se passaram; cada Estado da Europa continental em pleno século XVII era governado pelas monarquias absolutistas que se mantinham no poder de forma ilegítima com o emprego da força e difusão do medo.

Os súditos viviam na miséria enquanto os nobres desfrutavam-se das riquezas extraídas das colônias e dos tributos exigidos da burguesia.

Mas, no século XVIII, a burguesia revoltou-se porque o monarca intervinha no domínio econômico e negocial, o que fez com que eclodissem as revoluções liberais em busca da liberdade plena e da afirmação dos direitos civis.

Conforme acentua BATISTA MARTINS (2002, p. 2):

Triunfante a revolução francesa, cujo espírito se achava impregnado das doutrinas filosóficas postas em voga por J. J. Rousseau, a liberdade, a honra, a propriedade e a vida forma proclamadas como direitos fundamentais do homem, inalienáveis e imprescritíveis, passando, assim a constituir uma fonte de permanentes e consideráveis restrições ao poder de organização do Estado.

Outrossim, o Autor (idem, ibidem) discorre que "o arbítrio do indivíduo só encontrava limites no arbítrio igual de outro indivíduo".

Surgia uma nova ordem social. BATISTA MARTINS (2002) relembra que o Estado não poderia mais intervir no âmbito das relações negociais, nem mesmo no domínio econômico, porque sua finalidade era tão somente tutelar as liberdades públicas<sup>20</sup>.

Todavia, essa nova ordem social suscitou o surgimento de mais uma problematização: a todos era conferida liberdade plena, mas desta somente poderia desfrutar quem detivesse o capital para empenhar em sua liberdade.

BATISTA MARTINS (2002, p. 7) a esse respeito manifestou-se pelos seguintes termos:

Nos códigos modernos, elaborados sob a influência das idéias individuais, o direito já tem, inegavelmente, um acentuado cunho democrático.

Dada, porém, a origem desse direito, que é expressão definitiva do triunfo da burguesia sobre a nobreza, as classes economicamente débeis ficaram desprotegidas e entregues à discreção do capital, que as explora e tiraniza, porque, embora a lei reconheça a todos o mesmo poder de ação, a organização social só a uma classe privilegiada fornece os elementos e atribui os meios de dispor desse poder.

Uma vez que nem todos podem, a não ser em tese, gozar das prerrogativas legais, usar de seus direitos civis, é necessário que aqueles que se acham em condições de exercê-los não se prevaleçam deles para a satisfação de interesses egoísticos nem desnaturem, de qualquer modo a sua finalidade econômica e social.

Com a abstenção do Estado às questões sociais e econômicas, o sistema capitalista de especulação, cobiça e exploração do trabalho tornou-se o ditador das regras jurídicas, o que, como já mencionado na lição de BATISTA MARTINS (2002), permitiu que o interesse estritamente egoísta provocasse o surgimento de um novo conflito social entre o proletariado e a burguesia.

---

<sup>20</sup> BATISTA MARTINS (2002, p. 3) chama a atenção do leitor para uma consequência dessa nova ordem que se instaurou: "não é por isso para admirar que, até o alvorecer do século atual, a socialização do direito houvesse encontrado, no absolutismo dos direitos individuais, resistências que ainda hoje se acham inteiramente submetidas".

#### 4.5- Reação: o reconhecimento da função social dos direitos subjetivos

Ao longo do presente trabalho monográfico expor-se-á o princípio fundamental para a aplicação da teoria do abuso do direito que é o desvio da finalidade social e econômica do direito subjetivo. Para tanto, é necessária uma exposição da reação que se deu contra o primado do individualismo no exercício dos direitos subjetivos.

BATISTA MARTINS (2002) ensina que a reação ao exercício egoísta dos direitos subjetivos teve início nos pretórios franceses a partir do julgamento de lides em que envolviam, basicamente, o titular de um direito subjetivo exercido em tal extremo que culminava na invasão da esfera jurídica de outro cidadão<sup>21</sup>.

Segundo o autor (2002, p. 4):

A reação contra o espírito misoneísta do legislador começou então a anunciar-se na jurisprudência dos tribunais, através da aplicação de teorias mais ou menos engenhosas, com o auxílio das quais, sem atentar de modo frontal contra o espírito da lei, se conseguiu realizar o milagre da sua adaptação às contingências da vida, atualizando-se seu conteúdo.<sup>22</sup>

O novo pensamento jurídico pugnando pela solidariedade entre as classes sociais e pela democratização do exercício dos direitos subjetivos, conseqüentemente, reduzindo a tensão nas relações inter-subjetivas, deu nova matiz à aplicação do direito objetivo.

A legislação derivada de uma época imbuída dos valores individualistas teve que passar por um processo de adaptação a essas modificações que se deram no quadro social.

BATISTA MARTINS (2002, p. 4) ressalta a importância da jurisprudência para o advento das novas aspirações sociais:

---

<sup>21</sup> BATISTA MARTINS (2002, p. 34) adverte para a falta de um critério objetivo e absoluto para qualificar o abuso do direito, isto porque cada direito é exercido conforme a sua própria natureza. O que o Autor (2002, p. 36) faz é a análise de casos e lança mão de um julgado que se tornou o rótulo da teoria do abuso de direito: a Corte de Apelação de *Amiens*, em acórdão de 12 de novembro de 1912, julgou abusivo o uso da propriedade, em cujas divisas, dando frente para um hangar para dirigíveis construído por Clemente-Bayard, levantou o proprietário duas construções de madeira, no vértice das quais instalou quatro lanças de ferro. Essa construção visava a dificultar as manobras dos dirigíveis e, por essa razão, forçar o vizinho a adquirir por bom preço o seu terreno.

<sup>22</sup> BATISTA MARTINS (2002) ensina que, além da teoria do abuso do direito objeto do presente trabalho monográfico, os Tribunais franceses criaram a *teoria da imprevisão* e a *teoria do risco*.

Ora, as transformações sociais, determinadas pelos novos fatores econômicos, oriundos da crescente aplicação da máquina na indústria e na lavoura, vão-se processando com uma rapidez tal que e os velhos aparelhos legislativos já não poderão desincumbir-se satisfatoriamente da sua missão de aferir as necessidades coletivas.

A adaptabilidade da lei, a maleabilização dos seus preceitos tornou-se necessidade tão imperiosa que se pode afirmar, sem receio de contestação, que a jurisprudência tem sido, nestes últimos tempos, graças aos esforços empregados nesse sentido, a precursora das reformas legislativas mais importantes.

#### **4.6- Abuso do direito: desvio da finalidade econômica e social do direito subjetivo**

Nas Seções anteriores deste Capítulo, estudou-se o conceito de moral, ética, direito positivo e de direito subjetivo. Após, fez-se uma exposição acerca do surgimento de uma nova ordem jurídica que reconhecia os direitos individuais, fundamentais ao desenvolvimento do ser humano. Todavia, a liberdade plena conferida ao indivíduo provocou o surgimento de um novo quadro teratológico: diante do instinto de prover o prazer e a satisfação de interesses puramente egoísticos, a liberdade para aqueles que detinham o capital passou a ser prejudicial ao quadro social, posto que o uso imoral e antiético dos direitos subjetivos desvirtuava a própria finalidade econômica e social às quais eram destinados.

Daí que, os Tribunais franceses lançaram mão de doutrinas cujo fundamento básico era o então uso e gozo razoável dos direitos subjetivos, ou seja, o ordenamento jurídico conferia a *facultas agendi* para aquele que cumprisse a finalidade econômica e social que se propôs a realizar. Assim, passou-se a reprimir o uso ilegítimo e antisocial dos direitos subjetivos.

Antes de passar-se ao estudo da teoria do abuso do direito, interessante, pois, desde já definir o que se compreende por abuso do direito.

STOCO (2002) apud VENOSA (1988) esclarece que:

(...) não se situa e nem deve situar-se, em textos de direito positivo. A noção é supralegal. Decorre da própria natureza das coisas e da condição humana. Extrapolare

os limites de um direito em prejuízo do próximo merece reprimenda em virtude de constituir em uma violação de princípios de finalidade da lei e equidade.

Todo ser humano tem um papel e um objetivo a desenvolver no organismo social. Não é exagero considerá-lo como parte de um sistema, do modo que sua participação para o desenvolvimento do grupo se revela necessário. Considerando que o homem não pode ser feliz de fato sem se relacionar com seus semelhantes, conclui-se que ele deve direcionar seu comportamento tendo em vista o desenvolvimento do grupo social.

Daí porque, o uso abusivo do direito subjetivo pode ser considerado como uma doença que se alastra pelo organismo social provocando sua degradação. O interesse puramente egoísta importa no desenvolvimento tão só do indivíduo, mas não da coletividade. A tendência da Idade Contemporânea é a solidariedade entre os seres humanos para a afirmação perpétua da paz e do desenvolvimento da sociedade em progressão geométrica.

#### **4.7- Teoria do abuso do direito: tutela do ordenamento jurídico, do organismo social e, eventualmente, do sujeito do interesse subordinado**

Diante das considerações já expostas acerca da repressão ao uso antisocial do direito subjetivo a partir do reconhecimento da finalidade econômica e social às quais é destinado seu exercício, bem como da concepção do que seria o abuso do direito, aborda-se nesta Seção a formação e posição atual da doutrina a respeito da teoria do abuso do direito.

##### **4.7.1- Conceito e extensão**

Fixar um conceito preciso do que seria o abuso do direito já é possível com o acervo doutrinário a jurisprudencial que a ciência jurídica e o direito positivo dispõem atualmente. Todavia, adverte-se, desde já, o leitor que, embora os juriconsultos romanos já concebessem o exercício abusivo do direito de propriedade, a teoria do abuso do direito tal qual é conhecida atualmente, somente começou a ser lapidada no século XIX na França.

Com efeito, não há um consenso entre os doutrinadores que pudesse fixar com clareza e precisão os contornos da teoria do abuso do direito. BATISTA MARTINS (2002, p. 11) advertiu que "a sistematização da teoria do abuso do direito é tarefa que ainda reclamará por muito tempo as atenções dos civilistas".

VINCENZI (2003) apud MENEZES CORDEIRO (1984), por sua vez ressalta que:

(...) o abuso do direito entrou, no último meio século, em decadência progressiva. Enquadrado nos parâmetros contrapostos franceses e alemães, exigia, para a sua sobrevivência evolutiva uma síntese que não surgiria. O fenômeno tem passado despercebido, apesar da multiplicidade de sinais que o atestam; tem, porém, uma importância que transcende o problema do abuso, estendendo-se a áreas largas da ciência do direito. Há, pois, que determiná-lo, explicá-lo e valorá-lo.

O leitor verá *infra* (Item 4.2.6.2) que a própria expressão gerou controvérsia entre os doutrinadores. STOCO (2002), reportando-se à célebre crítica formulada por Marcel Planiol (1900), esclarece que o mesmo ato não poderia ser, ao mesmo tempo, conforme e contrário o direito. Daí que o uso da expressão *abuso do direito* não passava de uma simples logomaquia, isto porque o direito cessa onde o abuso começa. Esta crítica, todavia, não vingou partindo a doutrina em busca do conceito de abuso do direito.

Destarte, a doutrina da relatividade dos direitos formulada por Louis Josserand, um dos fundadores da teoria do abuso do direito, se manteve incólume às críticas formuladas por Planiol e, conforme ensina STOCO (2002, p. 58):

É justamente nessa idéia de relatividade e de limitação do direito externado que, para alguns, se assenta a doutrina, forte no entendimento de que a abusividade surge do conflito entre o interesse individual e o interesse coletivo em sua manifestação exterior.

Ademais, o Autor (*idem*, *ibidem*), ressaltando a influência da doutrina de Josserand conclui que:

(...) considerando que a idéia do absoluto, que no passado orientava o exercício dos direitos, se tornou obsoleta e foi abandonada, pois a partir do final do século XIX

começou a ocorrer forte reação à noção do absolutismo dos direitos individuais, que, em sua origem, se contrapõe ao absolutismo do Estado.

Outrossim, o Autor (2002) relembra que, no conceito de abuso do direito deve conter também a concepção de que todo direito subjetivo tem uma extensão natural e que, quando exercido além de seu próprio limite o seu titular o exerce de forma anormal ou irregular, extrapolando ao exercício regular desse seu direito.

Por outro lado, o Autor (2002) apud CARPENA (2001) adverte que o conceito de abuso do direito não pode ater-se tão somente ao dano, posto que seu fundamento precípua é a ausência de fundamento ético no exercício de um direito subjetivo. Dessa forma, além de verificado o dano, este deve ser decorrência de um ato ilegítimo.

Por fim, dentro do conceito de abuso do direito deve-se incluir a causa que determinou o exercício anormal do direito. E como o leitor verá na Subseção 4.6.4, muito se discute acerca da natureza jurídica do abuso do direito. Uns doutrinadores elegem o critério subjetivo pelo qual o exercício é abusivo porque o titular do direito subjetivo agiu com a intenção de causar o dano, ao passo que outros se filiam ao critério objetivo ou teleológico pelo qual o exercício de um direito deve estar adstrito e cumprir ao fim social e econômico inerente ao próprio direito subjetivo, sob pena de ser considerado abusivo.

Diante dessas considerações prévias, já se revela permitido expor o conceito de abuso do direito. STOCO (2002) STRENGER (1997) ensina que:

Abuso do direito é o ato realizado, com apoio em preceito legal, que causa dano a interesse não especificamente protegido pelo ordenamento positivo, manifestado pela lesão a princípios éticos e sociais, objetiva ou subjetivamente, mediante adequação entre o ato intencional e o sentido da lei.

#### **4.7.2- A crítica de Planiol: a expressão é mera logomaquia**

No século XIX, quando a doutrina intensificou os trabalhos para definir os contornos da teoria do abuso do direito, surgiram críticas à sua formulação. A mais célebre delas é a

impugnação elaborada por Marcel Planiol e, como assevera BATISTA MARTINS (2002, p. 25) "desde então, ninguém mais se ocupou do assunto sem reproduzi-la, ou para sustentá-la ou para combatê-la".

Marcel Planiol repudiava a expressão *abuso do direito* porque não seria mais do que logomaquia<sup>23</sup>. E, BATISTA MARTINS (2002), explica que a afirmação formulada pelo doutrinador francês fundava-se na dogmática de que o direito cessa onde o abuso começa.

Para esclarecer essa impugnação, BATISTA MARTINS (2002, p. 25) lança mão dos próprios argumentos suscitados por Planiol (1902):

Fala-se facilmente do uso abusivo de um direito, como se esta expressão tivesse um sentido claro e preciso. Mas é necessário não nos iludirmos: o direito cessa onde começa o abuso, e não pode haver uso abusivo de um direito qualquer, porque um mesmo ato não pode ser, a um só tempo, conforme e contrário ao direito.

VINCENZI (2003, p. 146) complementa o pensamento de Planiol dissertando que:

Se se usa o direito, o ato é lícito; se ultrapassado o limite, o ato é ilícito e incide a regra da responsabilidade civil, ensejando a reparação dos prejuízos, demonstrada a culpa do causador do dano.

A bem da verdade, a objeção de Planiol revela tão somente a ligação do doutrinador aos fundamentos clássicos do direito privatista, o que o impediu de constatar a evolução que se deflagrava na ciência jurídica e no direito positivo.

BATISTA MARTINS (2002, p. 139) a esse respeito disserta que:

A objeção de Planiol inspira-se na lógica jurídica. Como categoria jurídica a expressão abuso do direito seria efetivamente uma logomaquia porque o direito deve cessar onde o abuso começa e um mesmo ato não pode ser, a um só tempo, conforme e contrário ao direito.

---

<sup>23</sup> CALDAS AULETE (1978, p. 2175) esclarece que logomaquia é a "confusão de palavras contraditórias; disputa entre dois adversários que tem por origem o diferente sentido dado por cada um deles a uma certa palavra ou palavras".

Ademais, o Autor (2002, p. 138) conclui que:

Nessa doutrina, o abuso do direito desaparece. O que se considera geralmente como ato abusivo nada mais é que o ato ilegal, o ato sem direito, que obriga o seu agente à reparação dos danos consequentes, em nome e em virtude da aplicação dos princípios básicos da responsabilidade civil - a culpa e o dolo.

STOCO (2002) disserta que a doutrina de Planiol, entretanto, não prosperou tendo como seu maior crítico Louis Josserand que alertou a todos acerca da existência de duas acepções sobre o conceito de direito: a de juridicidade e a de faculdade determinada.

Dos fundamentos de Josserand, BATISTA MARTINS (2002) ensina que a objeção de Planiol resultou de uma confusão entre as acepções existentes para o direito. O Autor (2002) esclarece que o direito, ora reporta-se a juridicidade referente ao conjunto de regras sociais, ora a uma prerrogativa determinada.

Dessa forma, BATISTA MARTINS (2002) disserta que o direito prerrogativa pode ser exercido ao seu extremo quando considerado isoladamente. Todavia, isso não é possível, posto que se trata de parte de um sistema. Com efeito, ele deve ser considerado em relação a todo o conjunto das regras sociais. Daí que, uma prerrogativa reconhecida pelo direito objetivo pode ser contrária ao sistema jurídico.

VINCENZI (2003, p. 148), analisa os argumentos de Josserand e esclarece o seguinte:

Com efeito, Josserand considerava que os direitos têm, assim como a lei, seus motivos e fins próprios. O abuso do direito seria o exercício que não correspondia à função preconcebida, o direito não atendia a seu fim social. O jurista francês coloca o direito subjetivo num contexto maior do que o do jusprivatismo da época; pretende colocá-lo em conflito com o sistema social, adequando-o à realidade e ao momento histórico.

### **4.7.3- Formação histórica**

Conforme assinalam BATISTA MARTINS (2002), MAIA (2002) e STOCO (2002), a doutrina não é unânime em admitir a tese de que no direito romano já existia um complexo de

princípios que formassem a teoria do abuso do direito<sup>24</sup>. Isto porque, conforme já mencionado, isso se deu somente no século XIX quando os pretórios franceses sistematizaram uma série dos conceitos e princípios com o objetivo de impedir o exercício excessivo e egoísta dos direitos subjetivos.

Todavia, não uma teoria, mas uma noção a respeito do excesso no exercício do direito subjetivo já era concebida pelos romanos. Tanto é assim que, BATISTA MARTINS (2002, p. 11) a esse respeito dissertou que "vários textos do direito romano, dos quais transparece a condenação do exercício abusivo dos direitos, vêm por de manifesto que a idéia não é inteiramente nova".

Naquela época, o direito subjetivo era sim absoluto, mas a legislação impunha limitações objetivas ao exercício, principalmente, no direito de propriedade. BATISTA MARTINS (2002, p. 12) ensina que:

A natureza absoluta do direito de propriedade conferia efetivamente ao proprietário o poder de dispor da coisa como melhor lhe parecesse, respeitadas, entretanto, as restrições impostas pelo legislador, com o objetivo de conciliar o interesse particular com o interesse geral da comunidade.

Ademais, o Autor (2002) conclui que:

Os romanos, como os clássicos, consideravam os direitos subjetivos ilimitados em sua natureza e em sua essência. Só a lei de responsabilidade poderia condicionar o seu uso e definir o seu abuso. Admitiam-se excepcionalmente restrições legais ao poder arbitrário do indivíduo, mas a maior parte destas restrições, que se aplicam, sobretudo à propriedade imobiliária, têm um caráter absoluto como o direito que limitam.

Por outro lado, após o reconhecimento da existência do abuso do direito e, para a sua constatação aplicando-se-lhe os princípios éticos e religiosos que norteavam o direito medieval, deu-se origem a teoria dos atos emulativos. BATISTA MARTINS (2002),

---

<sup>24</sup> BATISTA MARTINS (2002), STOCO (2002) e VINCENZI (2003), esclarecem que os historiadores jurídicos encontraram fórmulas existentes no direito romano as quais, certamente, poderiam ser consideradas os embriões da concepção da relatividade dos direitos, e da repressão ao exercício abusivo dos direitos subjetivos; foram elas: *feci sed jure feci* (fez-se, mas se fez com direito); *non omne quod licet honestum est* (o homem que age conforme

entretanto, adverte que, a *aemulatio* é de criação do direito romano cuja aplicação se dava às questões relativas ao uso das águas. Mas foi no direito medieval que seus princípios foram sistematizados e estendidos às relações de vizinhança.

Essa teoria fundava-se, basicamente, no ânimo de causar dano a outrem quando do exercício de um direito subjetivo. MAIA (2002) de maneira precisa escreveu que:

A caracterização da *aemulatio* se dava em vista da exclusiva intenção de causar dano a outrem, por ocasião do exercício de um direito subjetivo que era inútil a seu titular e que resultava num dano a terceiro. Desses quatro elementos da teoria da emulação é a intenção exclusiva de prejudicar (aspecto subjetivo) que permitia definir a ocorrência da ilicitude.

BATISTA MARTINS (2002) ensina que a doutrina da emulação foi importante para levantar a questão da ineficácia da legislação para a composição dos conflitos *in concreto*, de sorte que, somente com o trabalho de interpretação a partir da utilização princípios da ética e do direito seria possível solucionar a lide de forma justa.

BATISTA MARTINS (2002) a despeito do exposto acima, ensina que a teoria dos atos emulativos não prosperou porque o elemento intencional era fundamental para a existência do ato emulativo, de forma que, mesmo havendo dano a terceiro, este dano deveria ser previamente pretendido pelo titular do direito subjetivo.

MAIA (2002) a esse respeito expôs o seguinte:

A teoria da emulação, justamente pelo aspecto subjetivo que tornava difícil ao Magistrado aferir a exclusiva intenção de prejudicar, foi veementemente combatida pelos doutrinadores da época e levada ao descrédito. Houve, nesse passo, o desprestígio da teoria subjetiva dos atos emulativos.

De qualquer modo, houve a preocupação com o limite ao exercício do direito subjetivo, passando-se daquela situação padrão de absolutismo do direito para uma situação nova, a de relatividade do direito, com um campo mais fértil ao desenvolvimento da teoria do abuso do direito.

---

o direito pode não agir conforme a moral); e, por fim, *summum jus summa injuria* (o excesso do direito provoca injustiça).

Como já mencionado, o momento histórico - reconhecimento da liberdade plena do indivíduo perante o Estado - determinou a elaboração da teoria do abuso do direito. O primado do individualismo no exercício dos direitos subjetivos e a especulação e concorrência pelo domínio do capital deflagraram o movimento de socialização e reconhecimento da função social do direito subjetivo. Conforme acentua BATISTA MARTINS (2002, p. 139) "o abuso do direito não é uma categoria jurídica, mas um fenômeno social. É a contradição entre o direito tradicional e a realidade econômica e social".

#### **4.7.4- Natureza jurídica: teoria subjetiva e teoria objetiva**

De suma importância é o estudo da natureza jurídica do abuso do direito. Depois de reconhecida sua existência tornou-se irrefutável sua compreensão que se prolonga até os dias de hoje.

Duas correntes doutrinárias se propuseram a estudar a natureza jurídica do abuso do direito: a teoria subjetiva e a teoria objetiva.

Num primeiro momento, surgiu a teoria subjetiva fundada na conduta voluntária do titular do direito subjetivo e no dano provocado em virtude de seu exercício extrapolado. Ademais, essa teoria foi dividida entre aqueles que o abuso do direito pressupunha a culpa e entre os que exigiam o dolo para a existência do dano. Adverte-se, desde já, que o subjetivismo aproximou o abuso do direito à teoria da responsabilidade civil.

Dentre os defensores da natureza subjetiva do abuso do direito estão Mazeaud e Chabas, *Leçons de Droit Civil Obligation, Théorie Générale*; Marty e Raynaud, *Les Obligations, Les Sources*. Entre os doutrinadores nacionais estão Rui Stoco, *Abuso do Direito e Má-fé Processual*; Alçides de Mendonça Lima, *Abuso do Direito de Demandar*; Barros Monteiro, *Curso de direito civil*; Valter Ferreira Maia, *Litigância de Má-fé no Código de Processo Civil*. Estes doutrinadores estabelecem que o abuso do direito se funda tão somente na culpa.

Outrossim, entre os subjetivistas que exigem o dolo para a efetiva existência do abuso do direito estão: Ripert, *La Règle Morale des les Obligations Civiles*; Dabin, *Le Driot Subjectif*.

Por outro lado, há a teoria objetiva ou finalista que adveio para dar sentido real à teoria do abuso do direito. Segundo esta linha de pensamento, os direitos subjetivos são conferidos aos seus titulares com a condição de que sejam exercidos com a finalidade de realizar um benefício econômico ou social à coletividade e, não só ao seu titular. Dentre os defensores dessa teoria estão Louis Josserand, seu criador, *De l'Esprit des Driots et de leur Relativité* e Rotondi, *Le Rôle de la Notion d'Abus de Driot*. Já os doutrinadores nacionais finalistas estão: Clóvis Beviláqua, *Código Civil Comentado*; Pedro Batista Martins, *O Abuso do Direito e o Ato Ilícito* e Carlos Roberto Gonçalves, *Sinopses Jurídicas*; Sílvio de Salvo Venosa, *Abuso de Direito*.

Inicialmente, e como decorrência lógica da própria doutrina dos atos emulativos, a aferição do abuso do direito esteve condicionada a conduta voluntária do titular do direito subjetivo.

STOCO (2002, p. 68) a esse respeito disserta que:

(...) quando se fala em teoria subjetiva do abuso do direito, significa que este se caracteriza quando presente o elemento intencional, ou seja, impõe-se que o agente tenha consciência de que o seu direito, inicialmente legítimo e *secundum legis*, ao ser exercitado, desbordou para o excesso ou abuso, de modo a lesionar o direito de outrem. O elemento subjetivo é a reprovabilidade ou a consciência de que poderá causar algum mal, assumindo esse risco ou deixando de prevê-lo quando devia.

Conforme ensina BATISTA MARTINS (2002), a teoria subjetiva do abuso do direito, circunscrevia o ato abusivo ao conceito clássico de culpa - ação ou omissão voluntária capaz de provocar um dano - e, portanto, considerando o abuso do direito mais um capítulo da responsabilidade civil. BATISTA MARTINS (2002, p. 156) escreve que "o ato realizado com a intenção de prejudicar, seja essa intenção, exclusiva ou concorrente, obriga o titular do direito porque o seu exercício, em tais hipóteses, entra na categoria dos atos ilícitos".

A esse respeito STOCO (2002) apud VENOSA (1988) disserta que:

Primeiramente, a teoria do abuso do direito foi enfocada dentro da responsabilidade civil, como um capítulo desta, ou então como uma simples extensão da noção de culpa. Partindo daí, os doutrinadores passaram a colocar o abuso do direito dentro da noção de direitos subjetivos, em contrapartida com os chamados direitos absolutos, numa revisão de conceitos dos direitos ditos subjetivos.

BATISTA MARTINS (2002), porém, adverte que a singela aproximação do abuso do direito ao conceito de culpa ou dolo provoca a distorção da finalidade pela qual se criou a própria teoria do abuso do direito. Com efeito, o Autor (2002, p. 157) esclarece seu entendimento dissertando que "culpa e exercício de um direito são duas coisas noções incoadunáveis. Onde a culpa aparece não pode haver exercício de um direito e, reciprocamente, a idéia de um direito em ação exclui definitivamente a de culpa".

BATISTA MARTINS (2002) assevera que a teoria do abuso do direito transcende ao restrito campo da responsabilidade civil, posto que esta tem caráter tão somente reparatório. Ora, o real sentido da teoria do abuso do direito é conduzido pelas razões de ordem econômica e social que determinam o exercício e a própria existência dos direitos subjetivos.

Segundo o Autor (2002, p. 165):

O conceito sociológico de solidariedade e interdependência, que constitui hoje a base da ordem econômica e jurídica, veio revelar o aspecto social dos direitos subjetivos, que não são atribuídos ao indivíduo como um fim em si mesmo, mas apenas como um meio que se lhes faculta para o desempenho de suas funções e de seus deveres sociais.

E, por esses argumentos, o BATISTA MARTINS (2002) acolhe a teoria objetivista formulada por Louis Josserand, reproduzida por VINCENZI (2003, p. 148) nos seguintes termos: "o abuso do direito seria o exercício que não correspondia à função reconhecida, o direito não atendia a seu fim social". Dessa forma, o critério objetivo deixa de considerar a causa (conduta voluntária danosa) do abuso do direito para concentrar o exercício anormal ou irregular a partir do resultado, ou na expressão de BATISTA MARTINS (2002, p. 170), "o que importa é o caráter anti-social do ato danoso".

O Autor (idem, ibidem) esclarece que, "o juiz tomará como ponto de partida de sua apreciação o fim social ou econômico da relação jurídica que vincula as partes". Ademais, "este fim não seria, porém, apreciado segundo as afirmações das partes, mas, objetivamente, mediante ponderação das circunstâncias nas quais se encontrava elas ao estabelecer a relação jurídica". Segundo o Autor (idem, ibidem), "à luz da concepção objetivista, os vários critérios de avaliação do abuso do direito, identificando-se pelo seu cunho teleológico, confundem-se igualmente pela identidade de sua natureza a de seus fundamentos".

Por fim, o Autor (2002, p. 171) ensina que:

Realmente, exercícios anti-social ou antifuncional do direito, desvio do direito de sua finalidade econômica ou social, ausência de motivos sérios e legítimos, falta de utilidade ou de interesse, exercício anormal ou irregular são critérios vários sugeridos pela doutrina para facilitar ao juiz a apreciação do ato abusivo. No fundo, porém, todos esses critérios são meios diversos, mas equivalentes que se podem adotar para a realização do mesmo fim: verificar se há de fato rotura do equilíbrio dos interesses, que à ordem jurídica cumpre estabelecer e assegurar.

BATISTA MARTINS (2002), conclui que, a tendência do direito é, como já dito, a da democratização e solidariedade no exercício dos direitos subjetivos para evitar o apetite egoísta de seu titular. Até porque, a finalidade precípua da norma jurídica é determinar o equilíbrio dos interesses juridicamente protegidos, o que, em última análise, será a conquista da harmonia nas relações sociais.

#### **4.7.5- Direito brasileiro: teoria objetiva**

Antes de expor os elementos da teoria do abuso do direito os quais o direito positivo e a ciência jurídica brasileira acolheram, convém relevar a seguinte observação deduzida por BATISTA MARTINS (2002, p. 139): "o abuso do direito não é uma categoria jurídica mas uma realidade econômica social. É a contradição entre o direito tradicional e a realidade econômica social".

No decorrer do presente trabalho monográfico, o leitor constata que o direito positivo e os princípios que o informam decorrem da ideologia política e cultural concebidas pelo organismo social em determinado espaço e tempo. Destarte, com a teoria do abuso do direito não ocorreu de outra forma; sua formação se deu num momento histórico em que o direito privado adquiria relevância maior que o próprio direito do Estado. A este restava resguardar o interesse individual, em virtude dos princípios da intervenção mínima e da autonomia contratual. Para amenizar os conflitos inter-subjetivos e a luta das classes (capital e trabalho), concebeu-se que os direitos subjetivos deveriam manter-se coerentes com os limites traçados pelo ordenamento jurídico para que permanecessem em harmonia com os outros interesses tutelados pelo direito positivo.

Com efeito, firmou-se o entendimento de que o titular do direito subjetivo deveria exercer sua faculdade de acordo com os preceitos morais e éticos para não extrapolar os limites traçados pelo direito positivo. Esta era a teoria subjetiva que foi adotada pelos países ocidentais de economia capitalista. BATISTA MARTINS (2002) expõe que os países europeus Alemanha, Espanha, Itália, França, Polônia e Portugal adotaram o critério subjetivista baseado na intenção do titular do direito subjetivo, enquanto que a extinta União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, país de economia de mercado, adotou o critério objetivista fundado na finalidade econômica e social do direito subjetivo.

BATISTA MARTINS (2002) e VINCENZI (2003) ensinam que, em princípio, o direito positivo brasileiro não consagrou expressamente a teoria do abuso do direito. Isto porque o art. 160, I, do revogado Código Civil, dispunha que "não constituem atos ilícitos: I- os praticados em legítima defesa ou exercício regular de um direito reconhecido; (...)". Com efeito, a operação que se realiza era um juízo de exclusão, ou seja, se o exercício do direito subjetivo não ultrapassasse as fronteiras do considerado regular, seria tutelado pelo direito positivo: art. 100, do revogado Código Civil<sup>25</sup>. Ao contrário, se houvesse o excesso no exercício do direito subjetivo, haveria então o abuso do direito, que, conforme observa STOCO (2002), dependeria ainda da conduta voluntária do titular do direito subjetivo para a existência do ato abusivo.

---

<sup>25</sup> Revogado Código Civil, Art. 100: "não se considera coação a ameaça do exercício regular de um direito, nem o simples temor reverencial".

Seguindo, pois, a mesma diretriz traçada pela legislação civil de 1916, o art. 3º, do também revogado Código de Processo Civil, de 1939, dispunha que, "responderá por perdas e danos à parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho ou erro grosseiro. Parágrafo único - o abuso do direito verificar-se-á, por igual, no exercício de defesa, quando o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo".

Outrossim, o elemento subjetivo (ação ou omissão voluntária) para a verificação do ato abusivo foi mantido pelo direito adjetivo atual, somente sendo possível cogitar-se da existência do abuso do direito de demandar e, assim, responsabilizar a parte se esta agir culposa ou dolosamente.

Com efeito, a partir da análise dos dispositivos legais acima mencionados, conclui-se que o direito brasileiro, adotou, num primeiro momento, o critério puramente subjetivista<sup>26</sup> para a verificação do abuso do direito, além de conforme assinala STOCO (2002), situá-lo no campo restrito da teoria de responsabilidade civil.

Por outro lado, com o desenvolvimento e difusão das doutrinas do direito social e da finalidade econômica e social do direito subjetivo, o critério objetivo foi apresentado ao direito positivo nacional e, por conseguinte, acolhido pelo Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução ao Código Civil), que, em seu art. 5º dispõe que "na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum". Dessa forma, o direito positivo nacional consagrava o critério objetivo para aferição do exercício legítimo do direito subjetivo.

Em seguida, a evolução legislativa fez com que, não só a legislação civil (art. 187, do Código Civil), mas também a própria Constituição Federal (arts. 3º, I e II; e 5º, XXIII), acolhessem o ideal da função social do direito subjetivo. Ora, se são objetivos da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, e ainda, que a propriedade não está sujeita ao exercício egoísta, posto que criada para atender a uma função social, de se

---

<sup>26</sup> Diante do critério subjetivo acolhido pelo legislador nacional, o Supremo Tribunal Federal, ao manifestar-se a respeito do disposto no art. 1531, do revogado Código Civil (aquele que demandar por dívida já paga, no todo ou em parte, sem ressaltar as quantias recebidas, ou pedir mais do que for devido, ficará obrigado a pagar ao devedor, no primeiro caso, o dobro do que houver cobrado e, no segundo, o equivalente do que dele exigir, salvo se, por lhe estar prescrito o direito, decair da ação), editou a súmula nº 159 nos seguintes termos: "a cobrança excessiva, mas de boa-fé, não dá lugar às sanções do art. 1531 do Código Civil." Atualmente, o Código Civil em vigor manteve em seu art. 940 a redação deste dispositivo.

concluir que os direitos subjetivos tutelados pelo ordenamento jurídico só o são se exercidos para cumprir com a finalidade econômica e social a que se destinam.

Especificamente, o art. 187, do Código Civil dispõe que "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé<sup>27</sup> ou pelos bons costumes".

VINCENZI (2002, p. 153) entende que o dispositivo acima ainda se refere à aplicação do critério subjetivista:

Tentou, assim, o legislador aproximar institutos inconciliáveis: de um lado, a assimilação do abuso do direito à responsabilidade civil, como fazem a doutrina e jurisprudência francesas, e, de outro lado, utiliza a regra da boa-fé como limite ao exercício abusivo, proveniente do modelo alemão, o que, possivelmente, tornará difícil sua aplicação prática, o que, afinal, já acontece hoje.

Não é essa, pois, a interpretação correta sobre a norma em questão. Com efeito, o art. 187, do Código Civil consagra, definitivamente, o critério objetivo, posto que declara expressamente a existência do abuso do direito não pelo meio através do qual se exerce o direito subjetivo, mas sim pelo desvio da finalidade para a qual seu exercício foi destinado.

#### **4.7.6- Abuso do direito e o seu campo de abrangência**

Inicialmente, como já foi dito, a concepção do abuso no exercício do direito teve aplicação restrita às relações de vizinhança e ao direito imobiliário. Mas, após sua sistematização em teoria, transformando-se mais tarde num verdadeiro princípio do direito contemporâneo, teve sua aplicação estendida a todas as relações jurídicas, portanto, a todos os interesses tutelados pelo direito e pelos princípios de conteúdo ético e moral.

---

<sup>27</sup> A expressão se refere à boa-fé em seu aspecto objetivo, pouco importando a consciência do titular do subjetivo sobre o ato que esteja praticando. Não se trata, pois, de regra cuja incidência esteja condicionada a verificação da intenção do agente causador do abuso.

STOCO (2002) e VINCENZI (2003) arrolam alguns exemplos da positivação da teoria do abuso do direito no ordenamento jurídico nacional: no âmbito do direito financeiro, a Lei Federal nº 8.884, de 11 de junho de 1994, cujo objetivo é a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, dispendo em seu art. 18 que:

A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (O grifo é intencional)

Ademais, na seara do direito administrativo, existe a Lei Federal nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa). Outrossim, no direito tributário há o art. 135, *caput*, do Código Tributário Nacional ao dispor que "são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos". (O grifo é intencional)

STOCO (2002) apud JOSSE RAND (1927) assevera que:

(...) a aproximação entre o abuso do direito e o desvio do poder seria resultado da sua fonte comum, a qual levaria, tanto no campo do Direito Civil como no âmbito do Direito Administrativo, à mesma idéia fundamental de que as nossas prerrogativas, quer sejam de ordem privada, quer de ordem pública, obedecem ao seu próprio valor social e devem ser exercidas em conformidade com o fim a que respondem.

Em suma, o campo de aplicação da teoria do abuso do direito tem a mesma amplitude que o universo dos interesses jurídicos tutelados pelo direito positivo e pelas normas de conteúdo ético.

## 4.8- Abuso do direito de demandar

No âmbito da ciência processual e do direito instrumental, aplicam-se os fundamentos da teoria do abuso do direito para prevenir e reprimir os atos cujo objetivo é tão somente desvirtuar a finalidade precípua do processo enquanto instrumento ético e político de distribuição da justiça.

STOCO (2002) esclarece que, embora os princípios e fundamentos sejam, basicamente, os mesmos lapidados pelo direito material, a teoria do abuso do direito adquiriu matizes próprios e singulares no que se refere à sua aplicação no direito processual.

Antes, porém, de analisar como o sistema processual nacional abordou a problemática do abuso do direito de demandar e do atos ilícitos processuais (litigância de má-fé)<sup>28</sup>, convém realizar uma breve exposição acerca da evolução da doutrina do abuso do direito processual.

BATISTA MARTINS (2002) relembra que a ausência do comportamento ético no exercício dos direitos processuais sempre esteve presente no organismo social, já havendo mecanismos repressivos da conduta abusiva das partes desde o direito romano<sup>29</sup>, o qual as denominava *improbus litigator*.

A própria teoria dos atos emulativos (vide Subseção 4.6.3), desenvolvida durante o direito medieval teve aplicação, principalmente, no âmbito das relações processuais.

Em já se tratando do direito processual pátrio, THEODORO JUNIOR (1998) ensina que, inicialmente, não havia mecanismos sistematizados para a repressão do abuso do direito processual, posto que no Regimento nº 737, de 1850 e no Decreto nº 3.084, de 1898, herdados

---

<sup>28</sup> O processo é uma relação jurídica complexa e dinâmica desenvolvida entre os vários sujeitos do processo, todos com o único objetivo que é um provimento jurisdicional hábil à compor a lide. Para tanto, são realizados atos e negócios processuais até que seja possível a prolação de tal provimento. Se o processo é um universo no qual acontecem os mais variados atos, nele também pode ser verificada a figura do ato ilícito que, é denominado litigância de má-fé, porque não decorre de um direito processual e tem por objetivo única e exclusivamente causar dano à parte adversa ou atentar contra a dignidade da justiça.

<sup>29</sup> Os institutos vislumbrados no direito romano tinham caráter essencialmente subjetivo, posto que sua aferição se dava exclusivamente a partir da consciência do abuso exercido pelo então *improbus litigator*. Para o conhecimento de cada um dos institutos consulte BATISTA MARTINS, Pedro. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3ª ed. histórica com "Considerações preliminares à guisa de atualização" de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

do direito português, somente continham normas específicas para circunstâncias singulares no caso de conduta temerária do litigante.

Por outro lado, diante da grande difusão da teoria do abuso do direito sendo, pois, reconhecida sua necessidade social e política como ferramenta eficaz para harmonizar os interesses juridicamente protegidos, o direito processual brasileiro a teve positivada com o advento do Código de Processo Civil de 1939. MENDONÇA LIMA (1980), THEODORO JUNIOR (1998), STOCO (2002) e VINCENZI (2003), dissertam que os arts. 3º e 63 deste *codex* vislumbraram o abuso do direito de demandar, bem como os atos ilícitos processuais pelos seguintes termos:

Art. 3º Responderá por perdas e danos a parte que intentar demanda por espírito de emulação, mero capricho, ou erro grosseiro:

Parágrafo único. O abuso de direito verificar-se-á, por igual, no exercício dos meios de defesa, quando de o réu opuser, maliciosamente, resistência injustificada ao andamento do processo.

Art. 63 Sem prejuízo do disposto no art. 3º, a parte vencida, que tiver alterado, intencionalmente, a verdade, ou se houver conduzido de modo temerário no curso da lide, provocando incidentes manifestamente infundados, será condenada a reembolsar à vencedora as custas do processo e os honorários do advogado:

§ 1º Quando, não obstante vencedora, a parte se tiver conduzido de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo, o juiz deverá condená-la a pagar à parte contrária as despesas a que tiver dado causa;

§ 2º Quando a parte, vencedora ou vencida tiver procedido com dolo, fraude, violência ou simulação, será condenada a pagar o décuplo das custas.

§ 3º Se a temeridade ou malícia for imputável ao procurador, o juiz levará o caso ao conhecimento do Conselho local da Ordem dos Advogados do Brasil, sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

Com efeito, BATISTA MARTINS (2002, p. 71) adverte que:

O exercício da demanda não é um direito absoluto, pois que se acha, também, condicionado a um motivo legítimo. Quem recorre às vias judiciais deve ter um direito a reintegrar, um interesse legítimo a proteger, ou pelo menos, como se dá nas ações declaratórias, uma razão séria para a tutela jurídica.

Por isso, houve-se por positivar, além dos atos ilícitos processuais já conhecidos pelo direito adjetivo, o abuso do direito no exercício da demanda.

Conforme ensinam MENDONÇA LIMA (1980) e VINCENZI (2003), o legislador do Código de Processo Civil de 1939, fortemente influenciado pela doutrina civilista francesa que, inclusive norteou o legislador do Código Civil de 1916 quando da positivação do já citado art. 160, I, adotou o critério puramente subjetivo para a aferição do abuso do direito de demandar, o que o aproximou do conceito de ato ilícito processual.

O Código de Processo Civil vigente, relativamente ao abuso do direito de demandar e ao ato ilícito processual, não trouxe modificações substanciais, muito embora já se cogitasse pela doutrina da inserção do critério objetivo no ordenamento jurídico para aferição do abuso do direito. Com efeito, o Código de 1973 manteve a diretriz de condicionar a existência do abuso do direito de demandar à conduta voluntária do litigante, fundada, pois, na culpa ou no dolo.

THEODORO JUNIOR (1998) e VINCENZI (2003) esclarecem que a inovação trazida pelo diploma processual vigente foi evitar as terminologias de direito material utilizadas pelo Código de Processo Civil de 1939, optando, peremptoriamente, por estabelecer a cláusula de boa-fé subjetiva emanada do princípio da probidade processual<sup>30</sup>.

Outrossim, as disposições gerais acerca do abuso do direito de demandar e do ato ilícito processual vieram previstas, agora, nos arts. 16 a 18 e, 600 e 601, do Código de Processo Civil com as seguintes redações:

Art. 16. Responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente.

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

II - alterar a verdade dos fatos;

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

VI - provocar incidentes manifestamente infundados;

---

<sup>30</sup> Código de Processo Civil, art. 14, II: são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...); II - proceder com lealdade e boa-fé; (...).

VII - interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório.

Art. 18. O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou.

§ 1o Quando forem dois ou mais os litigantes de má-fé, o juiz condenará cada um na proporção do seu respectivo interesse na causa, ou solidariamente aqueles que se coligaram para lesar a parte contrária.

§ 2o O valor da indenização será desde logo fixado pelo juiz, em quantia não superior a 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa, ou liquidado por arbitramento.

Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que:

I - frauda a execução;

II - se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;

III - resiste injustificadamente às ordens judiciais;

IV - não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução.

Art. 601. Nos casos previstos no artigo anterior, o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20% (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa essa que reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução.

Parágrafo único. O juiz relevará a pena, se o devedor se comprometer a não mais praticar qualquer dos atos definidos no artigo antecedente e der fiador idôneo, que responda ao credor pela dívida principal, juros, despesas e honorários advocatícios.

MENDONÇA LIMA (1980) aclarou a concepção acerca do abuso do direito de demandar, diferenciando-o do ato ilícito processual pelos seguintes termos:

A infração mais grave ao princípio da probidade processual é, sem dúvida, a que caracteriza o "abuso do direito de demandar". Tal direito não diz respeito apenas à atividade do autor ao propor ação, mas, também, abrange o do réu em defender-se ou, na linguagem de nosso Código de Processo Civil, em responder (excepcionar; contestar e reconvir). Mesmo uma ação bem proposta ou uma defesa lisa podem originar, contudo, atos de improbidade em vários atos no decorrer da causa. Mas, se a origem já é pecaminosa, todo o processo ficará maculado, ainda que nenhum ato mais se apresente infringente do preceito da lealdade. São, portanto, situações diferentes: o abuso do direito de demandar e os atos de má-fé no curso do processo. Esses podem existir - ainda que um só - independentemente daquela atitude inicial; mas aquela contaminará todo o processo, mesmo que, depois, venha correr sem nenhum vício em qualquer dos atos.

Assim, abusa do direito de demandar aquele que, não tendo motivo legítimo, provoca a tutela jurisdicional instaurando, pois, uma relação jurídica de direito processual que, inevitavelmente, trará um resultado antijurídico alheio aos escopos políticos, sociais e econômicos inerentes ao processo.

#### **4.9- O abuso do direito e o ato ilícito**

Discussão incessante é a posição enciclopédica do abuso do direito no âmbito dos atos jurídicos. A doutrina não é uníssona ao concebê-lo, ora como ato ilícito porque condicionado à culpa ou dolo do titular do direito, ora como uma categoria autônoma, mas com efeitos similares ao ato ilícito, pois o exercício de um direito subjetivo e a culpa em seu conceito clássico nunca coexistirão.

Na verdade, o que determina os pólos da divergência é o critério adotado para a aferição do abuso do direito. Pelo critério subjetivo, por se tratar de ato derivado da consciência da ação potencialmente danosa, pode-se dizer mesmo que o abuso do direito é um ato ilícito qualificado porque, além de violar o direito de outrem, atenta contra o próprio ordenamento jurídico.

De outro lado, pelo critério objetivo não se pode falar em ato ilícito, pois trata-se de um ato antissocial, portanto, prejudicial à finalidade social e econômica do direito. Logicamente, a repercussão na esfera de direitos do sujeito do interesse subordinado gera, inevitavelmente, o dever de indenizar, mas não seria propriamente um ato ilícito, e sim, um instituto similar ao enriquecimento sem causa legítima.

De início, como não havia fórmula expressa prevendo o abuso do direito no ordenamento jurídico nacional, o critério subjetivo foi adotado pela jurisprudência o que, o aproximou do campo restrito da responsabilidade civil. Por isso, o exercício abusivo dos direitos subjetivos passou a ser considerado uma espécie de ato ilícito por não existir uma categoria na qual fosse melhor enquadrado.

STOCO (2002) demonstra o posicionamento de VENOSA (1988) a respeito do entendimento firmado pela doutrina e pela jurisprudência:

(...) não se deve poder colocar o abuso do direito dentro da categoria dos atos ilícitos, pois nestes estará sempre presente a ação ou omissão voluntária ou o conceito de culpa, ocasionando violação de direito ou prejuízo de outrem.

(...) o abuso do direito se situa no meio caminho, ou seja, consiste em um ato jurídico de objeto lícito, mas cujo exercício levado a efeito sem a devida regularidade, acarreta um resultado que se considera ilícito.

STOCO (2002, p. 74), todavia, nega tal doutrina e adverte que, "o ato originariamente lícito invade o campo da ilicitude quando cometido com excesso ou abuso. Neste momento torna-se antijurídico. Com essa qualificação converte-se em ato ilícito".

SILVA PEREIRA (1998, p. 256) acerca dessa controvérsia, com muita cautela, manifestou-se pelos seguintes termos:

(...) é comum situar a teoria do abuso do direito no campo do ato ilícito, pela similitude de efeitos, e, não encontrando outra localização adequada, procura-se partir de que, se o abuso de direito gera para o agente o dever de reparar o dano, da mesma forma que o ato ilícito, a aproximação dos efeitos leva a justificar a classificação de um dentro na doutrina legal do outro.

Já o Código Civil, por seu turno, no art. 187 estabelece que, "também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes".

Dessa forma, a novel legislação civil estendeu ao abuso do direito a qualidade de ato ilícito, posto que, conforme a lição de SILVA PEREIRA (1998), surte efeitos tal como se fosse um verdadeiro ato ilícito.

## 5- RESPONSABILIDADE PROCESSUAL CIVIL OBJETIVA

### 5.1- As cláusulas gerais de boa-fé e de responsabilidade processual

O processo é o instrumento pelo qual o Estado conhece a lide e determina qual o direito à ela aplicável, inclusive com o emprego do exclusivo poder de substituição<sup>31</sup>. É, pois, um universo no qual as partes relacionam-se entre si e com o Estado-juiz, tudo em busca de um provimento jurisdicional. Destarte, para que esse provimento seja proferido com o máximo de certeza jurídica, instaura-se uma relação jurídica complexa e dinâmica, na qual os sujeitos do processo realizam os mais diversos atos e negócios jurídicos, todos linearmente informados pelos preceitos da ética e do direito positivo.

VINCENZI (2003, p. 78) a esse respeito assim se manifestou:

Na concepção mais recente do fenômeno processual, ademais, os atos das partes têm especial importância para a realização do processo de resultados. Observa-se que, ao contrário do que se defendia até a primeira metade do século passado, o processo civil contemporâneo tem compromisso com a sociedade e com a realização, além do escopo jurídico, dos escopos sociais e políticos da jurisdição. Importa dizer que o processo já não deve ser visto como *jogo ou um duelo* entre as partes, pois, em sentido contrário, o processo é fenômeno que revela uma relação jurídica de direito público, e é o principal meio de realização do direito, de pacificação social, de educação e de legitimação política da sociedade num estado democrático de direito.

Há, então, em toda relação processual a vigência das cláusulas gerais de boa-fé e de responsabilidade processual estampadas, respectivamente, nos arts. 14, II e 16, do Código de Processo Civil, quando dispõem que "são deveres das partes e de todos aqueles que de qualquer forma participam do processo: (...) proceder com lealdade e boa-fé". E, "responde por perdas e danos aquele que pleitear de má-fé como autor, réu ou interveniente".

---

<sup>31</sup> Esta é, todavia, a concepção clássica da jurisdição, que, conforme já mencionado no Subseção 3.1.2, também aprecia pretensões de conteúdo meramente formal, no caso das controvérsias suscitadas apenas para a interpretação de normas jurídicas.

Segundo VINCENZI (2003), a cláusula de boa-fé exige que os sujeitos do processo e, não só os litigantes, ajam sempre e em função do espírito de lealdade e cooperação para que o processo esteja legitimado a compor a lide com justiça.

Com efeito, o processo somente cumpre, de fato, sua função precípua de distribuir a justiça quando os sujeitos processuais cumprem rigorosamente a cláusula de boa-fé, caso contrário, a relação de direito material conflituosa se torna tão teratológica que macula o próprio instrumento autônomo adequado à sua solução. Em outras palavras, é premissa inafastável de que o processo seja uma relação jurídica norteada pela boa-fé dos sujeitos processuais, ao passo que, sua inobservância, gera inevitavelmente a exigência do cumprimento da cláusula de responsabilidade.

A cláusula de responsabilidade processual, por sua vez, é revestida de um comando a ser seguido voluntariamente pelo sujeito que violou o preceito de não causar dano a outrem. Este comando é, pois, a certeza de se recompor integralmente o direito lesado, como se nunca o tivesse sido.

Por outro lado, quando o sujeito processual causador do dano antijurídico<sup>32</sup> não promove a satisfação do interesse sobre o qual sua esfera jurídica está subordinada, exsurge a atuação da sanção condenatória e, em seguida, da sanção concreta. A partir daí, o Estado invadirá legitimamente a esfera jurídica do obrigado e, com esta ingerência, extrairá tantos bens jurídicos quantos sejam suficientes para a recomposição do direito lesado.

Para tanto, o direito processual é dotado de um sistema próprio e adequado para tornar efetiva a cláusula de responsabilidade: são os institutos da responsabilidade processual civil.

---

<sup>32</sup> A expressão dano anti-jurídico foi empregada para justificar o dano legítimo, autorizado expressamente pelo direito positivo, conforme o disposto no art. 188, do Código Civil; a saber: "não constituem atos ilícitos: I- os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido; II- a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo Único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo." Ademais, acrescenta-se a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito e a força maior.

## **5.2- Teoria geral da responsabilidade processual civil objetiva**

O Código de Processo Civil dispõe de um sistema próprio destinado à cognição do dano antijurídico derivado do abuso do direito de demandar ou do ato ilícito processual, ocorridos no decurso e em razão da relação processual. Após, apreciados os atos processuais<sup>33</sup> - sentido amplo - que determinaram esse evento danoso, o Estado-juiz faz cumprir a sanção condenatória sobre aquele sujeito processual que provocou a decomposição do direito de outro sujeito do processo ou, até mesmo, de terceiro forâneo à relação jurídica processual.

Este sistema de apreciação e repressão da responsabilidade processual é formado pelos mesmos elementos da teoria da responsabilidade civil. Mas, porque o processo é um universo autônomo com características singulares a qualquer outra relação jurídica, a ciência processual construiu um sistema próprio de responsabilidade como o leitor verá nesta Seção do presente trabalho monográfico.

### **5.2.1- Responsabilidade processual subjetiva e objetiva**

Pela sistemática prevista no Código de Processo Civil, o critério estabelecido para a cognição e execução da responsabilidade processual, ora considera a conduta do sujeito processual, ora tão somente a natureza da tutela pleiteada e efetivada.

No primeiro caso, trata-se de responsabilidade processual subjetiva. Aqui, a conduta do sujeito processual é o que determina o dever de recompor o dano injusto. Em outras palavras, a responsabilidade processual surgirá toda vez que a ação ou omissão voluntária, ou mesmo dolosa, do sujeito processual provocar algum dano processual.

Por outro lado, pelo segundo critério a responsabilidade processual é aferida pela simples provocação da tutela jurisdicional. Com efeito, o provimento jurisdicional se revela tão agressivo que, quando deferido e efetivado injusta ou ilegalmente, já provoca o dever de recompor o dano processual, sem que se cogite da intenção do sujeito que o pleiteou. Neste

caso, trata-se de responsabilidade processual objetiva, pois é da essência do provimento pleiteado, a ingerência sobre a esfera de direitos do sujeito do interesse subordinado.

Com efeito, ambos os critérios estão intimamente ligados à natureza de atividade jurisdicional provocada. Embora não se possa arredar a atividade cognitiva da executiva e vice-versa, já foi visto que uma e outra são desenvolvidas em maior concentração, dependendo, pois, da natureza da pretensão deduzida. Daí que, o leitor verá que a responsabilidade processual subjetiva é, mormente, verificada no processo de cognição, enquanto que a responsabilidade processual objetiva é acurada, no mais das vezes, na efetivação da tutela executiva.

### **5.2.2- O sistema de apreciação da responsabilidade no Código de Processo Civil**

Após o estudo das cláusulas fundamentais ao desenvolvimento efetivo da relação processual, bem como da natureza jurídica da responsabilidade processual, mister se faz realizar um estudo acerca do sistema de responsabilidade processual previsto no direito instrumental geral. Frise-se que, não é pretensão do autor exaurir o estudo acerca do sistema de responsabilidade processual. Até porque não é o objeto do presente trabalho monográfico. Por isso, far-se-á uma exposição geral para, em seguida, concentrar o estudo nos elementos da responsabilidade processual objetiva, posto que serão imprescindíveis à exposição do tema, o qual se propôs estudar.

O sistema de responsabilidade previsto no Código de Processo Civil tem conteúdo tanto reparatório como sancionatório, de modo que a recomposição do direito lesado é realizada por meio de indenização ou multa. É, pois, reparatório quando o dano processual atinge diretamente a parte adversa ou o terceiro forâneo à relação processual. De outro lado, será sancionatório quando atingir a própria dignidade da justiça. Neste caso, quem sofre a

---

<sup>33</sup> Há uma discussão acerca da inclusão dos atos ilícitos na categoria dos atos jurídicos, posto que, apesar de contrários ao direito positivo, também produzem efeitos no mundo jurídico.

lesão é o próprio Estado de direito, posto que há violação aos preceitos fundamentais de convivência e harmonia social<sup>34</sup>.

Como já exposto, a responsabilidade processual é aferida tanto pelo critério subjetivo como pelo critério objetivo. Naquele, deve-se realizar um juízo de valor verificando se a ação ou omissão voluntária ou dolosa do sujeito foi determinante para o acontecimento do dano processual, ao passo que, somente assim existirá o dever de recompô-lo. Neste, porém, o *animus* do sujeito processual é irrelevante para a existência do dever de recompor o dano, bastando tão somente a relação de causalidade entre o risco por ele criado e o dano efetivo.

Esses dois critérios são fixados, como já mencionado, em razão da atividade jurisdicional pretendida pelo sujeito do processo. Abaixo, o leitor verá que o critério subjetivo é verificado quando a jurisdição desenvolve atividade cognitiva, de sorte que o critério objetivo é destinado a acurar o dano processual ocorrido quando prestada e efetivada a tutela executiva.

O Código de Processo Civil prevê, taxativamente, em seu art. 17, por obediência ao princípio constitucional da legalidade, as figuras que geram a incidência da cláusula de responsabilidade em uma relação jurídica processual<sup>35</sup>. A saber:

Art. 17. Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

- I - deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;
- II - alterar a verdade dos fatos;
- III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
- IV - opuser resistência injustificada ao andamento do processo;
- V - proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;
- VI - provocar incidentes manifestamente infundados.
- VII - interpor recurso com intuito manifestamente protelatório.

---

<sup>34</sup> Constituição Federal, Preâmbulo: "Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil".

<sup>35</sup> Para aprofundar o conhecimento acerca das figuras que geram o dever de recompor o dano processual, indica-se ao leitor as seguintes obras: MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. E, VICENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

Neste dispositivo, o critério fixado para a incidência da cláusula de responsabilidade é o subjetivo, posto que, além do dano efetivo, deve coexistir a intenção do sujeito em provocá-lo. Surge aqui uma figura abominável em uma relação processual, o litigante de má-fé que, na conceituação de STOCO (2002) apud NERY JUNIOR e NERY (1999) é:

(...) 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. As condutas aqui previstas, definidas positivamente, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no art. 14, do CPC.

Por outro lado, não é só no processo de conhecimento que o critério subjetivo é fixado, havendo, pois, no art. 600, já no Livro do Processo de Execução, disposição nos seguintes termos:

Art. 600. Considera-se atentatório à dignidade da justiça o ato do devedor que:

- I- frauda a execução;
- II- se opõe maliciosamente à execução, empregando ardis e meios artificiosos;
- III- resiste injustificadamente às ordens judicial;
- IV- não indica ao juiz onde se encontram os bens sujeitos à execução.

As condutas previstas neste dispositivo implicam na condenação do executado ao pagamento de multa em favor do credor, nos termos do art. 601, do Código de Processo Civil<sup>36</sup>. Destarte, conforme ensinamento de MAIA (2002, p. 168):

O credor-exequente é exclusivamente o beneficiário, cumprindo frisar-se que a natureza dessa pena aplicada com base no artigo 601, de Código de Processo Civil, é de multa não possuindo natureza indenizatória.

---

<sup>36</sup> Código de Processo Civil, art. 601, *caput*: "Nos casos previstos no artigo anterior o devedor incidirá em multa fixada pelo juiz, em montante não superior a 20 % (vinte por cento) do valor atualizado do débito em execução, sem prejuízo de outras sanções de natureza processual ou material, multa esta que se reverterá em proveito do credor, exigível na própria execução".

Disto, pois, resulta a conclusão de que basta o executado praticar qualquer ato atentatório à dignidade da justiça para que lhe seja imposta a multa prevista no art. 601, do Código de Processo Civil. Em outras palavras, porque se trata de multa, independe da existência do dano processual.

Interessante a observação de MAIA (2002) no sentido de que os atos de litigância de má-fé podem coexistir com os atos atentatórios à dignidade da justiça, desde, é claro, que a condenação não seja da mesma natureza e resultante do mesmo ato, o que configuraria verdadeiro *bis in idem*<sup>37</sup>. Até porque, se a sanção prevista no art. 601, do Código de Processo Civil, tem caráter de multa, o credor terá direito a uma indenização pelo comportamento do executado.

Por fim, no que se refere à responsabilidade processual objetiva, por conveniência seu estudo será efetuado nos Subitens seguintes.

### **5.2.3- Elementos da responsabilidade processual civil objetiva**

A cláusula de responsabilidade, como visto anteriormente, além de um princípio geral do direito<sup>38</sup>, é prevista expressamente em normas jurídicas. Todas elas contém um enunciado - endonorma - advertindo o sujeito processual de que o ato jurídico - sentido amplo - por ele realizado ou é potencialmente danoso porque ultrapassa os limites da boa-fé ou porque a mera atividade é, por demais, arriscada, daí que, será obrigado a recompor o direito lesado.

Por outro lado, se, apesar de advertido para a recomposição do direito lesado, o sujeito processual não o recompõe espontaneamente, o Estado soberano deflagra a aplicação do preceito secundário - perinorma - contido na norma reguladora da responsabilidade

---

<sup>37</sup> O Autor (2002) ensina que, ao fraudar a execução, o executado, em tese, opõe resistência injustificada ao andamento do processo de execução. Daí que, deve indenizar o exequente, nos termos do art. 601, CPC e, ainda, cumprir com a pena de multa em favor da União ou do Estado pela litigância de má-fé, conforme o disposto na última parte do parágrafo único do art. 14, do CPC.

<sup>38</sup> Princípio fundamental de convivência em qualquer organismo social, é a vida honesta, sem causar danos a outrem, dando a cada um o que é seu. Esse princípio é pré-jurídico, muito porque é supedâneo para a criação do direito positivo.

processual<sup>39</sup>. Trata-se da sanção pela qual o Estado substituirá a vontade do sujeito processual obrigado, invadindo sua esfera de direitos por meio de um processo regular, instrumento legítimo para promover a recomposição forçada do direito lesado<sup>40</sup>.

A cláusula de responsabilidade processual é aplicada consoante os princípios da responsabilidade subjetiva, fundada na intenção (culposa ou dolosa) do sujeito, posto que predomina no ordenamento jurídico a regra de que, somente se constringe alguém pelo fato danoso a que deu causa simplesmente porque detinha inteligência e consciência para evitá-lo.

Mas, diante da complexidade das relações sociais, a responsabilidade fundada na culpa - sentido amplo - revelou-se insuficiente para a solução dos conflitos de interesse derivados dos danos injustos.

A partir daí, passou-se a aferir o dever de recompor o direito lesado objetivamente, ou seja, pela simples relação entre a atividade arriscada realizada pelo sujeito processual e o dano efetivo, sendo, pois, irrelevante seu *animus*. Essa imputação objetiva é, todavia, exceção, pois ninguém pode ser constringido ou sofrer ingerência em sua esfera de direitos sem que se considere sua intenção.

Então, passa-se a estudar nos Subitens abaixo os elementos formadores da responsabilidade processual objetiva, ou seja, o risco criado pelo sujeito processual, a previsão legal da imputação objetiva, a relação de causalidade entre sua atividade arriscada e o dano processual injusto e efetivo, este como último elemento.

### **5.2.3.1- O risco judiciário**

A responsabilidade objetiva encontra supedâneo na teoria do risco. Conforme esclarece SILVA PEREIRA (1998), a difusão dessa doutrina é atribuída a Raymond Saleilles, *Les*

---

<sup>39</sup> ZAVASCKI (2000) com extrema clareza, ensina que as normas jurídicas são revestidas de dois preceitos distintos, porém, interligados. O primeiro é a endonorma, ou seja, aquele preceito meramente declarativo de uma prestação. Já o segundo, é denominado perinorma, que é a resposta do ordenamento jurídico tornando certo o cumprimento da endonorma violada.

<sup>40</sup> Arts. 5º, LIV e LV, da Constituição Federal e, 612 e seg, do Código de Processo Civil.

*Accidents de Travail et la Responsabilité Civile*, 1897, e a Louis Josserand, *Evolutions et Actualités*, [18--].

Todavia, o mesmo Autor (1998) acentua que a concepção de responsabilidade civil sem culpa foi introduzida na ciência jurídica em um estudo criminal elaborado pelo alemão Karl Binding, sobre os efeitos da sentença criminal no âmbito do direito civil, mais precisamente em se tratando da reparação civil dos danos provocados pelo ilícito penal, posto que aquela já reconhecia a culpa do obrigado, restando tão somente conhecer, no cível, o *quantum debeat*.

SILVA PEREIRA (1998), relata que modificações repentinas ocorridas no final do século XVIII, criaram uma nova ordem econômica e social na Europa<sup>41</sup>. Com a revolução industrial, a disputa pelo capital e a luta das classes - burguesia e proletariado - tornaram-se a grande questão social. Com efeito, o Autor (1998, p. 16) ressalta que, "a revolução industrial do século passado<sup>42</sup> percutiu enormemente na responsabilidade civil".

Destarte, é notório que durante a revolução industrial não havia qualquer legislação trabalhista que tutelasse eficazmente os empregados. MASCARO NASCIMENTO (2000) relata que as primeiras leis trabalhistas somente foram promulgadas no transcorrer do século XIX. Daí que, os empregados sofriam, constantemente, pelo abuso do poder dos empregadores.

Segundo o Autor (1998, p. 19), "o surgimento da teoria do risco, em todos os estágios, procura inspirar-se em razões de ordem prática e de ordem social. A teoria da culpa, é insuficiente na prática, porque impõe à vítima a prova da culpa do causador". VENOSA (2002, p. 16) a esse respeito disserta que "qualquer que seja a qualificação do risco, o que importa é a sua essência: em todas as situações socialmente relevantes, quando a prova da culpa é um fardo pesado ou intransponível para a vítima, a lei opta por dispensá-la".

Por fim, SILVA PEREIRA (1998, p. 22) ensina que a teoria do risco, além desse aspecto de ordem prática, funda-se no movimento de socialização do risco para prover "um melhor entendimento entre os homens e uma garantia maior de harmonia, de segurança e de paz social para todos".

---

<sup>41</sup> Reporte-se o leitor ao estudo realizado nos subitens 4.3 a 4.5, do presente trabalho monográfico.

<sup>42</sup> A obra foi publicada em 1998, por isso, o Autor se refere ao século XIX.

Seguindo, pois, esta mesma linha de raciocínio, a responsabilidade processual objetiva se funda na teoria do risco judiciário. Com efeito, é da natureza da tutela jurisdicional potencializar uma situação de conflito, pois, se já houvesse uma controvérsia que provocava a intranquilidade no meio social, agora os litigantes despenderão recursos econômicos ou terão sua esfera jurídica invadida até que se chegue a um provimento jurisdicional apto a compor essa lide.

Dessa forma, a responsabilidade processual objetiva tem como premissa a provocação da tutela jurisdicional, e que dela se deflagrem atos com efeitos potencialmente lesivos às esferas jurídicas dos litigantes. Em outras palavras, a responsabilidade processual objetiva, na expressão de VINCENZI (2003, p. 99), "é a responsabilidade decorrente da *simples* movimentação da máquina judiciária, da natureza do ato de demandar e de se defender, pois diz respeito ao risco inerente ao processo".

Com efeito, o risco judiciário está intimamente ligado à natureza da pretensão deduzida. Ao contrário da atividade cognitiva, que está adstrita ao plano do ideal, ou seja, voltada à apreciação da controvérsia e à ela aplicar o direito abstrato pertinente, na atividade executiva já existe um direito reconhecido<sup>43</sup> pelo ordenamento jurídico, ao passo que o Estado soberano o torna efetivo com a modificação da realidade pelos atos executivos.

Esta atividade executiva implica na invasão da esfera jurídica da parte adversa, o que é, demasiadamente, arriscado, posto que a pretensão deduzida pode ser declarada improcedente após o conhecimento exauriente da lide. Daí que, impõe-se a imputação objetiva àquele que deflagrou a atividade executiva por sua conta e responsabilidade.

Abaixo, o leitor verá as hipóteses de responsabilidade processual objetiva previstas no Código de Processo Civil, entre elas a imputação objetiva na execução definitiva de título executivo extrajudicial, o art. 574, do Código de Processo Civil, objeto do presente trabalho monográfico.

---

<sup>43</sup> A atividade executiva não é realizada, exclusivamente, quando o direito já está reconhecido, havendo, pois, a realização de atos executivos para resguardar o resultado útil de um processo, como no caso da tutela cautelar.

### 5.2.3.2- Previsão legal

A responsabilidade processual objetiva vem disciplinada em hipóteses excepcionais, em regra, quando o Estado-juiz presta a tutela jurisdicional executiva. São situações expressamente previstas no direito positivo, posto que, conforme ensina DINIZ (1998), vigora regra da imputação subjetiva, havendo, pois, a imputação objetiva somente quando a atividade exercida pelo agente é naturalmente arriscada e potencialmente danosa à esfera jurídica do sujeito do interesse subordinado ou, mesmo de terceiro forâneo à relação processual.

Destarte, a regra básica de responsabilidade objetiva vem disciplinada pelo art. 20, *caput*, do Código de Processo Civil. Trata-se do princípio da sucumbência que impõe à parte vencida o pagamento das despesas despendidas no curso da demanda.

Tal dispositivo estabelece que:

Art. 20. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios.

Essa verba honorária será devida, também, nos casos em que o advogado funcionar em causa própria.

A responsabilidade objetiva derivada da sucumbência não é, porém, repressão ao abuso do direito de demandar ou à prática de ato ilícito processual. É, pois, na expressão de VINCENZI (2003) uma repartição do risco judiciário.

A Autora (2003) apud LIEBMAN (1985) esclarece que:

(...) o fundamento dessa obrigação não deve ser procurado na culpa, pois não constitui sustentar de boa-fé a existência de um direito, perante a autoridade judiciária, mesmo que se verifique a posteriori que a pretensão era improcedente. O que vale é o fato objetivo da sucumbência. De um lado, o vencedor deve obter a satisfação do seu direito, se possível íntegro e não diminuído pelas despesas da causa; de outro, aquele que sucumbe demonstra com isso que causou uma lide sem razão, ou por ter proposto uma ação improcedente ou por ter resistido a uma ação que por sua vez era procedente.

De outro lado, e agora com caráter de repressão ao abuso do direito de demandar ou à prática dos atos ilícitos processuais, o Código de Processo Civil prevê em seus artigos 574, 588 e 811, hipóteses de responsabilidade processual objetiva para a recomposição dos danos derivados da efetivação da tutela executiva injusta ou ilegal. Tais dispositivos enunciam que:

Art. 574. O credor ressarcirá ao devedor os danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução.

Art. 588. A execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas:

I - corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer;

II - o levantamento de depósito em dinheiro, e a prática de atos que importem alienação de domínio ou dos quais possa resultar grave dano ao executado, dependem de caução idônea, requerida e prestada nos próprios autos da execução;

III - fica sem efeito, sobrevindo acórdão que modifique ou anule a sentença objeto da execução, restituindo-se as partes ao estado anterior;

IV - eventuais prejuízos serão liquidados no mesmo processo.

§ 1º No caso do inciso III, se a sentença provisoriamente executada for modificada ou anulada apenas em parte, somente nessa parte ficará sem efeito a execução.

§ 2º A caução pode ser dispensada nos casos de crédito de natureza alimentar, até o limite de 60 (sessenta) vezes o salário mínimo, quando o exequente se encontrar em estado de necessidade.

Art. 811. Sem prejuízo do disposto no art. 16, o requerente do procedimento cautelar responde ao requerido pelo prejuízo que lhe causar a execução da medida:

I - se a sentença no processo principal lhe for desfavorável;

II - se, obtida liminarmente a medida no caso do art. 804 deste Código, não promover a citação do requerido dentro em 5 (cinco) dias;

III - se ocorrer a cessação da eficácia da medida, em qualquer dos casos previstos no art. 808, deste Código;

IV - se o juiz acolher, no procedimento cautelar, a alegação de decadência ou de prescrição do direito do autor (art. 810).

Parágrafo único. A indenização será liquidada nos autos do procedimento cautelar.

Cada um desses dispositivos regulam situações distintas, tanto no processo de execução, como no processo cautelar. O art. 574, do CPC é norma que enuncia a responsabilidade objetiva do exequente em se tratando de execução definitiva. Já o art. 588, do

mesmo *codex*, enuncia a hipótese de imputação objetiva quando a execução é provisória, ou seja, com provimento judicial executivo pendente de ratificação definitiva, posto que foi impugnado com recurso sob efeito meramente devolutivo<sup>44</sup>.

Por outro lado, o art. 811, do Código de Processo Civil disciplina a responsabilidade processual objetiva no processo cautelar quando o requerido tem sua esfera jurídica invadida para que seja assegurado o resultado útil de um processo executivo presente ou futuro.

Muito embora cada um desses dispositivos regulem situações distintas, todos eles têm o mesmo fundamento e finalidade. Ou seja, são normas que enunciam o risco e a obrigação do demandante em recompor os danos injustos resultantes da atividade executiva a que ele deu causa.

Por derradeiro, além dessas hipóteses expressamente previstas na lei instrumental, há ainda a discussão acerca da natureza da responsabilidade processual decorrente dos danos causados pela antecipação dos efeitos da tutela, consoante o disposto no art. 273, do Código de Processo Civil, a saber:

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

I - haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

II - fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu.

§ 1º Na decisão que antecipar a tutela, o juiz indicará, de modo claro e preciso, as razões do seu convencimento.

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

§ 3º A efetivação da tutela antecipada observará, no que couber e conforme sua natureza, as normas previstas n

os arts. 588, 461, §§ 4º e 5º, e 461-A.

§ 4º A tutela antecipada poderá ser revogada ou modificada a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

---

<sup>44</sup> Código de Processo Civil, art. 587: "a execução é definitiva quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título executivo extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo". ZAVASCKI (2000) ensina que o Código de Processo Civil conciliou interesses contrapostos. Em primeiro lugar, o interesse do exequente que deseja o quanto antes a satisfação de seu crédito. De outro lado, o interesse do executado que resiste a pretensão do exequente, protelando o quanto mais a sub-rogação real de seu patrimônio em seu desproveito.

§ 5º Concedida ou não a antecipação da tutela, prosseguirá o processo até final julgamento.

§ 6º A tutela antecipada também poderá ser concedida quando um ou mais dos pedidos cumulados, ou parcela deles, mostrar-se incontroverso.

§ 7º Se o autor, a título de antecipação de tutela, requerer providência de natureza cautelar, poderá o juiz, quando presentes os respectivos pressupostos, deferir a medida cautelar em caráter incidental do processo ajuizado.

Destarte, a antecipação de tutela se revela uma atividade naturalmente arriscada, posto que sobreleva a esfera jurídica do sujeito do interesse subordinado a uma situação efetivamente danosa. Assim, considerando a mesma natureza jurídica do provimento antecipatório com a tutela prestada nos arts. 574 e 588, ou seja, atividade executiva, reconhece-se que a imputação da responsabilidade pelos danos derivados da antecipação injusta da tutela se dá pelo critério objetivo, ou seja, pela mera relação de entre a atividade provocada e o dano efetivo.

Todavia, como o Código de Processo Civil não prescreveu, expressamente, a responsabilidade processual objetiva do requerente da antecipação de tutela, a imputação será realizada pelo critério subjetivo, baseado na sua culpa ou dolo.

Por outro lado, com o advento da Lei Federal nº 10.406, de 11 de janeiro de 2002, Código Civil, parece que a regra da imputação objetiva somente com autorização expressa em lei foi mitigada. Isto porque, o art. 927, parágrafo único, do novel *codex*, cria uma norma de caráter genérico, cuja aplicação dar-se-á a cada caso, o que permite a ampliação jurisprudencial das hipóteses de responsabilidade objetiva.

Se não, veja-se pela redação da mencionada norma:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem. (O grifo é intencional)

Assim, pela conjugação das normas contidas no art 273, do Código de Processo Civil, e no art. 927, parágrafo único, do Código Civil, conclui-se que, a tendência é a fixação do

critério objetivo para aferir a responsabilidade processual pelos danos decorrentes da antecipação dos efeitos da tutela.

### **5.2.3.3- Relação de causalidade**

Consoante ensinamento de DINIZ (1998, p. 92), "a responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade entre o dano e a ação que o provocou".

Mais adiante, a Autora (idem, ibidem), dissertando acerca do conteúdo do nexos causal, manifestou-se pelos seguintes termos:

O vínculo entre o prejuízo e a ação designa-se "nexo causal", de modo que o fato lesivo deverá ser oriundo da ação, diretamente ou como sua consequência previsível. Tal nexos representa, portanto, uma relação necessária entre o evento danoso e a ação que o produziu, de tal sorte que esta é considerada como sua causa. Todavia, não será necessário que o dano resulte apenas imediatamente do fato que o produziu. Bastará que se verifique que o dano não ocorreria se o fato não tivesse acontecido. Este poderá não ser a causa imediata, mas, se for condição para produção do dano, o agente responderá pela consequência.

Em se tratando, pois, da relação de causalidade existente na responsabilidade processual objetiva, ela é constituída pelo ato do sujeito que deduz uma pretensão efetivamente danosa, ou seja, quando ele provoca a deflagração da atividade jurisdicional executiva e, que desses atos executivos e em razão deles ocorram danos injustos a quem teve sua esfera jurídica invadida.

### **5.2.3.4- Dano processual**

O último elemento formador da responsabilidade processual objetiva é o dano efetivo, ou seja, o prejuízo real que o sujeito demandado sofreu em razão da pretensão em face dele promovida. O dano efetivo, pois, é condição inafastável para que haja o dever de recompor o direito lesado.

DINIZ (1998, p. 55) disserta que:

Não pode haver responsabilidade civil sem a existência de um dano a um bem jurídico, sendo imprescindível a prova real e concreta dessa lesão. Deveras, para que haja pagamento da indenização pleiteada é necessário comprovar a ocorrência de um dano patrimonial ou moral, fundados não na índole dos direitos subjetivos afetados, mas nos efeitos da lesão jurídica.

Dessa forma, o dano não é qualificado pela natureza do direito lesado, mas pela extensão que ele afeta na esfera jurídica do sujeito ofendido<sup>45</sup>.

Todavia, para a definição do conceito de dano processual, não se pode levar, tão somente, em consideração a afetação provocada à esfera jurídica do litigante ofendido.

Tome-se, pois, por premissa para a definição do conceito de dano processual a seguinte afirmação da CAHALI (1978, p. 48):

(...) o processo, em si mesmo, será, por sua vez, fonte de danos para qualquer das partes, diversos e distintos danos processuais que resultam direta e imediatamente do processo, como fenômeno jurídico, como entidade complexa feita de atividade humana mecanicamente conduzida para a obtenção de um resultado, e que tem um aspecto econômico pelo seu custo e pelo dano que provoca.

O Autor (1978) inicia a busca por um conceito refinado de dano processual, distinguindo-os, sumariamente, dos danos derivados de qualquer relação jurídica de direito material para a composição das quais uma relação processual foi instaurada. CAHALI (1978, p. 47) adverte que, "os danos aqui cogitáveis são aqueles derivados da lide, e não de fatos anteriores, em razão dos quais a lide foi instaurada".

Assim, desconsiderando-se os danos anteriores e externos à lide, em primeiro lugar, pode-se incluir no conceito de dano processual todas as despesas processuais e os honorários advocatícios despendidos no decorrer do processo, consoante o disposto no já citado art. 20, do Código de Processo Civil. Mas, esses danos podem ser considerados ordinários, posto que inevitável a sua imputação à parte sucumbente.

---

<sup>45</sup> Código Civil, art. 944, *caput*: "A indenização mede-se pela extensão do dano".

Por fim, CAHALI (1978, p. 51) define o dano processual pelos seguintes termos:

(...) danos processuais são, assim, aquelas diminuições patrimoniais que, sem se constituírem especificamente em despesas, isto é, sem desembolso de dinheiro, constituem, entretanto, sempre uma perda econômica que o sujeito sofre, como consequência direta e imediata do processo.

## **6- ART. 574, DO CPC: ABUSO DO DIREITO E RESPONSABILIDADE OBJETIVA NO PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL**

### **6.1- Função social do processo de execução fiscal**

Cada indivíduo integrante do grupo socialmente reunido cedeu uma parcela de sua liberdade individual para que fosse formado um ente poderoso o suficiente a proporcionar a todos a tutela dos interesses jurídicos e a realização do bem estar econômico e social desse grupo. A fusão das liberdades cedidas dá origem ao poder político do Estado que o detém única e exclusivamente para tornar efetiva de cumprimento todas as aspirações sociais enunciadas pelas normas jurídicas.

O poder político é, então, expressão da soberania do povo e é exercido em função dos interesses deste. O Estado é um ente não em si mesmo, mas criado para realizar efetivamente o bem comum. Deixa, pois, de ser um ente dotado de vontade própria e autoritária, e passa a ter como única função e razão de ser a construção e manutenção de uma ordem social justa e solidária, sempre direcionado ao desenvolvimento social.

Com efeito, o exercício do poder político é informado e deve ser, obrigatoriamente, seguido nos exatos parâmetros enunciados pelos princípios constitucionais da administração pública – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência – para que os interesses econômicos e sociais do Estado de direito nunca sejam desvirtuados.

Ademais, o efetivo desenvolvimento nacional, bem como a construção de uma sociedade livre, justa e solidária somente dar-se-á se as funções – legislativa, executiva e jurisdicional – do Estado de direito forem exercidas em estrito cumprimento de suas finalidades sociais e em defesa do interesse público, razão para a qual foram instituídas.

Por outro lado, o Estado de direito, além de prover o desenvolvimento do nacional com a luta pela efetivação do interesse público, deve, de outro lado, assegurar a garantia

fundamental de que o indivíduo seja livre e nunca sofra qualquer ingerência estatal ilegítima ou mesmo ilegal, sem a regular apreciação da situação de conflito no ambiente social.

O Estado, com efeito, somente realiza a efetiva tutela dos interesses jurídicos e sociais quando as normas jurídicas e éticas são, de fato, cumpridas pelos seus destinatários.

Daí que, as controvérsias suscitadas no meio social devem ser solucionadas por meio de um instrumento ético e legítimo: o processo.

Destarte, peculiares são os conflitos de interesse, suscitados em uma lide fiscal; de um lado, o Estado em busca de recursos para prover o custeio e realização dos valores sociais e culturais por meio de seus serviços públicos. De outro, o indivíduo sobre o qual recai a pretensão do Estado, agora Fazenda Pública, que a ela resiste, pois que, seria ilegítima ou ilegal e, portanto, contrária à finalidade social a que é destinada.

Com efeito, essa controvérsia somente é solucionada, extirpada de injustiça, se levada à apreciação da função – poder – atividade jurisdicional do Estado. Instaure-se, pois, o processo de execução fiscal, instrumento, acima de tudo, hábil a dar efetividade a um direito patrimonial da Fazenda Pública, mas, também, a conhecer a legitimidade da pretensão deduzida, isto porque, a invasão da esfera jurídica do sujeito do interesse subordinado somente será válida se essa pretensão se revelar inteiramente justa.

A finalidade social, pois, do processo de execução fiscal é, em última análise, dar efetividade a um direito patrimonial da Fazenda Pública, reconhecido após o controle de legalidade, certeza e liquidez; bem jurídico este que será empenhado no custeio dos serviços essenciais a construção e manutenção de uma ordem social solidária e, por conseguinte, dar fiel cumprimento e significado a expressão fundamento e finalidade do Estado, ou seja, a realização do bem estar social.

## **6.2- Abuso do direito de demandar: desvio da finalidade social do processo de execução fiscal**

O Estado de direito concentra em si o poder de apreciar as controvérsias suscitadas nas mais diversas relações jurídicas. Confere, pois, ao jurisdicionado o direito público subjetivo de deduzir uma pretensão antes resistida pelo sujeito do interesse subordinado, de tal sorte que, após a cognição ou, ainda, a execução da lide, promoverá o objetivo maior da atividade jurisdicional que é manter a harmonia do ordenamento jurídico e, principalmente, a pacificação das relações inter-subjetivas conflituosas.

Ao teor do disposto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal: "a lei não excluirá de apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Destarte, vislumbra-se, então, o direito de ação que se revela garantia fundamental para a defesa de um interesse tutelado pelo ordenamento jurídico.

Com efeito, a existência de um pretense crédito perante o devedor autoriza a Fazenda Pública a deflagrar em face dele a atividade jurisdicional executiva para que o Estado-juiz promova a atuação da sanção concreta, invadindo, pois, sua esfera jurídica com o objetivo de satisfazer esse crédito reconhecido por meio de um rígido controle administrativo de legalidade. Essa ingerência, aparentemente, ilegítima e, portanto, inadmissível em um Estado de direito, é perfeitamente justa quando a pretensão da Fazenda Pública é reconhecida pelo Poder Jurisdicional. Daí que, o agora executado terá seu patrimônio expropriado para a integral satisfação do direito da Fazenda Pública.

Por outro lado, quando essa pretensão não guarda respaldo no direito material, a tão só provocação da tutela jurisdicional, ou seja, a invocação do direito abstrato de ação para instaurar uma relação processual executiva sem qualquer fundamento jurídico, importa na desvirtuação desse direito, qual seja, o direito de demandar. Neste caso, ausente está um interesse legítimo que mereça a apreciação pelo Poder Judiciário.

Ora, quando a Fazenda Pública dá causa a uma demanda ilegal, a finalidade social do processo de execução fiscal, bem como a ordem jurídica justa, princípios constitucionais do Estado de direito, são ameaçados de ruir, havendo não só a lesão à esfera jurídica do devedor.

Daí que, para reprimir o abuso do direito de demandar o povo exige que o ordenamento jurídico prescreva normas para atuar a sanção condenatória, bem como a sanção concreta sobre a Fazenda Pública que não cumpriu estritamente com os princípios constitucionais da Administração Pública, mas, principalmente, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Trata-se, pois, de acolhimento pela ordem constitucional da teoria do abuso do direito, mais precisamente do direito de demandar para manter a integridade do ordenamento jurídico.

Ademais, como o leitor verá na Seção seguinte, um sistema de responsabilidade processual é previsto para a reparação do dano processual sofrido pelo demandado.

### **6.3- Art. 574, do CPC: abuso do direito e responsabilidade objetiva no processo de execução fiscal**

#### **6.3.1- Preceitos da norma: responsabilidade objetiva**

Quando se estudava na Subseção 5.2.3 os elementos da responsabilidade processual objetiva, viu-se que o elemento permissivo da imputação objetiva é a previsão legal, em homenagem ao princípio da legalidade, eis que no ordenamento jurídico nacional vigora a regra da responsabilidade com culpa.

Como já anteriormente mencionado, o direito de provocar a tutela jurisdicional executiva deve fundar-se em um motivo legítimo. Certo é que, o direito de ação é abstrato e autônomo em relação ao direito material ao qual se pretende a tutela jurisdicional. Todavia, o demandante deve diligenciar para constatar a licitude de sua pretensão, do modo que o ordenamento jurídico prevê normas de repressão ao abuso do direito de demandar.

Destarte, no processo de execução fiscal, considerando-se a natureza arriscada e potencialmente danosa que os atos executivos possam causar à esfera jurídica do executado, o Código de Processo Civil, em seu art. 574, estabelece que "o credor ressarcirá ao devedor os

danos que este sofreu, quando a sentença, passada em julgado, declarar inexistente, no todo ou em parte, a obrigação, que deu lugar à execução".

Trata-se, pois, de norma extremamente avançada que reprime o abuso do direito de provocar a tutela executiva, eis que, mesmo sem fundamento jurídico o demandante deflagra ilegalmente a atuação da sanção concreta sobre um pretensão devedor.

Por outro lado, e como já estudado no Capítulo 6 deste trabalho monográfico, a responsabilidade processual objetiva é fixada quando a atividade realizada pelo sujeito do processo é, demasiadamente arriscada e potencialmente danosa, daí que, a simples provocação da tutela jurisdicional já é, por si só, suficiente para causar o dano processual. É claro, pois, que dessa provocação da tutela jurisdicional devam ser deflagrados atos processuais realmente danosos à esfera jurídica do executado, senão, não há que se falar em responsabilidade processual.

Com efeito, o que importa é a inexigência de aferir se o demandante agiu com culpa ou dolo, bastando a tão só relação de causalidade entre a atividade arriscada e o dano processual para que haja a imputação objetiva.

Por conseguinte, no que se refere à norma enunciada no art. 574, do Código de Processo Civil, a doutrina é uníssona em admitir que se trata de responsabilidade processual objetiva. CALMO DE PASSOS (1974), CASTRO (1976), FADEL (1986), MENDONÇA LIMA (1987), ASSIS (2000) e ZAVASCKI (2000) ensinam que se trata de norma cuja imputação da responsabilidade pelo dano processual se dá objetivamente.

Tratando-se, pois, de responsabilidade processual objetiva, estudou-se no Subseção 5.2.3 que seus elementos formadores são, além da previsão legal, a relação de causalidade entre a provocação da tutela executiva e o dano processual efetivo.

Destarte, o abuso do direito de demandar persiste, isto porque tratar-se-á de desvio da finalidade social para a qual se destina o processo de execução fiscal, mas a Fazenda Pública somente deverá recompor o dano processual que efetivamente deu causa em razão da deflagração dos atos executivos sobre a esfera jurídica do demandado.

De outro lado, o art. 574, do Código de Processo Civil, enuncia que essa relação de causalidade entre a atividade arriscada e o dano processual é reconhecida por um provimento

jurisdicional, transitado em julgado, que tenha declarado inexistente a obrigação que deu lugar à execução. O leitor verá *infra* que esse provimento será proferido em ação de impugnação à execução fiscal promovida pelo executado para desconstituir não o título executivo, mas sim a própria relação jurídica obrigacional entre a Administração Pública e o obrigado. Entretanto, passa-se a estudar o cabimento da norma no processo de execução fiscal.

### **6.3.2- Cabimento no processo de execução fiscal**

Estudou-se na Subseção 3.2.1 a natureza jurídica da ação de execução fiscal, ou seja: trata-se de ação de execução singular por quantia certa contra devedor solvente e, se insolvente, não sujeita a concurso de credores. Ao teor do disposto no art. 583, do Código de Processo Civil, "toda execução tem por base título executivo judicial ou extrajudicial". A norma irradiada deste dispositivo vislumbra o já mencionado princípio da abstração do título executivo - *nulla executio sine titulo* - pelo qual a tutela executiva somente pode ser deflagrada com a sua presença, não importando se o crédito é realmente devido. Em outras palavras, o título executivo é requisito prático para se propor qualquer execução.

Outrossim, viu-se que a ação de execução fiscal é embasada pela Certidão de Dívida Ativa, o título executivo confeccionado unilateralmente pela Fazenda Pública. Tal, é o que dispõe o art. 585, VI, do Código de Processo Civil, conjugado com o art. 1, da Lei Federal nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (Lei de Execução Fiscal):

Art. 585. São títulos executivos extrajudiciais:

(...);

VI - a certidão de dívida ativa da Fazenda Pública da União, Estado, Distrito Federal, Território e Município, correspondente aos créditos inscritos na forma da lei:

(...).

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

Com efeito, a Certidão de Dívida Ativa exprime a existência de um crédito representado por uma quantia certa, líquida e exigível.

Por conseguinte, o art.587, do Código de Processo Civil, estabelece que:

A execução é definitiva, quando fundada em sentença transitada em julgado ou em título extrajudicial; é provisória, quando a sentença for impugnada mediante recurso, recebido só no efeito devolutivo.

CALMO DE PASSOS (1974), FADEL (1986), (1987), ASSIS (2000) e ZAVASCKI (2000) ensinam que, enquanto o já estudado art. 588, do Código de Processo Civil<sup>46</sup>, enuncia a responsabilidade processual objetiva derivada da execução provisória de título executivo ainda sujeito à apreciação pelo Poder Judiciário, porque pendente o julgamento de recurso judicial, o art. 574, do Código de Processo Civil, é norma aplicável, exclusivamente, a execução definitiva, ou seja, a execução fundada em sentença transitada em julgado ou em título executivo extrajudicial.

Faz-se o silogismo. A ação de execução fiscal é embasada em título executivo extrajudicial e realizada em definitivo, ou seja, com a realização dos atos de transferência do patrimônio do executado ao exequente. Dessa forma, porque o Código de Processo Civil é aplicado subsidiariamente ao processo de execução fiscal<sup>47</sup>, e porque a execução fiscal é definitiva e fundada em título executivo extrajudicial, conclui-se que o art. 574, do Código de Processo Civil tem aplicação no executivo fiscal, até porque trata-se de norma essencial para reprimir o abuso do direito de demandar que é, na expressão de MENDONÇA LIMA (1980), a mácula do ordenamento jurídico vigente.

---

<sup>46</sup> Código de Processo Civil, art. 588, I: "a execução provisória da sentença far-se-á do mesmo modo que a definitiva, observadas as seguintes normas: I - corre por conta e responsabilidade do exequente, que se obriga, se a sentença for reformada, a reparar os prejuízos que o executado venha a sofrer; (...)."

### 6.3.3 - A obrigação inexistente

Estudou-se que a responsabilidade objetiva no processo de execução fiscal deve fundar-se na relação de causalidade entre a provocação da tutela executiva pela Fazenda Pública e o dano processual efetivamente suportado pelo executado em razão da invasão de sua esfera jurídica. Ademais, viu-se que essa relação de causalidade é reconhecida em decisão, transitada em julgado, que declare o dever de recompor o direito ilegalmente lesado.

Todavia, o art. 574, do Código de Processo Civil não tem aplicação ampla, ou seja, sempre e em qualquer caso de improcedência da ação de execução, sendo preciso o reconhecimento da inexistência da obrigação que deu lugar à execução. Em outras palavras, a norma irradiada do art. 574, do Código de Processo tem aplicação restrita, exigindo, pois, um fundamento específico. Isto porque, conforma assevera MENDONÇA LIMA (1987, p. 188), "não basta que se julgue a execução improcedente, pelo acolhimento dos embargos do devedor. É necessário que a obrigação seja declarada inexistente".

Até porque, se fosse uma norma de aplicação a todo caso de improcedência da ação de execução, importaria em flagrante limitação ao direito constitucional de ação, previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição Federal. Ora, a lei não pode excluir de apreciação pelo Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito. Destarte, é cediço que o direito de ação é abstrato e autônomo em relação ao direito material ao qual se pretende a tutela jurisdicional. Daí que, é inevitável deduzir uma pretensão à qual sobrevenha uma decisão desfavorável.

Com efeito, o art. 574, do Código de Processo Civil é norma em reprimenda ao abuso do direito de demandar, cuja aplicação somente se dá no caso de execução ilegal, ou seja, aquela que implica na violação do ordenamento jurídico.

Neste sentido MENDONÇA LIMA (1987, p. 187) escreveu que:

O dispositivo analisado não procura regular a execução injusta no seu verdadeiro sentido técnico, que pode ter esta mácula e ser legal. O ressarcimento preconizado é em torno da execução ilegal, motivado por uma execução que não tinha base legal

---

<sup>47</sup> Lei Federal nº 6.830, de 22 de setembro de 2003 (Lei de Execução Fiscal), art. 1º: "a execução judicial para cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias será regida por esta Lei e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil". (O grifo é intencional)

para ser ajuizada. É claro que, em acepção ampla, a execução ilegal é uma execução injusta; mas a recíproca não é verdadeira: injusta nem sempre é ilegal, podendo ser, até, legal (execução provisória tornada sem efeito pela reforma de sentença exequenda).

Assim, o art. 574, do Código de Processo Civil, adstringe sua aplicação tão somente quando a obrigação que deu lugar à execução for declarada inexistente pela sentença, transitada em julgado, proferida no processo em que o executado impugnou a demanda executiva.

Dessa forma, revela-se necessário estudar o conceito de obrigação inexistente para delimitar a incidência da norma enunciada no art. 574, do Código de Processo Civil.

Embora a doutrina seja uníssona em admitir que o art. 574, do Código de Processo trata-se de verdadeira norma de responsabilidade processual que comporta o critério da imputação objetiva, no que se refere ao conceito de obrigação inexistente e, conseqüentemente, às hipóteses de aplicação da norma, não há um posicionamento unânime.

FADEL (1986, p. 305) firmou entendimento no sentido de que "inexistência da obrigação é idéia ampla que engloba também a nulidade do título, a prescrição, mesmo a intercorrente, ou, em geral, qualquer causa extintiva da obrigação".

Tal entendimento, todavia, não pode prosperar. Em primeiro lugar, porque o Autor dá um sentido amplo à expressão "inexistência da obrigação", o que a aproxima de improcedência da ação de execução, de forma que, obrigação inexistente, em sentido técnico, é aquela que não comporta os elementos formadores do negócio jurídico; quais sejam: sujeito capaz ou competente, licitude e determinação do objeto da prestação e, por fim, observância da forma quando exigida em lei. Outrossim, porque, como já exposto anteriormente, o art. 574, do Código de Processo Civil deve ter aplicação restrita, eis que se trata de imputação objetiva do dever de recompor o dano, e, além do mais, pode provocar a limitação do direito de ação.

De outro lado, MENDONÇA LIMA (1987), manifestou-se no sentido que a nulidade do título executivo já autoriza a aplicação do art. 574, do Código de Processo Civil. Todavia, conforme já mencionado o título executivo é abstrato em relação à obrigação, de modo esta pode persistir mesmo quando o título executivo for declarado nulo por lhe faltar algum

requisito formal. É o caso, por exemplo, da Certidão de Dívida Ativa declarada nula porque não indica a forma de se calcular o valor do crédito exequendo. Neste caso, havendo extinção do processo de execução fiscal por nulidade do título executivo, nada impedirá que a Fazenda Pública retifique a Certidão de Dívida Ativa anulada para, posteriormente, promova uma nova ação de execução fiscal.

ASSIS (2000), por seu turno, esclarece que a extinção do processo executivo, sem julgamento do mérito não dá margem a aplicação do art. 574, do Código de Processo Civil. Outrissim, o Autor (2000), assevera que o reconhecimento da prescrição também não autoriza a incidência da norma na relação processual executiva.

Verdadeiramente, a obrigação inexistente é a que lhe falta um ou mais elementos formadores do negócio jurídico<sup>48</sup>. Esta é, pois, a solução que se encontra para delimitar o âmbito da aplicação do art. 574, do Código de Processo Civil.

Com efeito, em se tratando de crédito tributário ou não-tributário inscritos na Dívida Ativa para cobrança por meio de ação de execução fiscal, a obrigação que lhe deu origem é inexistente quando já foi paga antes da propositura da ação de execução fiscal, pois os efeitos do ato jurídico já se exauriram; quando o acertamento - lançamento - for realizado por pessoa não investida de competência, de forma será um ato administrativo inexistente; quando o fato gerador da obrigação acertada não constituir hipótese de incidência do tributo, por falta de previsão legal. Em suma, a obrigação será inexistente quando faltar algum elemento formador do negócio jurídico.

#### **6.3.4- O dano reparável**

Estudado, pois, o conceito de obrigação inexistente e delimitado o âmbito de aplicação do art. 574, do Código de Processo Civil, passa-se a estudar agora quais são os danos processuais suportados pelo executado que serão objeto da recomposição pela Fazenda Pública.

---

<sup>48</sup> Código Civil, art. 104: "a validade do negócio jurídico requer: I- agente capaz; II- objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III- forma prescrita ou não defesa em lei".

CAHALI (1978), já citado anteriormente no presente trabalho monográfico disserta que o dano processual é, além das despesas - custas, honorários e despesas - ordinariamente despendidas no curso do processo, todo e qualquer dano emergente ou lucro cessante que o executado tenha efetivamente suportado, mas que diretamente e em razão do processo.

Nesse contexto, é imperioso que da efetivação do algum ato executivo o executado tenha sofrido a privação ou depreciação de sua esfera jurídica, ou seja, de sua liberdade, seu patrimônio ou, até mesmo de sua dignidade, valores tutelados pelo ordenamento jurídico constitucional. Destarte, é necessário que pela constrição judicial ou pela expropriação inerentes ao processo de execução fiscal o executado tenha suportado o dano processual.

### **6.3.5- O dano à terceiro forâneo à lide**

MENDONÇA LIMA (1987) e ASSIS (2000) ensinam que, além do dano suportado pelo executado, conforme mencionado acima, o terceiro forâneo à lide pode sofrer danos em razão de um processo no qual não seja parte. De fato, muito comum é o caso de constrição e expropriação de bem de terceiro sobre o qual o executado mantém a posse.

Neste caso, ASSIS (2000) firmou o entendimento de que não haverá possibilidade de imputação objetiva, posto que a norma somente menciona a reparação dos danos sofridos pelo devedor. Assim, esse terceiro forâneo à lide deverá provar a responsabilidade subjetiva do exequente.

Não é esse, pois, o entendimento que se deve prevalecer. Ora, não se pode levar em consideração a qualificação da vítima para fixar-se o critério objetivo para a responsabilização do sujeito processual causador do dano, isto porque haveria flagrante violação ao princípio da isonomia. Destarte, a responsabilidade processual objetiva é fundada na atividade arriscada, daí que, o terceiro forâneo à lide pode sofrer danos em virtude da provocação da tutela executiva, que é, naturalmente arriscada e potencialmente danosa.

### 6.3.6- Instrumentos de impugnação

Como já exposto, a responsabilidade processual irradiada do art. 574, do Código de Processo Civil, somente é reconhecida por um provimento jurisdicional, transitado em julgado, que apreciou a pretensão do executado em constituir o exequente responsável pelos danos que suportou em razão da execução ilegal, condenado-o a recompor o direito lesado. Embora o dispositivo se refira a sentença, é óbvio que o abuso do direito e a responsabilidade processual sejam também reconhecidos em acórdão que substitua a sentença impugnada, ou, até mesmo, em aresto que substitua eventual acórdão impugnado.

CALMO DE PASSOS (1974), MENDONÇA LIMA (1987), ASSIS (2000) e ZAVASCKI (2000) ensinam que essa sentença a qual aduz o art. 574, do Código de Processo Civil, não se restringe à sentença proferida nos autos da ação de embargos à execução. Assim, os embargos à execução fiscal enunciado no art. 16, da Lei Federal nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 (Lei de Execução Fiscal)<sup>49</sup>, não se revela a ação de impugnação exclusiva para constituir a Fazenda Pública responsável pelos danos suportados pelo executado em razão da execução ilegal.

Com efeito, qualquer ação de conteúdo constitutivo e condenatório é instrumento hábil para provocar a atuação da sanção enunciada pelo art. 574, do Código de Processo Civil. Não importa, pois, que o executado não maneje a ação de embargos à execução. O conteúdo do pedido pretendido se amolda em qualquer ação de conhecimento cuja prestação jurisdicional é dirigida a constituir a Fazenda Pública responsável fixando-se, por conseguinte, a condenação para a recomposição do dano processual.

Dessa forma, além da própria ação de embargos à execução fiscal, o executado poderá lançar da ação anulatória do crédito que deu lugar à execução, bem como da ação de repetição de indébito, conforme o disposto no art. 38, *caput*, da Lei de Execução Fiscal; a saber:

A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição de indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida

---

<sup>49</sup> Lei Federal nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, art. 16, *caput*: "o executado oferecerá embargos, no prazo de 30 (trinta) dias, contados (...)."

do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.

Outrossim, o executado pode propor, nos termos do art. 4º, I, do Código de Processo Civil, ação declaratória para limitar-se declaração de inexistência da relação jurídica que deu lugar ao crédito tributário ou não tributário. Todavia, esta ação de impugnação somente declara inexistente a obrigação, de modo que não condena a Fazenda Pública ao ressarcimento sendo ainda necessário a propositura de nova ação, agora de conteúdo condenatório.

Verdadeiramente, o princípio que informa a possibilidade do executado provocar a tutela jurisdicional para a atuação da perinorma enunciada no art. 574, do Código de Processo Civil vem insculpido no art. 2º, do Código de Processo Civil; a saber: "nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e formas legais".

Com efeito, a preclusão da matéria irradiada do art. 574, do Código de Processo Civil, somente se opera pela prescrição ou pelo trânsito em julgado. Daí que, ao executado será oportuno provocar a tutela jurisdicional, por sua conveniência, mas desde que seu pedido se amolde a prestação jurisdicional por ele pretendida.

### **6.3.7- Procedimento de reparação dos danos**

Por fim, a última discussão doutrinária acerca da norma irradiada pelo art. 574, do Código de Processo Civil é a possibilidade ou não de liquidar os danos e, desde já recompô-los nos próprios autos da ação de execução fiscal.

THEODORO JUNIOR (2003, p. 104) ensina que a liquidação dos danos "não será nos próprios autos da execução, por falta de permissão legal. O prejudicado deverá demandar o credor em ação própria, provando os danos e liquidando o seu *quantum*".

Neste mesmo sentido, MENDONÇA LIMA (1987, p. 191) afirma que:

Na ausência de norma similar à do art. 883, inciso II, do Código de 1939, os danos deverão ser liquidados e pleiteados em ação executiva própria e não nos autos da própria malograda execução. Aliás, mesmo quanto à própria execução provisória frustrada com a decisão posterior, elidindo-a, o atual Código não prevê a liquidação nos próprios autos da ação em que a sentença foi executada (art. 588, I).

Por outro lado, e em homenagem ao princípio da identidade física do juiz e da instrumentalidade do processo, ASSIS (2000) e ZAVASCKI (2000) asseveram que a liquidação dos danos é realizada por meio da ação de liquidação nos próprios autos da ação de execução ilegal, até porque naqueles autos já conterão elementos de informação, além de já estar instaurada uma relação processual entre as partes litigantes.

ZAVASCKI (2000, p. 123) conclui que:

(...) o ressarcimento dos danos se dará nos próprios autos em que se realizou a execução, sendo competente, portanto, o mesmo juiz. Mas a ação não é a mesma. É ação própria, sujeita à iniciativa do executado, que, embora dispensado de provar a culpa do exequente, terá o ônus de demonstrar a ocorrência dos danos, o seu valor e a sua relação de causa e efeito com a execução da obrigação inexistente. Trata-se, aqui, de ação tipicamente cognitiva. Apurados e liquidados os danos, seguir-se-á ação de execução por quantia certa, movida pelo antigo executado contra o antigo exequente, cujas posições processuais ficam agora, como se percebe, invertidas.

Por outro lado, e porque os bens públicos são impenhoráveis e, ainda, porque a Administração Pública está sujeita ao regime de despesas judiciais em precatórios<sup>50</sup>, a execução por quantia certa que ZAVASCKI (2000) menciona, será a modalidade de execução prevista no art. 730 e segs. do Código de Processo Civil<sup>51</sup>, a saber:

Art. 730. Na execução por quantia certa contra a Fazenda Pública, citar-se-á a devedora para opor embargos em 10 (dez) dias; se esta não os opuser, no prazo legal, observar-se-ão as seguintes regras:

I - o juiz requisitará o pagamento por intermédio do presidente do tribunal competente;

---

<sup>50</sup> Constituição Federal, art. 100, *caput*: "à exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim".

<sup>51</sup> A Lei Federal nº 9.494, de 10 de setembro de 1997, em seu art. 1º - B dilatou para 30 (trinta) dias o prazo para a Fazenda Pública opor os embargos à execução por quantia certa em face dela promovida.

II - far-se-á o pagamento na ordem de apresentação do precatório e à conta do respectivo crédito.

Art. 731. Se o credor for preterido no seu direito de preferência, o presidente do tribunal, que expediu a ordem, poderá, depois de ouvido o chefe do Ministério Público, ordenar o seqüestro da quantia necessária para satisfazer o débito.

PEREIRA (2003, p. 416) esclarece que:

Intuitiva a necessidade de disciplinar particularizadamente a execução contra a Fazenda Pública. Impossível seria a sua submissão ao regime ordinário, justo que nosso processo executivo se fundamenta na expropriação de bens do devedor - o que, na hipótese, é inviável, haja vista a inalienabilidade inerente ao patrimônio estatal. De outro lado, a peculiar disciplina orçamentária dificulta o pagamento de plano, sob pena de desordenar as despesas já diferentemente agendadas. A própria continuidade dos serviços públicos poderia ficar compreendida com a quitação de outros débitos. Adite-se que a impessoalidade que rege a atividade administrativa não se entrosa com a eleição de critérios aleatórios, razão pela qual há controle especial para a definição das quitações por ocorrer.

Assim, ajuizada a ação de execução em face da Fazenda Pública anteriormente condenada a recomposição do dano provocado em função da demanda ilegal, o antes executado e, agora exequente terá seu crédito incluído na lista de precatórios para posterior pagamento em tempo oportuno pela Administração Pública, observando-se a ordem cronológica.

## 7- CONCLUSÃO

A figura do abuso do direito é fenômeno sutil, porém, violentamente lesivo ao ordenamento jurídico e à harmonia das relações sociais.

Sua verificação no mundo jurídico foi, mormente, constatada quando a liberdade individual, ou melhor, o capital passou a determinar o exercício dos direitos subjetivos. Passou-se a levantar uma ordem jurídica retrógrada aos preceitos da ética e da moral. Os direitos subjetivos eram exercidos tão somente e exclusivamente para servir aos seus titulares, em detrimento da finalidade social à qual eram destinados.

Daí, o movimento de solidificação dos preceitos do direito social firmou a diretriz de que os direitos subjetivos devem ser exercidos para o cumprimento e realização de um benefício ao grupo social.

Ora, verificou-se tratar-se de um fenômeno que se apresentava conforme o direito positivo e, no entanto, altamente ofensivo às aspirações sociais.

Isto porque, as ideologias individualistas impunham uma ordem jurídica predominantemente egoísta, na qual o único objetivo era a realização pessoal.

Para reduzir esse aspecto teratológico na tensão dos interesses juridicamente protegidos, o ordenamento jurídico nacional é dotado de uma norma relevantíssima para resguardar sua integridade e a harmonia das relações sociais; o art. 574, do Código do Processo Civil.

É, pois, uma norma de controle direto, mantenedora da integridade do ordenamento jurídico, de modo a reprimir a ilegalidade no exercício do direito de demandar.

Com efeito, a longa constatação histórica demonstra que, o exercício de um direito subjetivo, neste caso, o direito da Fazenda Pública demandar, deve ser norteado pela função social à qual foi conferido ao seu titular, sob pena de provocar a ruína do próprio ordenamento jurídico.

A Fazenda Pública, instituição de direito processual defensora do interesse público deve portar-se de forma a não desvirtuar sua atividade, ou seja, sua função social, ao passo que

a transgressão aos princípios informadores da Administração Pública se revela abuso do direito qualificado.

Destarte, justifica-se tal afirmação, pois, se o Estado é expressão da tutela do interesse público, sua atuação deve manter estrita observância às regras vigentes no ordenamento jurídico por ele criado, sob pena de culminar na contaminação e destruição das instituições do próprio Estado democrático de direito.

Exsurge, pois, a norma irradiada do art. 574, do Código de Processo Civil para reprimir o abuso do direito, preservando a harmonia das relações sociais e a integridade do ordenamento jurídico nacional.

Trata-se de posituação da responsabilidade processual objetiva derivada do abuso do direito de provocar a tutela jurisdicional executiva.

Isto sim, e porque a deflagração do processo de execução, notadamente, o processo de execução, dado as prerrogativas processuais da Fazenda Pública, se revela demasiadamente arriscada e potencialmente danosa aos interesses tutelados pelo ordenamento jurídico.

É, por fim, norma fundamental para afirmar as instituições jurídicas da República Federativa do Brasil, consagrando o princípio supralegal do não enriquecimento sem causa legítima, bem como para ratificar a exigência coletiva de que os direitos subjetivos devem ser exercidos somente e para cumprir com suas respectivas finalidades sociais e econômicas.

## 8- BIBLIOGRAFIA

### 8.1- Livros

AMARO, Luciano. **Direito tributário brasileiro**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

ASSIS, Araken de. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VI: arts. 566 a 645**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

BARROS, Luiz Celso de. **Ciência das finanças: direito financeiro**. 1ª ed. Bauru, Jalovi, 1980.

BATISTA MARTINS, Pedro. **O abuso do direito e o ato ilícito**. 3ª ed. histórica com "Considerações preliminares à guisa de atualização" de José da Silva Pacheco. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

CAHALI, Yussef Said. **Honorários advocatícios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978.

CASTRO, Amílcar de. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.

CINTRA, Antônio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini e DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria geral do processo**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 14ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Execução civil**. 7ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro, v. 7: responsabilidade civil**. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

FADEL, Sérgio Sahione. **Código de Processo Civil comentado, vol II: Arts. 444 a 889**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

LIEBMAN, Enrico Tulio. **Processo de execução**. 3ª ed. São Paulo, Saraiva: 1968.

MAIA, Valter Ferreira. **Litigância de má-fé no Código de Processo Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

MARTINS DA SILVA, Américo Luís. **A execução da dívida ativa da fazenda pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

MASCARO NASCIMENTO, Amauri. **Iniciação ao direito do trabalho**. 26ª ed. São Paulo: LTr, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol VI**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 10ª ed. São Paulo: Atlas, 2000.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. 24ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

PEREIRA, Hélio do Valle. **Manual da Fazenda Pública em juízo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

PINHO, Ruy Rebello; NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Instituições de direito público e privado: introdução ao estudo do direito: noções de ética profissional**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

REIS FREIDE, Roy. **Curso de ciência política e teoria geral do Estado**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2002.

SHIMURA, Sérgio. **Título executivo**. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA PACHECO, José da. **Tratado das execuções: execução fiscal**. São Paulo: Saraiva, 1976.

\_\_\_\_\_. **Comentários à lei de execução fiscal: Lei Federal nº 6.830, de 22-09-1980**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

SILVA PEREIRA, Caio Mário da. **Responsabilidade civil**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

STOCO, Rui. **Abuso do direito e má-fé processual**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Comentários ao Código de Processo Civil, Volume 4: coordenadores Thereza Arruda Alvim e Arruda Alvim**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil**. 36ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001. 1v.

\_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil**. 33ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 2v.

VALDER DO NASCIMENTO, Carlos. **Execução contra a fazenda pública: sua inversão no pólo passivo em razão de erro material**. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: responsabilidade civil, v. 4**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2002.

VICENZI, Brunela Vieira de. **A boa-fé no processo civil**. São Paulo: Atlas, 2003.

VILLAÇA AZEVEDO, Álvaro. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações**. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Comentários ao Código de Processo Civil, vol. 8: Do processo de execução, arts. 566 a 645**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

## 8.2- Publicação Periódica

CALMON DE PASSOS, Joaquim José. Responsabilidade do exequente no novo Código de Processo Civil. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 246, p. 167-171, abr./jun. 1974.

FREITAS GOMES, Luiz Roldão de. A ética, o legítimo e o legal. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 335, p. 121-131, jul./set. 1996.

MENDONÇA LIMA, Alcides de. Abuso de direito de demandar. **Revista de Processo**, Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 19, p. 57-66, jul./set. 1980.

THEODORO JUNIOR, Humberto. Abuso do direito processual no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, n. 344, p. 43-65, out./dez. 1998.

## 8.3- Dicionários

CALDAS AULETE. **Dicionário contemporâneo da língua portuguesa**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Delta, 1978, 5v. em 3.

TORRIERI GUIMARÃES, Deocleciano. **Dicionário Técnico Jurídico**. São Paulo: Rideel, [19--].