

Da Possibilidade do Oferecimento de Caução Real para Obtenção de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa quando Pendente o Ajuizamento da Execução Fiscal.

Pedro Melchior de Mélo Barros

A questão cinge-se à análise da possibilidade da parte executada oferecer garantia, consistente no arrolamento de bens, antes do ajuizamento da ação de execução fiscal, e angariar Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa.

Primeiramente analisemos o que dispõe o art. 206 do Código Tributário Nacional:

"Art. 206. Tem os mesmos efeitos previstos 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."

Como se vê, à primeira vista, o texto legal força a concluir, ao utilizar-se da expressão "em curso de cobrança executiva", que a CPD-EN apenas poderia ser expedida caso a Fazenda Pública tivesse ajuizado a consequente ação de execução e os bens fossem, nesta seara, efetivamente penhorados.

Contudo, não devemos ficar com a letra fria da lei.

Explica-se.

O legislador não renunciou a hipótese em que o débito está inscrito em dívida ativa, mas ainda não foi executado, nem deveria ser de outro modo, eis que não poderia prever todas as espécies de situações fáticas, na medida em que vivemos numa sociedade sujeita a constantes mutações.

Desta forma, o aplicador do direito deve utilizar-se de princípios, que, dentre outras funções, têm o condão de explicitar a finalidade, e o real sentido da norma, a fim de evitar eventuais injustiças.

Façamos o exercício contrário e busquemos a verdadeira intenção do legislador ao editar o presente dispositivo tributário para, aí sim, identificarmos o princípio informador do referido artigo.

O seu escopo foi, efetivamente, tutelar o interesse público primário, ou seja, preservar as pretensões da coletividade, eis que apenas é permitida a expedição da aludida certidão caso haja penhora, constrição, garantia ao Erário do efetivo pagamento.

Ademais, por seu turno, ao mesmo tempo há a tutela da ordem econômica, uma vez que a sociedade devedora está autorizada a prosseguir em suas atividades com a administração, mesmo que detenha a qualidade de devedora do fisco, obviamente observados os requisitos da lei.

Portanto, tudo leva a crer que o aludido cânone está fundamentado pelo princípio constitucional implícito do interesse público, bem como pelo princípio da soberania nacional, elencado pelo artigo 3º, inciso II, da Constituição Federal, o qual dispõe:

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

(...)

II - garantir o desenvolvimento nacional.

Dito isso, passemos a analisar a questão a luz do que dispõe o artigo 206 do Código Tributário.

Malgrado o dispositivo em questão leve a entendimento diverso, entende-se que a garantia, desde que idônea e de fácil liquidez, possui o condão de autorizar a expedição de certidão positiva de débitos com efeitos de negativa, ainda que a execução fiscal não tenha sido iniciada.

Isto porque seria mantida a verdadeira intenção do legislador, ao redigir a proposição em tela, pois não teríamos ofensa ao princípio do interesse público primário, já que os cofres públicos estariam preservados com a garantia do débito, e a sociedade devedora continuaria suas atividades, contribuindo para a ordem econômica e para o desenvolvimento nacional.

Aliás, tomando como base este norte, estar-se-ia evitando que contribuintes bem intencionados, ou seja, que possuam o escopo de adimplir a dívida tributária, oferecendo garantia integral do débito sejam privados de suas atividades por conta de atos negligentes da administração, como na presente análise, a interposição da ação de execução fiscal.

Acerca do assunto, leciona o ilustre Ives Gandra Martins:

"(..) entendo como inconcebível a circunstância de o contribuinte em débito ficar na dependência do ajuizamento da execução fiscal para ter a oportunidade de garantir o juízo e, a partir de então, desfrutar de condições para obter a certidão negativa. Ora, é decididamente inaceitável o contribuinte ter o seu direito restringido em face da desídia da Fazenda Pública. Claro que essa absurdez, tão corrente entre nós, decorre de uma visão literalista do direito e, portanto, primária e incorreta. É de ver que o bem tutelado pelo comando atinente à exigência de certidão negativa repousa na demonstração de solvabilidade ou insolvabilidade do contribuinte, na medida em que a certidão negativa ou positiva com efeitos negativos revele a sua situação patrimonial, bastando, para isso, verificar o seu patrimônio, se não houver dívida, ou, por outro lado, confrontar o patrimônio com dívida constante da certidão, se for o caso(1). "

Tomando como base o mesmo norte, leciona Rafael Trevisan:

"Verifica-se, assim, a viabilidade jurídica de o contribuinte ajuizar ação cautelar de caução para garantir créditos tributários de que seja considerado devedor. O seu interesse jurídico, no caso, baseia-se na tese de que, uma vez oferecida a caução antecipatória de penhora, passa a ser invocável, em seu favor, o art. 206 do CTN. Daí advém o cabimento da adaptação do rito processual da cautelar de caução a essa finalidade específica, adotando-se o procedimento previsto na lei das execuções fiscais para a realização da penhora e avaliação.

A indicação da garantia oferecida em caução em tudo se deve assemelhar, aqui, à nomeação de bens à penhora na execução fiscal, segundo o disposto no art. 9º e 11 da Lei 8.830/80.

A caução prestada subsistirá até o ajuizamento da execução fiscal, na qual deverá ser oportunamente, se for o caso, convertida em penhora(2).

O Egrégio Superior Tribunal de Justiça possui vários julgados assegurando o direito à obtenção da CPD-EN quando do oferecimento de caução real. Recentemente a Egrégia Primeira Turma, acompanhando o voto-condutor do Min. Luiz Fux, deixou assente a seguinte orientação:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR PARA ASSEGURAR A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA.

1. Dispõe o art. 206 do CTN que: tem os mesmos efeitos previstos 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.

2. 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. Precedentes (REsp 363.518, Resp 99653 e Resp 424.166).

3. 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.

4. Mutatis mutandis o mecanismo assemelha-se ao previsto no art. 570 do CPC, por força do qual o próprio devedor pode 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.

5. 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.

6. Recurso Especial desprovido."(3)

Por todo o exposto, à luz dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais acima demonstrados, conclui-se que o contribuinte que ainda não teve contra si ajuizado o processo executivo, possui o direito de receber a Certidão Positiva com Efeitos de Negativa nos termos art. 206 do Código Tributário Nacional, mediante apresentação de bem livre e desembaraçado cujo valor seja suficiente para garantir o crédito tributário.

Notas

(1) in Ives Gandra da Silva Martins, Comentários ao Código Tributário Nacional, Ed. Saraiva, Volume 2, 1998, p. 528

(2) in Certidões Negativas de Débito, Ed. Livraria do Advogado, p. 258- 261

(3) STJ - REsp 536.037/PR. Rel p/ acórdão Min. Luiz Fux. Primeira DJU: 23.05.2005, pág. 151.