

ALESSANDRA PEREZ HUADA

**A AÇÃO CAUTELAR INOMINADA E A AÇÃO CAUTELAR DE CAUÇÃO
ANTECIPATÓRIA DE PENHORA EM FUTURA EXECUÇÃO FISCAL**

ESCOLA PAULISTA DE DIREITO - EPD
Especialização em Direito Tributário e Processo Tributário

São Paulo
2013

ALESSANDRA PEREZ HUADA

**A AÇÃO CAUTELAR INOMINADA E A AÇÃO CAUTELAR DE CAUÇÃO
ANTECIPATÓRIA DE PENHORA EM FUTURA EXECUÇÃO FISCAL**

Monografia apresentada ao Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu*, Especialização em Direito Tributário e Processo Tributário, como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito Tributário pela Escola Paulista de Direito (EPD).

Orientadora: Professora Renata Elaine Silva

**São Paulo
2013**

ALESSANDRA PEREZ HUADA

**A AÇÃO CAUTELAR INOMINADA E A AÇÃO CAUTELAR DE CAUÇÃO
ANTECIPATÓRIA DE PENHORA EM FUTURA EXECUÇÃO FISCAL**

Monografia apresentada à Escola Paulista de Direito (EPD), como parte dos requisitos para a obtenção do título de Especialista em Direito Tributário e Processo Tributário.

Aprovada com média _____.

São Paulo, ____ de _____ de ____.

Banca Examinadora:

Prof(a):

Prof(a):

Prof(a):

Dedico este trabalho a toda minha família, em especial aos meus pais que sempre me apoiaram nessa jornada, ao meu marido Emerson que compreendeu cada momento dedicado aos meus estudos e às minhas filhas Ana Clara e Victória que são a razão da minha vida.

Dedico, também, ao Juiz Federal Dr. Djalma Moreira Gomes que me incentivou nessa trajetória de estudos e à professora e coordenadora Dra. Renata Elaine Silva que fez com que a minha paixão pelo direito tributário ficasse mais intensa.

RESUMO

A presente Monografia de Pós-Graduação *lato sensu* tem por objetivo a análise da Ação Cautelar Inominada no direito tributário, especificamente o exame da Ação Cautelar de Caução antecipatória de penhora em futura Execução Fiscal para a obtenção de Certidão de Regularidade Fiscal. Essa análise partirá do princípio de que referidas Ações Cautelares possuem algumas características semelhantes, mas que no fundo objetivam tutelar direitos distintos. Enquanto as Ações Cautelares, tanto a preparatória como a incidental, visam garantir a eficácia do processo principal e possuem como características principais a acessoriedade, a instrumentalidade, a dependência e a provisoriedade, a ação cautelar de caução não se insere nessas características, pois possui uma natureza jurídica peculiar, típica de uma criação jurisprudencial que visa solucionar um problema fático, qual seja, os casos em que a Fazenda Pública retarda o ajuizamento da execução fiscal e o contribuinte se encontra em um “limbo jurídico”. Nesses casos, em que o contribuinte possui um débito que o impede de obter a Certidão de Regularidade Fiscal necessária ao regular desenvolvimento de suas atividades profissionais, bem como não é possível obrigá-lo a litigar para suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, do CTN, a jurisprudência criou a figura da Ação Cautelar de Caução antecipatória de penhora em futura execução fiscal a ser utilizada com a única finalidade de obter uma Certidão de Regularidade Fiscal.

Palavras-chave: Ação Cautelar. Caução. Antecipação de penhora. Execução Fiscal. Certidão de Regularidade Fiscal.

ABSTRACT

The present monograph of Post Graduation *Lato Sensu* aims at the analysis of the Unspecified Injunction Order in tax law, specifically the examination of the Injunction Order of anticipatory pledge in future tax foreclosure to obtain a Fiscal Regularity certificate. This analysis will presume that such Injunction Orders have some similar characteristics, but, in reality, they aim to protect distinct rights. While the Injunction Orders, both preparatory and incidental, intend to ensure the effectiveness of the core process, and have, as main characteristics the accessory, the instrumentality, the dependency and temporary nature, the Injunction Order of collateral does not fit in these characteristics, because it has a peculiar legal nature, typical of a judicial creation which aims to resolve a factual problem, that is, cases in which the Exchequer slows the filing of tax enforcement and the taxpayer finds himself in a "law limbo". In these cases, in which the taxpayer has a debt that prevents him from obtaining the Certificate of Fiscal Regularity, required to the regular development of his professional activities, and as it is not possible to compel him to litigate to suspend the chargeability of the tax credit, pursuant to art. 151, the CTN, the jurisprudence created the figure of the Injunction Order of Anticipatory Pledge in future fiscal execution to be used for the sole purpose of obtaining a certificate of Fiscal Regularity.

Keywords: Injunction Order. Guarantee. Anticipation of attachment. Fiscal Execution. Certificate of Fiscal Regularity.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	08
CAPÍTULO 1	10
1 A AÇÃO CAUTELAR	10
1.1 Conceito de Ação	10
1.2 Classificação das Ações	11
1.3 O Processo Cautelar	12
1.4 Características da Ação Cautelar	13
1.5 Condições e Requisitos da Ação Cautelar	15
CAPÍTULO 2	21
2 MEDIDA LIMINAR X MEDIDA CAUTELAR X TUTELA ANTECIPADA.....	21
2.1 Medida liminar.....	21
2.2 Medida cautelar.....	22
2.2.1 Requisitos para o deferimento da Medida Cautelar.....	24
2.3 Tutela antecipada.....	24
2.3.1 Requisitos para o deferimento da Tutela Antecipada.....	27
2.4 Diferenças entre os institutos da Tutela Antecipada e da Tutela Cautelar.....	27
2.5 Diferenças entre Ação Cautelar e Medida Cautelar e Processo Cautelar.....	29
CAPÍTULO 3	30
3 EVOLUÇÃO HISTÓRICA E FUNGIBILIDADE.....	30
3.1 Histórico.....	30
3.2 Poder Geral de Cautela do Juiz.....	31
3.3 Fungibilidade das Medidas Cautelares.....	33
3.4 Fungibilidade entre a Tutela Antecipada e a Medida Cautelar.....	35
CAPÍTULO 4	37
4 A AÇÃO CAUTELAR DE CAUÇÃO PARA OBTENÇÃO DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL NA PENDÊNCIA DA PROPOSITURA DA EXECUÇÃO FISCAL.....	37

4.1	Peculiaridades da Ação Cautelar e sua natureza satisfativa.....	38
4.2	A Certidão Negativa de Débito (CND) e a Certidão Positiva de Débito com Efeitos de Negativa (CPD-EN).....	41
4.2.1	Hipóteses de Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário.....	44
4.3	A diferença entre caucionar o débito (antecipação da garantia em futura Execução Fiscal) e suspender a exigibilidade do débito.....	46
4.4	A Cautelar de Caução como violação da ordem de preferência dos bens penhoráveis na Execução Fiscal.....	48
4.4.1	Tipos de Caução: O Seguro Garantia e a Carta de Fiança Bancária.....	50
4.4.2	A destinação da caução após a prolação de sentença na Ação Cautelar	52
4.4.3	A dispensa de a Fazenda apresentar contestação nas Ações Cautelares de Caução	53
4.5	Juízo competente	55
CAPÍTULO 5		60
5 ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS.....		60
CONCLUSÃO.....		69
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA		71
1	Livros	71
2	Legislação	73
3	Revistas Jurídicas.....	73
4	Consultas eletrônicas	74
ANEXOS		
Anexo A – PORTARIA PGFN Nº 644/2009		75
Anexo B – PORTARIA PGFN Nº 1378/2009.....		77
Anexo C - PORTARIA PGFN Nº 1.153/2009		79
Anexo D - PORTARIA PGFN Nº /2010.....		84

INTRODUÇÃO

A presente monografia versará sobre a Ação Cautelar Inominada genericamente e sobre a Ação Cautelar de Caução antecipatória de penhora em futura Execução Fiscal, com o objetivo da obtenção de Certidão de Regularidade Fiscal em nome do requerente nos casos de inércia da Fazenda Pública no tocante ao ajuizamento da competente Execução Fiscal.

Primeiramente serão abordados os principais temas acerca da Ação Cautelar e da tutelas de urgência genericamente, as principais características, os princípios aplicáveis às tutelas de urgência, a diferenciação dos vários temas relacionados às medidas de urgência e a evolução histórica das tutelas de urgência.

Após a análise dessas questões gerais será feita uma abordagem mais específica, propriamente dita da Ação Cautelar de Caução para a obtenção de Certidão de Regularidade Fiscal na pendência da propositura da Execução Fiscal, diferenciando-a da Ação Cautelar Inominada e ao mesmo tempo levantando os pontos de intersecção.

Serão analisadas as peculiaridades dessa Ação Cautelar *sui generis*, assim como o seu cabimento, o juízo competente, o que ocorre com o crédito tributário quando do deferimento da liminar e se ele ficará com a sua exigibilidade suspensa ou não.

Este trabalho abordará, também, a questão da inércia da Fazenda Pública em ajuizar a Execução Fiscal. Analisará se o contribuinte tem o “direito” de ter contra si proposta a Execução Fiscal do seu débito tributário, ou se esse não é um “direito” inerente ao contribuinte.

Analisaré, ainda, os principais aspectos jurisprudenciais no tocante à Ação Cautelar de Caução, explicitando o que vem decidindo os Tribunais do país acerca da referida Ação Cautelar.

O primeiro capítulo abordará os aspectos gerais acerca da Ação Cautelar. Explorará o conceito de ação, a classificação das ações, as características, as condições e os requisitos da Ação Cautelar.

Por sua vez, o segundo capítulo terá por objetivo a diferenciação dos principais institutos inerentes à tutela cautelar, quais sejam, a medida liminar, a medida cautelar e a tutela antecipada.

Juntamente com essa distinção de institutos jurídicos, o segundo capítulo abordará os requisitos necessários para o deferimento da Medida Cautelar e da Tutela Antecipada.

No capítulo posterior será discorrido acerca da fungibilidade das Medidas Cautelares entre si, bem como sobre a fungibilidade entre a Tutela Antecipada e a Medida Cautelar.

O terceiro capítulo fará, também, uma breve análise acerca da evolução histórica da Ação Cautelar e uma rápida menção acerca do Poder Geral de Cautela do Juiz.

O quarto capítulo é o mais extenso e é nele que será abordado a Ação Cautelar de Caução para a obtenção de Certidão de Regularidade Fiscal na pendência da propositura da Execução Fiscal propriamente dita.

Serão abordadas as peculiaridades da Ação Cautelar de Caução, bem como será feita uma distinção com as Ações Cautelares preparatórias ou incidentais, vez que estas objetivam acautelar o direito material que será discutido na Ação Principal, enquanto a Ação Cautelar de Caução possui uma função absolutamente satisfativa.

Além disso, o quarto capítulo fará uma rápida explanação acerca do conceito da Certidão Negativa de Débito (CND) e da Certidão Positiva de Débitos com efeitos de Negativa (CPD-EN). Diferenciará cada uma delas e descreverá em que momento cada uma delas é expedida.

Ademais, especificará as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e distinguirá a suspensão da exigibilidade do caucionamento do débito. Mencionará, ainda, os tipos de caução mais utilizados para garantir o débito antecipadamente e qual a destinação desse caução após a prolação de sentença na Ação Cautelar de Caução.

Ao final fará uma análise acerca do juízo competente para a propositura da Ação Cautelar de Caução, se o juízo da Execução Fiscal ou o da Vara Cível.

Para finalizar, o quinto capítulo fará uma análise jurisprudencial da Ação Cautelar de Caução. Abordará o que os tribunais do país entendem acerca do seu cabimento, juízo competente para processá-la, e sobre as Portarias da Procuradoria da Fazenda Nacional que autorizam a aceitação, tanto da Carta de Fiança Bancária, como do Seguro Garantia como forma de caução idônea.

CAPÍTULO 1

A AÇÃO CAUTELAR

1.1 Conceito de Ação

A ação pode ser definida como o direito subjetivo que o sujeito ativo possui de pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional sempre que for necessário para a solução de um conflito.

Trata-se, numa concepção moderna da doutrina, de um direito público abstrato, conceito este que contraria a Teoria Civilista da Ação, consolidada por Savigny, cujo conceito dispunha que a ação era o próprio direito material reclamado em juízo, em outras palavras, o direito de ação se confundia com o direito material ficando a ação vinculada ao direito que ela tutelava.

Hodiernamente a Teoria Civilista da ação é inaplicável na medida em que ela não explica a improcedência da ação advinda de um direito efetivamente existente.

Com a evolução outras teorias sobre o direito de ação surgiram e entre elas a que prevalece no nosso ordenamento é a Teoria da Ação como Direito Autônomo e Abstrato que dispõe que a relação jurídica processual é independente da relação jurídica de direito material, pois o sujeito ativo da demanda possui direito de ação ainda que a sua pretensão de direito material não seja julgada procedente.

Em resumo, para a Teoria da Ação como Direito Autônomo e Abstrato há duas relações reguladas no processo, uma representada pelo direito de ação (direito processual) e a segunda pelo direito material (o bem da vida requerido pelo sujeito passivo). Constatada a presença do direito de ação mediante a verificação da existência das condições da ação, passa-se à análise da pretensão material do autor diferenciando-se, claramente, a carência da ação da improcedência do pedido.

Nas palavras do jurista Moacyr Amaral Santos:

Concebida a ação como direito de provocar a prestação jurisdicional do Estado, está afastada a ideia de ação no sentido concreto. Provocando a jurisdição a um pronunciamento, a ação não pode exigir senão isso e não uma decisão de determinado conteúdo. É por isso um direito abstrato, porque exercível por quem tenha ou não razão, o que será apurado tão somente na sentença, e, além, do

mais, genérico, pois não varia, é sempre o mesmo, por mais diversos sejam os interesses a que, em cada caso, possam os seus titulares aspirar.

A ação, em suma, é um direito subjetivo público, distinto do direito subjetivo privado invocado, ao qual não pressupõe necessariamente, e, pois, neste sentido, abstrato; genérico, porque não varia, é sempre o mesmo; tem por sujeito passivo o Estado, do qual visa a prestação jurisdicional num caso concreto. É o direito de pedir ao Estado a prestação de sua atividade jurisdicional num caso concreto. Ou, simplesmente, o direito de invocar o exercício da função jurisdicional.¹

1.2 Classificação das Ações

A ação visa a obtenção de uma providência jurisdicional do Estado que assegurará ao sujeito ativo a sua pretensão. A concretização dessa providência jurisdicional ocorrerá ou por meio de uma decisão, ou por atos de execução ou, ainda, por medidas acautelatórias ou preventivas.

Mencionada providência jurisdicional (tutela jurisdicional) depende do tipo de resultado visado pelo sujeito ativo e, em vista disso é possível classificar as ações em três tipos diversos, quais sejam, ações de conhecimento, ações de execução e ações cautelares.

As ações de conhecimento são aquelas em que o sujeito ativo faz uma afirmação de direito e requer o reconhecimento dessa pretensão pelo Estado-juiz por meio de uma declaração que decidirá qual das partes tem razão mediante a aplicação de uma norma de direito material ao caso em concreto. Essas ações subdividem-se em: Meramente declaratória, Constitutiva ou Desconstitutiva e Condenatória.

Por sua vez, a ação executiva possui caráter satisfativo do direito do credor. Ela visa o adimplemento da obrigação mediante atos coativos determinados pelo Estado-juiz e que incidirão no patrimônio do devedor.

Finalmente, a ação cautelar, objeto do presente trabalho, visa garantir a eficácia da ação de conhecimento e da ação de execução, mediante a obtenção de providências urgentes e provisórias, necessárias para se evitar um eventual dano ante a demora da providência final.

¹ SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1995, p. 155.

Nesse sentido leciona Luiz Rodriguez Wambier, Flávio Renato Correia e Almeida e Eduardo Talamini:

[...] Genericamente, essa é a finalidade do processo cautelar: proteger contra o risco de ineficácia o resultado do processo: seja a eficácia futura de provimento jurisdicional que muito provavelmente será proferido em processo de conhecimento, seja o resultado de processo de execução que já se encontra em curso, ou que brevemente estará tramitando em juízo (processo cautelar incidental ou preparatório).

Tanto o processo de conhecimento quanto o de execução têm demora própria e necessária, inexoravelmente decorrente dos seus respectivos procedimentos. Isso significa que o provimento desejado pelo autor não lhe é dado instantaneamente pelo Poder Judiciário. Pode ocorrer, então, como se viu acima, que, entre o pedido e a sentença ou entre o ajuizamento da inicial da execução e o pagamento ao credor, exista o risco do esvaziamento do resultado do processo, em razão do tempo ou de atos do réu tendentes à sua frustração. Estando presentes esse risco (*periculum in mora*) e sendo razoável a hipótese de que o provimento jurisdicional seja favorável ao autor, porque existe indicação, ainda que mínima, da plausibilidade do direito de que afirma ser titular (*fumus boni iuris*), pode o autor servir-se do processo cautelar para que, por meio de principal, seja do provimento jurisdicional definitivo (de conhecimento), seja do próprio processo de execução, a fim de evitar a frustração de seus efeitos concretos.²

1.3 O Processo Cautelar

Como o provimento judicial final não é imediato, haja vista que o processo é dotado de vários atos tendentes a fazer com que o juiz forme o seu convencimento, o tempo necessário para a tramitação do processo poderia ocasionar a perda da necessidade na obtenção do provimento final requerido pela parte autora.

Além disso, o provimento jurisdicional final, dado o tempo decorrido, poderia ser inútil, ineficaz ou ainda injusto.

É aí que o processo cautelar encontra a sua precípua função, a de assegurar um provimento judicial final efetivo e idôneo.

O pressuposto do processo cautelar é a existência de lide, assim como nos processos de cognição e de execução, no entanto a lide a ser solucionada no referido processo não é a principal, não é a lide substancial (objeto do processo principal), mas sim o interesse processual de ver o processo principal sendo útil ao

² WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, volume 1: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 117.

final, pois a atividade jurisdicional cautelar, nas palavras de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (2008, p. 24) “dirige-se à segurança e garantia do eficaz desenvolvimento e ao profícuo resultado das atividades de cognição e de execução, concorrendo, dessa maneira, para o atingimento do escopo geral da jurisdição”.

Há, portanto, duas lides, uma delimitada na ação principal e outra objeto da ação cautelar.

Nesse sentido leciona Humberto Theodoro Júnior:

Há quem diga que no processo cautelar não há mérito a solucionar, porque nele apenas se prepara a solução da lide a ser obtida no processo principal. De fato, a lide (de direito material), existente entre as partes será composta no processo principal e não no cautelar. No entanto, a palavra mérito tem também um significado mais amplo, que ultrapassa a idéia de lide (objeto do processo principal). Nesse sentido, todo remédio processual tem o seu mérito, que vem a ser o provimento disputado em juízo. Quando se pleiteia, por exemplo, por meio de um recurso, a anulação de uma sentença, o que era preliminar no curso do processo torna-se mérito da impugnação recursal. Assim, o processo cautelar, embora não cuide da lide substancial (objeto do processo principal), tem o seu mérito: o provimento conservativo do elemento processual em risco de dano. Nessa ordem de ideias pode-se afirmar que há uma lide substancial e uma lide cautelar, cada qual enfrentada e solucionada no processo que lhe corresponde.³

Importante distinguir que o Processo Cautelar é o modo como se exerce a jurisdição, é a sucessão de atos concatenados, definidos em lei e necessários para um resultado final jurisdicional, diferente da Ação Cautelar que é o direito subjetivo da parte à tutela jurisdicional.

1.4 Características da Ação Cautelar

O art. 796 do CPC preceitua que (2012, p. 421) “O procedimento cautelar pode ser instaurado antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente”.

Desse dispositivo pode-se tirar a primeira característica da Ação Cautelar, qual seja, a sua acessoriedade/instrumentalidade. Ou seja, a ação cautelar tem a sua admissibilidade condicionada a existência de um processo principal já proposta ou ao menos anunciada a sua propositura.

³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. 24. ed. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2008, p. 28.

Outra característica da ação cautelar é a provisoriedade e a temporariedade das medidas por ela obtidas. As medidas cautelares obtidas com a propositura de uma ação cautelar incidental ou requeridas dentro do próprio processo principal tem a característica de durarem enquanto se aguarda a resolução do mérito discutido no processo principal (de cognição ou de execução).

Ou seja, a sua duração está limitada entre o deferimento e a superveniência do provimento final.

Tendo em vista a finalidade precípua da tutela cautelar, que é a de assegurar o resultado prático do processo principal, e não a de solucionar a lide propriamente dita, mister a afirmação de que há uma predominância do interesse estatal nesse tipo de ação, pois o seu fim maior é o de tutelar o instrumento processual, ou seja, é fazer com que o processo principal não perca a sua necessidade no decorrer do seu processamento.

A ação cautelar possui, também, a característica da revogabilidade e da mutabilidade.

Como é cediço, a sentença prolatada em uma ação cautelar não faz coisa julgada material. Ou seja, a sentença não terá o efeito da imutabilidade, pois não versa sobre a lide, mas sim sobre uma situação fática mutável que, se não mais existe, cessa o porquê da sua permanência.

Nesse sentido dispõe o art. 807 do CPC (2012, p. 421) “As medidas cautelares conservam a sua eficácia no prazo do artigo antecedente e na pendência do processo principal; mas podem, a qualquer tempo, ser revogadas ou modificadas”.

Importante diferenciar aqui dois procedimentos distintos para a revogação da tutela cautelar, um após a prolação de sentença e outro no decorrer do processo que ainda se encontra em andamento. E quem disserta acerca do referido procedimento é Humberto Theodoro Júnior:

A modificação e a revogação das medidas cautelares definitivamente deferidas por sentença não podem ser determinadas de ofício, nem como simples resposta a pedido unilateralmente formulado por uma das partes, sem forma nem figura de juízo.

Hão de ser perdidas em ação com obrigatória audiência da outra parte, em procedimento especial, distinto daquele em que se ordenou a medida.

O sujeito à medida preventiva tem de requerer e fazer prova de que as circunstâncias mudaram. Tudo está a exigir a participação do titular do direito à providência cautelar. Sem dúvida, processo contencioso. Processo de ação. De ação que tem por finalidade a cessação ou a modificação da medida concedida.

O procedimento para a revogação deve ser o mesmo utilizado para a decretação.

Quando, porém, tratar-se de processo não encerrado e de simples substituição da medida originária por caução ou por outra garantia menos gravosa para o requerido, a providência dispensará procedimento autônomo, podendo ser decretada no bojo do processo já existente, até mesmo de ofício, ou a requerimento de qualquer das partes, como faculta o art. 805, com a nova redação dada pela Lei n.º 8.952, de 13.12.94.⁴

Há, ainda, que se mencionar a característica da autonomia do processo cautelar. Em que pese a finalidade do processo cautelar e do processo principal serem distintas, o procedimento do processo cautelar é autônomo.

Ademais, é importante salientar que “a acessoriedade da cautelar não lhe retira a autonomia, pois a pretensão nela veiculada dirige-se à segurança e não à obtenção da certeza de um direito, ou à satisfação desse direito.” Essas são as palavras de MARCUS VINICIUS RIOS GONÇALVES (2010, p. 135).

Verifica-se também como característica da ação cautelar a urgência, vez que existência do *periculum in mora* é um dos requisitos necessários indispensáveis para a concessão da tutela cautelar.

Para assegurar a efetividade do processo cautelar o juiz pode aplicar a fungibilidade das medidas cautelares e deferir a medida que lhe pareça mais adequada para resguardar a efetividade do processo principal, ainda que o referido pedido não tenha sido formulado na petição inicial.

1.5 Condições e requisitos da Ação Cautelar

As condições da Ação Cautelar são as mesmas exigidas para a propositura de qualquer espécie de ação. São elas: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade *ad causam* e o interesse de agir.

A possibilidade jurídica do pedido consiste na ausência de vedação legal do requerimento formulado pela parte autora.

Por sua vez, a legitimidade *ad causam* refere-se aos titulares dos interesses em conflito que são os legitimados a figurarem no pólo ativo da ação.

⁴ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. 24. ed. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2008, p. 182-183.

Para finalizar, o interesse de agir refere-se à necessidade de recorrer ao judiciário para a resolução do conflito.

A ausência de uma das condições da ação acarreta a extinção do feito sem resolução de mérito por carência de ação. Ou seja, o juiz da causa extinguirá o processo sem apreciar o mérito da ação e essa sentença terá um caráter meramente terminativo.

No caso das ações cautelares, a extinção sem resolução de mérito ocorrerá sem a apreciação dos seus requisitos específicos, quais sejam, o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*, que podem ser considerados o mérito da ação cautelar.

Na doutrina ainda é controversa a questão dos requisitos *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* estarem inseridos nas condições da ação, dentro do seu aspecto interesse de agir e não ligados ao mérito da ação cautelar propriamente dito, entretanto, a maioria dos autores entende que referidos requisitos estão ligados ao mérito da ação, vez que presentes os mesmos deve-se julgar procedente o pedido formulado na referida ação cautelar.

Desta forma, se o juiz verifica, após competente instrução processual, que não restou evidenciado o perigo da demora noticiado pelo autor na petição inicial da ação cautelar, o pedido deverá ser julgado improcedente, havendo o julgamento de mérito na seara cautelar, diferente da sentença de carência de ação em que a ausência de uma das condições da ação impossibilita a apreciação dos requisitos de mérito da ação cautelar.

O *periculum in mora* representa um dano potencial. É a probabilidade de ocorrência de um dano para a parte autora, com a consequente perda do direito vindicado na ação principal, caso o seu pedido não seja deferido, com urgência.

É importante que essa análise do perigo de dano seja feita dentro de um juízo de probabilidade e não necessariamente de certeza. Ou seja, a simples probabilidade de ocorrer um dano é suficiente para o deferimento da medida requerida.

Ainda nesse contexto, deve-se salientar que o dano deve ser provável e não somente possível.

Para a perfeita caracterização do dano jurídico de difícil ou impossível reparação não é suficiente, apenas, a simples prova da eventual existência de um posterior dano jurídico no curso da lide, mas além deste, a indubitável dificuldade, ou mesmo impossibilidade, de efetiva reparação se este vier a ocorrer.

A apreciação da efetiva presença do *periculum in mora* é realizada, como ensina Liebman, “através de apenas um único julgamento valorativo denominado probabilidade sobre possibilidade do dano ao provável direito pedido em via principal”. Por efeito, o dano deve ser aferido sempre pelo juízo de *probabilidade* – e *jamaís pelo simples e genérico juízo amplo de possibilidade* –, adstrito a uma mensuração percentual razoável de *justificação*, forjando a concepção teórica do *juízo de plausibilidade ou probabilidade plausível*.

O denominado receio de dano há, pois que ser *objetivamente fundamentado*, calculado de forma mais precisa possível pelo exame das causas já postas em evidência, capazes de realizar ou operar o efeito indesejado, que deve ser, por consequência, afastado. A comprovação de seu fundamento, não obstante não permitir, por sua natureza, a *certeza*, deve permitir, no mínimo, a *plausibilidade* (justificação), sem o que o juízo restritivo de probabilidade acabaria, no exercício da prática, transmutando-se no genérico e amplo *juízo de possibilidade*.⁵

Por sua vez, o requisito do *fumus boni iuris* é a possibilidade da existência do direito suscitado pelo requerente. Na ação cautelar a preocupação da parte vai além do direito material vindicado na ação principal, o objetivo da parte é ver garantido o seu direito ao processo. Assim, o *fumus boni iuris* no processo cautelar está ligado ao direito de a parte ter o seu processo finalizado com eficácia.

Consoante Humberto Theodoro Júnior:

Realmente, é hábito arraigado na tradição do direito processual o de condicionar a ação cautelar à aparência do bom direito da parte (*fumus boni iuris*). O próprio CARNELUTTI, que mais avançou na demonstração da autonomia do processo cautelar e do seu objetivo de tutela ao processo e não ao direito, incide nesse vezo de condicionar a tutela cautelar à verificação da probabilidade de ter a parte sua pretensão amparada pelo direito material.

Mas como adverte, com acuidade, o Prof. RONALDO CUNHA CAMPOS, se a tutela cuida de proteger o próprio processo, qual a relevância de um exame imperfeito e incompleto do direito material não tutelado na ação cautelar para controle de sua admissibilidade?

Com essa aguda observação, destaca o processualista que a parte tem um interesse no processo diverso do interesse em choque com a parte contrária. Ela tem interesse no próprio desenvolvimento regular do processo, ou melhor, interesse na justa composição da lide. O próprio CARNELUTTI distingue as duas situações claramente em seu “Sistema” (I, págs. 890-893). Portanto, esse interesse no processo é que está em jogo. O temor da parte no processo cautelar vai além do próprio interesse: existe o temor de que desapareçam as condições necessárias a que o Estado componha a lide. Há temor pela própria segurança do processo cujo normal desenvolvimento, antes de mais nada, a parte quer ver garantido.

São conclusões extraídas das próprias premissas de CARNELUTTI. Ora, se assim é, se é ao processo que se visa garantir, necessita-se verificar não a existência ou probabilidade de direito subjetivo material, mas o “direito da parte ao processo. Deve-se apurar a existência de um fato que ameace não um provável direito subjetivo

⁵ FRIEDE, Reis; NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. Tutelas de Urgência em Matéria Tributária. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 58.

material, mas a ocorrência da possibilidade de tornar-se ineficaz o processo.”⁶

Verifica-se, pois, do teor do trecho supracitado que, para Carnelutti, a tutela cautelar é uma verdadeira tutela ao processo com o fim de assegurar a sua eficácia e utilidade prática. Para ele a tutela cautelar não está relacionada com a lide em si, nem mesmo provisoriamente, ela é uma tutela específica que visa (2011, p. 60) “evitar, no limite do possível, qualquer alteração no equilíbrio inicial das partes, que possa resultar da duração do processo”.

Por sua vez, para Calamandrei o objetivo da tutela cautelar é o de antecipar os efeitos da providência final, com o fim de prevenir o dano que eventualmente poderá ocorrer com a demora na prolação da sentença definitiva do processo principal. Ensina ele que (2011, p. 60): “para a providência cautelar basta que, segundo um cálculo de probabilidade, possa-se prever que a providência principal declarará o direito em sentido favorável àquele que solicita a medida cautelar”.

Para Calamandrei, pois, tudo que é provisório é cautelar, ou seja, qualquer decisão que antecipa o julgamento de mérito é cautelar.

Para sintetizar essas duas linhas de entendimento supra referidas, quais sejam, a de Carnelutti e de Calamandrei, interessante e esclarecedor o trecho do livro *Tutelas de Urgência em Matéria Tributária* de Reis Friede e Alberto Nogueira Júnior:

Comungamos, no entanto, do ponto de vista segundo o qual a essência da verdade sobre tão complexa questão não esteja, *data maxima venia*, definitivamente firmada, de forma irredutível, nas posições extremadas de ambas as doutrinas sobre a matéria em epígrafe.

Entendemos possuir a medida liminar uma natureza jurídica tipicamente *administrativo-cautelar*, com conteúdo de julgamento discricionário, fundado na prudente valoração do magistrado (e não no simples arbítrio) em torno da oportunidade e da conveniência da decretação da medida, e com nítido objetivo de *provisão cautelar*, por excelência, garantidora, em última análise, da efetividade da sentença – sem almejar, por outro lado, tocar diretamente no seio do conflito, ainda que o faça, de forma limitada e por vias transversas -, em flagrante caráter excepcional, como antecipação parcial e provisória da própria decisão meritória (e, por consequência, não se constitui numa simples “tutela do processo”, desprovida de qualquer essência mais abrangente como preconiza a doutrina de Carnelutti), mas que, ao mesmo tempo, em nenhuma hipótese pode ser confundida em sua plenitude com o mérito do pedido principal (como, em parte, defende Calamandrei), por corresponder exatamente a um conteúdo específico e particular inerente à própria natureza da medida liminar, de forma ímpar e, portanto, dotada do atributo da exclusividade.

⁶ THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo Cautelar*. 24. ed. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2008, p. 62-63.

É exatamente sob essa ótica, que o requisito do *fumus boni iuris* possui seu destaque, criando um verdadeiro liame subjetivo que associa o mérito do pedido principal (mérito primário) ao mérito da providência cautelar (mérito secundário), cuja absoluta coincidência - em casos flagrantemente excepcionais - pode vir, até mesmo (em casos extremos), a dar origem às chamadas medidas cautelares satisfativas.

Não se está a sustentar que o fundamento da pretensão cautelar seja exatamente o fundamento da pretensão material alegado pela parte.

Mas, ao mesmo tempo, negar, por completo, qualquer relação entre os diversos fundamentos de ambas as pretensões (a principal e a cautelar) por meio do *fumus boni iuris* (liame subjetivo que incontestavelmente as une), como deseja Liebman, amparado na doutrina de Cernelutti, que entende como “mera ação” à base de simples interesse, e não de autêntico direito subjetivo (especialmente no caso das ações cautelares), é permitir negar a própria existência do requisito em questão (o *fumus boni iuris*) nas ações cautelares, como chegou a defender Ronaldo Cunha Campos: “Se o processo cautelar tem por fim tutelar o processo, o que se acerta em seu decorrer é a existência de ameaça ao direito da parte ao processo, isto é, ao direito de ação, que não se confunde”.

O *fumus boni iuris* - correspondendo exatamente a um juízo específico de exame de probabilidade material reclamado e não simplesmente, como deseja Ronaldo Cunha Campos, “simples verificação de que a parte realmente dispõe do direito de ação”, que, em essência, constitui-se numa garantia constitucional que nenhuma norma infraconstitucional poderia, *a priori*, restringir -, ao lado do *periculum in mora* constitui-se, portanto, no próprio e específico conteúdo meritório da providência cautelar (e da ação cautelar, em especial), não podendo ser entendido, em hipótese alguma, apenas como simples condição específica da ação instrumental autônoma cautelar ou de seu substrato liminar, salvo quando o juízo valorativo dirige-se única e exclusivamente para os requisitos da concessão, e não para o seu conteúdo.⁷

Para REIS FRIEDE e ALBERTO NOGUEIRA JÚNIOR (2011, p. 56) deve-se incluir “além dos requisitos tradicionais positivos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*, o requisito basilar negativo, concernente à ausência de produção do denominado *periculum in mora inverso*”.

Comungam desse mesmo entendimento Athos Gusmão Carneiro, Galeno Lacerda e Egas Muniz de Aragão. Para eles o *periculum in mora inverso* pode ser caracterizado como a ocorrência de um prejuízo maior do que o próprio dano que se quer evitar.

Há casos em que a concessão de uma liminar poderá ocasionar mais prejuízos ao réu do que a manutenção da situação *a quo* sofrida pelo autor e é exatamente nesses casos em que o juiz deve analisar a questão proporcionalmente. Ou seja, o juiz deve, quando do deferimento da medida liminar, fazer uma análise

⁷ FRIEDE, Reis; NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. Tutelas de Urgência em Matéria Tributária. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011, p. 61-62.

proporcional do dano alegado pela parte autora e o dano que poderá advir para o réu.

CAPÍTULO 2

MEDIDA LIMINAR X MEDIDA CAUTELAR X TUTELA ANTECIPADA

A distinção da conceituação dos institutos em tela é importante, vez que há uma confusão terminológica na doutrina e no dia a dia forense.

É usual o termo liminar ser utilizado incorretamente como “a própria medida obtida”, ou ainda, é comum a confusão entre o que é uma medida cautelar e uma tutela antecipada.

Desta forma, faz-se necessária a distinção de tais institutos.

2.1 Medida Liminar

A liminar está relacionada ao aspecto temporal da medida. Ela consiste na obtenção prévia da medida que normalmente só seria obtida quando da prolação da sentença, ou seja, ao final do processo.

Para HUGO DE BRITO MACHADO SEGUNDO (2012, p. 460): “Liminar é a decisão proferida no início da marcha processual. É classificação que toma por critério a etapa processual na qual a decisão é prolatada”. Diferente da medida cautelar que é um provimento jurisdicional que tem como finalidade resguardar a utilidade do processo final, seja ele de conhecimento ou de execução, referida decisão pode ser proferida em qualquer momento do processo, no início (liminarmente) ou até quando da prolação da sentença, ou seja, ao final do processo.

De outra sorte, há autores que entendem que a liminar é a tutela de urgência própria do Mandado de Segurança.

Muito elucidativo o trecho citado por Cleide Previtali Cais no livro O Processo Tributário:

Entendemos oportuna a análise traçada por Mantovanni Colares Cavalcante, quando alerta para a confusão terminológica verificada no jargão forense, sendo “comum a utilização do termo *liminar* com sendo o próprio substantivo (o juiz concedeu a *liminar*, o advogado requereu a *liminar* etc.), quando, na verdade, se cuida de um adjetivo, a indicar um aspecto temporal de medida judicial, sendo liminar toda

medida concedida no início da ação, no limiar do feito. Assim, tanto a medida cautelar como a antecipação dos efeitos da tutela podem ser concedidas liminarmente, vale dizer, preambularmente, sem a oitiva da parte adversa, o mesmo ocorrendo em se cuidando de medidas assecuratórias do direito, como as medidas possessórias. É importante tal observação, tendo em vista que as medidas de urgência serão concedidas: I) no final da ação que as garante (no julgamento da ação cautelar, no julgamento do mandado de segurança); ou II) no decorrer da própria ação (antecipação dos efeitos da tutela deferida depois da contestação); ou até mesmo III) no início da ação (reintegração de posse ao despachar a inicial). Nesse último caso, tem-se a concessão liminar da medida”.⁸

O art. 804 do Código de Processo Civil autoriza o juiz a deferir medida liminar cautelar sem a oitiva da parte ré. *In verbis*:

É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.⁹

Todavia, como essa medida é excepcional e, além disso, tem uma consequência jurídica para o réu, a apreciação *inaudita altera parte* só deve ocorrer se o juiz verificar que o adiamento do seu deferimento poderá impedir a efetivação da segurança requerida.

2.2 Medida Cautelar

É a prestação jurisdicional que objetiva assegurar o resultado prático final do processo principal. Ela não antecipa o provimento final de mérito, ela apenas resguarda a situação das partes, bem como o objeto do processo principal.

As Medidas Cautelares visam garantir tanto a utilidade das decisões judiciais de mérito como a manutenção das partes no seu *status quo ante* dentro do processo.

Nas palavras de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (2008, p. 47): “As medidas cautelares servem, na verdade, ao processo, e não ao direito da parte.

⁸ CAVALCANTI, Mantovani Colares. Os novos rumos da jurisdição cautelar. Revista Dialética de Direito Processual, n. 1, p. 127-145, em especial p. 130, apud CAIS, Cleide Previtali. O Processo Tributário. 7. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 504-505.

⁹ BRASIL. Código de Processo Civil. Vade Mecum. Colaborador Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes; Juliana Nocoletti. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 421.

Visam dar eficiência e utilidade ao instrumento que o Estado engendrou para solucionar os conflitos de interesse entre os cidadãos”.

Por sua vez, LUIZ GUILHERME MARINONI e SÉRGIO CRUZ ARENHART afirmam que para a Doutrina Clássica a função da tutela cautelar era (2013, p. 20) “garantir a efetivação da atuação da vontade da lei”, afirmam, também, que a tutela cautelar é um direito do Estado e não da parte, necessário para que a função da jurisdição seja alcançada. No entanto, não concordam com essa doutrina, vez que para eles a tutela cautelar é direito da parte que está relacionada (2013, p. 22) “com o próprio direito à tutela do direito”.

Diferente da Doutrina Contemporânea que entende que a tutela não tem como finalidade a proteção do processo, mas sim a proteção do direito.

Referidos autores, entendem, pois, que a tutela cautelar não serve para tutelar o processo, mas sim o próprio direito. Nesse sentido é a transcrição que segue:

O direito à tutela cautelar não advém do processo. A tutela cautelar não se destina a garantir a efetividade da ação e, por isto mesmo, não pode ser pensada como uma mera técnica processual necessária a lhe outorgar efetividade. O direito à tutela cautelar está situado no plano do direito material, assim como os direitos às tutelas inibitórias e ressarcitória. O titular do direito à tutela do direito – por exemplo, ressarcitória – também possui direito à tutela de segurança (cautelar) do direito à tutela do direito.

De modo que, se a tutela cautelar é instrumento de algo, ela somente pode ser instrumento *para assegurar a viabilidade da obtenção da tutela do direito ou para assegurar uma situação jurídica tutelável, conforme o caso*. Aliás, caso a tutela cautelar fosse considerada instrumento do processo, ela somente poderia ser instrumento do processo que, ao final, concede a tutela do direito material. Isto, na verdade, é compreensível, pois o elaborador da teoria da instrumentalidade ao quadrado da tutela cautelar, isto é, da teoria de que a tutela cautelar é instrumento do próprio processo – que já teria a natureza de instrumento do direito material -, é um dos mais célebres defensores da teoria concreta do direito de ação. Ora, quem entende que a ação depende da tutela do direito material pode confundir, com facilidade, tutela destinada a assegurar a tutela do direito material com tutela do processo.

Deixe-se claro, porém, que, além de não ser possível aceitar a teoria que enxerga na função cautelar a tutela do processo, é preciso frisar que a tutela cautelar não se destina a inibir o ilícito (tutela inibitória) e a remover os efeitos concretos do ilícito (tutela de remoção do ilícito), e, portanto, não constitui uma genuína tutela preventiva. A tutela cautelar assegura a tutela de um direito violado ou, em outro caso, assegura uma situação jurídica tutelável, ou seja, uma situação jurídica a ser tutelada através do chamado processo principal.¹⁰

¹⁰ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Cautelar. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 23.

2.2.1 Requisitos para o deferimento da Medida Cautelar

Como já exposto acima, os pressupostos necessários para a concessão da tutela protetiva são o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris*.

O *periculum in mora* deve estar relacionado ao perigo de dano. Ou seja, o perigo da provável ocorrência de um dano faz surgir o perigo na demora do processo, existindo, pois, uma interligação entre esses dois conceitos.

Desta forma, além da alegação do *periculum in mora*, faz-se necessária a demonstração da sua causa, qual seja, a existência do perigo de dano.

Além da comprovação do *periculum in mora*, o requerente deve comprovar a “fumaça do bom direito” que nada mais é do que a possibilidade de existência do direito alegado.

Importante ressaltar que a cognição para a análise da medida cautelar é sumária e não exauriente como ocorre quando da prolação da sentença.

2.3 Tutela antecipada

Em 1973, a Lei n.º 5.925 alterou a redação do art. 804 do CPC que passou a prever uma tutela antecipada genérica cautelar. Referida alteração permitiu que qualquer tutela cautelar pudesse ser concedida antecipadamente.

In verbis:

Art. 804. É lícito ao juiz conceder liminarmente ou após justificção prévia a medida cautelar, sem ouvir o réu, quando verificar que este, sendo citado, poderá torná-la ineficaz; caso em que poderá determinar que o requerente preste caução real ou fidejussória de ressarcir os danos que o requerido possa vir a sofrer.¹¹

Na época não havia regra semelhante para a tutela antecipada satisfativa. A previsão legal para mencionada tutela antecipada satisfativa só existia em alguns procedimentos especiais, como na Ação de Alimentos, nas Ações Possessórias e no Mandado de Segurança.

¹¹ BRASIL. Código de Processo Civil. Vade Mecum. Colaborador Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes; Juliana Nocoletti. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 421.

Existiam, pois, duas espécies de tutela antecipada, uma Genérica Cautelar e outra Satisfativa em Procedimentos Especiais.

Mesmo com a falta de previsão legal, várias Ações Cautelares inominadas foram propostas, com base no art. 804 do CPC, visando à obtenção de tutela antecipada satisfativa, o que começou a ser aceito pelos tribunais brasileiros, surgindo, assim, o fenômeno forense da Tutela Antecipada Satisfativa.

Posteriormente, em 1994, a Lei n.º 8.952 trouxe uma grande revolução no Processo Civil Brasileiro e ao alterar o artigo 461 do referido *codex* introduziu no procedimento comum a regra que permitia a Tutela Antecipada Satisfativa Genérica. Isso generalizou a Tutela Antecipada Satisfativa e fez com que os procedimentos especiais que previam a tutela antecipada perdessem a sua força.

É importante salientar que a reforma processual de 1994 não criou a tutela antecipada satisfativa, ela apenas a generalizou, ou seja, a incluiu no procedimento comum do processo civil.

Assim dispunha o art. 461 do CPC na época da edição da Lei n.º 8.952/94:

Art. 461. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

§ 1º A obrigação somente se converterá em perdas e danos se o autor o requerer ou se impossível a tutela específica ou a obtenção do resultado prático correspondente.

§ 2º A indenização por perdas e danos dar-se-á sem prejuízo da multa (art. 287).

§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou mediante justificação prévia, citado o réu. A medida liminar poderá ser revogada ou modificada, a qualquer tempo, em decisão fundamentada.

§ 4º O juiz poderá, na hipótese do parágrafo anterior ou na sentença, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.¹²

Com a inclusão do parágrafo 7º, do artigo 273, do CPC, em 2002, pela Lei n.º 10.444, consagrou-se a fungibilidade da tutela antecipada.

Ou seja, a inserção do referido parágrafo possibilitou a obtenção de uma tutela cautelar dentro de um processo não-cautelar. Um mesmo processo serve para a obtenção de providências satisfativas/antecipatórias ou cautelares.

Art. 273. O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde

¹² BRASIL. Código de Processo Civil. Vade Mecum. Colaborador Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes; Juliana Nocoletti. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 389.

que, existindo prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

[...]

§ 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.¹³

Por sua vez, Paulo César Conrado distingue a tutela jurisdicional tributária em comum e diferenciada, sendo as comuns as tutelas cognitiva e executiva, por possuírem uma relação direta com a obrigação tributária (direito material), e as diferenciadas as tutelas cautelares e satisfativas, uma na qual, embora presente a análise direta do direito material, ausente a possibilidade da coisa julgada material e outra na qual não há análise do direito material.

Do ponto de vista da realidade do direito positivo brasileiro, é interessante notar a eficiência desse modo de especificação das tutelas jurisdicionais diferenciadas, uma vez presente, em tal sistema, as duas hipóteses: (i) as primeiras (em que há manifestação direta acerca do direito material *in concreto* debatido, embora ausente a ideia de coisa julgada material) recebem, de ordinário, o já mencionado predicado da satisfatividade; falaríamos, então, das denominadas tutelas satisfativas, qualitativo que se nos afigura até certo ponto bastante apropriado, à medida que, nessas formas de atuação jurisdicional, há, consoante afirmado, manifestação direta do Estado-juiz acerca da relação jurídica de direito material, muito embora ausente a ideia de coisa julgada material (aí, precisamente, a razão de ser desse atributo, a satisfatividade, empregado para designar situações em que, embora não esgotada a atividade jurisdicional em sua plenitude, já há um nível de atuação tal do Estado-juiz que permite ao titular da pretensão dizer-se materialmente satisfeito); e (ii) as segundas (em que não há manifestação direta acerca do direito material, subtraindo-se-lhe, via de consequência, a possibilidade de formação da coisa julgada material) receberá, à sua vez e também de ordinário, o predicado, também, da cautelaridade; falaríamos, agora, das denominadas tutelas cautelares, qualificativo que, quando confrontado com o primeiro (da satisfatividade), serve para apontar aqueles tipos de atuação jurisdicional em que se propõe não a satisfação (ainda que relativa) do direito material, senão a sua preservação – nesses casos, a atividade jurisdicional encontrar-se-ia nitidamente distante de seu esgotamento, impondo, de forma ainda mais clara, a necessidade de prosseguimento da atuação do Estado-juiz, ou pela via do processo de conhecimento ou pela do processo de execução.¹⁴

Diante de todo o exposto, verifica-se que o instituto da tutela antecipada permite que o autor da ação obtenha, antes do provimento definitivo, os efeitos do mesmo, desde que requerido pelo autor e desde que presentes os pressupostos do

¹³ BRASIL. Código de Processo Civil. Vade Mecum. Colaborador Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes; Juliana Nocoletti. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 376.

¹⁴ CONRADO, Paulo César (coord); ARAÚJO, Ana Clarissa Masuko dos Santos et al. Processo Tributário Analítico. 1. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 195-196

art. 273 do CPC, salientando, todavia, que referida decisão é provisória, modificável e revogável.

2.3.1 Requisitos para o deferimento da tutela antecipada

Os requisitos gerais são a legitimidade para requerer a antecipação da tutela, a prova inequívoca da verossimilhança e a reversibilidade dos efeitos do provimento.

De outra sorte, os requisitos alternativos, em que se deve preencher ao menos um, são: o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação (perigo) ou o abuso de direito de defesa ou, ainda, o manifesto propósito protelatório do réu.

É importante salientar que os requisitos necessários para o deferimento da tutela antecipada são mais rígidos e numerosos do que os requisitos necessários para a concessão das medidas cautelares.

À guisa de exemplo, para o deferimento da tutela cautelar basta o *fumus boni iuris*, ao passo que para a tutela antecipada é necessária a prova inequívoca das alegações, que se trata de um juízo de probabilidade, diferente do juízo de possibilidade que é feito quando da apreciação do pedido da tutela cautelar.

2.4. Diferença entre os institutos da Tutela Antecipada e da Tutela Cautelar

As chamadas Tutelas de Urgência são o gênero dentro do qual a tutela cautelar e a tutela antecipatória são espécies.

Enquanto a tutela cautelar é apenas conservativa, isto é, se ocupa em manter os elementos do processo em condições de serem úteis para a prestação jurisdicional que a seu tempo advirá-, a tutela satisfativa urgente volta-se para o problema de dar uma solução imediata, embora provisória, à pretensão de mérito, ou seja, para o pedido de tutela ao direito subjetivo da parte.¹⁵

Desta forma, uma das diferenças entre as mencionadas tutelas de urgência é que, enquanto a tutela antecipada tem como objetivo trazer para o início da ação a

¹⁵ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. 24. ed. São Paulo: Liv. e Ed. Universitária de Direito, 2008, p. 32.

obtenção do provimento jurisdicional final requerido pelo autor ou os seus efeitos, a função da tutela cautelar é assegurar o resultado final do processo principal de conhecimento ou de execução.

Em outras palavras, a Tutela cautelar visa assegurar o provimento jurisdicional final através de medidas conservativas, enquanto a tutela antecipatória revela forma satisfativa.

Dentro dessa concepção, por óbvio que há, também, uma diferença nos requisitos necessários para o deferimento das respectivas tutelas de urgência. Embora os requisitos básicos sejam praticamente os mesmos, quais sejam, a aparência do bom direito e o perigo de dano, a tutela antecipatória exige não só a fumaça do bom direito, mas a verossimilhança das alegações do autor, requisito este baseado na probabilidade de que as alegações do requerente sejam reais. Há, pois, uma exigência mais robusta para o deferimento de uma tutela antecipada, enquanto que para o deferimento de uma tutela cautelar basta o *fumus boni iuris*.

Os requisitos da tutela antecipada são mais rígidos do que os da tutela cautelar. Além do perigo da demora, que é comum a ambas, para a tutela cautelar é suficiente o *fumus boni iuris*, todavia, para a tutela antecipada faz-se necessária a prova inequívoca.

Além disso, há uma diferença no tocante ao modo/meio de requerimento das tutelas de urgência: a tutela antecipada pode ser requerida a qualquer tempo no próprio bojo da ação principal, enquanto a tutela cautelar pode ser pleiteada de duas formas, ou com a propositura de uma Ação Cautelar incidental ou preparatória ou, ainda, na própria ação principal.

Nas palavras de Gilberto Gomes Bruschi:

A tutela antecipada não deve ser confundida com a medida cautelar. Dentre elas destacam-se as seguintes diferenças: a) tutela antecipada possui caráter satisfativo, enquanto a cautelar é sempre provisória; b) a cautelar restringe seus efeitos processuais ao processo preventivo ou preparatório, sendo sempre necessário o ajuizamento da ação principal no prazo legal, sob pena de perda da eficácia da cautelar, enquanto na antecipação de tutela são obtidos os efeitos da sentença de mérito que ainda será proferida. De comum está a provisoriedade, pois ambas devem ser confirmadas na decisão final.¹⁶

¹⁶ BRUSCHI, Gilberto Gomes. A Tutela Antecipada e sua Efetivação. Revista Dialética de Direito Processual n.º 8. São Paulo: Oliveira Rocha, 2003, p.57.

2.3 Diferença entre Ação Cautelar e Medida Cautelar e Processo Cautelar

O Processo Cautelar nada mais é que o modo de exercício da jurisdição. São atos coordenados que visam a composição da lide.

Por sua vez, a Ação Cautelar consiste no direito de pedir ao Estado a prestação jurisdicional dentro de um caso específico e concreto, cuja finalidade é a de assegurar o resultado útil do processo principal.

A Medida Cautelar é o próprio provimento jurisdicional que visa a eliminação de uma situação que pode afetar a eficácia do provimento de mérito. É a prestação jurisdicional acautelatória.

Conclui-se, pois, que a Ação é o direito subjetivo de a parte pedir ao judiciário a resolução da sua lide e a Ação Cautelar consiste no direito de se obter do judiciário um provimento de natureza cautelar.

O processo é o meio físico, é o caminho a se percorrer para, mediante atos processuais concatenados, coordenados e interligados se chegar a finalidade requerida.

E, por sua vez, a medida cautelar é o provimento jurisdicional apto a garantir a eficácia do provimento final de mérito.

Para finalizar e resumir as ponderações supra, Humberto Theodoro Júnior ensina:

Já restou demonstrado que existe um processo cautelar, como instrumento de realização de uma das funções que compõem o Poder Jurisdicional do Estado, que é a segurança.

Se existe processo cautelar – que é o método – tem de existir também o *procedimento cautelar*, ou os procedimentos cautelares, isto é, os ritos ou formalidades práticas a serem observados em juízo para realização da tutela cautelar, conforme a medida pretendida.

Pondo o Estado um remédio à disposição das partes, que é o processo cautelar, a faculdade ou o poder de invocar sua aplicação prática configura *ação*, ou seja, *ação cautelar*, como direito subjetivo público à prestação jurisdicional de prevenção ou segurança.

E finalmente, como resultado concreto, material, por assim dizer, provindo da trilogia fundamental “jurisdição-processo-ação”, surge a *medida cautelar*, que vem a ser providência material efetiva tomada pelo órgão jurisdicional para preservar ou garantir uma situação de fato relevante para a futura prestação jurídica definitiva.¹⁷

¹⁷ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. 24. ed. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2008, p. 69-70.

CAPÍTULO 3

EVOLUÇÃO HISTÓRICA E FUNGIBILIDADE

3.1 Histórico

Inicialmente o processo civil não foi criado com a finalidade de tutelar a prática de atos preventivos do direito. Isso porque se supunha que essa tutela preventiva não era necessária ou porque o Estado não podia agir preventivamente, ou, ainda, porque a tutela não servia para remover eventuais efeitos concretos do ato contrário ao direito que se propagam no tempo. Na época, os direitos eram vistos com valor de troca e, portanto, a tutela ressarcitória era suficiente para tutelar o dano.

Não era admitida a coercibilidade das obrigações de fazer. O processo não podia exercer uma função preventiva.

O direito e, por consequência, o processo não admitiam nenhuma restrição ao direito de defesa e ao contraditório do réu. O objetivo principal do processo liberal era a garantia da liberdade dos cidadãos e, assim, praticamente houve uma proibição na utilização do juízo de verossimilhança.

Nas palavras de Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart:

Ainda que as relações jurídicas da época do direito liberal não exigissem a antecipação da tutela, é certo que a sua admissibilidade encontrava obstáculo na necessidade de se garantir a liberdade do litigante contra a possibilidade de arbítrio do juiz e na ideologia que entendia que a liberdade se realizava através da certeza do direito, valores que fundaram a fórmula técnico-jurídica da *nulla executio sine título*.¹⁸

Todavia, a evolução da sociedade e do Estado com o surgimento de novas situações de direito substancial, como os direitos fundamentais fomentados pelo Estado constitucional, fez surgir, como afirma MARINONI e ARENHART (2013, p. 53), “um uso não cautelar da ação cautelar inominada”, que consistia na utilização do procedimento cautelar para resolver problemas tutelados pelo procedimento comum de conhecimento, desde que, para MARINONI e ARENHART (2013, P. 53),

¹⁸ MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Cautelar. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 52.

“tivesse as particularidades técnicas do procedimento cautelar, especialmente a técnica antecipatória e as sentenças mandamental e executiva”.

É importante frisar que a nova tutela era inibitória e não assecuratória da tutela jurisdicional final. Ademais, a utilização da tutela cautelar dessa forma distorcida ocorreu ante a necessidade de uma tutela de remoção e inibitória.

Em consequência, como a tutela inibitória e de remoção são satisfativas e não instrumentais, o procedimento dotado de liminar e meios executivos assumiu autonomia, dispensando o procedimento de conhecimento, além de ter sumariado o processo de conhecimento.

Todavia, referida técnica não era aceita pelos tribunais e pela doutrina que, para MARINONI e ARENHART (2013, P. 59), “não conseguiam admitir o uso satisfativo da técnica cautelar, ainda que tal modo de proceder fosse indispensável à realização do direito fundamental de ação”.

Porém, é importante frisar que foram as necessidades do direito material que levaram a uma utilização distorcida da tutela cautelar, o que não tira a sua legitimidade, haja vista a premência da tutela do direito material em detrimento da técnica processual.

3.2 Poder Geral de Cautela do Juiz

Nas palavras de HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (2010, p. 505), Poder Geral de Cautela é o “poder de criar providências de segurança, fora dos casos típicos já arrolados pelo Código”.

Por sua vez, Marcus Vinicius Buschmann define Poder Geral de Cautela como a medida, sem previsão legal, que pode ser concedida pelo juiz, baseada na análise dos requisitos legais, quais seja, do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris*. *In verbis*:

Esta função cautelar geral, ou seja, sem previsão específica em lei é chamada poder geral de cautela, que será ativado mediante a análise do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* devidamente expostos pelo requerente da medida cautelar.

Assim, na forma do artigo 798 do Código de Processo Civil, o legislador outorga ao juiz um poder discricionário amplo, permitindo

que o Poder Judiciário conceda as medidas necessárias no caso concreto.¹⁹

O art. 798 do CPC determina que (2012, p. 421): “[...] poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação”.

Para MARCUS VINÍCIUS RIOS GONÇALVES (2010, p. 142): “O poder geral de cautela do juiz e a fungibilidade das ações cautelares demonstram uma preocupação do legislador em mitigar os rigores processuais, para, com isso, não prejudicar, de forma direta, a efetividade do processo, e, de forma indireta, o direito das partes, para o qual o processo serve de instrumento”.

Diante da impossibilidade de o legislador prever todas as possíveis ocorrências factuais concretas que exigem a proteção cautelar, surge o Poder Geral de Cautela que para MARCUS VINÍCIUS RIOS GONÇALVES (2010, p. 141): “tem finalidade supletiva, buscando complementar o sistema protetivo de direitos, pela concessão, ao juiz, da possibilidade de suprir as lacunas do ordenamento positivo”.

Há na doutrina três correntes acerca da possibilidade de concessão de cautelares de ofício pelo juiz: a que admite somente nos casos expressamente admitidos em lei; a corrente que admite sem restrição e outra que admite só se o processo já estiver sido proposto.

Nessa esteira, se há entendimento favorável acerca da possibilidade de concessão de ofício de medida cautelar, quanto mais é possível afirmar a possibilidade de concessão de medida cautelar diversa da requerida pela parte. Trata-se, neste caso, da fungibilidade das medidas cautelares.

Por sua vez, para Humberto Theodoro Júnior não há possibilidade de deferimento da tutela cautelar de ofício. *In verbis*:

É certo que, em regra, o juiz não tem a iniciativa da tutela cautelar, como, aliás, ocorre com a tutela de mérito, já que ambas só devem ser prestadas quando requeridas pela parte, nos casos e formas legis (CPC, arts. 2º e 801). Mas, uma vez invocada a prestação de tutela preventiva, dentro do âmbito de todo o processo cautelar e, especialmente, no tocante ao poder geral de cautela, incumbe ao juiz a função de adequar a medida aos limites e objetivos da jurisdição de prevenção.

Nesse passo, o poder discricionário do juiz atua:

a) no que se refere à apreciação da verossimilhança das circunstâncias reveladoras do interesse a proteger;

¹⁹ BUSCHMANN, Marcus Vinicius. Obtenção de Certidão e Ação Cautelar com Pedido de Caução Real – Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Revista Dialética de Direito Tributário. N. 83. São Paulo: Oliveira Rocha, 2002, p. 113.

- b) no que concerne ao juízo de possibilidade ou probabilidade de que se verifique o evento danoso e a oportunidade de providenciar a eliminação do perigo; e, também;
- c) relativamente à escolha e determinação da providência que, segundo as circunstâncias, se afigura, no juízo discricionário do julgador, mais idônea para conservar o estado de fato e de direito envolvido na lide.²⁰

No mesmo sentido, cabe neste momento a menção acerca da possibilidade de juiz incompetente apreciar questões cautelares urgentes, quando o direito da parte requerente se encontrar ameaçado. É que, se a ação cautelar for proposta em juízo incompetente não é viável e muitas vezes não há tempo hábil, em caso de premente perecimento do direito da parte, que o juiz se declare incompetente e remeta o feito para que o juízo competente aprecie a medida cautelar. Há casos em que se a apreciação da medida cautelar tiver de esperar a redistribuição do feito ao juízo competente, o direito a ser tutelado perecerá ante o tempo transcorrido.

É importante lembrar que o poder geral de cautela não é ilimitado e arbitrário.

A primeira limitação é a necessidade, vez que somente a medida estritamente necessária é que deve ser deferida e a segunda é que a medida não deve extrapolar os limites da provisoriedade, ou seja, a medida não pode ser satisfativa.

3.3 Fungibilidade das Medidas Cautelares

O artigo 805 do CPC dispõe que:

A medida cautelar poderá ser substituída, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pela prestação de caução ou outra garantia menos gravosa para o requerido, sempre que adequada e suficiente para evitar a lesão ou repará-la integralmente.²¹

Há uma divergência doutrinária acerca da aplicabilidade da fungibilidade das medidas cautelares. Há autores que entendem que a fungibilidade somente é

²⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil. Processo de Execução e Cumprimento de Sentença. Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 45. ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2010, p. 507.

²¹ BRASIL. Código de Processo Civil. Vade Mecum. Colaborador Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes; Juliana Nocoletti. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 421.

aplicável entre as cautelares inominadas, enquanto outros entendem que é aplicável entre as cautelares inominadas e nominadas.

Todavia, é importante lembrar que é sempre pressuposto para o deferimento das medidas cautelares, mesmo com a aplicação da fungibilidade, os pressupostos inerentes às respectivas medidas.

A fungibilidade das medidas cautelares pode ser conceituada como a discricionariedade que o juiz possui de conceder a medida cautelar mais adequada para a proteção do direito do requerente, mesmo que mencionada medida seja diversa da requerida.

A aplicação da fungibilidade tem como justificativa o fato de a ação cautelar buscar a eficácia do processo principal e não o direito material discutido entre as partes.

Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart esclarecem que:

Quando se pergunta sobre a fungibilidade da tutela cautelar se pretende saber se o juiz pode conceder providência cautelar que reputar adequada no lugar da requerida pelo autor.

Tal pergunta só tem razão de ser quando é requerida providência cautelar. Note-se que, ainda que sem aceitar tutela cautelar de ofício fora dos casos expressamente previstos em lei, é possível admitir que o juiz conceda providência cautelar diferente da pedida.

Quando o autor requer providência que, embora idônea à tutela de segurança, não é a que traz a menor restrição possível ao réu, o juiz certamente deve conceder providência diversa da solicitada, identificada como *idônea* à tutela de segurança e, ao mesmo tempo, que impõe a *menor restrição* à esfera jurídica do demandado.²²

Essa fungibilidade das medidas cautelares dá ao juiz a possibilidade de analisar e sopesar qual é a medida cautelar que garantirá o direito do requerente e que ao mesmo tempo causará o menor gravame ao requerido.

A atuação jurisdicional nesse caso nada mais é do que a aplicação do princípio da proporcionalidade, pois em que pese o juiz ter o dever de tutelar o direito, ele também não pode causar uma restrição desnecessária ao réu.

Humberto Theodoro Júnior ensina que:

O interessado tem, ordinariamente, o direito subjetivo *genérico* à tutela cautelar. Ao poder judiciário fica reservada a especificação da medida adequada, o que se realiza através da faculdade de modificar a qualquer tempo a providência deferida (art. 807) e de autorizar a substituição dela por *caução*, sempre que esta for meio adequado para, *in concreto*, cumprir a missão que toca à tutela cautelar.²³

²² MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Cautelar. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 126.

²³ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. 24. ed. São Paulo: Liv. E Ed. Universitária de Direito, 2008, p. 158.

Além do mais, importante lembrar que a finalidade precípua da medida cautelar é a tutela do processo principal e não o direito subjetivo da parte a uma medida de urgência acautelatória do seu direito por si só.

Nesse sentido, o juiz pode admitir a substituição de uma medida cautelar por uma caução real ou fidejussória em caso de eventual dano que o requerido possa vir a sofrer. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (2002, P. 544) leciona que “se uma caução, qualquer que seja ela, tem força para eliminar a situação de perigo que ameaça a eficácia do processo principal, o juiz tem de preferir essa caução à outra providência específica que tenha sido concretamente requerida pelo promovente”.

A condição de admissibilidade para a aceitação da caução é a idoneidade da mesma, que pode ser entendida pelos requisitos da adequação e suficiência da medida.

O requisito da adequação pode ser entendido como a aptidão genérica para garantir a eficiência da medida anterior e o requisito da suficiência refere-se ao valor, à quantidade necessária para garantir eventual prejuízo.

3.4 Fungibilidade ente a Tutela Antecipada e a Medida Cautelar

Como já mencionado no capítulo anterior, com a inclusão do parágrafo 7º, do artigo 273, do CPC, pela Lei n.º 10.444/2002, consagrou-se a fungibilidade da tutela antecipada para a medida cautelar.

A inclusão do parágrafo 7º possibilitou a obtenção de uma tutela cautelar dentro de um processo não-cautelar. Nesse contexto, um mesmo processo serve para a obtenção de providências satisfativas/antecipatórias ou cautelares.

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:

[...]

§ 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.²⁴

²⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. Vade Mecum. Colaborador Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes; Juliana Nocoletti. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 376.

Todavia, é importante salientar que a fungibilidade da tutela antecipada é “de uma mão só”. Isto é, formulado pedido de antecipação de tutela, o juiz poderá, sendo o caso, deferir medida cautelar, porém o inverso não é cabível. Ou seja, o juiz não pode acentuar os pressupostos do pedido e conceder uma proteção maior do que aquela que a parte requereu.

De acordo com ARRUDA ALVIM (2002, P. 108), “Se os requisitos são ontologicamente os mesmos, o que se há é de reconhecer que a intensidade, do mesmo requisito, por ser menor comporta a medida cautelar e não a tutela antecipada. É nisso que a lei inovou, ainda que, na praxis já houvesse entendimento”.

Outra questão importante a ser lembrada é que a inclusão do parágrafo 7º, no art. 273 do CPC passou a admitir a formulação de um pedido cautelar incidental no próprio processo de conhecimento sem a necessidade de se instaurar um processo autônomo cautelar.

No entanto, a parte não poderá ter o seu pedido indeferido pelo simples fato de o requerimento ter sido formulado incorretamente. Em outras palavras, se o autor propôs ação incidental com requerimento de tutela cautelar, o juiz não poderá extinguir referida ação por ausência de interesse processual, sob a alegação de que o pedido deveria ter sido feito na própria ação de conhecimento já em andamento.

Nesse sentido leciona Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery:

O autor não será prejudicado por ter feito pedido fora da técnica processual. Caso tenha direito ao adiantamento, é irrelevante que tenha interposto cautelar incidente ou pedido de antecipação de tutela. O juiz deverá aplicar a fungibilidade, nada obstante a norma aparentemente possa indicar faculdade: presentes os requisitos para a tutela de urgência (cautelar ou antecipatória), cabe ao juiz concedê-la.²⁵

²⁵ BRASIL. Código de Processo Civil e Legislação Processual Civil em vigor – Comentado, suplemento. 6. ed. São Paulo: RT, 2002, p. 619.

CAPÍTULO 4

A AÇÃO CAUTELAR DE CAUÇÃO PARA A OBTENÇÃO DE CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL NA PENDÊNCIA DA PROPOSITURA DA EXECUÇÃO FISCAL

Hugo de Brito Machado Segundo afirma em seu livro intitulado Processo Tributário que:

Cronologicamente, talvez a primeira forma de tutela de urgência surgida no âmbito do Processo Tributário tenha sido a liminar em mandado de segurança. Com o advento do CPC, de 1973, surgiu a possibilidade de utilização do processo cautelar, no âmbito do qual, a depender da urgência da situação, poderia ser deferida medida liminar. Posteriormente, com a reforma de 1994, tornou-se viável a antecipação, total ou parcial, dos efeitos da tutela jurisdicional buscada em um processo de conhecimento, de rito ordinário.²⁶

O mesmo autor afirma que, à princípio, muitos entendiam que essas tutelas de urgência em matéria tributária não eram aplicáveis à Fazenda Pública.

Hoje em dia, todavia, é pacífico o cabimento dessas tutelas em face da Fazenda Pública, vez que é o próprio CTN que prevê, entre as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, não só o deferimento de liminar em Mandado de Segurança, mas também o deferimento de liminar e de tutela antecipada em outras ações judiciais.

É certo que o deferimento da medida requerida dependerá da comprovação dos respectivos requisitos necessários e inerentes à tutela objetivada, mas o artigo 151 do CTN deixa claro as hipóteses em que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário é cabível.

Importante ressaltar que, para Hugo de Brito Machado Segundo, mesmo antes da constituição do crédito tributário pode-se falar em suspensão da exigibilidade, no entanto, neste caso, o que é suspenso é o dever jurídico de antecipar o pagamento do tributo e não da exigibilidade do tributo propriamente dita, pois só com a constituição do crédito tributário o tributo se torna exigível. Outros autores, todavia, entendem que a exigibilidade só pode ser suspensa após a constituição do crédito tributário.

Fica claro, pois, que todas as tutelas de urgência supra referidas podem ser aplicáveis às ações de natureza tributária e que o momento da utilização delas não

²⁶ MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 461.

é, somente, o posterior à constituição do crédito tributário, antes mesmo da constituição o contribuinte pode requerer a tutela jurisdicional.

Nessa esteira é fácil perceber que as tutelas de urgência visam tutelar o direito subjetivo da parte, no presente caso o de natureza tributária, em todos os seus momentos, quais sejam, antes da constituição do crédito tributário, após a constituição, antes do início da fase executiva e após o ajuizamento da competente Execução Fiscal.

Não seria admissível, o crédito tributário se encontrar numa fase em que não houvesse uma ação para ser tutelado o direito do contribuinte à obtenção de uma Certidão de Regularidade Fiscal, sem que o mesmo tivesse a necessidade de discutir judicialmente a regularidade do referido crédito tributário.

Como fica o contribuinte que, após o vencimento da sua obrigação tributária e antes da propositura da Execução Fiscal pela Fazenda Pública precisa de uma Certidão de Regularidade Fiscal e não quer discutir o crédito tributário em uma ação anulatória?

Pois bem, não é possível que não exista uma ação cabível para a tutela desse contribuinte que possui condições de garantir a sua dívida tributária, mas que se encontra prejudicado ante a inércia do Fisco em ajuizar a execução fiscal para a cobrança do débito tributário. Neste caso, *contrario sensu*, pode-se afirmar que o contribuinte que tem contra si ajuizada uma Execução Fiscal possui uma condição mais benéfica do que aquele contra o qual a Fazenda Pública ainda não se voltou judicialmente.

Não há, pois, como o crédito tributário se encontrar numa fase em que o contribuinte nada possa fazer. Isso seria admitir a existência de um “limbo jurídico”, o que é inadmissível na sistemática do direito pátrio.

Ademais, não há como afastar o princípio geral de direito que dispõe que “a todo direito corresponde uma ação, que o assegura”. Conclui-se, pois, que a demora do Fisco não pode impedir o executado de caucionar o débito e obter a competente Certidão de Regularidade Fiscal.

4.1 Peculiaridades da Ação Cautelar de Caução e sua natureza satisfativa

Diante de todas as ponderações feitas acerca das Ações Cautelares é nítido o fato de que referidas ações possuem características peculiares e diversas dos processos/procedimentos de conhecimento e de execução.

O processo cautelar objetiva garantir a eficácia do processo principal e possui como características principais a acessoriedade, a instrumentalidade, a dependência e a provisoriedade.

Nesse contexto a Ação Cautelar de Caução é difícil de ser inserida, vez que as características da ação cautelar não lhe são peculiares. A Ação Cautelar de Caução é uma criação jurisprudencial absolutamente atípica.

O polo ativo de uma ação cautelar, por óbvio deve ser o mesmo da ação principal, cujo direito ela está a tutelar. Porém, no caso da ação cautelar de caução isso não ocorre.

Na ação cautelar de caução o requerente é o contribuinte que pretende obter a sua Certidão de Regularidade Fiscal, todavia, na ação principal, qual seja, a futura Execução Fiscal, o contribuinte estará no polo passivo da mesma.

Outra teratologia da ação cautelar de caução é que ela não possui relação de dependência com nenhum outro processo, vez que a referida ação não se condiciona ao ajuizamento da Execução Fiscal. Trata-se de ação autônoma, de natureza satisfativa, que não deve obediência ao artigo 806 do CPC que preceitua que (2012, p. 421) “Cabe à parte propor a ação, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data da efetivação da medida cautelar, quando esta for concedida em procedimento preparatório”.

O pedido efetuado na Cautelar de Caução é absolutamente satisfativo, na medida em que a obtenção da Certidão de Regularidade Fiscal é o objetivo único da referida ação, não havendo qualquer relação de dependência ou de instrumentalidade entre o pedido da ação cautelar e o pedido da futura Execução Fiscal.

O Procurador da Fazenda Nacional Pablo Galas Pedrosa sustenta em seu artigo publicado na Revista Dialética de Direito Tributário, a satisfatividade da Ação Cautelar de Caução:

A jurisprudência do STJ isolou da pretensão veiculada pela cautelar de caução a suspensão da exigibilidade do crédito para reduzi-la à concessão da certidão positiva com efeito de negativa e a exclusão do nome do devedor do cadastro de inadimplentes, dissociando-a de qualquer discussão sobre a legitimidade da dívida caucionada. Para ajustar-se aos termos do art. 206 do CTN, a cautelar de caução

adquiriu uma acessoriedade em relação ao futuro processo de execução como mecanismo antecipador da penhora, assumindo uma natureza nitidamente satisfativa. O paradoxo do entendimento jurisprudencial é que a ação cautelar adquire natureza satisfativa na medida em que assume uma relação instrumental com o processo de execução.²⁷

Resta, ainda, uma necessária abordagem acerca do interesse processual na propositura da Ação Cautelar de Caução.

O que legitima a propositura da Cautelar de Caução é a inexistência da Ação Executiva, bem como a observância do Princípio da Disponibilidade da Ação. Ou seja, o contribuinte não pode ser coagido a litigar, via mandado de segurança ou ação anulatória de débito fiscal para discutir o mérito do crédito tributário, ele tem todo o direito de aguardar que o fisco proponha a competente Execução Fiscal e nela, então, após garantido o juízo, venha a discutir a regularidade do débito nos Embargos à Execução.

Desta forma, se o fisco já propôs a Execução Fiscal, cabe ao contribuinte garantir o juízo na própria ação executiva e requerer, mediante uma simples petição, a obtenção de CPD-EN. Não há nenhum interesse processual na propositura de uma ação cautelar antecipatória de penhora.

Adotando as palavras do Procurador da Fazenda, Pablo Galas Pedrosa:

Conclusão inevitável é que havendo execução fiscal não há interesse de agir para o devedor executado ajuizar cautelar de caução, posto que o espaço adequado para garantir a dívida e efetivar a penhora é o processo de execução fiscal.

A peculiar natureza da acessoriedade identificada aqui, qual seja, de uma cautelar cuja principal será interposta não pelo autor, mas pelo réu – invalida a modalidade incidental, legitimando-a, exclusivamente, na modalidade preparatória quando não ajuizada a execução fiscal.

Em curso a execução fiscal, nada obsta que o executado peticione nos autos, requerendo, inclusive em antecipação de tutela, a obtenção de CPD-EN, mediante oferta de bem à penhora. Aliás, trata-se sim do juízo mais especializado para submeter o bem ofertado à análise da exequente e decidir sobre a garantia do juízo. Atende-se mais uma vez ao sincretismo processual que autoriza o manuseio do art. 273 do CPC para além das fronteiras do processo de conhecimento.

Além disso, o juízo da execução fiscal seria o competente para apreciar eventual medida de urgência referente à garantia da dívida exequenda, evidenciando a inutilidade da veiculação por uma ação cautelar autônoma. Nesses casos, a autonomia do processo cautelar deve ceder em face do sincretismo que expande o espaço de cognição no processo de execução, conforme movimento que vem se construindo na jurisprudência.

Na medida em que a sumarização da demanda satisfativa – obtenção da CPD-EN – pode ser veiculada como medida de urgência no

²⁷ PEDROSA, Pablo Galas. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 161. São Paulo: Oliveira Rocha, 2009, p.71.

próprio processo de execução, não há necessidade/utilidade de se interpor, incidentalmente, ação cautelar para esse fim.²⁸

4.2 A Certidão Negativa de Débito (CND) e a Certidão Positiva de Débito com Efeitos de Negativa (CPD-EN)

Hodiernamente, o contribuinte não consegue sobreviver no mercado comercial sem comprovar que se encontra regular perante o Fisco.

A falta da referida comprovação gera uma série de dificuldades para as empresas, como a impossibilidade de participar de licitações, contratar com o Poder Público e obter financiamentos. Consequentemente, isso traz prejuízos financeiros às empresas que podem ficar impossibilitadas de exercer a sua atividade comercial e, em decorrência, chegar até a uma situação de falência.

Desta forma, se o contribuinte deixar decorrer *in albis* o prazo para pagamento de um tributo e não obtém nenhuma medida que suspenda a exigibilidade do referido crédito tributário, ele não conseguirá obter a Certidão que demonstra a sua regularidade perante o Fisco.

O CTN dispõe em seus artigos 205 e 206 as duas formas de comprovação da regularidade fiscal, ou na forma do art. 205, mediante a Certidão Negativa de Débito ou nos termos do art. 206, mediante a Certidão Positiva de Débitos com efeitos de Negativa. *In verbis*:

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em

²⁸ PEDROSA, Pablo Galas. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 161. São Paulo: Oliveira Rocha, 2009, p.73/74.

curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.²⁹

Assim, o contribuinte que se encontra com todos os seus débitos tributários quitados poderá requerer uma Certidão Negativa de Débitos.

No entanto, se o contribuinte estiver com algum crédito tributário com a sua exigibilidade suspensa, nos termos do art. 151 do CTN, ou se tiver sido efetivada a penhora em processo executivo fiscal, ele poderá solicitar a referida Certidão de Regularidade Fiscal nos termos do art. 206 do CTN, chamada de Certidão Positiva de Débitos Tributários com efeitos de Negativa (CPD-EN), que possui os mesmos efeitos de uma CND (Certidão Negativa de Débito).

Todavia, o que muitas vezes ocorre é que o tempo entre o vencimento do tributo e a propositura da competente Execução Fiscal, passando pela inscrição do débito em dívida ativa, é enorme e o contribuinte não pode ficar à mercê do Fisco.

Há quem diga que a demora do Fisco em ajuizar a Execução Fiscal, constitui sanção política, afastada pelo STF com a edição da Súmula n. 547 (2012, p. 1804) que dispõe que: “Não é lícito a autoridade proibir que o contribuinte em débito adquira estampilhas, despache mercadorias nas alfândegas e exerça suas atividades profissionais”.

Conforme leciona Luiz Gustavo A. S. Bichara e Manuela Vasconcelos Falcão:

Noutras palavras, estando pendente contra o contribuinte um débito tributário, é vantajoso para a Fazenda Pública que se adie a propositura da execução fiscal, porque, se ele não for bem-sucedido na obtenção de uma medida suspensiva da sua exigibilidade nos termos do art. 151 do CTN, terá de efetuar o pagamento para conseguir a certidão, que, por sua vez, se traduz imprescindível à continuidade de suas atividades, independentemente de a cobrança ser legítima ou não. Medida extrema como esta serve como motivação para o aplicador do direito descobrir outros meios de solução do conflito, tal como a propositura da cautelar preparatória a que fazemos alusão.³⁰

Nessa esteira, o que ocorre é que o contribuinte não consegue obter a sua Certidão de Regularidade Fiscal desde o momento da constituição do crédito tributário até a propositura da execução fiscal, a não ser, é obvio, que ajuíze uma ação de conhecimento ou um Mandado de Segurança com o objetivo de discutir a

²⁹ BRASIL. Código de Processo Civil. Vade Mecum. Colaborador Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes; Juliana Nocoletti. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 707.

³⁰ CHIESA, Clécio; PEIXOTO Marcelo Magalhães (coord); BICHARA, Luiz Gustavo A. S et al. Processo Judicial, 1.ed. São Paulo: MP, 2006, p. 340

regularidade do crédito tributário e obtenha uma tutela de urgência que suspenda a exigibilidade do referido crédito tributário.

Ademais, se a empresa não conseguir obter um provimento jurisdicional que suspenda a exigibilidade do crédito tributário, nos termos dos incisos IV e V do art. 151 do CTN, a única chance que lhe resta é o depósito judicial integral e em dinheiro da quantia devida, o que poderia causar sérios prejuízos ao fluxo de caixa da empresa.

Nas palavras de Marcus Vinicius Buschmann:

Neste sentido, acabam ocorrendo os seguintes problemas: o contribuinte possui uma dívida para com o Fisco da qual discorda; possui patrimônio suficiente para garantir a dívida e lhe é extremamente penoso descapitalizar a empresa; e, por último, necessita da certidão positiva com efeito de negativa para poder contratar com a Administração Pública e capitalizar-se.

Diante do acima afirmado, nota-se que o contribuinte estará encurralado pela falta de norma regulando o caso, porém com um direito cristalino, pois a lei tem lacunas mas o Direito não.

[...]

Desta forma, acaba ocorrendo uma curiosidade: a execução fiscal que seria, em princípio, uma situação mais prejudicial ao devedor, acaba sendo-lhe benéfica pois lhe permite obter a certidão negativa com efeito de positiva ao ser efetuada a penhora, como preceitua o art. 206 do CTN, direito o qual, como já exposto, não lhe assiste no período após o vencimento do pagamento do tributo, a inscrição na dívida ativa e o ajuizamento da execução fiscal.³¹

Todavia, exigir do contribuinte, como única forma de obtenção da Certidão de Regularidade Fiscal em seu nome, a propositura de uma ação de conhecimento ou a impetração de um Mandado de Segurança viola totalmente o Princípio da Disponibilidade da Ação, que preleciona que ninguém será obrigado a provocar a jurisdição contra a sua vontade, bem como o princípio da razoabilidade, além de que, por óbvio é claramente injusto.

Nessa esteira, se o contribuinte possui um crédito tributário vencido e não pago e o Fisco ainda não ajuizou a competente Execução Fiscal, o devedor/contribuinte não pode ser obrigado a discutir judicialmente o referido crédito, para somente assim obter uma Certidão de Regularidade Fiscal em seu nome.

Diante dessa problemática processual, surgiu recentemente a figura da Ação Cautelar de Caução como antecipação de garantia em futura Execução Fiscal para a obtenção de Certidão de Regularidade Fiscal que, após uma evolução

³¹ BUSCHMANN, Marcus Vinicius. Obtenção de Certidão e Ação Cautelar com Pedido de Caução Real – Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Revista Dialética de Direito Tributário. N. 83. São Paulo: Oliveira Rocha, 2002, p. 110.

jurisprudencial, hoje é plenamente admitida em nossos tribunais.

Referida Ação Cautelar não visa discutir o mérito do crédito tributário, ou seja, se ele é devido ou não, ela objetiva unicamente antecipar a garantia, via oferecimento de caução, de uma futura penhora em execução fiscal e, assim, autorizar a expedição da Certidão de Regularidade Fiscal em nome do requerente.

LUIZ GUSTAVO A. S. BICHARA e MANUELLA VASCONCELOS FALCÃO citam em seu texto intitulado “Aspectos Críticos do Processo de Execução Fiscal” trecho do Acórdão da 1ª Turma do STJ no Recurso Especial n.º 575.002/SC, que define essa cautelar antecipatória de garantia como (2006, p. 345) “uma espécie de medida de produção antecipada de penhora, que serviria para acautelar os interesses, não do autor, mas sim do réu”. Assim, para o Relator do Acórdão, o Ministro Celso de Mello, a ação cautelar de caução constitui uma anomalia processual:

Tratar-se-ia, assim, de cautelar preparatória ou antecedente de uma ação principal a ser proposta, não pelo autor da cautelar, mas sim contra ele. O ajuizamento da “ação principal”, pelo réu da cautelar, seria, portanto, não o exercício de seu direito constitucional de acesso ao judiciário, mas sim um dever legal do credor, que lhe tolheria a possibilidade de adotar outras formas para cobrança de seu crédito.

Em verdade, o objetivo dessa estranha “ação cautelar” não é o que aparenta ser. O que com ela se busca, não é medida cautelar e sim, por via transversa, medida de caráter nitidamente satisfativo de um interesse do devedor: o de obter um certidão negativa que, pelas vias legais normais, não obteria, já que o débito fiscal existe, não está contestado, não está com sua exigibilidade suspensa e não está garantido na forma exigida por lei.³²

4.2.1 Hipóteses de Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário

Como é cediço, uma vez constituído o crédito tributário pelo lançamento ele se torna líquido e certo. Se após a data do seu vencimento ele não é adimplido, referido crédito se torna, também, exigível.

Por sua vez, a característica da exequibilidade judicial do crédito tributário surge com a constituição do título executivo extrajudicial que se dá com a devida

³² CHIESA, Clécio; PEIXOTO Marcelo Magalhães (coord); BICHARA, Luiz Gustavo A. S et al. Processo Judicial, 1.ed. São Paulo: MP, 2006, p. 345.

inscrição do débito em dívida ativa possibilitando, a partir daí, a propositura da competente Execução Fiscal.

O artigo 151 do CTN dispõe acerca das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. São elas:

Art. 151. 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; (Incluído pela LC nº 104, de 10.1.2001)

VI – o parcelamento. (Incluído pela LC nº 104, de 10.1.2001)

Parágrafo único. O disposto neste artigo não dispensa o cumprimento das obrigações acessórias dependentes da obrigação principal cujo crédito seja suspenso, ou dela consequentes.³³

O deferimento de uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário afasta a condição de inadimplência do contribuinte, não podendo o referido débito obstar a emissão da Certidão de Regularidade Fiscal em nome do contribuinte, devendo o mesmo ser considerado em situação regular perante o Fisco.

É importante salientar que se o crédito tributário foi devidamente constituído pelo lançamento e houve a suspensão da sua exigibilidade, ante a ocorrência de uma das causas do art. 151 do CTN, referido crédito existe, mas não é oponível ao contribuinte.

No entanto, se o crédito tributário ainda não foi constituído pelo lançamento, em que pese o deferimento de uma das causas do art. 151 do CTN impedir a sua exigibilidade, o seu lançamento não fica obstado, o que, se assim fosse, poderia ocasionar a decadência do referido crédito tributário.

Neste momento é de suma importância distinguir duas situações: a primeira, em que o crédito tributário se encontra inserido em uma das hipóteses do art. 151 do CTN; e a segunda situação, que pode ser dividida em dois momentos: um, em que o contribuinte garante a execução, nos termos do artigo 9º, da Lei n.º 6.830/80, quando já existe uma Execução Fiscal ajuizada, e outro, quando o contribuinte antecipa a garantia de uma futura Execução Fiscal mediante a propositura de uma Ação Cautelar.

São duas situações com consequências absolutamente diversas.

³³ BRASIL. Código de Processo Civil. Vade Mecum. Colaborador Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes; Juliana Nocoletti. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p.376.

Enquanto no primeiro caso, qual seja, na ocorrência de uma das hipóteses do artigo 151 do CTN, a exigibilidade do crédito tributário fica suspensa e o Fisco não pode exigí-lo do contribuinte, no caso da garantia da Execução Fiscal, nos termos do artigo 9º, da Lei n.º 6.830/80, seja ela efetivada nos autos da própria Execução Fiscal, ou antecipadamente na Ação Cautelar, não há que se falar em suspensão da exigibilidade do crédito tributário, o mesmo continua hígido.

O que ocorre é que nesses casos o crédito tributário fica garantido, podendo, quando já ajuizada a Ação Executiva, ser oposto Embargos à Execução que, se efetivado no prazo de 30 dias depois de garantido o juízo, tem o efeito de suspender o curso da execução fiscal, a teor dos artigos 18, 19, 24 e 26 da Lei n.º 6.830/80.

A garantia do crédito tributário é, pois, condição de admissibilidade dos Embargos à Execução.

A simples oposição de Embargos à Execução, bem como o oferecimento de garantia antecipada do crédito tributário não tem o condão de suspender a exigibilidade do referido crédito que só ocorre nas hipóteses do art. 151 do CTN.

Em outras palavras, o simples oferecimento de caução em ação cautelar não tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, a teor do art. 151 do CTN.

4.3 A diferença entre caucionar o débito (antecipação da garantia em futura Execução Fiscal) e suspender a exigibilidade do débito

Como exposto acima, as causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário estão correlacionadas no art. 151 do CTN que, consoante o teor do artigo 111 do Código Tributário Nacional, são causas absolutamente taxativas, vez que o inciso I do mencionado artigo preceitua que as leis que tratam de suspensão do crédito tributário devem ser interpretadas literalmente.

É importante salientar que a suspensão do crédito tributário não viola a obrigação tributária que lhe deu origem, como assim preceitua o art. 140 do Código Tributário Nacional. Então, se a condição suspensiva do crédito tributário vier a ser cassada, revogada ou desaparecer, a exigibilidade do crédito volta a ficar hígida.

Todavia, se o lançamento não tiver sido realizado, a autoridade fazendária deve fazê-lo, sob pena de ocorrer a decadência. Diferente dos atos de cobrança do crédito tributário, pois estes, enquanto suspensa a exigibilidade não podem ser promovidos contra o contribuinte.

De outro lado, a Lei das Execuções Fiscais (Lei n.º 6.830/80) dispõe em seu artigo 9º acerca dos bens que podem ser dados em garantia na Execução Fiscal. *In verbis*:

Art. 9º - Em garantia da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na Certidão de Dívida Ativa, o executado poderá:

I - efetuar depósito em dinheiro, à ordem do Juízo em estabelecimento oficial de crédito, que assegure atualização monetária;

II - oferecer fiança bancária;

III - nomear bens à penhora, observada a ordem do artigo 11; ou

IV - indicar à penhora bens oferecidos por terceiros e aceitos pela Fazenda Pública.

§ 1º - O executado só poderá indicar e o terceiro oferecer bem imóvel à penhora com o consentimento expresso do respectivo cônjuge.

§ 2º - Juntar-se-á aos autos a prova do depósito, da fiança bancária ou da penhora dos bens do executado ou de terceiros.

§ 3º - A garantia da execução, por meio de depósito em dinheiro ou fiança bancária, produz os mesmos efeitos da penhora.

§ 4º - Somente o depósito em dinheiro, na forma do artigo 32, faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora.

§ 5º - A fiança bancária prevista no inciso II obedecerá às condições pré-estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.

§ 6º - O executado poderá pagar parcela da dívida, que julgar incontroversa, e garantir a execução do saldo devedor.³⁴

Pelo *caput* do supra referido artigo percebe-se que o que ocorre com a indicação de um dos bens elencados é a garantia da Execução Fiscal e não a suspensão da exigibilidade do crédito tributário que continua hígida.

No caso da cautelar de caução, a finalidade é a mesma, qual seja, oferecer garantia para o crédito tributário e com isso obter a Certidão de Regularidade Fiscal enquanto o Fisco não propõe a competente Execução Fiscal.

A caução não suspende a exigibilidade do crédito tributário, pois não se encontra elencada no rol do artigo 151 do Código Tributário Nacional, mas se oferecida antes da propositura da ação executiva de titularidade do Fisco, tem a finalidade de antecipar os efeitos de uma futura penhora a ser efetivada nos autos da própria Execução Fiscal.

Cleucio Santos Nunes sustenta que:

³⁴ BRASIL. Código de Processo Civil. Vade Mecum. Colaborador Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes; Juliana Nocoletti. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 1331.

O oferecimento da caução é direito do particular que pretenda amenizar as consequências da inscrição na dívida ativa que pretende embargar. É por esse motivo que poderá se receber em caução quaisquer dos bens a que alude o artigo 827 do CPC.

Promovida a execução fiscal, os bens oferecidos em caução deverão ser convertidos em penhora, tendo o executado a oportunidade de se defender por meio de embargos à execução.³⁵

4.4 A Cautelar de Caução como violação da ordem de preferência dos bens penhoráveis na Execução Fiscal

A Lei das Execuções Fiscais (Lei n.º 6.830/80) preconiza em seu artigo 11, a ordem de preferência dos bens penhoráveis na Execução Fiscal. *In verbis*:

Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

I - dinheiro;

II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;

III - pedras e metais preciosos;

IV - imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - veículos;

VII - móveis ou semoventes; e

VIII - direitos e ações.

§ 1º - Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção.

§ 2º - A penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I do artigo 9º.

§ 3º - O Juiz ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda Pública exequente, sempre que está o requerer, em qualquer fase do processo.³⁶

Nessa esteira, o credor, no caso a Fazenda Pública pode exigir que o devedor indique à penhora bens de acordo com a ordem de preferência do artigo 11 da Lei de Execução Fiscal, bem como do artigo 655, I e artigo 655-A do CPC (Sistema Bacenjud).

Ou seja, possuindo o devedor ativos financeiros suficientes à garantia da execução, são estes que ele deve indicar, e, se assim não o fizer a Fazenda pode requerer a pesquisa pelo sistema Bacenjud para identificar a existência de dinheiro e cumprir a ordem de preferência.

³⁵ NUNES, Cleucio Santos. Curso de Direito Processual Tributário. São Paulo: Dialética, 2010, p.660.

³⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. Vade Mecum. Colaborador Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes; Juliana Nocoletti. 13. ed. São Paulo: Saraiva, p. 1331.

A Fazenda Pública não é obrigada a aceitar quaisquer bens que o devedor indicar. Como a execução deve ser um procedimento célere, quanto mais liquidez o bem tiver, mais fácil será o seu aproveitamento no caso de eventual utilização da garantia para quitação da dívida tributária.

Pois bem. Se para a Execução Fiscal há uma ordem de preferência para os bens a serem penhorados, na Ação Cautelar de Caução essa preferência também deve ser observada, vez que na condição de meio antecipador de penhora, mencionada cautelar deve obedecer a mesma legislação da ação executiva.

Assim, a cautelar de antecipação da penhora só seria cabível se o devedor não tivesse a possibilidade de arcar com o depósito integral em dinheiro do débito, caso em que a exigibilidade do crédito tributário estaria suspensa.

Nessa esteira, o juiz não deve/pode aceitar qualquer bem indicado pelo devedor na Cautelar de Caução com o propósito de obter Certidão de Regularidade Fiscal. O juiz deve ficar adstrito à ordem de preferência do artigo 11 da Lei de Execução Fiscal, desde que, por óbvio, haja requerimento da Fazenda Pública.

É importante, pois, que seja dada à Fazenda Pública a oportunidade de se manifestar acerca do bem indicado como caução na ação cautelar, vez que referido bem indicado será o bem futuramente penhorado.

Nas palavras de Pablo Galas Pedrosa:

O magistrado não pode, diante da cautelar de caução que busca garantir futura execução fiscal, esquivar-se de sopesar a aplicação ao caso concreto dos princípios da menor onerosidade e da máxima utilidade que tencionam o processo de execução.³⁷

Desta forma, é imprescindível que a Fazenda Pública se manifeste antes da apreciação do pedido de liminar na cautelar de caução acerca do bem ofertado em caução, para que referida ação não seja um canal de eliminação da ordem de preferência dos bens penhoráveis.

Há, todavia, uma decisão proferida pelo STJ, em sede Recurso Especial, cuja publicação ocorreu em 12.09.2012, na qual o Relator Ministro Mauro Campbell Marques afirma que:

Em se tratando de medida cautelar de caução real, não pode a Fazenda Pública exigir a ordem estabelecida no art. 11, da Lei n.º 6.830/80 e arts. 655 e 656, do CPC, para o fim de garantia do débito mediante depósito em dinheiro, pois isso equivaleria à suspensão da exigibilidade do crédito tributário consoante o art. 151, II, do CTN,

³⁷ PEDROSA, Pablo Galas. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 161. São Paulo: Oliveira Rocha, 2009, p.76.

eliminando a utilidade da própria ação, pois impediria o ajuizamento da execução fiscal correspondente.³⁸

4.4.1 Tipos de Caução: O Seguro Garantia e a Carta de Fiança Bancária

Dentro dessa ordem de preferência a Fazenda Nacional já se manifestou, mediante alguns atos normativos *interna corporis*, acerca de duas possíveis formas de caução, consoante se depreende das Portarias da PGFN (Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional) n.ºs 644/2009, alterada pela Portaria PGFN n.º 1378/2009 e pela Portaria n.º 1.153/2009.

As Portarias supracitadas não inovam no ordenamento jurídico, na medida em que apenas regulamentam o que já foi disposto em lei, mais especificamente, no parágrafo segundo, do artigo 656 do CPC, que inseriu a fiança bancária e o seguro garantia como meios de substituição da penhora. *In verbis*:

Art. 656. A parte poderá requerer a substituição da penhora: (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

I - se não obedecer à ordem legal; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

II - se não incidir sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

III - se, havendo bens no foro da execução, outros houverem sido penhorados; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

IV - se, havendo bens livres, a penhora houver recaído sobre bens já penhorados ou objeto de gravame; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

V - se incidir sobre bens de baixa liquidez; (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VI - se fracassar a tentativa de alienação judicial do bem; ou (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

VII - se o devedor não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a que se referem os incisos I a IV do parágrafo único do art. 668 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º É dever do executado (art. 600), no prazo fixado pelo juiz, indicar onde se encontram os bens sujeitos à execução, exhibir a prova de sua propriedade e, se for o caso, certidão negativa de ônus, bem como abster-se de qualquer atitude que dificulte ou embarace a realização da penhora (art. 14, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º A penhora pode ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia judicial, em valor não inferior ao do débito constante da inicial, mais 30% (trinta por cento). (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).

³⁸ STJ – Resp 1.307.961/MT, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, Acórdão Publicado em 12/09/2012. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 ago. 2013.

§ 3º O executado somente poderá oferecer bem imóvel em substituição caso o requeira com a expressa anuência do cônjuge. (Incluído pela Lei nº 11.382, de 2006).³⁹

O Seguro Garantia é uma modalidade de seguro que visa garantir o cumprimento de obrigações pactuadas entre duas ou mais pessoas, nos exatos termos em que estipulado na apólice. Normalmente ele se destina aos órgãos públicos.

Por sua vez, Fiança Bancária, nas palavras de Clóvis Beviláqua, citado por EDUARDO MARCIAL FERREIRA JARDIM em seu Dicionário Jurídico Tributário (2008, p. 143) “é a promessa feita por uma ou mais pessoas de satisfazer a obrigação de um terceiro para maior segurança do credor”.

Com a edição da Portaria n.º 1.153 da PGFN, que regulamentou o oferecimento e a aceitação de seguro garantia para débitos inscritos em Dívida Ativa da União, não há mais que se falar na existência de óbice para a aceitação da mencionada garantia.

Hodiernamente a Fazenda Pública não mais se opõe ao oferecimento de apólice de seguro (seguro garantia) como garantia da Execução Fiscal, mas nem por isso ela deixa de ser exigente no tocante ao cumprimento dos requisitos estipulados na Portaria em tela.

O artigo 2º da Portaria n.º 1.153/2009 da PGFN discrimina as condições da apólice, da empresa seguradora, a aplicação de índices de atualização do valor segurado, a exigência de renúncia nos termos do art. 763 do Código Civil e o prazo de validade da apólice, entre outras exigências.

O artigo 5º da Portaria preceitua uma hipótese em que o seguro garantia não será aceito. Isso ocorrerá se o referido seguro for ofertado depois do depósito ou decisão judicial que determine a penhora em dinheiro.

Anteriormente à Portaria n.º 1.153/2009 da PGFN, que foi editada em 13 de agosto de 2009, a Procuradoria da Fazenda Nacional já havia editado a Portaria n.º 644, de 01 de abril de 2009 que estabelecia critérios e condições para a aceitação da Carta de Fiança Bancária, que posteriormente (outubro de 2009) veio a ser acrescida por outros requisitos dispostos na Portaria PGFN n.º 1.378/2009.

³⁹ BRASIL. Código de Processo Civil. Vade Mecum. Colaborador Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes; Juliana Nocoletti. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 409.

Em seu artigo 2º constam os requisitos necessários para a Carta de Fiança Bancária ser aceita como instrumento hábil para garantir débitos inscritos em dívida ativa da União.

Alguns deles são: a existência de cláusula de atualização de seu valor pelos mesmos índices de atualização do débito inscrito em dívida ativa, a cláusula de renúncia ao benefício de ordem instituído pelo art. 827 do Código Civil, a cláusula de renúncia aos termos do art. 835 do Código Civil e a sua concessão por prazo indeterminado, além de outros.

Desta forma, como a própria Fazenda Nacional já editou atos administrativos internos aceitando o oferecimento de Seguro Garantia e da Carta de Fiança Bancária como garantia da Execução Fiscal, as decisões judiciais vem agindo no mesmo sentido.

Normalmente as decisões judiciais deferem a medida liminar para aceitar o oferecimento da Carta de Fiança Bancária ou do Seguro Garantia e condicionam a expedição da Certidão de Regularidade Fiscal ao cumprimento dos requisitos exigidos nas portarias respectivas.

A Fazenda Nacional é, pois, intimada do deferimento da liminar e oficiada para que se manifeste acerca da integralidade das garantias apresentadas, bem como acerca do cumprimento dos requisitos das mesmas que, se em termos, autorizarão a expedição da CPD-EN.

4.4.2 A destinação da caução após a prolação de sentença na Ação Cautelar

Partindo do fato de que o juízo competente para a propositura da Ação Cautelar de Caução antecipatória de futura penhora em execução fiscal é o da Vara Cível, seja ela Federal ou Estadual, conforme o tributo discutido, e não da Vara Especializada em Execução Fiscal, como será abordado no item 4.5, com o julgamento final da referida cautelar e após a propositura da competente Execução Fiscal, os valores nela caucionados devem ser transferidos para a Vara em que foi distribuída a respectiva ação de execução.

Efetivada a transferência, o bem, até então caucionado na Cautelar, será considerado como garantia da Execução Fiscal e possibilitará o andamento da

respectiva ação com a possibilidade de oposição de Embargos à Execução, cujo objeto será a discussão de mérito acerca da regularidade do crédito tributário objeto da mesma.

4.4.3 A dispensa de a Fazenda apresentar contestação nas Ações Cautelares de Caução

A Portaria n.º 294, de março de 2010, posteriormente alterada por uma portaria sem número, de julho de 2010, dispõe acerca das hipóteses em que o Procurador da Fazenda pode deixar de contestar, bem como deixar de apresentar recurso. *In verbis*:

Art. 1º Os Procuradores da Fazenda Nacional ficam autorizados a não apresentar contestação, a não interpor recursos, bem como a desistir dos já interpostos, nas seguintes situações:

[...]

II - quando a demanda e/ou a decisão tratar de questão sobre a qual exista Súmula ou Parecer do Advogado-Geral da União - AGU, ou Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais aprovada pelo Ministro de Estado da Fazenda, que concluam no mesmo sentido do pleito do particular;

[...]

Art. 2º Além das hipóteses previstas no art. 1º desta Portaria, os Procuradores da Fazenda Nacional ficam autorizados a não apresentar recursos, bem como a desistir dos já interpostos, nas seguintes situações:

[...]

“Art. 3º Excepcionalmente, os Procuradores-Regionais da Fazenda Nacional poderão, dentro do seu respectivo âmbito de atuação, autorizar a não apresentação de recursos contra as decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais em outras hipóteses além daquelas previstas nos arts. 1º, 2º e 3-Aº da presente Portaria, quando a sua interposição possa, de alguma forma, resultar em prejuízos aos interesses da Fazenda Nacional.

[...]

Art. 2º A Portaria PGFN nº 294, de março de 2010 passa a vigorar acrescida do seguinte artigo 3º-A:

Art. 3º-A Além das hipóteses previstas nos arts. 1º, 2º e 3º da presente Portaria, os Procuradores da Fazenda Nacional ficam autorizados a não apresentar recursos contra decisões, de qualquer instância, proferidas em sentido desfavorável à Fazenda Nacional, quando:

I – o recurso não puder ser interposto por lhe faltar requisito de admissibilidade;

II – peculiaridades do direito material discutido no caso concreto indicarem a total inviabilidade do recurso, desde que não se trate da hipótese prevista no art. 2º, inc. I desta Portaria.⁴⁰

Normalmente, no caso das Ações Cautelares de Caução em que o contribuinte/requerente apresenta como garantia antecipada de futura penhora o Seguro Garantia ou a Fiança Bancária, e desde que, tanto o valor como os requisitos das garantias estejam de acordo com os exigidos pelas Portarias da PGFN, a União deixa de contestar a ação.

Na verdade, na maioria das vezes a União, como ré da Ação Cautelar, manifesta seu desinteresse em ofertar contestação, bem como reconhece a procedência do pedido, nos termos do artigo 19, II e parágrafo 1º, da Lei n.º 10.522/2002, com a nova redação dada pela Lei n.º 12.844/2013, conforme transcrito:

Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistam outros fundamentos relevantes, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004)

I - matérias de que trata o art. 18;

II - matérias que, em virtude de jurisprudência pacífica do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Tribunal Superior do Trabalho e do Tribunal Superior Eleitoral, sejam objeto de ato declaratório do Procurador-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pelo Ministro de Estado da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

III - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.788, de 2013)

IV - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de julgamento realizado nos termos do art. 543-B da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil; (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

V - matérias decididas de modo desfavorável à Fazenda Nacional pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de julgamento realizado nos termos dos arts. 543-C da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil, com exceção daquelas que ainda possam ser objeto de apreciação pelo Supremo Tribunal Federal. (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

§ 1 - Nas matérias de que trata este artigo, o Procurador da Fazenda Nacional que atuar no feito deverá, expressamente: (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

I - reconhecer a procedência do pedido, quando citado para apresentar resposta, inclusive em embargos à execução fiscal e exceções de pré-executividade, hipóteses em que não haverá condenação em honorários; ou (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

II - manifestar o seu desinteresse em recorrer, quando intimado da decisão judicial. (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)

§ 2 - A sentença, ocorrendo a hipótese do § 1º, não se subordinará ao duplo grau de jurisdição obrigatório.

⁴⁰ Portaria PGFN n.º , de julho de 2010. Altera a Portaria n.º 294, de março de 2010, publicada no Boletim de Pessoal da PGFN de 26 de março de 2010. Disponível em: [HTTP://pgfn.fazenda.gov.br](http://pgfn.fazenda.gov.br). Acesso em: 01 set.2013.

§ 3 - Encontrando-se o processo no Tribunal, poderá o relator da remessa negar-lhe seguimento, desde que, intimado o Procurador da Fazenda Nacional, haja manifestação de desinteresse.

§ 4 - A Secretaria da Receita Federal do Brasil não constituirá os créditos tributários relativos às matérias de que tratam os incisos II, IV e V do caput, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do caput. (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

§ 5 - As unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil deverão reproduzir, em suas decisões sobre as matérias a que se refere o caput, o entendimento adotado nas decisões definitivas de mérito, que versem sobre essas matérias, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do caput. (Redação dada pela Lei nº 12.844, de 2013)

§ 6 - (VETADO). (Incluído pela Lei nº 12.788, de 2013)

§ 7 - Na hipótese de créditos tributários já constituídos, a autoridade lançadora deverá rever de ofício o lançamento, para efeito de alterar total ou parcialmente o crédito tributário, conforme o caso, após manifestação da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional nos casos dos incisos IV e V do caput. (Incluído pela Lei nº 12.844, de 2013)⁴¹

Importante salientar que a União somente reconhece a procedência do pedido nos casos em que os valores dados em garantia mediante Carta de Fiança Bancária ou Seguro Garantia sejam suficientes para garantir o débito tributário objeto da ação cautelar, bem como os requisitos das Portarias PGFN n.º 644/2009 e 1378/2009 estejam preenchidos.

Neste caso, a sentença a ser proferida será a de reconhecimento jurídico do pedido, com base no inciso II, do artigo 269 do CPC.

Além disso, a União não será condenada em honorários advocatícios, haja vista a expressa determinação legal do §1º, do artigo 19, da Lei n.º 10.522/2002, com nova redação dada pela Lei n.º 12.844/2013.

Ademais, no mesmo sentido, a União, também, fica liberada de interpor agravo de instrumento, vez que tal matéria encontra-se arrolada na lista de temas julgados pelo STF sob a forma do art. 543-B do CPC e do STJ, sob a forma do art. 543-C do CPC, que não serão mais objeto de contestação/recurso pela Procuradoria Geral da Fazenda Nacional.

4.5 Juízo competente

⁴¹ Lei n.º 10.522/2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 09 de set.2013.

Para a definição do juízo competente quando da propositura da Ação Cautelar de Caução, primeiramente é preciso definir qual é a Fazenda Pública que deve figurar no polo passivo da referida ação.

Neste caso, obviamente, se o tributo a ser caucionado for de competência Federal, o juízo competente será o juízo federal de primeiro grau. De outra sorte, se o tributo for da competência do ente Estadual, o juízo competente será o de primeiro grau Estadual.

Passada essa primeira delimitação da competência, qual seja, se da competência da Justiça Federal ou Estadual, o próximo a ser analisado é se a vara competente é a Vara Cível ou a Vara especializada das Execuções Fiscais, obviamente quando esta existir.

O jurista Cleucio Santos Nunes entende que, como a Ação Cautelar visa a antecipação da penhora, o juízo competente para a sua propositura deve ser o mesmo da Execução Fiscal. Nesse sentido:

Caso exista juízo especializado em execução fiscal, considerando que a caução é meio de antecipação da penhora, a cautelar deverá ser dirigida a esse juízo. Não havendo juízo com competência material para processar executivos fiscais, a competência se definirá de acordo com o que se expôs para a cautelar de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Embora a caução possa ser convertida em penhora na execução fiscal, inexistente relação de dependência entre as ações, uma vez que a cautelar cumpre a finalidade na medida em que determina o oferecimento da caução. Depois de ajuizada a execução fiscal, cabe à parte indicar os bens caucionados à penhora, resolvendo-se a questão por meio de despacho nos autos da execução, que converterá a caução em penhora.⁴²

No mesmo sentido leciona o Procurador da Fazenda Pablo Galas Pedrosa:

O juízo competente para analisar a caução antecipadora da penhora é o juízo da futura execução fiscal. Aplica-se ao caso o art. 800 do CPC que define o juízo competente para conhecer da ação cautelar preparatória o juízo competente para ação principal.⁴³

Para corroborar o seu entendimento, Pablo Pedrosa colaciona em seu texto intitulado Ação Cautelar de Caução como Instrumento de Antecipação de Penhora: Efeitos e Aplicação da Lei de Execução Fiscal a ementa do REsp 885.075/PR, da Relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, datado de 09/04/2007:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA DE DÉBITO FISCAL. REQUISITOS PARA SUA EXPEDIÇÃO. 1. Nos termos do art. 206 do CTN, tem os mesmos efeitos de certidão negativa "a certidão de que conste a

⁴² NUNES, Cleucio Santos. Curso de Direito Processual Tributário. São Paulo: Dialética, 2010, p.666.

⁴³ PEDROSA, Pablo Galas. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 161. São Paulo: Oliveira Rocha, 2009, p.74.

existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa". 2. Segundo entendimento majoritário da 1ª Seção, entende-se também que "É possível ao contribuinte, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito negativo (art. 206 CTN)", isso mediante caução de bens, a ser formalizada "por medida cautelar e serve como espécie de antecipação de oferta de garantia, visando futura execução", sendo certo que ela "não suspende a exigibilidade do crédito" (EREsp 815629/RS, relatora para acórdão a Min. Eliana Calmon, DJ 06.11.2006). A ação cautelar, nessa hipótese, guarda relação de acessoriedade e de dependência com a futura execução fiscal, devendo ser promovida, consequentemente, perante o juízo competente para tal execução (CPC, art. 800). 3. Não se enquadra em qualquer destas situações a oferta de bens em garantia mediante simples petição nos autos de ação anulatória de débito fiscal. 4. Recurso especial a que se dá provimento.⁴⁴

Por sua vez, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em julgamento datado de 2009, pacificou entendimento no sentido de que a competência para apreciar as Ações Cautelares de antecipação de garantia é da Vara Cível e não da Vara especializada de Execução Fiscal.

Isto porque referidas Ações Cautelares são autônomas, não possuem caráter instrumental ou acessório e, portanto, não dependem de qualquer ação futura para a manutenção de seus efeitos - seja a Execução Fiscal ou quaisquer outras -, vez que a tutela jurisdicional se esgota com a prestação da garantia e a consequente expedição da Certidão de Regularidade Fiscal.

A questão ficou assim ementada pela Desembargadora Federal Regina Helena Costa no Conflito de Competência n.º 11262 – Processo n.º 0046600-79.2008.4.03.000 – em 02.04.2009:

PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CAUTELAR PARA PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO DE FUTURA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. NATUREZA SATISFATIVA. COMPETÊNCIA DA VARA FEDERAL NÃO ESPECIALIZADA.

I – Conflito negativo de competência suscitado em face de ação cautelar, objetivando garantir ação de execução fiscal, para o fim de viabilizar a expedição de certidão positiva de débito fiscal com efeito de negativa. Dissentimento circunscrito à fixação de competência em face do critério de especialidade da matéria da ação futura.

II – A medida cautelar não tem caráter instrumental, não reclama propositura de ação futura para manutenção de seus efeitos, seja de execução fiscal ou qualquer outra, pois em si mesma esgota a tutela jurisdicional, mediante a prestação da garantia e a expedição da certidão de débito. Natureza satisfativa. Afastada a aplicação dos arts. 108, 109 e 800, do Código de Processo Civil.

III – As medidas cautelares para prestação de caução são comumente ajuizadas perante a Justiça Federal Cível e a especificidade das tutelas nelas pretendidas não enseja risco de

⁴⁴ STJ – Resp 885.075/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Acórdão Publicado em 09/04/2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 ago. 2013.

conflito de decisões em face de ajuizamento de ação de execução fiscal para cobrança da dívida que objetiva garantir, sendo suficiente a comunicação entre os Juízos acerca da existência das ações e das decisões nelas proferidas, na forma no inciso IV, do Provimento n. 56, de 04 de abril de 1991, do Conselho da Justiça Federal da Terceira Região.

IV – O deslocamento da competência, na hipótese, se admitido, desprezaria a sua repartição no âmbito da 3ª Região, a qual conta com estrutura institucional criada e destinada, exclusivamente, o processamento dos executivos fiscais. A medida descaracterizaria a atuação jurisdicional dos Juízos Conflitantes, pois viabilizaria ao Juízo da Execução Fiscal processar ações cíveis e vice-versa.

V – Competência do Juízo Federal da 5ª Vara Cível de São Paulo para processar e julgar a ação cautelar de prestação de caução.

VI – Conflito de competência procedente.⁴⁵

Nesse sentido, para o julgado supra, o cerne da questão na definição da competência está na natureza da Ação Cautelar, se ela possui uma relação de dependência ou não com a futura Execução Fiscal, o que, com certeza, não ocorre com a ação cautelar antecipatória de garantia, pois como já afirmado a tutela jurisdicional que ela objetiva se esgota nela mesma.

Pois bem. Em que pese essa divergência de entendimento entre o STJ e o TRF da 3ª Região, é importante salientar que a competência constitucional para julgar Conflito de Competência entre juízes federais é do Tribunal respectivo e não do STJ, conforme disposição literal do artigo 108, inciso I, alínea “e”, da Constituição da República:

Art. 108. Compete aos Tribunais Regionais Federais:

I - processar e julgar, originariamente:

a) os juízes federais da área de sua jurisdição, incluídos os da Justiça Militar e da Justiça do Trabalho, nos crimes comuns e de responsabilidade, e os membros do Ministério Público da União, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral;

b) as revisões criminais e as ações rescisórias de julgados seus ou dos juízes federais da região;

c) os mandados de segurança e os "habeas-data" contra ato do próprio Tribunal ou de juiz federal;

d) os "habeas-corpus", quando a autoridade coatora for juiz federal;

e) os conflitos de competência entre juízes federais vinculados ao Tribunal;

II - julgar, em grau de recurso, as causas decididas pelos juízes federais e pelos juízes estaduais no exercício da competência federal da área de sua jurisdição.⁴⁶

Ademais, o Conselho da Justiça Federal da 3ª Região editou o Provimento n.º 56, de 04/04/91, segundo o qual “a execução e os embargos que vierem a ser propostos processar-se-ão perante o Juízo da Vara Especializada (item II), enquanto

⁴⁵ TRF3 - CC 0046600-79.2008.4.03.0000, Segunda Seção, Rel. Regina Costa, e-DJF3 Judicial 02.04.2009. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br>. Acesso em: 27 ago. 2013.

⁴⁶ BRASIL. Código de Processo Civil. Vade Mecum. Colaborador Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes; Juliana Nocoletti. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 44.

o processamento de mandado de segurança, de ação declaratória negativa de débito, ação anulatória de débito fiscal ou de medida cautelar inominada são de competência das Varas Federais não especializadas (item IV)".

CAPÍTULO 5

ASPECTOS JURISPRUDENCIAIS

A utilização da Ação Cautelar de Caução como antecipação de penhora foi uma criação jurisprudencial relativamente recente.

No ano de 2006 o STJ uniformizou sua jurisprudência no âmbito da 1ª e 2ª Turmas ao julgar os Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 815.629/RS, no sentido de admitir a obtenção de Certidão de Regularidade Fiscal, no caso a CPD-EN, com a propositura da Ação Cautelar de Caução.

Foi a partir desse entendimento que as cautelares de caução visando garantir futura execução fiscal e assim permitir a obtenção da Certidão Positiva de Débitos com efeitos de Negativa, sem que tenha ocorrido a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, passaram a ser utilizadas.

A decisão proferida no referido Embargos de Divergência foi assim ementada:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - GARANTIA REAL - DÉBITO VENCIDO, MAS NÃO EXECUTADO - PRETENSÃO DE OBTER CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA (ART. 206 DO CTN). 1. É possível ao contribuinte, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito negativo (art. 206 CTN). 2. O depósito pode ser obtido por medida cautelar e serve como espécie de antecipação de oferta de garantia, visando futura execução. 3. Depósito que não suspende a exigibilidade do crédito. 4. Embargos de divergência conhecido mas improvido.⁴⁷

A partir daí as decisões emanadas pelo STJ tem sido proferidas no mesmo sentido, qual seja, admitindo o ajuizamento das referidas cautelares de caução.

É importante observar que todas as ementas fazem menção ao fato de que a exigibilidade do crédito tributário continua hígida, ou seja, o crédito tributário só se encontra garantido em razão da garantia ofertada, mas ele continua sendo exigível.

Esse fato comprova a relação instrumental da ação cautelar com o processo de execução fiscal e, também, demonstra a natureza satisfativa da medida.

Ademais, essa preocupação do STJ em deixar claro em seus julgados que a cautelar de caução não suspende a exigibilidade do crédito tributário denota do fato

⁴⁷STJ - ERESP 200601384819, – Embargos de Divergência em Recurso Especial– 815629 – José Delgado – Primeira Seção - DJ Data:06.11.2006. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 ago. 2013.

de que, se o crédito tributário tivesse sua exigibilidade suspensa, a Fazenda Pública não poderia ajuizar a competente Execução Fiscal.

Nesse caso, se a exigibilidade do crédito tributário caucionado em ação cautelar fosse suspensa, o contribuinte estaria livre de uma execução fiscal, bem como da restrição de seu nome nos Cadastros de Devedores e, por sua vez, a Fazenda Pública não poderia ajuizar a Execução Fiscal. A situação criada seria, no mínimo, teratológica, vez que o crédito estaria com a sua exigibilidade suspensa sem estar sendo discutido no tocante ao seu mérito e a Fazenda Pública não poderia executá-lo para que assim, pudesse, de fato, ser discutido em sede de Embargos à Execução.

As ementas da grande maioria dos julgados salientam a higidez do crédito tributário no tocante à sua exigibilidade:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA DE DÉBITO FISCAL. REQUISITOS PARA SUA EXPEDIÇÃO. 1. Nos termos do art. 206 do CTN, tem os mesmos efeitos de certidão negativa "a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa". 2. Segundo entendimento majoritário da 1ª Seção, entende-se também que "É possível ao contribuinte, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito negativo (art. 206 CTN)", isso mediante caução de bens, a ser formalizada "por medida cautelar e serve como espécie de antecipação de oferta de garantia, visando futura execução", sendo certo que ela "não suspende a exigibilidade do crédito" (EResp 815629/RS, relatora para acórdão a Min. Eliana Calmon, DJ 06.11.2006). A ação cautelar, nessa hipótese, guarda relação de acessoriedade e de dependência com a futura execução fiscal, devendo ser promovida, consequentemente, perante o juízo competente para tal execução (CPC, art. 800). 3. Não se enquadra em qualquer destas situações a oferta de bens em garantia mediante simples petição nos autos de ação anulatória de débito fiscal. 4. Recurso especial a que se dá provimento.⁴⁸

No que se refere à questão do bem a ser caucionado nas cautelares, a jurisprudência também é uníssona no sentido de que prepondera a ordem de preferência estipulada no artigo 11 da Lei de Execução Fiscal.

Ou seja, se o requerente da ação cautelar indica como caução um bem diverso de dinheiro, a Fazenda Pública pode recusá-lo e requerer ao juízo a utilização do Sistema Bacenjud.

Isso só não ocorre quando o requerente da ação cautelar indica o Seguro Garantia ou Carta de Fiança Bancária como garantia, vez que nesses casos o

⁴⁸STJ - RESP 200601287538 - Recurso Especial – 885075 - Teori Albino Zavaski – Primeira Turma - DJ Data:09/04/2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 ago. 2013.

parágrafo segundo, do artigo 656 do CPC, autorizou mencionadas garantias como meios de substituição da penhora.

Ademais, a própria Procuradoria Geral da Fazenda Nacional já se manifestou mediante a edição de várias portarias (Portarias PGFN n.ºs 644/2009, 1.153/2009 e 1.378/2009) acerca da aceitação desse tipo de garantia.

EXECUÇÃO FISCAL. ESGOTAMENTO DOS MEIOS PARA LOCALIZAÇÃO DE BENS PENHORÁVEIS. PRESCINDIBILIDADE. QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO. SISTEMA BACEN JUD. PENHORA DE DINHEIRO. ORDEM LEGAL DE PREFERÊNCIA. LEI 6.830/1980.

I - A despeito de não terem sido esgotados todos os meios para que a Fazenda obtivesse informações sobre bens penhoráveis, faz-se impositiva a obediência à ordem de preferência estabelecida no artigo 11 da Lei nº 6.830/1980, que indica o dinheiro como o primeiro bem a ser objeto de penhora.

II - Nesse panorama, objetivando cumprir a lei de execuções fiscais, é válida a utilização do sistema BACEN JUD para viabilizar a localização do bem (dinheiro) em instituição financeira.

III - Observe-se ademais que, de acordo com o artigo 15 da Lei de Execuções Fiscais, a Fazenda Pública pode a qualquer tempo substituir os bens penhorados por outros, não sendo obrigada a preferir imóveis, veículos ou outros bens, o que realça o pedido de quebra de sigilo, indo ao encontro do princípio da celeridade processual. Precedente: REsp 984.210/MT, Rel. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO, julgado em 06/11/2007.

IV - Recurso especial provido.⁴⁹

No tocante ao momento da propositura da Ação Cautelar de Caução, o STJ é enfático em seus julgados ao afirmar que ela deve ocorrer “após o vencimento da sua obrigação e antes da execução”. *In verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AÇÃO CAUTELAR PARA ASSEGURAR A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DA CAUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. O contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa. (Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1057365/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 02/09/2009; EDcl nos EREsp 710.153/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 01/10/2009; REsp 1075360/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 23/06/2009; AgRg no REsp 898.412/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 13/02/2009; REsp 870.566/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 11/02/2009; REsp 746.789/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 24/11/2008; EREsp 574107/PR, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA DJ 07.05.2007) 2. Dispõe o artigo 206 do CTN que: “tem os mesmos efeitos previstos

⁴⁹ STJ – Primeira Turma - Resp 200702792863 – Recurso Especial – 1009363 – Francisco Falcão - DJE Data:16/04/2008. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 ago. 2013.

no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa." A caução oferecida pelo contribuinte, antes da propositura da execução fiscal é equiparável à penhora antecipada e viabiliza a certidão pretendida, desde que prestada em valor suficiente à garantia do juízo. 3. É viável a antecipação dos efeitos que seriam obtidos com a penhora no executivo fiscal, através de caução de eficácia semelhante. A percorrer-se entendimento diverso, o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco não se voltou judicialmente ainda. 4. Deveras, não pode ser imputado ao contribuinte solvente, isto é, aquele em condições de oferecer bens suficientes à garantia da dívida, prejuízo pela demora do Fisco em ajuizar a execução fiscal para a cobrança do débito tributário. Raciocínio inverso implicaria em que o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco ainda não se voltou judicialmente. 5. *Mutatis mutandis* o mecanismo assemelha-se ao previsto no revogado art. 570 do CPC, por força do qual era lícito ao devedor iniciar a execução. Isso porque as obrigações, como vínculos pessoais, nasceram para serem extintas pelo cumprimento, diferentemente dos direitos reais que visam à perpetuação da situação jurídica nele edificadas. 6. Outrossim, instigada a Fazenda pela caução oferecida, pode ela iniciar a execução, convertendo-se a garantia prestada por iniciativa do contribuinte na famigerada penhora que autoriza a expedição da certidão. 7. *In casu*, verifica-se que a cautelar restou extinta sem resolução de mérito, impedindo a expedição do documento de regularidade fiscal, não por haver controvérsia relativa à possibilidade de garantia do juízo de forma antecipada, mas em virtude da insuficiência dos bens oferecidos em caução, consoante dessume-se da seguinte passagem do voto condutor do aresto recorrido, *in verbis*: "No caso dos autos, por intermédio da análise dos documentos acostados, depreende-se que os débitos a impedir a certidão de regularidade fiscal perfazem um montante de R\$ 51.802,64, sendo ofertados em garantia pela autora chapas de MDF adquiridas para revenda, às quais atribuiu o valor de R\$ 72.893,00. Todavia, muito embora as alegações da parte autora sejam no sentido de que o valor do bem oferecido é superior ao crédito tributário, entendo que o bem oferecido como caução carece da idoneidade necessária para aceitação como garantia, uma vez que se trata de bem de difícil alienação. 8. Destarte, para infirmar os fundamentos do aresto recorrido, é imprescindível o revolvimento de matéria fático-probatória, o que resta defeso a esta Corte Superior, em face do óbice erigido pela Súmula 07 do STJ. 9. Por idêntico fundamento, resta interditada, a este Tribunal Superior, a análise da questão de ordem suscitada pela recorrente, consoante infere-se do voto condutor do acórdão recorrido, *litteris*: "Prefacialmente, não merece prosperar a alegação da apelante de que é nula a sentença, porquanto não foi observada a relação de dependência com o processo de nº 2007.71.00.007754-8. Sem razão a autora. Os objetos da ação cautelar e da ação ordinária em questão são diferentes. Na ação cautelar a demanda limita-se à possibilidade ou não de oferecer bens em caução de dívida tributária para fins de obtenção de CND, não se adentrando a discussão do débito em si, já que tal desbordaria dos limites do procedimento cautelar. Ademais, há que se observar que a sentença corretamente julgou extinto o presente feito, sem julgamento de mérito, em relação ao pedido que ultrapassou os limites objetivos de conhecimento da causa próprios do procedimento cautelar." 10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta

parte, desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.⁵⁰

Cumpri salientar que antes do STJ uniformizar a sua jurisprudência nos Embargos de Divergência em Recurso Especial n.º 815.629/RS, a 1ª Turma no RE n.º 575.002/SC proferiu um acórdão em sentido absolutamente contrário ao que vinha decidindo, ou seja, a favor da Fazenda Pública, inviabilizando o cabimento da Ação Cautelar de Caução.

Referido acórdão afirma que a Ação Cautelar de Caução é uma verdadeira fraude aos artigos 151 e 206 do CTN e ao artigo 38, da Lei da Execução Fiscal, pois o crédito tributário objeto dela não se encontra com a exigibilidade suspensa, nem garantido na forma exigida pela lei.

A decisão colegiada baseia-se, ainda, no fato de que a Ação Cautelar utilizada com a finalidade de apenas obter Certidão de Regularidade Fiscal constitui uma anomalia processual, como se fosse uma espécie de medida de "produção antecipada de penhora", que teria a finalidade de acautelar os interesses do réu e não do autor.

Ademais, afirma que o contribuinte devedor não possui o "direito" de ser executado pelo Fisco. Se o mesmo necessita de uma Certidão de Regularidade Fiscal pode ajuizar outras ações como o Mandado de Segurança ou uma Ação Anulatória, com pedido de liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário.

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO FISCAL. EXPEDIÇÃO MEDIANTE OFERTA DE GARANTIA, NÃO CONSISTENTE EM DINHEIRO, EM AÇÃO CAUTELAR. INVIABILIDADE. FRAUDE AOS ARTS. 151 E 206 DO CTN E AO ART. 38 DA LEI 6.830/80. 1. Nos termos do art. 206 do CTN, pendente débito tributário, somente é viável a expedição de certidão positiva com efeito de negativa nos casos em que (a) o débito não está vencido, (b) a exigibilidade do crédito tributário está suspensa ou (c) o débito é objeto de execução judicial em que a penhora tenha sido efetivada. 2. Entre as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário previstas, de forma exaustiva, no art. 151 do CTN, e que legitimam a expedição da certidão, duas se relacionam a créditos tributários objeto de questionamento em juízo: (a) depósito em dinheiro do montante integral do tributo questionado (inciso II), e (b) concessão de liminar em mandado de segurança (inciso IV) ou de antecipação de tutela em outra espécie de ação (inciso V). 3. As medidas antecipatórias, em tais casos, supõem (a) que o contribuinte tome a iniciativa da demanda judicial (mandado de segurança ou ação declaratória ou desconstitutiva) e (b) que demonstre não apenas o risco de dano, mas sobretudo a relevância do seu direito, ou seja, a notória ilegitimidade da exigência fiscal. 4. "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro" (súmula 112/STJ). Embora não seja condição para o

⁵⁰ STJ - Resp 200900279896 - Recurso Especial – 1123669 – Luiz Fux – Primeira Seção - DJE Data:01/02/2010. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 ago. 2013.

ajuizamento de demanda judicial pelo contribuinte, o depósito em dinheiro foi também erigido por lei como requisito de garantia indispensável para inibir a execução do crédito pela Fazenda (art. 38 da Lei 6.830/80). 5. O cuidado do legislador ao fixar exaustivamente as hipóteses de suspensão da exigibilidade de tributos e de cercar de adequadas garantias a expedição de certidões negativas (ou positivas com efeito de negativas), tem razão de ser que vai além do resguardo dos interesses do Fisco. Busca-se dar segurança ao sistema como um todo, inclusive aos negócios jurídicos que terceiros, particulares, possam vir a celebrar com os devedores de tributo. A indevida ou gratuita expedição da certidão fiscal poderá comprometer gravemente a segurança dessas relações jurídicas, assumidas na crença da seriedade e da fidelidade da certidão. É risco a que estarão sujeitos, não propriamente o Fisco – cujos créditos, apesar de a certidão negativa sugerir o contrário, continuarão existindo, íntegros, inabalados e, mais ainda, garantidos com privilégios e preferências sobre os demais credores –, mas os terceiros que, assumindo compromissos na confiança da fé pública que a certidão negativa deve inspirar, poderão vir a ter sua confiança futuramente fraudada, por ter sido atestado, por certidão oficial, como verdadeiro um fato que não era verdadeiro. Nessas circunstâncias, expedir certidão, sem rígidas garantias, atenta contra a segurança das relações jurídicas, especialmente quando o devedor não contesta a legitimidade do crédito tributário pendente. 6. Os embargos à execução não são a única forma de defesa dos interesses do contribuinte perante o Fisco. O sistema lhe oferece outros modos, que independem de oferta de qualquer garantia, para desde logo se livrar de exigências fiscais ilegítimas: o mandado de segurança, a ação declaratória de nulidade, a ação desconstitutiva. Em qualquer destas demandas poderá o devedor, inclusive, obter liminar que suspenda a exigibilidade do crédito (e, conseqüentemente, permita a expedição de certidão), bastando para tanto que convença o juiz de que há relevância em seu direito. Se, entretanto, optar por outorga de garantia, há de fazê-lo pelo modo exigido pelo legislador: o depósito integral em dinheiro do valor do tributo questionado. 7. É falaciosa, destarte, a idéia de que o Fisco causa "dano" ao contribuinte se houver demora em ajuizar a execução, ou a de que o contribuinte tem o "direito" de ser executado pelo Fisco. A ação cautelar baseada em tais fundamentos esconde o seu real motivo, que é o de criar nova e artificiosa condição para obter a expedição de certidão negativa de um débito tributário cuja exigibilidade não foi suspensa nem está garantido na forma exigida por lei. A medida, portanto, opera em fraude aos arts. 151 e 206 do CTN e ao art. 38 da Lei 6.830/80. 8. Por outro lado, não se pode equiparar o oferecimento de caução, pelo devedor, à constituição da penhora, na execução fiscal. A penhora está cercada de formalidades próprias, que acobertam o crédito com garantia de higidez jurídica não alcançável pela simples caução de um bem da livre escolha do devedor, nomeadamente: (a) a observância obrigatória da ordem prevista no art. 11 da Lei 6.830/80, em que figura, em primeiro lugar, a penhora de dinheiro; (b) a submissão da indicação do bem ao controle da parte contrária e à decisão do juiz; c) o depósito judicial do dinheiro ou a remoção do bem penhorado, com a nomeação de fiel depositário; (d) a avaliação do bem, o reforço ou a substituição da penhora, com a finalidade de averiguar a sua suficiência e adequação da garantia à satisfação do débito com todos os seus acessórios. 9. A utilização da via da "ação cautelar", com a finalidade a que aparentemente se propõe, constitui evidente anomalia processual. É uma espécie de medida de "produção antecipada de penhora", que serviria para "acautelar" os interesses, não do autor, mas sim do réu. Tratar-se-ia, assim, de cautelar preparatória ou antecedente de uma

ação principal a ser proposta, não pelo autor da cautelar, mas sim contra ele. O ajuizamento da "ação principal", pelo réu da cautelar, seria, portanto, não o exercício de seu direito constitucional de acesso ao Judiciário, mas sim um dever legal do credor, que lhe tolheria a possibilidade de adotar outras formas para cobrança de seu crédito. 10. Em verdade, o objetivo dessa estranha "ação cautelar" não é o que aparenta ser. O que com ela se busca, não é medida cautelar e sim, por via transversa, medida de caráter nitidamente satisfativo de um interesse do devedor: o de obter uma certidão negativa que, pelas vias legais normais, não obteria, já que o débito fiscal existe, não está contestado, não está com sua exigibilidade suspensa e não está garantido na forma exigida por lei.⁵¹

No tocante à questão da competência, se do juízo da Vara Cível ou da Vara especializada das Execuções Fiscais, a jurisprudência diverge bastante.

Alguns Tribunais Regionais Federais entendem que há uma relação de dependência entre a Ação Cautelar de Caução e a Execução Fiscal e, portanto, a ação cautelar deve ser proposta no juízo especializado, já que é lá que será proposta a futura Execução Fiscal.

Nesse sentido é a decisão ementada em maio de 2013 pelo TRF da 1ª Região:

PROCESSUAL CIVIL - CONFLITO DE COMPETÊNCIA ENTRE JUÍZES FEDERAIS - AÇÃO CAUTELAR - CAUÇÃO PARA OBTENÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITOS COM EFEITOS DE NEGATIVA - JULGAMENTO. 1 – Proposta Ação Cautelar para obtenção de Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa, a caução ofertada, se ajuizada Execução Fiscal, terá o mesmo efeito da penhora, pormenor que evidencia sua dependência da última, competindo ao Juízo Federal especializado em Execuções Fiscais seu julgamento. 2 - Conflito conhecido. 3 – Competência do Juízo Federal suscitante.⁵²

De outra sorte, há Tribunais Regionais Federais, como o da 3ª Região e o da 5ª Região que entendem que a competência para apreciar as Ações Cautelares de antecipação de garantia é da Vara Cível e não da Vara especializada em Execução Fiscal.

Isso porque referidas Ações Cautelares são autônomas, não possuem caráter instrumental ou acessório e, portanto, não dependem de qualquer ação futura para a manutenção de seus efeitos - seja a Execução Fiscal ou quaisquer outras -, vez que a tutela jurisdicional se esgota com a prestação da garantia e a consequente expedição da Certidão de Regularidade Fiscal.

PROCESSUAL CIVIL. MEDIDA CAUTELAR PREPARATÓRIA. CERTIDÃO POSITIVA DE DÉBITO COM EFEITO DE NEGATIVA

⁵¹ STJ - Resp 200301515968 – Recurso Especial – 575002 – Francisco Falcão – Primeira Turma - DJ Data:26/09/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 ago. 2013.

⁵² TRF1 – CC – Conflito de Competência – Desembargador Federal Catão Alves – Quarta Seção - e-DJF1 Data:13/05/2013. Disponível em: <http://www.trf1.jus.br>. Acesso em: 20 ago. 2013.

(CPD-EN). EXIGIBILIDADE SUSPensa. DÉBITO GARANTIDO. EXPEDIÇÃO. JULGAMENTO PELO STJ SOB OS AUSPÍCIOS DO RECURSO REPETITIVO. PRECEDENTES DESTA CORTE REGIONAL. 1. A sentença julgou procedente medida cautelar preparatória para deferir a caução dos bens imóveis descritos nas certidões, em garantia do crédito tributário indicado no DARF, autorizando a expedição de certidão positiva de débito com efeito de negativa. 2. Preliminar de incompetência absoluta do juízo rejeitada, visto que a ação cautelar proposta com a finalidade de antecipar, mediante caução, os efeitos da penhora a ser realizada em futuro executivo fiscal, a fim de obter CPD-EN, não se insere no campo de competência das Varas de Execuções Fiscais. Precedentes. 3. Por demais pacífica a jurisprudência desta Corte e do colendo STJ (inclusive por meio de recurso repetitivo - REsp 1123669/RS) na esteira de que é possível a expedição de CPD-EN quando se encontra suspensa da exigibilidade dos débitos discutidos, em razão tanto da garantia do débito por penhora, quanto da discussão judicial das dívidas, como in casu. 4. Apelação não-provida.⁵³

PROCESSO CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CAUTELAR PARA PRESTAÇÃO DE CAUÇÃO DE FUTURA AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. NATUREZA SATISFATIVA. COMPETÊNCIA DA VARA FEDERAL NÃO ESPECIALIZADA.

I – Conflito negativo de competência suscitado em face de ação cautelar, objetivando garantir ação de execução fiscal, para o fim de viabilizar a expedição de certidão positiva de débito fiscal com efeito de negativa. Dissentimento circunscrito à fixação de competência em face do critério de especialidade da matéria da ação futura.

II – A medida cautelar não tem caráter instrumental, não reclama propositura de ação futura para manutenção de seus efeitos, seja de execução fiscal ou qualquer outra, pois em si mesma esgota a tutela jurisdicional, mediante a prestação da garantia e a expedição da certidão de débito. Natureza satisfativa. Afastada a aplicação dos arts. 108, 109 e 800, do Código de Processo Civil.

III – As medidas cautelares para prestação de caução são comumente ajuizadas perante a Justiça Federal Cível e a especificidade das tutelas nelas pretendidas não enseja risco de conflito de decisões em face de ajuizamento de ação de execução fiscal para cobrança da dívida que objetiva garantir, sendo suficiente a comunicação entre os Juízos acerca da existência das ações e das decisões nelas proferidas, na forma no inciso IV, do Provimento n. 56, de 04 de abril de 1991, do Conselho da Justiça Federal da Terceira Região.

IV – O deslocamento da competência, na hipótese, se admitido, desprezaria a sua repartição no âmbito da 3ª Região, a qual conta com estrutura institucional criada e destinada, exclusivamente, o processamento dos executivos fiscais. A medida descaracterizaria a atuação jurisdicional dos Juízos Conflitantes, pois viabilizaria ao Juízo da Execução Fiscal processar ações cíveis e vice-versa.

V – Competência do Juízo Federal da 5ª Vara Cível de São Paulo para processar e julgar a ação cautelar de prestação de caução.

VI – Conflito de competência procedente.⁵⁴

⁵³ TRF5 - Terceira Turma - AC 00025033620124058200 - AC - Apelação Cível – 554805 - DJE - Data::11/04/2013. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br>. Acesso em: 23 ago. 2013.

⁵⁴ TRF3 - CC 0046600-79.2008.4.03.0000, Segunda Seção, Rel. Regina Costa, e-DJF3 Judicial 02.04.2009. Disponível em: <http://www.trf3.jus.br>. Acesso em: 23 ago. 2013.

O Tribunal de Justiça de São Paulo também possui o mesmo entendimento, qual seja, que o juízo competente para processar as Ações Cautelares de Caução é o da Vara Cível e não o da Vara especializada, pois este possui competência restrita às Execuções Fiscais.

Agravo de Instrumento Medida cautelar de Caução Competência para julgamento da Vara da Fazenda Pública Impossibilidade de remessa dos autos a uma das Varas de Execuções Fiscais, tendo em vista sua competência restrita e absoluta para processamento de execuções referentes à cobrança fiscal, ajuizadas pelas Fazendas Estadual e Municipais, com, base na Lei nº 6.830/80 - Precedentes - Recurso provido.⁵⁵

Para o STJ, todavia, o juízo competente é o da Vara Especializada, pois há uma relação de dependência com a futura Execução Fiscal. Nesse sentido é o voto proferido no REsp 885.075/PR, da Relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, datado de 09/04/2007:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA DE DÉBITO FISCAL. REQUISITOS PARA SUA EXPEDIÇÃO. 1. Nos termos do art. 206 do CTN, tem os mesmos efeitos de certidão negativa "a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa". 2. Segundo entendimento majoritário da 1ª Seção entende-se também que "É possível ao contribuinte, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito negativo (art. 206 CTN)", isso mediante caução de bens, a ser formalizada "por medida cautelar e serve como espécie de antecipação de oferta de garantia, visando futura execução", sendo certo que ela "não suspende a exigibilidade do crédito" (EResp 815629/RS, relatora para acórdão a Min. Eliana Calmon, DJ 06.11.2006). A ação cautelar, nessa hipótese, guarda relação de acessoriedade e de dependência com a futura execução fiscal, devendo ser promovida, conseqüentemente, perante o juízo competente para tal execução (CPC, art. 800). 3. Não se enquadra em qualquer destas situações a oferta de bens em garantia mediante simples petição nos autos de ação anulatória de débito fiscal. 4. Recurso especial a que se dá provimento.⁵⁶

Como já afirmado no capítulo sobre a competência, em que pese essa divergência de entendimento entre o STJ e o TRF da 3ª Região, é importante salientar que a aptidão para julgar Conflito de Competência entre juízes federais é do Tribunal respectivo e não do STJ, conforme disposição literal do artigo 108, inciso I, alínea "e", da Constituição da República.

⁵⁵ TJSP - Agravo de Instrumento nº 0174079-41.2012.8.26.0000 -DR VALENTINO APARECIDO DE ANDRADE. Disponível em: <http://www.tjsp.jus.br>. Acesso em: 27 ago. 2013.

⁵⁶ STJ – Resp 885.075/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, Acórdão Publicado em 09/04/2007. Disponível em: <http://www.stj.jus.br>. Acesso em: 27 ago. 2013.

CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, conclui-se que as Ações Cautelares preparatórias e incidentais distinguem-se da Ação Cautelar de Caução que visam unicamente à obtenção de Certidão de Regularidade Fiscal.

Enquanto as Ações Cautelares podem ser instauradas antes ou no curso do processo principal e deste é sempre dependente, as Ações Cautelares de Caução só podem ser propostas após o vencimento da obrigação tributária e antes da propositura da Execução Fiscal pela Fazenda Pública, além de não possuírem nenhuma relação de dependência com a Execução Fiscal futura.

No mesmo sentido, em que pese as ações cautelares, preparatória e incidental, visarem garantir a eficácia do processo principal e possuírem como características principais a acessoriedade, a instrumentalidade, a dependência e a provisoriedade, a Ação Cautelar de Caução não se encaixa em nenhuma dessas características, assumindo uma natureza jurídica peculiar e visando única e exclusivamente a obtenção de Certidão de Regularidade Fiscal.

À medida que, no caso das ações cautelares propriamente ditas, a exigibilidade do crédito tributário só é suspensa quando presentes uma das hipóteses do art. 151 do Código Tributário Nacional, nas Ações Cautelares de Caução, não há que se falar em suspensão da exigibilidade, mas sim em caucionamento do débito. Ou seja, o requerente oferece um bem ou valor como garantia antecipada do seu débito e, assim, obtém a Certidão de Regularidade Fiscal enquanto a Fazenda Pública não propõe a respectiva Execução Fiscal. Nesse caso, o crédito tributário continua com a sua exigibilidade hígida e, assim, a Fazenda Pública não fica impedida de ajuizar a Execução Fiscal, até porque se houvesse a suspensão da exigibilidade do crédito tributário ainda não executado, a Fazenda Pública ficaria “de mãos atadas” sem poder cobrar referido crédito.

Há, ainda, uma distinção no tocante ao polo ativo. Enquanto na Ação Cautelar o polo ativo é o autor da ação principal, na Ação Cautelar de Caução o requerente é o contribuinte que pretende obter a sua Certidão de Regularidade Fiscal, que na ação principal assumirá o polo contrário, ou seja, o passivo.

Conclui-se, também, que a Ação Cautelar de Caução é absolutamente satisfativa, característica esta que não se coaduna com as liminares proferidas em

sede de Ação Cautelar preparatória ou incidental. Isso ocorre porque o único objetivo da Ação Cautelar de Caução é obter a Certidão de Regularidade Fiscal, não havendo qualquer relação de dependência ou de instrumentalidade entre o pedido da Cautelar e o pedido da futura Execução Fiscal.

No tocante ao juízo competente para a propositura da Ação Cautelar de Caução, é certo que este é o da Vara Cível e não o da Vara especializada das Execuções Fiscais, isso porque referidas ações são autônomas, não possuem caráter instrumental ou acessório, não dependendo de qualquer ação futura para a manutenção de seus efeitos, vez que a tutela jurisdicional nela requerida se esgota com a prestação da garantia e a consequente expedição da Certidão de Regularidade Fiscal.

É certo, pois, que, em que pese ambas as Ações Cautelares, tanto a de Caução, como as ajuizadas preparatoriamente ou incidentalmente à ação principal, possuírem o mesmo “nome jurídico”, a mesma denominação de “Ações Cautelares” são absolutamente distintas, visando inclusive, a tutela de direitos diversos.

Assim, infere-se que a Ação Cautelar de Caução é absolutamente peculiar, única. É uma criação jurisprudencial, cujo objetivo é a resolução de um problema fático que esbarra numa necessidade processual jurídica, ou seja, ela foi criada para “resolver” a vida do contribuinte nos casos em que a Fazenda Pública peca pela inércia retardando o ajuizamento da Execução Fiscal e o contribuinte fica inserido em um “limbo jurídico” inadmissível no nosso ordenamento jurídico.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

1 Livros

ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 11. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

CAIS, Cleide Previtalli. O Processo Tributário. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 9. ed. v. III. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

CARNEIRO. Carneiro. Processo Tributário. Administrativo e Judicial. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHO, Paulo de Barros Carvalho. Curso de Direito Tributário. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CASSONE, Vittorio; CASSONE, Maria Eugênia Teixeira. Processo Tributário Teoria e Prática. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

CHIESA, Clécio; PEIXOTO Marcelo Magalhães (coord); BICHARA, Luiz Gustavo A. S et al. Processo Judicial. São Paulo: MP, 2006.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. Teoria Geral do Processo. 17. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

CONRADO, Paulo César (coord); ARAÚJO, Ana Clarissa Masuko dos Santos Araújo et al. Processo Tributário Analítico. São Paulo: Noeses, 2011.

FRIEDE, Reis; NOGUEIRA JÚNIOR, Alberto. Tutelas de Urgência em Matéria Tributária. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

GONÇALVES, Marcus Vinicius Rios. Processo de Execução e Cautelar, 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

HARADA, Kiyoshi. Da Liminar em Matéria Tributária. 2. ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2003.

JARDIM, Eduardo Marcial Ferreira Jardim. Dicionário Jurídico Tributário. 6. ed. São Paulo: Dialética, 2008.

LENZA, Pedro. Direito Constitucional Esquematizado. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MACHADO, Hugo de Brito Machado. Curso de Direito Tributário. 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

MACHADO SEGUNDO, Hugo de Brito. Processo Tributário. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. Processo Cautelar. 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2013.

MARINS, James (coord); PETRY, Rodrigo Caramori. Tributação e Processo. Curitiba: Juruá Editora. 2002. 5 v. Tomo I.

MARINS, James. Direito Processual Tributário Brasileiro (Administrativo e Judicial). 5. ed. São Paulo: Dialética, 2010.

MARINS, James. Princípios Fundamentais do Direito Processual Tributário. São Paulo: Dialética, 1998.

MARTINS, Ives Gandra da Silva Martins; BRITO, Edvaldo (coord); MACHADO, Hugo de Brito. Direito Processual Administrativo e Judicial. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 6 v.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (coord). Processo Judicial Tributário. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

NUNES, Cleucio Santos. Curso de Direito Processual Tributário. São Paulo: Dialética. 2010.

PAULSEN, Leandro. Curso de Direito Tributário. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

PAULSEN, Leandro; ÁVILA, René Bergmann; SLIWKA, Ingrid Schroder. Direito Processual Tributário - Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SABBAG, Eduardo. Manual de Direito Tributário. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 18 ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 1995.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Curso de Direito Processual Civil – Processo de Execução e Cumprimento da Sentença, Processo Cautelar e Tutela de Urgência. 45. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Processo Cautelar. 24. ed. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito. 2008.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Tutelas de Urgência e Procedimentos Especiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 5 v.

WAMBIER, Luiz Rodrigues (coord); ALMEIDA, Flávio Renato Correia de; TALAMINI, Eduardo. Curso Avançado de Processo Civil, v. 1: Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. Breves Comentários à Nova Sistemática Processual Civil 3. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

2 Legislação

PAULSEN, Leandro. Direito Tributário – Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

BRASIL. Código de Processo Civil. Vade Mecum. Colaborador Luiz Roberto Curia; Livia Céspedes; Juliana Nocoletti. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Portaria PGFN n.º , de julho de 2010. Altera a Portaria n.º 294, de março de 2010, publicada no Boletim de Pessoal da PGFN de 26 de março de 2010. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br>. Acesso em: 01 set.2013.

Portaria PGFN nº 644, de 01 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br>. Acesso em: 01 set.2013.

Portaria PGFN nº 1378, de 16 de outubro de 2009. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br>. Acesso em: 01 set.2013.

Portaria PGFN nº 1.153, de 13 de agosto de 2009. Disponível em: <http://www.pgfn.fazenda.gov.br>. Acesso em: 01 set.2013.

3 Revistas Jurídicas

ALVIM, Arruda. Notas sobre a Disciplina da Antecipação da Tutela na Lei n.º 10.444, de 7 de maio de 2002. Revista de Processo. v. 27, n. 108, out./dez. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BRUSCHI, Gilberto Gomes. A Tutela Antecipada e sua Efetivação. Revista Dialética de Direito Processual n.º 8. São Paulo: Oliveira Rocha, 2003.

BUSCHMANN, Marcus Vinicius. Obtenção de Certidão e Ação Cautelar com Pedido de Caução Real – Princípios da Razoabilidade e da Proporcionalidade. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 83. São Paulo: Oliveira Rocha, 2002.

CARNEIRO, Daniel Zanetti Marques. A suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário mediante Oferta de Carta de Fiança em Ação Cautelar. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 133. São Paulo: Oliveira Rocha, 2006.

OLIVEIRA, Renato Ayres Martins de. Débito Tributário e a Caução Antecipada da Execução Fiscal por Seguro Garantia. Revista Jurídica Consulex, Ano XV, n. 346. São Paulo: Editora Consulex, 2011.

PEDROSA, Pablo Galas. Revista Dialética de Direito Tributário. n. 161. São Paulo: Oliveira Rocha, 2009.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. O Novo Processo Cautelar. Revista Forense, v. 104, n. 398, jul./ago. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

4 Consultas eletrônicas

NETO, Alaim Rodrigues. STJ não decretou a morte do seguro judicial. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br>. Acesso em: 27 ago. 2013.

GERACY, Amanda de Souza. Da impossibilidade de obtenção de certidão de regularidade fiscal mediante caução no bojo de ação cautelar antecedente à execução fiscal. Jus Navigandi. Disponível em: <http://www.jus.com.br>. Acesso em: 30 ago. 2013.

ANEXOS

ANEXO A - PORTARIA PGFN Nº 644, DE 01 DE ABRIL DE 2009

Estabelece critérios e condições para aceitação de carta de fiança bancária no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

O PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso das atribuições que lhe conferem os incisos IX e XIII do art. 49 do Regimento Interno da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pela Portaria nº 138, de 1º de julho de 1997, e considerando o disposto no art. 9º da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, e art. 11, inciso II, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, Resolve:

Art. 1º A carta de fiança bancária é instrumento hábil para garantir débitos inscritos em dívida ativa da União, tanto em processos de execução fiscal quanto em parcelamentos administrativos, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

Art. 2º A carta de fiança bancária, deverá conter, no mínimo, os seguintes requisitos:

I - cláusula de atualização de seu valor pelos mesmos índices de atualização do débito inscrito em dívida ativa da União;

II - cláusula de renúncia ao benefício de ordem instituído pelo art. 827 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil;

III - cláusula de renúncia aos termos do art. 835 da Lei nº 10.406, de 2002. Código Civil; e

IV - deverá ser concedida por prazo indeterminado;

§ 1º O subscritor da carta de fiança bancária deverá comprovar poderes para atendimento às exigências contidas nos incisos II a IV do caput deste artigo.

§ 2º A carta de fiança bancária deverá ser emitida por instituição financeira idônea e devidamente autorizada a funcionar no Brasil, nos termos da legislação própria.

Art. 3º A carta de fiança bancária somente poderá ser aceita se sua apresentação ocorrer antes de depósito ou de decisão judicial que determine a penhora de dinheiro.

Art. 4º É admissível a aceitação de carta de fiança bancária em valor inferior à dívida atualizada.

Parágrafo único. A aceitação de carta de fiança bancária nos termos do caput:

I - não permite a emissão de certidão positiva com efeito de negativa de débitos; e

II - não afasta a adoção de providências com vistas à cobrança da dívida ou à complementação da garantia.

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

Procurador-Geral da Fazenda Nacional

ANEXO B - PORTARIA PGFN Nº 1378, DE 16 DE OUTUBRO DE 2009

Altera a Portaria PGFN nº 644, de 1º de abril de 2009, que estabelece critérios e condições para aceitação de carta de fiança bancária no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional.

O PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da atribuição que lhe confere o art. 72 do Regimento Interno da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pela Portaria nº 257, de 23 de junho de 2009, do Ministro de Estado da Fazenda e considerando o disposto no art. 9º da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, e art. 11, inciso II, da Lei nº 10.522, de 19 de julho de 2002, resolve:

Art. 1º O art. 2º da Portaria PGFN nº 644, de 1º de abril de 2009, passa a vigorar com as seguintes alterações:

“Art. 2º A carta de fiança bancária deverá conter os seguintes requisitos:

.....

III – cláusula estabelecendo prazo de validade até a extinção das obrigações do afiançado devedor, devendo constar, neste caso, expressa renúncia aos termos do art. 835 da Lei nº 10.406, de 2002 (Código Civil), observado o disposto nos §§ 3º e 6º;

IV - cláusula com a eleição de foro, para dirimir questões entre fiadora e credora (União) referentes à fiança bancária, da Seção Judiciária, ou da Subseção Judiciária, quando houver, da Justiça Federal com jurisdição sobre a unidade da Procuradoria da Fazenda Nacional competente para a cobrança do débito inscrito em Dívida Ativa da União;

V – cláusula de renúncia, por parte da instituição financeira fiadora, do estipulado no inciso I do art. 838 do Código Civil;

VI – declaração da instituição financeira de que a carta fiança é concedida em conformidade com o disposto no art. 34 da Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, nos termos do art. 2º da Resolução CMN nº 2.325, de 1996, do Conselho Monetário Nacional.

§ 1º O subscritor da carta de fiança bancária deverá comprovar poderes para atendimento às exigências contidas nos incisos II a VI deste artigo.

.....

§ 3º Alternativamente ao disposto no inciso III deste artigo, o prazo de validade da fiança bancária poderá ser de, no mínimo, dois anos, desde que cláusula contratual estabeleça a obrigatoriedade da instituição financeira fiadora em honrar a fiança se o devedor afiançado não adotar uma das providências previstas no § 4º.

§ 4º Na hipótese do § 3º, o devedor afiançado deverá, até o vencimento da carta de fiança:

- I - depositar o valor da garantia em dinheiro;
- II – oferecer nova carta fiança que atenda aos requisitos desta Portaria; ou
- III – apresentar apólice de seguro garantia que atenda aos requisitos da Portaria PGFN nº 1.153, de 13 de agosto de 2009.

§ 5º Caso o devedor afiançado não atenda ao disposto no § 4º, a instituição financeira fiadora deverá efetuar depósito em dinheiro do valor afiançado em até 15 dias da sua intimação ou notificação, conforme cláusula contratual referida no § 3º.

§ 6º Os depósitos referidos nos §§ 3º a 5º serão efetuados judicialmente, no caso da carta de fiança garantir débito objeto de execução fiscal, ou administrativamente, no caso da carta de fiança garantir débito objeto de parcelamento administrativo.

Art. 2º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

LUIS INACIO LUCENA ADAMS

Procurador-Geral da Fazenda Nacional

ANEXO C - PORTARIA PGFN Nº 1.153, DE 13 DE AGOSTO DE 2009

Regulamenta o oferecimento e a aceitação de seguro garantia para débitos inscritos em Dívida Ativa da União.

O PROCURADOR-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso da atribuição que lhe confere o art. 72 do Regimento Interno da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, aprovado pela Portaria nº 257, de 23 de junho de 2009, do Ministro de Estado da Fazenda, e tendo em vista o disposto no § 2º do art. 656 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 - Código de Processo Civil - CPC, no Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966, e na Lei Complementar nº 126, de 15 de janeiro de 2007, resolve:

Art. 1º O oferecimento de seguro garantia, nos termos regulados pela Circular da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP) nº 232, de 3 de junho de 2003, é instrumento para garantir débitos inscritos em Dívida Ativa da União (DAU), tanto em processos judiciais, quanto em parcelamentos administrativos em trâmite nas unidades da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN).

Art. 2º A aceitação do seguro garantia de que trata o art. 1º, prestado por empresa idônea e devidamente autorizada a funcionar no Brasil, nos termos da legislação aplicável, é condicionada à observância dos seguintes requisitos, que deverão estar expressos em cláusulas do respectivo contrato:

I - valor segurado superior em 30% (trinta por cento) ao valor do débito inscrito em DAU, atualizado até a data em que for prestada a garantia, observado o disposto no § 1º;

II - índice de atualização do valor segurado idêntico ao índice de atualização aplicável ao débito inscrito em DAU;

III - renúncia aos termos do art. 763 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 - Código Civil, (CC), e do art. 12 do Decreto-Lei nº 73, de 1966, com consignação, nos termos estatuídos no item 4.2 das condições gerais da Circular SUSEP nº 232, de 2003, de que "fica entendido e acordado que o seguro continuará em vigor mesmo quando o tomador não houver pago o prêmio nas datas convencionadas";

IV - referência ao número da Certidão de Dívida Ativa objeto da garantia;

V - prazo de validade até a extinção das obrigações do tomador, observado o disposto nos §§ 2º e 3º;

VI - estabelecimento de obrigação para a empresa seguradora efetuar, em juízo, o depósito em dinheiro do valor segurado, caso o devedor não o faça, nas hipóteses em que não seja atribuído efeito suspensivo aos embargos do executado ou quando a apelação não seja recebida com efeito suspensivo, independentemente de trânsito em julgado da decisão dos embargos ou de outra ação em que se discuta o débito;

VII - estabelecimento de situações caracterizadoras da ocorrência de sinistro, nos termos do disposto no § 3º;

VIII - estabelecimento de que a empresa seguradora, por ocasião do pagamento da indenização, no caso de garantia prestada em juízo, sujeitar-se-á ao procedimento previsto no caput e no inciso II do art. 19 da Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980;

IX - estabelecimento de que, na hipótese do tomador aderir a parcelamento do débito objeto do seguro garantia, a empresa seguradora não estará isenta da responsabilidade em relação à apólice; e

X - eleição de foro da Seção Judiciária ou da Subseção Judiciária, quando houver, da Justiça Federal com jurisdição sobre a unidade da PGFN competente para a cobrança do débito inscrito em DAU para dirimir questões entre a segurada (União) e a empresa seguradora.

§ 1º O acréscimo de 30% (trinta por cento) referido no inciso I do caput poderá:

I - ser afastado na hipótese da garantia ser aplicável a parcelamento administrativo do débito;

II - ter deduzido do seu percentual o valor do encargo legal de que trata o art. 1º do Decreto-Lei nº 1.025, de 21 de outubro de 1969, e o art. 3º do Decreto-Lei nº 1.569, de 8 de agosto de 1977, caso este esteja incluído na Certidão de Dívida Ativa objeto da garantia;

§ 2º Alternativamente ao disposto no inciso V do caput, o prazo de validade do seguro garantia poderá ser de, no mínimo, dois anos, desde que cláusula contratual estabeleça a obrigatoriedade de a empresa seguradora efetuar depósito integral do valor segurado, em juízo ou administrativamente, no caso de parcelamento, em até 15 (quinze) dias da sua intimação, se o tomador, em até 60

(sessenta) dias antes do vencimento do seguro, não adotar uma das seguintes providências:

- I - depositar o valor segurado em dinheiro;
- II - apresentar nova apólice de seguro garantia que atenda aos requisitos desta Portaria; ou
- III - oferecer carta de fiança bancária de acordo com a Portaria PGFN nº 644, de 1º de abril de 2009.

§ 3º Caracteriza a ocorrência de sinistro de que trata o inciso VII do caput:

- I - o não pagamento pelo tomador, quando determinado pelo juízo, do valor objeto da garantia;
- II - o não atendimento, pelo tomador, do disposto no § 2º;
- III - a exclusão do tomador de parcelamento, no caso de garantia em parcelamento administrativo de débitos.

§ 4º Na hipótese de garantia em parcelamento administrativo de débitos, a unidade da PGFN formalizará processo administrativo com os elementos caracterizadores da ocorrência do sinistro, em que a empresa seguradora ou, se for o caso, a empresa resseguradora tomará ciência, a fim de que efetue o pagamento da indenização em até 15 (quinze) dias da sua notificação.

§ 5º Na hipótese de garantia prestada em juízo, o procedimento a ser adotado para fins de pagamento da indenização pela empresa seguradora ou, se for o caso, pela empresa resseguradora, será o previsto no inciso VIII do caput.

§ 6º Além dos requisitos estabelecidos neste artigo, o contrato de seguro garantia não poderá conter cláusula, específica ou genérica, de desobrigação decorrente de atos exclusivos do tomador ou da empresa seguradora, ou da empresa resseguradora, se for o caso, ou de ambos em conjunto.

Art. 3º O tomador deverá juntar aos autos da execução fiscal ou do processo administrativo, no caso de parcelamento, além da apólice do seguro, a seguinte documentação:

- I - cópias dos instrumentos dos contratos de garantia celebrados pela empresa seguradora e, quando for o caso, pela empresa resseguradora;
- II - cópias dos instrumentos dos contratos de contra garantia celebrados pela empresa seguradora e, quando for o caso, pela empresa resseguradora;

III - certidão de regularidade, perante a SUSEP, da empresa seguradora e, quando for o caso, da empresa resseguradora, bem como dos seus respectivos administradores;

IV - comprovação de registro da apólice junto à SUSEP; e

V - comprovação de poderes do tomador para atendimento das exigências previstas no art. 2º.

Parágrafo único. A idoneidade a que se refere o caput do art. 2º será presumida pela apresentação das certidões da SUSEP referidas no inciso III que atestem a regularidade da empresa seguradora e, quando for o caso, da empresa resseguradora e dos seus administradores.

Art. 4º A empresa seguradora poderá efetuar a colocação do excedente de seu limite de retenção em empresas resseguradoras, observadas as exigências legais e regulamentares, conforme disposto pelo Conselho Nacional de Seguros Privados (CNSP), no art. 14 da Resolução CNSP nº 168, de 17 de dezembro de 2007, e nos termos da Lei Complementar nº 126, de 2007.

§ 1º Quando o valor segurado exceder a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais), ainda que esse valor esteja compreendido no limite de retenção estabelecido pela SUSEP para a empresa seguradora, será exigida a contratação de resseguro, que se dará nos termos da Lei Complementar nº 126, de 2007.

§ 2º Na hipótese da contratação de resseguro, os contratos deverão conter cláusula expressa indicando que o pagamento da indenização ou do benefício correspondente ao resseguro, no caso de insolvência, liquidação ou falência da empresa seguradora, ocorrerá diretamente ao segurado, nos termos do parágrafo único do art. 14 da Lei Complementar nº 126, de 2007.

Art. 5º O seguro garantia somente poderá ser aceito se sua apresentação ocorrer antes de depósito ou de decisão judicial que determine a penhora de dinheiro.

Parágrafo único. Excluindo-se o depósito em dinheiro, será permitida a substituição de garantias por seguro garantia, desde que se verifique, no caso, interesse da Fazenda Nacional.

Art. 6º Após a aceitação do seguro garantia, sua substituição somente deverá ser demandada caso o seguro deixe de satisfazer os critérios estabelecidos nesta Portaria.

Art. 7º É admissível a aceitação de seguro garantia em valor inferior ao montante devido.

Parágrafo único. A aceitação do seguro garantia nos termos do caput:

I - não permite a emissão de certidão positiva com efeito de negativa de débitos; e

II - não afasta a adoção de providências com vistas à cobrança da dívida ou à complementação da garantia.

Art. 8º Esta Portaria entra em vigor na data de sua publicação.

LUÍS INÁCIO LUCENA ADAMS

Procurador-Geral da Fazenda Nacional

ANEXO D - PORTARIA PGFN Nº , de julho de 2010.

Altera a Portaria PGFN n. 294, de março de 2010, publicada no Boletim de Pessoal da PGFN de 26 de março de 2010.

A PROCURADORA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL, no uso das atribuições que lhe conferem o caput e incisos XIII e XVII do art. 72 do Regimento Interno da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN, aprovado pela Portaria nº 257, de 23 de junho de 2009, do Ministro de Estado da Fazenda, RESOLVE que:

Art. 1º Os artigos 1º, 2º, 3º, 4º, §1º e 7º da Portaria PGFN nº 294, publicada no Boletim de Pessoal da PGFN de 26 de março de 2010, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º Os Procuradores da Fazenda Nacional ficam autorizados a não apresentar contestação, a não interpor recursos, bem como a desistir dos já interpostos, nas seguintes situações:

II - quando a demanda e/ou a decisão tratar de questão sobre a qual exista Súmula ou Parecer do Advogado-Geral da União - AGU, ou Súmula do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais aprovada pelo Ministro de Estado da Fazenda, que concluam no mesmo sentido do pleito do particular;

.....” (NR)

“Art. 2º Além das hipóteses previstas no art. 1º desta Portaria, os Procuradores da Fazenda Nacional ficam autorizados a não apresentar recursos, bem como a desistir dos já interpostos, nas seguintes situações:

.....” (NR)

“Art. 3º Excepcionalmente, os Procuradores-Regionais da Fazenda Nacional poderão, dentro do seu respectivo âmbito de atuação, autorizar a não apresentação de recursos contra as decisões proferidas pelos Tribunais Regionais Federais em outras hipóteses além daquelas previstas nos arts. 1º, 2º e 3-Aº da presente Portaria, quando a sua interposição possa, de alguma forma, resultar em prejuízos aos interesses da Fazenda Nacional.

.....” (NR)

“Art. 4º

§1º As Notas-justificativas serão subscritas, unicamente, pelo Procurador da Fazenda Nacional que atua no caso, prescindindo da aprovação da respectiva

chefia, salvo nas hipóteses previstas nos artigos 3º, caput e §1º e 3º-A, inc. II da presente Portaria, em que as mesmas deverão ser subscritas, também, pelo Procurador-Regional da Fazenda Nacional, pelo Procurador-Chefe da Defesa ou pela chefia imediata, respectivamente.

.....” (NR)

“Art. 7º A veracidade da narrativa contida na Nota-Justificativa será de responsabilidade exclusiva do Procurador da Fazenda Nacional que a elaborou, inclusive naquelas hipóteses em que a mesma também for subscrita pelo Procurador-Regional da Fazenda Nacional, pelo Procurador-Chefe da Defesa ou pela chefia imediata.” (NR)

Art. 2º A Portaria PGFN nº 294, de março de 2010 passa a vigorar acrescida do seguinte artigo 3º-A:

“Art. 3º-A Além das hipóteses previstas nos arts. 1º, 2º e 3º da presente Portaria, os Procuradores da Fazenda Nacional ficam autorizados a não apresentar recursos contra decisões, de qualquer instância, proferidas em sentido desfavorável à Fazenda Nacional, quando:

I – o recurso não puder ser interposto por lhe faltar requisito de admissibilidade;

II – peculiaridades do direito material discutido no caso concreto indicarem a total inviabilidade do recurso, desde que não se trate da hipótese prevista no art. 2º, inc. I desta Portaria.”

Art. 3º Esta Portaria entra em vigor na data da sua publicação.

ADRIANA QUEIROZ DE CARVALHO

Procuradora-Geral da Fazenda Nacional