

Jurisprudência do STJ permite cautelar de caução para obtenção de CPD-EN

Não tem sido raro ver alguns contribuintes, devedores de tributos ajuizarem medida cautelar inominada contra a Fazenda sob a alegação, em síntese, de ostentarem débito fiscal que, por ainda pender de inscrição em dívida ativa e ajuizamento, inviabiliza a apresentação de garantia nos autos da correspondente execução fiscal, sem a qual não tem meios de obter Certidão Positiva de Débito com Efeito de Negativa (CPD-EN).

Assim, procuram satisfazer antecipadamente a futura penhora que será realizada no processo executivo pertinente mediante oferecimento de caução consistente em seguro garantia, visando a obter a CPD-EN. O objetivo deste artigo é examinar a viabilidade, ou não, de semelhante pretensão, deixando-se claro desde logo que não se impugna o entendimento no sentido de que não se pode negar ao contribuinte o direito de obter CPD-EN antes da cobrança do seu crédito tributário.

Todavia, ao determinar liminarmente que, nesses casos, a Fazenda emita CPD-EN, há inegável extrapolação por parte do Poder Judiciário, ao passo em que essas medidas cautelares averbam que o seguro garantia servirá como garantia do executivo fiscal a ser ajuizado, preceito esse que discrepa da orientação jurisprudencial dominante, sobretudo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que circunscreve os efeitos da garantia apenas na lide cautelar, e, não apenas isso, limita a eficácia da caução até que venha a ser proposta a execução fiscal, em cujos autos poderá a Fazenda pretender que a garantia do crédito tributário recaia sobre outros bens que não necessariamente aqueles indicados na ação preparatória.

Pois bem. A jurisprudência do STJ vem entendendo ser possível a obtenção de CPD-EN mediante o ajuizamento de ação cautelar de caução. Da análise dessas decisões, constata-se que a legitimidade da caução, requerida cautelarmente para permitir a emissão de CPD-EN, transfigura-se em “veículo de antecipação de uma situação jurídica, penhora, para adredemente obter o contribuinte as consequências do depósito”, tendo vingado a exegese de que a caução funciona como instrumento catalisador dos efeitos da futura execução (STJ, EREsp 815.629-RS, 1ª Seção, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 11/10/2006).

As decisões que vieram no rastro do aludido julgado confirmam essa acessoriedade da cautelar de caução relativamente à futura execução fiscal (STJ, REsp 912.710-RN, 1ª Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 07/08/2008). É nessa aproximação com a penhora que o entendimento do STJ justifica-se processualmente, mediante aplicação sincrética da tutela jurisdicional, que faz diluir as fronteiras entre a cognição de urgência e o processo executivo, para abrir espaço no processo cautelar à aplicação de medida típica do processo executivo (penhora), visando à obtenção da CPD-EN, nos termos do artigo 206 do CTN.

Ocorre que, no mais das vezes, os requerentes da medida cautelar não pretendem observar as cautelas para esse sincretismo, estabelecidas em diversos julgados do STJ, sendo justamente contra essa prática que se posiciona o presente artigo.

A conciliação dessa divergência reside, pois, na aplicação ao processo cautelar dos dispositivos que disciplinam a garantia da dívida na execução. Significa dizer que, se a cautelar de caução se legitima como ação acessória de uma ação da titularidade do réu (futura execução fiscal), esse não pode ser excluído da formação do convencimento do juiz sobre a garantia da dívida.

E mais: se a ação cautelar de caução justifica-se como veículo de antecipação da penhora no vindouro processo executivo, não se pode deixar de aplicar as regras constantes da Lei de Execução Fiscal (Lei 6.830/80) e do Código de Processo Civil referentes à execução.

A esse respeito, está consolidado na jurisprudência do STJ o reconhecimento de que a Lei 11.382/06, ao alterar dispositivos da lei processual civil, priorizou na ordem de preferência de penhora o “dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira” (CPC, artigo 655, I) e permitiu a realização da constrição preferencialmente por meio eletrônico (CPC, artigo 655-A).

Daí que as medidas executivas requeridas após o advento da Lei 11.382/06 devem se ajustar às alterações legislativas que definem o dinheiro como primeiro bem a ser objeto de penhora, autorizando, inclusive, seu bloqueio eletrônico independentemente de demonstração do esgotamento de diligências para localização de bens penhoráveis (STJ, REsp 1009363-BA, 1ª Turma, Rel. Ministro Francisco Falcão, j. 06/03/2008, DJe 16/04/2008).

Se for desconsiderada essa realidade, que se fundamenta em exegese dominante naquela Corte Superior, permitir-se-á que a cautelar de caução se travista em instrumento voltado à violação da ordem de preferência dos bens penhoráveis, na medida em que admitir-se-á que a caução fidejussória ofertada pelos demandantes sirva como garantia antecipada ao executivo fiscal que será ajuizado pela Fazenda, sem nem mesmo franquear prévia manifestação do credor a esse respeito e, não menos grave, desatentando para a ordem de preferência de penhora instituída pela lei de regência.

Ora, se a caução é uma forma de antecipar uma ação da titularidade do credor para produzir os efeitos de uma penhora, distinguindo-se do processo executivo unicamente por “uma questão de tempo”, conforme voto-vencedor no EREsp 815.629-RS, impõe-se a prévia oitiva da Fazenda sobre o bem ofertado na ação cautelar. É que, tratando-se de garantia para a futura execução fiscal a ser proposta, o credor deve ter o direito de se manifestar sobre a liquidez do bem, para aceitá-lo ou, justificadamente, recusá-lo, tal como ocorreria se a garantia fosse prestada no bojo da própria execução fiscal.

Por outro lado, na condição de veículo antecipador da situação jurídica de penhora, a caução deve submeter-se às regras previstas na legislação quanto à ordem de preferência (artigo 11 da LEF combinado com os artigos 655 e 655-A do CPC).

Desta forma, percebe-se claramente que a cautelar de caução, como mecanismo catalisador da penhora, apenas se legitima em face da constatação da impossibilidade do devedor arcar com o depósito integral

em dinheiro, hipótese em que poderia requerer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Isto porque o dinheiro, no âmbito do processo de execução, tem se consagrado como prioridade que melhor atende ao interesse do credor e a indisponibilidade financeira do devedor não pode ser presumida pelo juiz.

A não ser assim, a cautelar de caução converter-se-á em instrumento de supressão da ordem de preferência dos bens penhoráveis, com nítida violação às regras legais que conferem primazia ao dinheiro para fins de garantia da execução (CPC, artigos 655, I, e 656, I, combinado com LEF, artigo 11, I).

Seja concedido frisar que a penhora de dinheiro não viola o artigo 620 do CPC, e tal se afirma por uma série de razões, a começar pela própria redação do artigo 612 do CPC, no qual o legislador deixou expresso que “ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (artigo 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados”.

A premissa, portanto, é no sentido de que o devedor tem direito a sofrer atos de execução que não o onerem em demasia, mas desde que isso não represente violação ao interesse do credor, que tem lícito direito de ver satisfeita a obrigação imposta pela lei, em busca da maior efetividade do processo.

Se a penhora tem por objetivo precípuo garantir a satisfação do crédito exequendo, e se a lei adjetiva determina que o dinheiro é o bem a ser penhorado em primeiro lugar, é evidente que a caução oferecida nos mais diversos casos não pode ter a aptidão de servir como penhora na futura execução fiscal a ser proposta pela Fazenda.

Por fim, algumas considerações a respeito dos instrumentos de caução que vêm sendo apresentados pelos apontados devedores como forma de garantia antecipada da futura execução fiscal. Com efeito, pretendem os requerentes fazerem crer que a caução seria idônea porque equiparável às cartas de fiança, relativamente às quais a jurisprudência tem realmente admitido a aptidão de garantir antecipadamente a execução fiscal ainda pendente de propositura.

Ocorre que essa equiparação nem de longe se dá, e prova maior disso é que não há jurisprudência consolidada no sentido de reconhecer o seguro garantia como meio idôneo de afiançar a execução fiscal.

A bem dizer, o seguro garantia não se assemelha à carta de fiança bancária, mas sim a uma apólice de seguro, que, além de emitida por seguradoras muitas vezes sem qualquer renome ou tradição no mercado, impõe uma série de condições que retiram a necessidade de pronta liquidez da aventada garantia.

Veja-se, a propósito, não ser incomum verificar que essas apólices (i) não cobrem os honorários que ordinariamente são liminarmente fixados no despacho inicial proferido na execução fiscal, (ii) têm prazo determinado de vigência, diferentemente do que ocorre na fiança bancária, (iii) estabelece benefício de ordem em favor da seguradora, (iv) condiciona a execução da garantia a diversos trâmites burocráticos que não conferem qualquer segurança à Fazenda, por exemplo, ao fixar prazo de 30 dias para o pagamento, a partir da entrega de todos os documentos relacionados pela seguradora como necessários à caracterização e à regulação do sinistro (que documentos são esses, não se sabe), (v) admite exclusão de

responsabilidade por parte da seguradora e (vi) pode ser revogada antes de expirada sua vigência. Por tudo isso, não podem ser aceitas semelhantes apólices com as quais alguns demandantes pretendem garantir a futura execução.

Date Created

19/04/2011